

Schriften zum Prozessrecht

Band 65

**Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters
– Befangenheit und Parteilichkeit –
im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht**

Von

Joachim Riedel



Duncker & Humblot · Berlin

JOACHIM RIEDEL

Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters

Schriften zum Prozessrecht

Band 65

**Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters
– Befangenheit und Parteilichkeit –
im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht**

Von

Dr. Joachim Riedel



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 04614 5

Vorwort

Bei der hier vorgelegten Untersuchung handelt es sich um die überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Tübingen im WS 1977/78 vorgelegen hat. Das Manuskript der jetzigen Fassung befindet sich im wesentlichen auf dem Stand von September 1979; später veröffentlichte Literatur und Judikatur habe ich, soweit möglich, noch nachträglich eingearbeitet.

Allen, die zu dieser Untersuchung beigetragen haben, möchte ich auch an dieser Stelle herzlich danken. Mein besonderer Dank gilt den Herren Prof. Dr. Günter Dürig und Prof. Dr. Knut Wolfgang Nörr, Tübingen, sowie Herrn Prof. Dr. Karl Peters, Tübingen—Münster/Westfalen, die diese Untersuchung mit zahlreichen Anregungen und fördernder Kritik begleitet haben. Nicht zuletzt danke ich Herrn Prof. Dr. Broermann vom Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der „Schriften zum Prozeßrecht“.

Tübingen, im März 1980

Joachim Riedel

Inhaltsübersicht

Ausführliches Inhaltsverzeichnis	IX
---	----

Einleitung (§ 1)	1
-------------------------------	---

Erster Teil

Gleichheitssatz und Postulat der richterlichen Unparteilichkeit Inhalt und Grenzen des Postulats

<i>Erster Abschnitt: Begriff und Kriterien von Unparteilichkeit und Befangenheit</i>	9
§ 2. Das Leitbild des unparteilichen Richters: der Ausgangspunkt ..	9
§ 3. Das Unparteilichkeits-Postulat als spezifische Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes	13
§ 4. Parteilichkeit als unsachliche, auf Bevorzugung oder Benachteiligung eines Prozeßbeteiligten gerichtete innere Einstellung des Richters	16
§ 5. Die Bevorzugung oder Benachteiligung eines Prozeßbeteiligten als Merkmal der Parteilichkeit	20
§§ 6 - 10. Die Unsachlichkeit der Ungleichbehandlung als Merkmal der Parteilichkeit im einzelnen	25
§§ 11 - 13. Die Fallbezogenheit als zusätzliches Kriterium der Parteilichkeit	58
§§ 14 - 16. Das Verhältnis der „Parteilichkeit“ zur „Befangenheit“	76
§ 17. Zusammenfassung zum Ersten und Überleitung zum Zweiten Abschnitt	89
<i>Zweiter Abschnitt: Erscheinungsformen (Falltypen) der Parteilichkeit und sachlich eng damit verwandte Phänomene</i>	91
§ 18. Erste Fallgruppe: Die persönliche Voreingenommenheit	91
§§ 19 - 20. Zweite Fallgruppe: Das eigene, persönliche Interesse des Richters an der Sache	94
§§ 21 - 25. Dritte Fallgruppe: Die vorzeitige Festlegung des Richters	115
§ 26. Vierte Fallgruppe: Beeinflussung des Richters von dritter Seite	156
§ 27. Fünfte Fallgruppe: Gereiztheit, Ungeduld und ähnlich negative Stimmungen und Einstellungen des Richters	157
§§ 28 - 32. Sechste Fallgruppe: Mißachtung der dem Richter vom Gesetz her vorgeschriebenen Rolle: Eingriff in die formale Chancengleichheit der Parteien im Parteienprozeß zugunsten einer Partei	163

<i>Dritter Abschnitt: Erste Schlußfolgerungen für die Ausgestaltung des deutschen Prozeßrechts</i>	198
§ 33. Die Forderung nach Objektivität und Unparteilichkeit des Richters im Prozeß	198
§ 34. Zusammenfassung: Der Geltungsbereich des Unparteilichkeits-Postulats im Rahmen des Prozeßrechts	199
§ 35. Der „Mindeststandard“ des Prozeßrechts in bezug auf ein Handlungsverbot für den tatsächlich befangenen Richter	201

Zweiter Teil

Das Unparteilichkeits-Postulat und die sonstigen Bestimmungen des Grundgesetzes

<i>Erster Abschnitt: Das Rechtsstaatsprinzip und das Unparteilichkeits-Postulat (§ 36)</i>	212
<i>Zweiter Abschnitt: Die Vorschriften des Grundgesetzes über das Richteramt und das Unparteilichkeits-Postulat</i>	216
§ 37. Art. 92 GG	216
§ 38. Art. 97 GG	220
<i>Dritter Abschnitt: Der Grundsatz des gesetzlichen Richters und das Unparteilichkeits-Postulat (§§ 39 - 52)</i>	225
Anhang: Die europäische Menschenrechts-Konvention und das Unparteilichkeits-Postulat (§ 53)	267
Zusammenfassung und Ausblick (§ 54)	269
Quellen- und Literaturverzeichnis	272

Ausführliches Inhaltsverzeichnis

Einleitung (§ 1)

I. (Ausgangspunkt der Untersuchung)	1
II. (Notwendigkeit einer derartigen Untersuchung überhaupt)	1
III. (Speziell der derzeitige Befund in Literatur und Rechtsprechung) ..	2
IV. (Zu Gang und Inhalt der Untersuchung)	4
V. (Beschränkung der Untersuchung im wesentlichen auf den staatlichen Richter)	7

Erster Teil

Gleichheitssatz und Postulat der richterlichen Unparteilichkeit Inhalt und Grenzen des Postulats

Erster Abschnitt

Begriff und Kriterien von Unparteilichkeit und Befangenheit

§ 2. <i>Das Leitbild des unparteilichen Richters: der Ausgangspunkt</i>	9
I. (Erste Umschreibung des Begriffs der Unparteilichkeit)	9
II. (Richterliche Unparteilichkeit als Essentiale der Rechtsprechung) ...	10
III. (Abgrenzung „Unparteilichkeit“ — „Neutralität“)	12
§ 3. <i>Das Unparteilichkeits-Postulat als spezifische Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes</i>	13
I. (Ansatz beim Merkmal der Bevorzugung/Benachteiligung aus sachfremden Gründen)	13
II. (Gleichheit vor dem Richter und durch den Richter)	14
III. (Allgemeiner Gleichheitssatz und seine Konkretisierungen)	16

§ 4. <i>Parteilichkeit als unsachliche, auf Bevorzugung oder Benachteiligung eines Prozeßbeteiligten gerichtete innere Einstellung des Richters</i>	16
I. (Bevorzugung/Benachteiligung eines Prozeßbeteiligten aus sachfremden Gründen allein als Kriterium zu weit)	16
II. (Ausschlaggebend die unsachliche innere Einstellung des Richters)..	17
III. (Das Unparteilichkeits-Postulat und die Lehre vom Willkür-Verbot)	18
1. (Der Ansatzpunkt)	18
2. (Objektiver Charakter des „Willkür“-Begriffs)	18
3. (Inkongruenz von „Parteilichkeit“ und „Willkür“)	19
IV. (Vorläufig zusammenfassende Formel für die Parteilichkeit)	20
§ 5. <i>Die Bevorzugung oder Benachteiligung eines Prozeßbeteiligten als Merkmal der Parteilichkeit</i>	20
I. (Die Tatsache der Bevorzugung oder Benachteiligung als solche) ...	20
II. (Ausreichen schon dieses objektiven Tatbestandes als solchen auch ohne entsprechendes Bewußtsein des Richters)	21
III. (Der für eine solche Bevorzugung oder Benachteiligung in Betracht kommende Personenkreis)	22
IV. (In der Regel Korrespondieren von Bevorzugung eines Prozeßbeteiligten und Benachteiligung eines anderen Prozeßbeteiligten)	24
§ 6. <i>Die Unsachlichkeit der Ungleichbehandlung als Merkmal der Parteilichkeit. A. Unparteilichkeit und subjektiv-personale Komponenten im richterlichen Handeln — Das Problem</i>	25
I. (Das subjektiv-personale Element im richterlichen Handeln überhaupt)	25
1. (speziell im Rahmen der Rechtsanwendung)	26
2. (Einfluß der Persönlichkeit des Richters auf die Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrens überhaupt)	27
II. (Die sachliche „Nähe“ zur Befangenheit)	27
III. (Stand der bisherigen Behandlung dieser Materie in der Literatur. Notwendigkeit einer genaueren Erfassung und Differenzierung)....	28
§ 7. <i>B. Ausgrenzung des in der Struktur der Rechtsanwendung selbst angelegten personalen Elements im richterlichen Handeln</i>	31
I. (Notwendigkeit einer Differenzierung)	31
II. (Das subjektive Moment bei der Auslegung von Rechtsnormen. Beispiele)	32
III. (Das subjektive Moment in sonstigen Bereichen der Rechtsanwendung)	34

IV. (Bisherige Behandlung dieser Materie im neueren Schrifttum)	36
1. (Einzelne Beispiele)	36
2. (Speziell die Monographien von <i>Hamm</i> und <i>Eisenblätter</i>)	37
V. (Der Ansatz für eine allgemeine Abgrenzungsformel)	39
1. (Funktion des prozessualen „Parteilichkeits“-Begriffs)	39
2. (Die Entscheidung des <i>LSozG Celle</i> vom 23. 3. 54)	40
VI. (Allgemeine Abgrenzungsformel)	40
1. (Die Formel selbst)	41
2. (Relevanz dieser Abgrenzung für das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit)	41
VII. (Differenzierung zwischen richterlicher „Objektivität“ im allgemeinen und richterlicher „Unparteilichkeit“ im besonderen)	41
§ 8. <i>C. Auswirkungen dieser terminologischen Ausgrenzung für die Praxis: grundsätzlich keine Ablehnung eines Richters allein wegen einer bestimmten von ihm vertretenen Ansicht</i>	43
I. (Die Regel)	43
II. (Speziell: Ablehnung wegen verfehlter Rechtsansicht)	44
1. (Abgrenzung der Funktionen von Rechtsmittelverfahren und Ablehnungsverfahren)	44
2. (Ausnahmen)	45
III. (Differenzierung zwischen Begründung und Motiv der Richterablehnung)	46
§ 9. <i>D. Speziell das politische und weltanschauliche Moment im richterlichen Handeln und die Ablehnung von Richtern des BVerfG</i>	47
I. (Zur praktischen Relevanz des politischen Moments im richterlichen Handeln für die Richterablehnung)	47
II. (Besondere Relevanz für die Richter des BVerfG)	48
1. (Hier enger Begriff des „Politischen“)	48
2. (Die besondere persönliche Exponiertheit der Bundesverfassungsrichter)	49
III. (Versuche, schon de lege lata den Eintritt der Beschlußunfähigkeit des BVerfG durch mehrere erfolgreiche Richterablehnungen abzuwenden)	50
1. (Die Auffassung <i>Kleins</i>)	50
2. (Die Auffassung <i>Geigers</i>)	51
3. (Die Auffassung <i>Lademanns</i>)	51
4. (Einschränkung der Ablehnungsbefugnis vor dem BVerfG)	51
5. (Strengerer Beurteilungsmaßstab für Ablehnungsgesuche)	52
IV. (Abhilfemöglichkeiten de lege ferenda)	54

§ 10. E. Das Unsachlichkeits-Kriterium allgemein	56
I. (Relevanz der sonstigen subjektiven Momente im richterlichen Handeln für die Parteilichkeit)	56
II. (Der Vergleichsmaßstab)	57
1. (Nicht ein Vergleich von Richter zu Richter)	57
2. (Ausschlaggebend vielmehr nur das Verhalten des jeweiligen Richters)	57
III. (Allgemeine Formel für das Unsachlichkeits-Kriterium)	58
§ 11. Die Fallbezogenheit als zusätzliches Kriterium der Parteilichkeit.	
A. Ausgrenzung der Fallgruppe der Nichteignung des Richters	58
§ 12. B. Ausgrenzung des nur „allgemeinen Interesses“ des Richters	60
I. (Der Ausgangspunkt. Beispiele)	60
II. (Die Erscheinungsformen des nur „allgemeinen Interesses“)	61
1. (Das [mehr oder weniger] zwangsläufige Mitbetroffensein des mit der Sache befaßten Richters)	62
2. (Sonstige Erscheinungsformen)	63
3. (Speziell das politisch motivierte Interesse des Richters)	64
a) (Der verfassungstreue Richter)	64
b) (Der Richter als Sympathisant oder Mitglied einer radikalen Partei oder sonstigen politischen Gruppierung)	65
4. (Das „allgemeine Interesse“ des Richters als besondere Variante des strukturbedingten personalen Elements im richterlichen Handeln)	66
III. (Bisherige Behandlung dieser Materie in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum)	67
IV. (Allgemeine Formel für das „allgemeine Interesse“)	69
V. (Ausnahmsweise Bejahung einer Parteilichkeit)	69
§ 13. C. Das Merkmal der Fallbezogenheit allgemein	70
I. (Die Ausgrenzungsfunktion dieses zusätzlichen Kriteriums)	70
II. (Der positive Gehalt der Fallbezogenheits-Formel)	71
1. (Entwicklung einer allgemeinen Formel)	72
2. (Illustration anhand zweier Beispiele)	72
a) (Die schichtenspezifische Perspektive des Richters)	72
b) (Das Vorurteil des Richters im sozialpsychologischen Sinne) ..	73
3. (Abgrenzung letztlich nur gradueller Art)	75

§ 14. *Das Verhältnis der „Parteilichkeit“ zur „Befangenheit“. A. Die grundsätzliche Untergliederung der Befangenheitsgründe in Fälle persönlicher und sachlicher Voreingenommenheit* 76

 I. (Zwei grundlegende Erscheinungsformen der Befangenheit) 76

 1. (Die sog. persönliche Voreingenommenheit) 76

 2. (Die sog. sachliche Voreingenommenheit) 77

 II. (Relevanz dieser Zweiteilung) 77

§ 15. *B. Persönliche und sachliche Voreingenommenheit in der Ausgestaltung der Richterausschließung und Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit. Der prozessuale Begriff der „Parteilichkeit“* 78

 I. (Die Ausgestaltung der Ausschließungsgründe) 78

 II. (Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit und der Begriff der „Parteilichkeit“) 79

 1. (Der Begriff der „Parteilichkeit“ bei *Friesenhahn*) 80

 2. (Der Begriff der „Parteilichkeit“ bei *Arzt*) 80

 a) (Darstellung der Terminologie bei *Arzt*) 80

 b) (Schlußfolgerungen bei *Arzt*) 81

 c) (Kritik) 82

 3. („Parteilichkeit“ im Sinne von „persönlicher Voreingenommenheit“) 83

 4. (Der „Parteilichkeits“-Begriff der Prozeßordnungen) 84

 5. (Relevanz für die Behandlung der Fälle der sog. Vorbefassung).. 85

 III. (Zur Terminologie im folgenden. Zusammenfassende Definition der „Parteilichkeit“) 86

§ 16. *C. Anhang: Der marxistisch-leninistische Begriff der „Parteilichkeit“* 86

§ 17. *Zusammenfassung zum Ersten und Überleitung zum Zweiten Abschnitt* 89

 I. (Zusammenfassung und Überleitung) 89

 II. (Übergreifendes Prinzip für die Befangenheits-Materie?) 89

Zweiter Abschnitt

Erscheinungsformen (Falltypen) der Parteilichkeit und sachlich eng damit verwandte Phänomene

§ 18. *Erste Fallgruppe: Die persönliche Voreingenommenheit* 91

 I. (Der für eine Befangenheits-begründende persönliche Beziehung des Richters in Betracht kommende Personenkreis) 91

II. (Verschiedene Konstellationen der persönlichen Beziehung)	92
1. (Persönliche oder sachliche Beziehung)	92
2. (Unmittelbare oder mittelbare Beziehung)	93
3. (Kein näheres Eingehen auf die einzelnen Fallkonstellationen)..	93
§ 19. <i>Zweite Fallgruppe: A. Das eigene, persönliche Interesse des Richters an der Sache</i>	94
I. (Die Fallkonstellation)	94
II. (Eigenes „Betroffensein“ des Richters)	94
III. („Betroffensein“ als materielle Beteiligung an der Sache)	96
1. (Allgemeines)	96
2. (Ausdrückliche gesetzliche Regelung lediglich im BVerfGG)	96
§ 20. <i>B. Die typisch einseitige Interessenrichtung des Richters, insbesondere die Problematik des sog. interessengebundenen Laienrichters..</i>	98
I. (Das Problem)	98
II. (Die verschiedenen Konstellationen einer typisch einseitigen Interessenrichtung des Richters)	100
1. (Polare Interessenvertretung in der Richterbank)	100
a) (Die „Arbeitsrichter“; das Bild des Richters als „Interessenvertreter“)	101
b) (Die „Sozialrichter“)	102
c) (Die landwirtschaftlichen Beisitzer in Landwirtschaftssachen)..	104
2. (Nicht-polare Interessenvertretung in der Richterbank)	105
a) (Die „Finanzrichter“)	105
b) (Die ehrenamtlichen Verwaltungsrichter)	105
c) (Die sog. „Hausgerichtsbarkeiten“)	105
d) (Besetzung der Spruchkörper in Wiedergutmachungssachen)..	106
3. (Die übrigen ehrenamtlichen Richter)	107
III. (Argumente in Literatur und Rechtsprechung)	107
1. (Berufung auf die Gesamtkonzeption der jeweiligen Gerichtsverfassung)	108
2. (Berufung auf den Amtseid des Richters)	108
IV. (Vereinbarkeit einer typisch einseitigen Interessenrichtung des Richters mit dem Unparteilichkeits-Postulat?)	109
1. (Ein Sonderfall des sog. „allgemeinen Interesses“)	109
2. (Der Diskussionsstand in Literatur und Rechtsprechung)	110
3. (Zusammenfassende eigene Würdigung)	113
V. (Ausnahmen)	114

§ 21. <i>Dritte Fallgruppe: Die vorzeitige Festlegung des Richters. A. Überblick</i>	115
I. (Einführung in das Problem)	115
II. (Notwendige Differenzierungen)	116
III. (Unterscheidung zwischen endgültiger und vorläufiger Festlegung) ..	116
1. (Grundsätzliches Unterscheidungskriterium: die jeweilige innere Einstellung des Richters)	117
2. (Zusätzliches Kriterium: Abstellen auf die objektive Wirkung der jeweiligen Einstellung)	118
3. (Praktische Relevanz dieser Differenzierung)	119
IV. (Unterscheidung zwischen Festlegung in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht. Überleitung)	119
§ 22. <i>B. Die endgültige Festlegung des Richters</i>	120
I. in tatsächlicher Hinsicht	120
II. in rechtlicher Hinsicht	122
1. (Auch insoweit Gebot grundsätzlicher „Offenheit“ des Richters) ..	122
2. (Die Merkmale der Befangenheit)	124
III. (Speziell die endgültige Festlegung des Richters bei politisch oder weltanschaulich motivierter Rechtsauffassung)	124
1. (Grundsätzliche Lösung)	125
2. (Ausnahmefälle)	128
a) (Ablehnung des Bundesverfassungsrichters Dr. <i>Leibholz</i>) ...	129
b) (Ablehnung des Bundesverfassungsrichters Dr. <i>Rottmann</i>) ...	130
c) (Ablehnung des Bundesverfassungsrichters Dr. <i>Geiger</i>)	131
d) (Ablehnung des Bundesverfassungsrichters <i>Hirsch</i>)	133
§ 23. <i>C. Die nur vorläufige Festlegung des Richters. Allgemeines</i>	134
I. (Der Regelfall)	134
II. (Zur Ergänzung: ein spezieller Aspekt)	135
1. (Bewußter Eindruck einer weitergehenden Festlegung)	136
2. (Bloße Ungeschicklichkeit im Ausdruck. Das grundsätzliche Dilemma der Ausgestaltung des Rechts der Richterablehnung) ...	136
III. (Überleitung: einige besondere Fallkonstellationen)	137
§ 24. <i>D. Speziell: Äußerungen des Richters zum Verfahrensgegenstand</i> ..	137
I. Äußerungen innerhalb des Verfahrens	138
1. (Der Normalfall)	138
2. (Speziell: Rat, Empfehlung des Richters gegenüber einem Prozeßbeteiligten)	141

II. Äußerungen des Richters außerhalb des Verfahrens	143
1. (in tatsächlicher Hinsicht)	143
2. (in rechtlicher Hinsicht, insbesondere die richterliche Publizistik) 144	
a) (abstrakte Äußerungen ohne Bezug auf ein konkretes Verfahren)	146
b) (Äußerungen gerade im Hinblick auf ein bestimmtes Verfahren)	148
3. (Ausnahmefälle)	150
4. (Gebot der Zurückhaltung in bezug auf öffentliche Äußerungen außerhalb des Verfahrens)	150
§ 25. E. Die sog. Vorbefassung	152
I. (Das Problem. Die wesentlichen Fallkonstellationen)	152
II. (Der Lösungsansatz)	153
§ 26. Vierte Fallgruppe: Beeinflussung des Richters von dritter Seite	156
§ 27. Fünfte Fallgruppe: Gereiztheit, Ungeduld und ähnlich negative Stimmungen und Einstellungen des Richters	157
I. (Unmutsäußerungen des Richters gegenüber dem prozessualen Verhalten eines Prozeßbeteiligten)	157
II. (Die Bewertung sonstiger negativer Stimmungen und Einstellungen des Richters gegenüber den Prozeßbeteiligten oder zum Gegenstand des Verfahrens)	158
1. (Verfahrensfehler und Befangenheit)	159
2. (Sonstige Beispielfälle)	160
III. (Gleichgültigkeit und Unsorgfältigkeit als Formen der Befangenheit?)	161
1. (Die Entscheidung des OLG Hamm vom 10. 12. 75 = JMBl. NRW 1976, 111 f.)	161
2. (Die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. vom 6. 12. 77 = Rpfleger 1978, 100 f.)	162
§ 28. Sechste Fallgruppe: Mißachtung der dem Richter vom Gesetz her vorgeschriebenen Rolle: Eingriff in die formale Chancengleichheit der Parteien im Parteiprozeß zugunsten einer Partei. A. Allgemeines	163
I. (Das Problem)	163
II. (Die Rolle des Richters im Parteiprozeß: Der Aussagewert der Prozeßmaximen. Überleitung zu § 29)	164

§ 29. <i>B. Die Rolle des Richters im Zivilprozeß, insbesondere die ihm nach §§ 139 und 278 III ZPO zugewiesene Rolle. Allgemeine Abgrenzungsformel</i>	166
I. (Herkömmliche Abgrenzungsformeln zur Abgrenzung zwischen Parteilichkeit einerseits und zulässiger Aufklärung andererseits)	166
II. (Eigene Abgrenzungsformel: Ansatz vom Begriff der Parteilichkeit her, speziell beim Merkmal der Unsachlichkeit)	168
§ 30. <i>C. Speziell: Befugnis des Richters, auch von sich aus zu neuem Angriffs- oder Verteidigungsvorbringen anzuregen?</i>	169
I. (Eingrenzung der Fragestellung)	169
II. (Der Streitstand)	170
III. (Allgemeine Lösungsgesichtspunkte)	171
IV. (Kritik der bisherigen Lösungsvorschläge und eigener Lösungsvorschlag)	173
1. (Abgrenzung gegenüber sonstiger Erörterung des Falles auf Grund des bisherigen Parteivorbringens)	173
2. (Kritik einzelner Lösungsvorschläge)	175
3. (Speziell zur vorgeschlagenen Abgrenzung zwischen bloßem Hinweis einerseits und Rat und Empfehlung andererseits)	176
4. (Achtung der Dispositionsfreiheit der Parteien als äußerste Grenze)	178
5. (Der zum Ausdruck gebrachte Angriffs- oder Verteidigungswille der Parteien als Kriterium?)	178
6. (Das Kriterium der objektiven Sachdienlichkeit)	179
7. (Unzutreffende oder nicht weiterführende weitere Argumente) ..	180
8. (Berufung auf das Sozialstaatsprinzip: Die Formel vom „kompensatorischen Verhandlungsstil“)	181
9. (Eigener Lösungsvorschlag)	183
§ 31. <i>D. BVerfGE 42, 64 ff.: Gebot der Parteilichkeit aus übergeordneten verfassungsrechtlichen Gründen?</i>	184
I. (Würdigung des Sachverhalts auf der Basis der bisherigen Auslegung des § 139 ZPO)	184
II. (Würdigung speziell aus verfassungsrechtlicher Sicht)	186
1. (Die Argumentation in den Entscheidungsgründen)	187
a) (Das Mehrheitsvotum)	187
b) (Das Sondervotum)	188
2. (Die aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Probleme)	190
3. (Unmöglichkeit einer erschöpfenden Erörterung dieser Fragen im Rahmen der jetzigen Untersuchung)	192

§ 32. <i>E. Anhang: Die These vom „politischen Richter“ und das Unparteilichkeits-Postulat</i>	193
I. (Die verschiedenen Inhalte dieser These)	193
1. (Der „politische Richter“ als der „politisch bewußte“ oder „sozial verantwortungsbewußte“ Richter)	193
2. (Die zentrale Ausrichtung der These auf den Sozialstaatsgedanken)	195
II. (Ein Problem richterlicher Objektivität und Eignung, nicht aber speziell der richterlichen Unparteilichkeit)	196

Dritter Abschnitt

Erste Schlußfolgerungen für die Ausgestaltung des deutschen Prozeßrechts

§ 33. <i>Die Forderung nach Objektivität und Unparteilichkeit des Richters im Prozeß</i>	198
§ 34. <i>Zusammenfassung: Der Geltungsbereich des Unparteilichkeits-Postulats im Rahmen des Prozeßrechts</i>	199
I. (Einheitliche Geltung für alle Prozeßarten)	199
II. (Keine Beeinträchtigung des Postulats durch die Entscheidung BVerfGE 42, 64 ff.)	200
III. (Einheitliche Geltung für alle Richter)	200
§ 35. <i>Der „Mindeststandard“ des Prozeßrechts in bezug auf ein Handlungsverbot für den tatsächlich befangenen Richter</i>	201
I. (Handlungsverbot bei Befangenheit und die Ausgestaltung der Richterausschließung kraft Gesetzes)	201
II. (Das Institut der sog. Selbstablehnung des Richters)	201
1. (Keine eigentliche Selbstablehnung, sondern bloße Anzeige etwaiger Befangenheitsgründe)	201
2. (Pflicht des Richters zur Anzeige etwaiger Befangenheitsgründe?)	202
3. (Befangenheit selbst oder nur Besorgnis der Befangenheit als Kriterium für die Anzeigepflicht?)	204
4. (Aufwertung des Instituts der sog. Selbstablehnung des Richters durch die Anerkennung einer Anzeigepflicht des Richters)	206
III. (Sonstige Behelfe zur Gewährleistung der richterlichen Unparteilichkeit im einzelnen Verfahren)	206

1. (Die Richterausschließung kraft Gesetzes)	206
2. (Berücksichtigung sonstiger Befangenheitsgründe auch von Amts wegen?)	206
a) (Einleitung des Verfahrens von Amts wegen?)	207
b) (Berücksichtigung weiterer Befangenheitsgründe von Amts wegen?)	208
3. (Das Institut der Parteiablehnung)	209
a) (Die Besorgnis der Befangenheit als Kriterium der Parteiablehnung)	209
b) (Unstatthaftigkeit eines generellen Ausschlusses oder einer Beschränkung der Parteiablehnung)	210
c) (Überleitung zum Zweiten Teil)	210

Zweiter Teil

Das Unparteilichkeits-Postulat und die sonstigen Bestimmungen des Grundgesetzes

Erster Abschnitt

Das Rechtsstaatsprinzip und das Unparteilichkeits-Postulat

§ 36.	212
I. (Vorbemerkung)	212
II. (Das Unparteilichkeits-Postulat als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips)	213
III. (aber keine Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde allein bei Verletzung dieses Prinzips)	213

Zweiter Abschnitt

Die Vorschriften des Grundgesetzes über das Richteramt und das Unparteilichkeits-Postulat

§ 37. Art. 92 GG	216
I. (Das Problem)	216
II. (Lösungsansatz und Lösung)	216
1. (Die Funktion des Art. 92 GG)	217
2. (Die Formel des BVerfG vom Richter als dem „nichtbeteiligten Dritten“)	217
3. (Art. 92 GG nicht „Sitz“ des Unparteilichkeits-Gedankens)	218

§ 38. Art. 97 GG	220
I. (Das Problem)	220
II. (Die Position der h. M.)	221
III. („Unparteilichkeit“ nicht notwendig identisch mit „Unabhängigkeit“)	222

Dritter Abschnitt

Der Grundsatz des gesetzlichen Richters und das Unparteilichkeits-Postulat

§ 39. <i>Die Problemstellung</i>	225
§ 40. <i>Der Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung. A. Die traditionelle Lehre</i>	227
I. (Die Garantie des gesetzlichen Richters als Garantie der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung)	227
II. (ohne Einbeziehung des Unparteilichkeits-Gedankens)	229
III. (Richterausschließung und -ablehnung als Fälle einer ausnahmsweise zulässigen Richterentziehung)	230
§ 41. <i>B. Die Auffassung des BVerfG</i>	231
I. (Ansatz beim Begriff des „Richters“ in Art. 101 I 2 GG)	231
II. (Ausprägung eines materialen Begriffs des „gesetzlichen Richters“)	231
III. (BVerfGE 21, 139 ff.: Einbeziehung auch des Unparteilichkeits-Gedankens in den materialen Begriff des „gesetzlichen Richters“)	232
IV. (Einbeziehung der Ausschließungs- und Ablehnungsvorschriften in das System der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters)	233
V. (Die seitherigen einschlägigen Entscheidungen des BVerfG)	234
§ 42. <i>C. Die Auffassung Hamms</i>	235
I. (Ansatz beim Attribut „gesetzlich“ in Art. 101 I 2 GG)	235
II. (Die gesetzliche Zuständigkeitsordnung als System der „Richter-Rechtsfall-Zuordnung“)	236
III. (Ergänzung dieses Systems durch den Komplex der Ausschließungs- und Ablehnungsvorschriften für den Fall gewisser „Fehlzuweisungen“)	237
IV. (Verfassungsrang aber nur für die „Grundstruktur“ dieses Normenkomplexes)	237
§ 43. <i>Kritik der verschiedenen Auffassungen und eigene Stellungnahme. A. Das grundsätzliche methodische Problem</i>	238

§ 44. B. Kritik der traditionellen Lehre („Regel-Ausnahme-Theorie“)	240
I. (Verhältnis der Ausschließungsvorschriften zu den Zuständigkeitsnormen)	240
II. (Problematik der Richterablehnung in diesem Zusammenhang. Zurückweisung der sog. „Regel-Ausnahme-Theorie“)	240
§ 45. C. Der materiale Begriff des gesetzlichen Richters überhaupt	241
I. (Die strukturellen Anforderungen des Grundgesetzes an Gericht und Richter)	241
II. (Anerkennung des materialen Begriffs des gesetzlichen Richters zumindest für ständige Attribute von Gericht und Richter)	242
III. (Einbeziehung auch des Unparteilichkeits-Gedankens in den materialen Begriff des gesetzlichen Richters?)	243
§ 46. D. Verankerung des Unparteilichkeits-Gedankens beim Begriff des „Richters“ in Art. 101 I 2 GG?	243
I. (Zum Ansatz des BVerfG)	243
II. (Die Konsequenz: unterschiedliche „Richter“-Begriffe in Artt. 92, 97 GG einerseits und Art. 101 I 2 GG andererseits)	244
III. (Lücken in der Argumentation des BVerfG)	244
IV. (Abhängigkeit der „Richter“-Qualität von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles?)	245
§ 47. E. Verankerung des Unparteilichkeits-Gedankens beim Attribut „gesetzlich“ in Art. 101 I 2 GG?	246
I. (Der Bruch mit der traditionellen Auffassung)	246
II. (Der enge sachliche Zusammenhang zwischen gesetzlicher Zuständigkeitsordnung einerseits und Richterausschließung und -ablehnung andererseits)	247
III. (Die Auffassungen im gemeinen Prozeßrecht des 19. Jhts)	249
IV. (Einbeziehung auch des Komplexes der Richterausschließung und -ablehnung unmittelbar in das Attribut „gesetzlich“ in Art. 101 I 2 GG)	250
1. (Die traditionelle Bedeutung des Attributs „gesetzlich“ allein als „gesetzlich zuständig“)	250
2. (Beschränkung des Begriffs „gesetzlich“ auf positive Attribute von Gericht und Richter)	250
3. (Verankerung des Unparteilichkeits-Gedankens im Attribut „gesetzlich“ allenfalls in Form eines bestimmten gesetzlich fixierten Richter-Leitbildes)	251
4. (Der neue Begriff des „gesetzlichen Richters“)	252

§ 48. Fortsetzung: Konkretisierung des in Art. 101 I 2 GG verankerten Richter-Leitbildes	253
I. (Das „Schutzgut“ der Ausschließungs- und Ablehnungsvorschriften)	253
II. (Die Funktion des Aspekts des Vertrauens in die Unparteilichkeit des Richters)	255
III. (Erstreckung des Leitbildes sowohl auf den Aspekt der Unparteilichkeit selbst wie aber auch auf den Aspekt des Vertrauens in die Unparteilichkeit des Richters. Art. 101 I 2 GG als verfassungsrechtlicher „Sitz“ des Unparteilichkeits-Postulats)	256
IV. (Stellungnahmen in der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung im Rahmen des Art. 101 I 2 GG)	257
§ 49. F. Die Voraussetzungen für den Verlust der Eigenschaft „gesetzlicher Richter“	258
I. (Der Fall der Richterausschließung)	258
II. (Der Fall der Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit)	258
1. (Die verschiedenen in Betracht kommenden Lösungsmöglichkeiten)	259
2. (Die maßgeblichen Gesichtspunkte)	259
3. (Differenzierende Lösung)	260
§ 50. G. Das Moment der Richter-„Entziehung“ in Art. 101 I 2 GG	261
I. (Der prozessuale Aspekt in Art. 101 I 2 GG)	261
II. (Die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung im Ablehnungsverfahren als maßgebliches Kriterium)	262
1. (Die inhaltlich richtige Entscheidung)	262
2. (Die inhaltlich unrichtige Entscheidung)	262
3. (Schlußfolgerungen für die Entscheidungen im Rahmen der Ausschließung kraft Gesetzes)	263
§ 51. H. Verankerung nur der „Grundstruktur“ der Ausschließungs- und Ablehnungsvorschriften in Art. 101 I 2 GG	263
§ 52. J. Auswirkungen des Art. 101 I 2 GG auf die Ausgestaltung des Gerichtsverfassungs- und Prozeßrechts über den speziellen Bereich der Richterausschließung und -ablehnung hinaus	264

A n h a n g :

§ 53. Die europäische Menschenrechts-Konvention und das Unparteilichkeits-Postulat	267
Zusammenfassung und Ausblick (§ 54)	269
Quellen- und Literaturverzeichnis	272

Einleitung

§ 1

I. Im Mittelpunkt des Komplexes der Richterausschließung und der Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, wie er im Rahmen des geltenden Prozeßrechts ausgestaltet ist, steht ersichtlich das Merkmal der „Besorgnis der Befangenheit“ oder auch des „Mißtrauens gegen die Unparteilichkeit des Richters“¹. Um zweierlei geht es dabei: Dem mit der jeweiligen Sache befaßten Richter wird Mißtrauen entgegengebracht, und zwar speziell in Bezug auf seine *Unparteilichkeit*; Gegenstand des Mißtrauens muß also gerade die (tatsächliche oder auch nur vermeintliche) Parteilichkeit, *Befangenheit* dieses Richters sein. Was aber bedeutet nun eigentlich im einzelnen, daß ein Richter „unparteilich“ oder gerade auch „parteilich“, „befangen“ ist?

II. Sichtet man unter dieser speziellen Fragestellung die einschlägige Literatur und Judikatur zur Richterausschließung und Richterablehnung, so zeigt sich, daß die Äußerungen zu dieser Materie überhaupt zwar durchaus reichhaltig sind, daß indessen das zentrale Merkmal, auf dem diese beiden Rechtsinstitute gemeinsam basieren: nämlich der Begriff der „Parteilichkeit“ oder auch „Befangenheit“, ebenso wie sein Widerpart, der Begriff der „Unparteilichkeit“, bisher immer nur partiell, fragmentarisch behandelt worden sind. Überspitzt formuliert, könnte man sagen, daß diese Gesetzesbegriffe zwar allenthalben verwendet werden, jedoch meist nur ungenügend reflektiert.

Dieser Umstand beruht wohl im wesentlichen darauf, daß die genannten Äußerungen, entsprechend der Ausgestaltung des geltenden

¹ Vgl. § 42 II ZPO und § 24 II StPO.

Daß die Ausschließungs- und Ablehnungsgründe an sich qualitativ gleichwertig und die Ausschließungsgründe der Sache nach ebenfalls Verdachtsgründe sind, die lediglich in verfahrensmäßiger Hinsicht gegenüber den „einfachen“ Ablehnungsgründen besonders hervorgehoben sind, kann als allgemeine Auffassung bezeichnet werden; vgl. hierzu, ohne daß die Frage hier im übrigen weiter vertieft werden soll, zur ZPO etwa *Wach*, Handbuch I [1885] § 27.II.3 = S. 336; *Rich. Schmidt*, LB [1906] § 35.V.b) = S. 216 f.; *Wiczorek*, Großkommentar I² [1975] Erl. A.I zu § 42 ZPO; *Stemmler*, NJW 1974, 1545 f. [1545]; zur StPO etwa *John*, Grundzüge [1880] S. 28 sowie StPO I [1884] Erl. 1, 2 zu § 22 StPO = S. 302 ff., 314; *Roxin*, KurzLB § 9 = S. 39. Dazu, daß diese Auffassung bereits in der gemeinrechtlichen Prozeßrechtsliteratur des 19. Jh.s verbreitet war, vgl. *Stübel*, CrimVerfahren I [1811] § 263 = S. 130; *Gesterding*, Ausbeute I [1826] Abh. IV § 7 = S. 85 ff. (104); *v. Linde*, AcP Bd. 20 [1837], 316 ff.

Prozeßrechts, von vornherein auf das komplexe Merkmal der „Besorgnis der Befangenheit“ ausgerichtet sind und den ihm zugrunde liegenden Aspekt der „Unparteilichkeit“ bzw. „Befangenheit“ selbst lediglich in diesem Zusammenhang mit erfassen. Ein solcher Ansatz hat jedoch zur Folge, daß dieser letztere Aspekt oft genug im Bereich des Verschwommenen, Konturenlosen bleibt. Das ist aber eigentlich unvertretbar: denn um den Begriff der „Besorgnis der Befangenheit“ richtig erfassen zu können, bedarf es doch an sich zunächst einmal einer Verständigung darüber, wann und unter welchen Voraussetzungen überhaupt von einer „Befangenheit“ als solcher die Rede sein kann und soll.

III. Sofern in Rechtsprechung und Schrifttum überhaupt versucht wird, das Phänomen der „Befangenheit“ näher zu erfassen, fällt auf, daß es sich hierbei häufig um bloße Umschreibungen mit Hilfe der beiden anderen Ausdrücke „(Un-)Parteilichkeit“ und „(Un-)Voreingenommenheit“ handelt, die letztlich auf eine bloße Tautologie hinauslaufen². Auf der gleichen Linie liegt es auch, daß die Ausdrücke „(un-)voreingenommen“, „(un-)befangen“ und „(un-)parteilich“ wiederholt neben- und miteinander als Begriffspaare verwendet werden, ohne daß dabei eine inhaltliche Differenzierung ersichtlich wäre³. Und auch sonst ist eine Klärung dessen, was eigentlich unter „Befangenheit“ und „Unparteilichkeit“ zu verstehen sein soll, jedenfalls im Sinne einer breiter angelegten theoretischen Fundierung bisher nur recht unvollständig erfolgt. Dies muß um so mehr verwundern, als der Komplex der Richterausschließung und Richterablehnung in den letzten Jahren unter verschiedenen Aspekten bereits mehrfach monographisch behandelt worden ist.

Nachdem die Schrift von *Arzt*, *Der befangene Strafrichter* [1969]⁴ insoweit den Anfang gemacht hat, sind ihr seither gleich mehrere

² Grundlegend in dieser Richtung die *Entsch. des OLG Darmstadt* vom 13. 5. 1901 = *Alsberg*, *Entsch. Bd. 1* (1927) Nr. 69, in der die „Befangenheit“ umschrieben wird als „ein innerer Zustand, eine Stimmung des Richters, die dessen Unparteilichkeit im einzelnen Falle störend beeinflussen kann“ (nicht in dieser Form wörtlich wiedergegeben in *DJZ* 7. Jgg. [1902] S. 227 lfd. Nr. 3).

Vgl. im Anschluß hieran etwa die *Entsch. des BGH* vom 9. 2. 51 = *BGHSt* 1, 34 ff. (LS 2): „... eine innere Haltung“ des Richters, „die dessen Unparteilichkeit störend beeinflussen könnte...“; ähnlich die *Entsch. vom 10. 11. 67* = *BGHSt* 21, 334 ff. (341): „... eine innere Haltung“ des Richters, „die dessen Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen könnte...“.

³ Vgl. etwa aus der *Rspr. des BGH* die *Entsch. v. 4. 6. 56* = *BGHSt* 9, 233 ff. (234) sowie *v. 15. 7. 60* = *BGHSt* 15, 40 ff. (46): „... voreingenommen und befangen...“; *v. 9. 2. 51* = *BGHSt* 1, 34 ff. (38): „... Voreingenommenheit und Parteilichkeit...“; *v. 10. 11. 67* = *BGHSt* 21, 334 ff. (341): „... Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit...“.

⁴ Die folgenden Titel werden hier jeweils nur abgekürzt wiedergegeben; wegen der vollständigen Titel vgl. das Literaturverzeichnis.

Dissertationen gefolgt: zunächst *Ernst*, Die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit [1973]; dann *Hamm*, Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit [1973]; *Schütz*, Die Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern wegen Besorgnis der Befangenheit [1974]; weiter *Stemmler*, Befangenheit im Richteramt [1975]; *Overhoff*, Ausschluß und Ablehnung des Richters [1975]; *Horn*, Der befangene Richter [1977]; *Stadler*, Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz [1977]; und, soweit ersichtlich, zuletzt *Mahne*, Der Befangenheitsantrag im Strafprozeß [1979]. Weil Richterausschließung und Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit letztlich auf dem gleichen gesetzgeberischen Grund basieren, nämlich auf dem Anliegen, eine Abhilfemöglichkeit gegenüber einer befürchteten Befangenheit des jeweiligen Richters zu schaffen⁵, hätte der Gegenstand der jetzigen Untersuchung: die richterliche Unparteilichkeit oder gerade auch Befangenheit, eigentlich zumindest mittelbar, nämlich im Rahmen der „Besorgnis der Befangenheit“, mit im Mittelpunkt jener Erörterungen stehen müssen. Dem ist aber nicht so. Vielmehr hat sich von den genannten Arbeiten allein die Schrift von *Arzt* gerade auch mit dem Komplex der „Befangenheit“ und „Parteilichkeit“ als solcher auseinandergesetzt (worauf übrigens bereits im Untertitel hingewiesen wird „Zugleich eine Kritik an der Beschränkung der Befangenheit auf die Parteilichkeit“). Die vorliegende Untersuchung wird auf die diesbezüglichen Ausführungen von *Arzt* im einzelnen einzugehen und sie zu diskutieren haben.

Mahne weist zwar zunächst mit Recht darauf hin, „das Schicksal eines Befangenheitsantrages“ werde neben der Ausgestaltung des Ablehnungsverfahrens gerade auch „durch die nähere Bestimmung des Befangenheitsbegriffes“ bestimmt (S. 2, ebenso S. 14); in der Folge beschränkt er sich jedoch auf eine Kasuistik der wichtigsten Ablehnungsgründe und arbeitet Vorschläge für ihre gesetzliche Fixierung *de lege ferenda* heraus, während er auf eine Untersuchung der allgemeinen Kriterien von Befangenheit ausdrücklich verzichtet (S. 16).

Speziell mit der Materie der richterlichen Unparteilichkeit selbst scheint sich im übrigen nach ihrer Themenstellung ausdrücklich die (politikwissenschaftlich orientierte) Monographie von *Eisenblätter*, Die Überparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozeß [1976] zu befassen, mit der sich die vorliegende Arbeit deshalb ebenfalls auseinandersetzen müssen⁶.

⁵ Vgl. hierzu die vorstehende Fußn. 1.

⁶ Von ihrem Titel her „Die Befangenheit des Richters im kanonischen Recht“ verspricht eigentlich auch die kürzlich veröffentlichte Dissertation von *Ignacio Pérez de Heredia y Valle* [St. Ottilien 1977] zur katholischen Kirchenrechtsgeschichte einigen Aufschluß für das Thema der vorliegenden Untersuchung. Wie indessen bereits im Untertitel anklingt „Die Entwicklung der Einrede der Befangenheit und der Amtsenthaltung des Richters vom