



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses

Wohlers, Wolfgang

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-50920>
Book Section
Published Version

Originally published at:

Wohlers, Wolfgang (2011). Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses. In: Heinrich, Manfred. Strafrecht als Scientia Universalis : Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Berlin: De Gruyter, 1313-1327.

Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses

WOLFGANG WOHLERS*

I. Einführung in die Problemstellung

Gemäß § 203 StPO beschließt das „für die Hauptverhandlung zuständige Gericht“ (§ 199 Abs. 1 StPO) die Eröffnung des Hauptverfahrens, „wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint“. Das Gericht lässt mit diesem Beschluss „die Anklage zur Hauptverhandlung zu und bezeichnet das Gericht, vor dem die Hauptverhandlung stattfindet“ (§ 207 Abs. 1 StPO). Es kann den in der Anklage bezeichneten Verfahrensgegenstand beschränken und die Tat in rechtlicher Hinsicht abweichend würdigen (§ 207 Abs. 2 StPO), wobei die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, eine den Beschlüssen des Gerichts entsprechende neue Anklageschrift einzureichen (§ 207 Abs. 3 StPO).

Das Gericht muss vom Vorliegen der Prozessvoraussetzungen überzeugt sein und es muss das den Beschuldigten vorgeworfene Verhalten – seine Beweisbarkeit unterstellt – als strafbar einstufen.¹ Weiterhin muss der Beschuldigte der ihm zur Last gelegten Straftat „hinreichend verdächtig“ sein. Dies setzt voraus, dass das erkennende Gericht die Verurteilung unter Berücksichtigung des gesamten Akteninhalts – gegebenenfalls in Verbindung mit den gemäß § 202 StPO im Zwischenverfahren zusätzlich erhobenen Beweisen² – als überwiegend wahrscheinlich einstuft.³ Der Bundesgerichtshof hat diesbezüglich festgehalten:

* Der Verfasser ist mit der Problematik im Rahmen eines Gutachtens befasst gewesen, das er im Rahmen eines beim LG Potsdam geführten Wirtschaftsstrafverfahrens für die Verteidigung erstellt hat.

¹ LR-*Stuckenberg* § 203 Rn. 16 f; *Miehe* FS Grünwald, 1999, 387; *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht § 42 Rn. 8; *Fezer* Strafprozeßrecht 9/86; *Nierwetberg* NStZ 1989, 213.

² *Meyer-Gofßner* § 203 Rn. 1; LR-*Stuckenberg* § 203 Rn. 5; *KK-Schneider* § 203 Rn. 2; *Fezer* Strafprozeßrecht 9/88; *Kühne* Strafprozessrecht Rn. 610.

³ BGH bei *Becker* NStZ-RR 2004, 227; BayObLG NStZ 1983, 123; JR 1999, 81; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 59; KG NStZ-RR 1998, 301; OLG Karlsruhe wistra 1985, 163, 164; 2005, 72, 73; OLG Köln StraFo 1998, 230; OLG Rostock NStZ-RR 1996, 272; OLG

„Mit der Eröffnung des Hauptverfahrens bekundet ein unabhängiges Gericht, daß auf Grund des Ergebnisses der Ermittlungen bei vorläufiger Tatbewertung eine Verurteilung zu erwarten ist.“⁴

„Hinreichender Tatverdacht bedeutet die Feststellung von Tatsachen, die nach praktischer Erfahrung zu einer Verurteilung in einer Hauptverhandlung mit vollgültigen Beweisen führen werden.“⁵

Dass das später erkennende Gericht bereits im Eröffnungsbeschluss das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts bejaht hat, kann bei einem Beschuldigten den Eindruck erwecken, dass er praktisch schon verurteilt ist, und es muss bei ihm den Eindruck erwecken, dass die am Eröffnungsbeschluss beteiligten Richter⁶ mit einem Vorurteil in die Hauptverhandlung gehen. Dies verletzt zwar nicht die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK),⁷ wirft aber die Frage auf, ob Richter, die eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit bejaht haben, noch als unparteiisch angesehen werden können. Der verehrte Jubilar hat sich bereits vor mehr als 35 Jahren dafür ausgesprochen, den erkennenden Richter

„von der Pflicht zum Erlaß des Eröffnungsbeschlusses zu befreien. Was den Richter – wenigstens nach außen hin – als schon vor dem Eintritt in die mündliche Verhandlung gegenüber dem Angeklagten als befangen erscheinen lassen kann, ist nicht die Aktenkenntnis, sondern neben der am Akteninhalt orientierten Verhandlungsführung vor allem der Eröffnungsbeschuß. Denn schon durch diesen Beschluß legt der Richter sich auf einen hinreichenden Tatverdacht, d.h. die überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit, fest. Will man auf diesen Beschluß wegen des Schutzes, den die Möglichkeit einer Eröffnungsablehnung dem Angeklagten immerhin bietet, nicht verzichten, so muß man ihn einem besonderen,

Saarbrücken NStZ-RR 2009, 88; AG Saalfeld StV 2005, 320 mit Anm. *Kühne*; *Meyer-Goßner* § 203 Rn. 2; *KK-Schneider* § 203 Rn. 4; *LR-Graalman-Scheerer* § 170 Rn. 23; *LR-Stucken-berg* § 203 Rn. 12 ff; *SK-StPO-Wohlers* § 170 Rn. 25; *Beulke* Strafprozessrecht Rn. 114, 357; *Fezer* Strafprozeßrecht 9/88; *Kühne* Strafprozessrecht Rn. 610; *Nierwetberg* NStZ 1989, 213; *Miehe* FS Grünwald, 1999, 390; *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht § 42 Rn. 8; a. A. *LR²³-Rieß* § 203 Rn. 12 f; *Kühne* NJW 1979, 622: dringender Tatverdacht am Ende des Ermittlungsverfahrens; *SK-StPO-Paeffgen* § 203 Rn. 11: sehr („hoch“) wahrscheinlich.

⁴ BGHSt 29, 224 (229).

⁵ BGH StV 2001, 579, 580.

⁶ Der zuständige Spruchkörper entscheidet in der Besetzung, die für Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung vorgesehen ist, also ohne Mitwirkung etwaiger Laienrichter, vgl. nur *SK-StPO-Paeffgen* § 199 Rn. 15.

⁷ Vgl. aber – mit dem Hinweis auf eine „institutionelle Gefährdung der Unschuldsvermutung“ – *Kühne* Strafprozessrecht Rn. 622.1; *Köster* Die Rechtsvermutung der Unschuld, Diss. Bonn 1979, S. 178 ff; *Loritz* Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, 1996, S. 58 ff.

vom erkennenden Gericht unabhängigen Eröffnungsrichter übertragen, wie es der Gesetzgeber schon im Jahre 1964 tun wollte, dann aber wegen der dafür erforderlichen Vergrößerung des Personalbestandes doch unterlassen hat.“⁸

Dieser Standpunkt, den *Roxin* bis heute beibehalten hat,⁹ kann durch eine Einbeziehung der Vorgaben der EMRK nochmals gestärkt werden. Eine Analyse der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR belegt, dass die einschlägigen Regelungen des deutschen Strafprozessrechts den Anforderungen nicht entsprechen, die sich aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ergeben.¹⁰

II. Die EMRK-Kompatibilität des Zwischenverfahrens

In der Literatur ist immer schon die Auffassung vertreten worden, dass die am Erlass des Eröffnungsbeschlusses beteiligten Richter als voreingenommen einzustufen sind,¹¹ was dann zur Forderung nach einer Trennung von Eröffnungsgericht und erkennendem Gericht geführt hat.¹² Die in Rechtsprechung¹³ und Literatur vorherrschend vertretene Auffassung¹⁴ geht aber dahin, dass der Erlass des Eröffnungsbeschlusses keine durchgreifenden Zweifel an der Unparteilichkeit der an dieser Entscheidung beteiligten Richter begründet. Das BVerfG hat diesen Standpunkt mit der Erwägung begründet, das deutsche Verfahrensrecht werde seit jeher von der Auffassung beherrscht, „dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet habe“.¹⁵

⁸ *Roxin* in: Lüttger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, 1975, S. 61 f.

⁹ *Roxin* Strafverfahrensrecht²⁵ § 40 Rn. 3; vgl. auch *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht § 42 Rn. 3.

¹⁰ So auch bereits IntKomm-EMRK-*Kühne* Art. 6 Rn. 312.

¹¹ *Loritz* (Fn. 7) S. 51 ff; *Kanka* DRIZ 1963, 148 f; *Roesen* NJW 1959, 1861; *Eb. Schmidt* NJW 1969, 1144; *Schmidt-Leichner* AnwBl. 1961, 32 f; vgl. auch *Kühne* Strafprozessrecht Rn. 622.2; *Schünemann* GA 1978, 172 f; *Sessar* ZStW 92 (1980), 712; *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht § 42 Rn. 3; vgl. auch die Darstellung der Auseinandersetzung im Gesetzgebungsverfahren zur RStPO bei *Ernst* Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, 1986, S. 112 ff, sowie die Nachweise der älteren Literatur, S. 116 ff.

¹² Vgl. die Darstellung bei *Ernst* (Fn. 11) S. 130 ff.

¹³ BVerfGE 30, 149 (157); RGSt 62, 299 (302); BGHSt 9, 233 (234 f).

¹⁴ *Eb. Schmidt* NJW 1963, 1081 f (mit einer Differenzierung zwischen Berufs- und Laienrichtern); *Schorf* JR 1959, 333; *Germann* NJW 1960, 759; *Heinitz* JR 1961, 244; vgl. auch Stellungnahme des Deutschen Richterbundes DRiZ 1963, 115 f; sowie LR-*Stuckenberg* Vor § 198 Rn. 19 ff.

¹⁵ BVerfGE 30, 149 (153).

III. Die Vorgaben der EMRK

1. Tatsächliche Befangenheit vs. Anschein der Befangenheit

In der – vornehmlich älteren – Literatur ist der Standpunkt der h. M. häufig mit der Erwägung begründet worden, eine Befangenheit infolge Vorbe-fassung als Eröffnungsrichter sei nicht belegt.¹⁶ Geradezu paradigmatisch kommt dieser Standpunkt in einer Stellungnahme des Deutschen Richter-bundes aus dem Jahre 1963 zum Ausdruck, in welcher sich der Richterbund zum Vorschlag einer Trennung von eröffnendem und erkennendem Gericht wie folgt äußert:

„Grundlage des Trennungsvorschlages ist die Befangenheitsthese: Wenn der Richter das Hauptverfahren eröffnet habe, sei er notwendigerweise befangen und beginne die Hauptverhandlung mit einem Vorurteil über die Schuld des Angeklagten. Diese Vorstellung ist falsch. Das Bild vom er-kennenden Richter, der ... ein Gefangener seiner Vorurteile sei und von ihnen verleitet werde, die Beweise einseitig zu erheben und dadurch die Verteidigung des Angeklagten zu beeinträchtigen, ist eine grobe Entstel-lung der Wirklichkeit ... Weil dem Richter die Haltung des ständigen Vorbehalts tagtäglich abverlangt wird und abverlangt werden muß, läuft es auf eine unverdiente Diffamierung hinaus, ihm die Fähigkeit zu dieser Haltung gerade für den Fall abzusprechen, daß er den Eröffnungsbeschuß erlassen hat.“¹⁷

Hierzu ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass es im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht darauf ankommt, ob ein Richter nach Erlass des Eröff-nungsbeschlusses tatsächlich voreingenommen ist; entscheidend – aber auch ausreichend – ist, ob aufgrund der Mitwirkung am Erlass des Eröff-nungsbeschlusses objektiv berechnete Zweifel an der Unvoreingenommen-heit bestehen können. Gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK muss über eine strafrechtliche Anklage „von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren“ verhandelt werden, wobei die Unparteilichkeit des Gerichts nach der Rechtsprechung des EGMR sowohl unter subjektiven als auch unter objektiven Gesichtspunkten zu prüfen ist: Unter subjektiven Gesichtspunkten ist die Unparteilichkeit zu verneinen, wenn ein Richter durch sein konkretes Verhalten deutlich ge-macht hat, dass er der Sache nicht (mehr) unvoreingenommen gegenüber steht.¹⁸ Darüber hinaus ist aber auch noch zu prüfen, ob ungeachtet des

¹⁶ Vgl. LR²⁴-Rieß Vor § 198 Rn. 19.

¹⁷ Deutscher Richterbund DRiZ 1963, 115.

¹⁸ SK-StPO-Paeflgen Art. 6 EMRK Rn. 60; Grabenwarter Europäische Menschenrechts-konvention § 24 Rn. 42 ff; IntKomm-EMRK-Kühne Art. 6 Rn. 313 f.

konkreten Verhaltens des Richters berechnete Zweifel an seiner Unparteilichkeit bestehen,¹⁹ wobei sich die Zweifel aus sonstigen Umständen, insbesondere auch aus einer Vorbefassung ergeben können.²⁰ Ob derartige Umstände vorliegen, ist nicht aus der individuellen Sicht des jeweils betroffenen Beschuldigten zu entscheiden; entscheidend ist, ob die Zweifel objektiv begründet sind.²¹

Dass sich eine Voreingenommenheit der am Erlass des Eröffnungsbeschlusses beteiligten Richter empirisch nicht belegen lässt,²² ist vor diesem Hintergrund ersichtlich irrelevant. Es kommt nicht darauf an, ob der Richter, der am Erlass des Eröffnungsbeschlusses mitgewirkt hat, tatsächlich befangen ist; es reicht aus, dass Umstände vorliegen, die bei einem vernünftigen Dritten Zweifel an seiner Unparteilichkeit wecken können.

Irrelevant ist schließlich auch der – insbesondere im älteren Schrifttum²³ – vertretene Ansatz, dass man auf die Unvoreingenommenheit der Richter trotz Vorbefassung vertrauen dürfe bzw. müsse. Die EMRK gewährleistet Ansprüche, die effektiv und real umzusetzen sind.²⁴ Der bloße Verweis auf ein normatives Richterbild genügt dem nicht. Hinzu kommt, dass der Einfluss einmal vorgenommener Entscheidungen auf das weitere Verhalten von Richtern durch verschiedene empirische Studien belegt ist.²⁵ Entscheidend ist, ob objektiv begründete Zweifel an der Unparteilichkeit der an der Eröffnungsentscheidung mitwirkenden Richter bestehen.

¹⁹ EGMR vom 24.5.1989, *Hauschildt vs. Dänemark*, § 50; EGMR vom 24.2.1993, *Fey vs. Austria*, § 30; EGMR vom 22.4.1994, *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, § 35; EGMR vom 28.19.1998, *Castillo Algar vs. Spain*, § 46; EGMR vom 25.7.2002, *Perote Pellon vs. Spain*, § 43; w. N. bei *Frowein/Peukert* EMRK-Kommentar Art. 6 Rn. 216 ff; sowie *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rn. 45 f.

²⁰ SK-StPO-Paeffgen Art. 6 EMRK Rn. 58; *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rn. 46.

²¹ *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rn. 45; LR-Gollwitzer Art. 6 MRK Rn. 54a.

²² So z. B. LR²⁴-Rieß Vor § 198 Rn. 19.

²³ So insbesondere der Deutsche Richterbund DRiZ 1963, 115; vgl. auch *Eb. Schmidt* NJW 1963, 1081 ff; LR²³-Meyer-Goßner Vor § 198 Rn. 14; w. N. bei *Ernst* (Fn. 11) S. 103 ff.

²⁴ EGMR vom 13.5.1980, *Artico vs. Italien*, § 33.

²⁵ Vgl. – mit Verweis auf die sog. Urteils-Persevanz und den Inertia-Effekt – SK-StPO-Paeffgen Art. 6 EMRK Rn. 54; LR-Stuckenberg Vor § 198 Rn. 20; *Kühne* Strafprozessrecht Rn. 622.1; *Loritz* (Fn. 7) S. 56 f; *Schünemann* GA 1978, 172; *ders.* FS Pfeiffer, 1988, 477; *ders.* StV 2000, 160 ff; vgl. auch *Ernst* (Fn. 11) S. 92 ff sowie 120 ff; relativierend *Gössel* FS Meyer-Goßner, 2001, 188 ff.

2. Unparteilichkeit infolge Vorbefassung

Entscheidend ist, ob berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit eines Richters gegeben sind, wenn dieser im Rahmen der Eröffnungsentscheidung das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts bejaht hat. Das BVerfG hat es nicht als verfassungswidrig eingestuft, dass der Eröffnungsrichter nicht per se von einer weiteren Mitwirkung als erkennender Richter ausgeschlossen ist:

„Dem verfassungsrechtlichen Gebot, die Neutralität und Distanz des Richters zu sichern, kann auch weiterhin dadurch Rechnung getragen werden, dass der Gesetzgeber statt des Ausschlusses kraft Gesetzes das Ablehnungsverfahren vorsieht, in dem die Unparteilichkeit des Richters im Einzelfall einer Nachprüfung unterliegt.“²⁶

Damit ist dann aber auch für die Senatsmehrheit nicht ausgeschlossen, dass die Vorbefassung als Eröffnungsrichter ein Problem begründen kann. Noch deutlicher heißt es hierzu in dem gemeinsamen Sondervotum der Richter *Leibholz, Geiger* und *Rinck*:

„Gemeinsam ist diesen Bestimmungen [= den Regelungen der deutschen StPO, welche die Ausschließung infolge Vorbefassung regeln], dass ein Richter, der schon einmal in einer Sache tätig gewesen ist, nicht noch einmal in derselben Sache mitwirken soll. Demgegenüber erscheint die heute kraft Gesetzes noch mögliche Mitwirkung des Eröffnungsrichters im Hauptverfahren eher als eine Ausnahme, über deren innere Berechtigung in Zukunft der Gesetzgeber zu befinden haben wird.“²⁷

Der EGMR hat sich bisher nicht zur Rechtslage in Deutschland äußern müssen. Seine Rechtsprechung zur Unvereinbarkeit der weiteren Mitwirkung eines Richters aufgrund von Vorbefassung begründet aber gewichtige Zweifel daran, dass er die Regelung der §§ 199, 203, 207 StPO mit den Vorgaben der EMRK vereinbar ist.

3. Kriterien des EGMR zur Beurteilung der Unparteilichkeit aufgrund von Vorbefassung

Nach der Rechtsprechung des EGMR kann der Umstand, dass ein Richter des erkennenden Gerichts bereits zu einem früheren Zeitpunkt des Verfahrens in richterlicher Funktion mit der in Frage stehenden Sache befasst war, berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit begründen. Die Vorbefassung

²⁶ BVerfGE 30, 149 (154).

²⁷ BVerfGE 30, 157 (160).

löst allerdings nicht per se berechtigte Zweifel aus, sondern nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen.

Die grundlegende Leitentscheidung des EGMR zur Unparteilichkeit infolge Vorbefassung ist der Fall *Hauschildt vs. Dänemark* vom 24. Mai 1989.²⁸ In diesem Fall ging es um die Frage, ob ein Mitglied des erkennenden Gerichts wegen einer Mitwirkung an Entscheidungen über die Anordnung und Fortdauer der Untersuchungshaft als befangen anzusehen war. Der Gerichtshof hält fest, dass die Mitwirkung an derartigen Entscheidungen nicht per se die Besorgnis der Befangenheit begründet (§§ 49 f). Anders liege es aber dann, wenn besondere Umstände vorliegen, was der Gerichtshof im konkreten Fall bejaht, weil sich die Richter bei den Haftentscheidungen auf eine Bestimmung des dänischen Strafprozessrechts gestützt hatten, die verlangt, dass sich der Richter versichert hat, dass *besonders begründete Verdachtsmomente (particularly confirmed suspicion)* dafür bestehen, dass der Angeschuldigte die ihm zur Last gelegten Taten begangen hat (§ 52):

„This wording has been officially explained as meaning that the judge has to be convinced that there is ‚a very high degree of clarity‘ as to the question of guilt ... Thus the difference between the issue the judge has to settle when applying this section and the issue he will have to settle when giving judgment at the trial becomes tenuous. The Court is therefore of the view that in the circumstances of the case the impartiality of the said tribunals was capable of appearing to be open to doubt and that the applicant’s fears in this respect can be considered objectively justified.“

Der EGMR hat die Aussagen der Leitentscheidung *Hauschildt vs. Dänemark* in verschiedenen nachfolgenden Entscheidungen bestätigt. In diesen wird durchgehend betont, dass die Frage, ob berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit eines Richters bestehen, von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles abhängig ist²⁹ und der Umstand allein, dass ein Richter in den Verfahrensstadien vor Anklageerhebung an sog. *pre-trial decisions* beteiligt war, begründet für sich gesehen allerdings noch keine berechtigten Zweifel an seiner Unparteilichkeit.³⁰ Entscheidend sei stets „the extent and nature of the pre-trial measures taken by the judge“.³¹ Keine berechtigten

²⁸ Deutsche Übersetzung: EuGRZ 1993, 122 ff.

²⁹ EGMR vom 24.2.1993, *Fey vs. Österreich*, § 30; EGMR vom 6.6.2000, *Morel vs. Frankreich*, § 44; EGMR vom 25.7.2002, *Perote Pellon vs. Spanien*, § 47.

³⁰ EGMR vom 24.5.1989, *Hauschildt vs. Dänemark*, § 50; EGMR vom 24.2.1993, *Fey vs. Österreich*, § 30; EGMR vom 22.4.1994, *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, § 35; EGMR vom 6.6.2000, *Morel vs. Frankreich*, § 45; EGMR vom 31.7.2007, *Ekeberg vs. Norwegen*, § 34.

³¹ EGMR vom 24.2.1993, *Fey vs. Österreich*, § 30; EGMR vom 31.7.2007, *Ekeberg vs. Norwegen*, § 34; vgl. auch EGMR vom 22.4.1994, *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, § 35: „what matters is the scope and nature of these decisions“.

Zweifel an der Unparteilichkeit begründet es, dass ein Richter aufgrund seiner Vorbefassung über eine detaillierte Kenntnis des Verfahrensgegenstandes verfügt³² und/oder der Richter bei den pre-trial decisions die zum damaligen Zeitpunkt vorhandenen Erkenntnisse würdigen musste.³³

Ein wichtiges Kriterium ist, ob der Richter durch seine vorhergehenden Entscheidungen „displayed any bias regarding the decision“³⁴, die er als erkennender Richter zu fällen hat. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Fragen, mit denen sich der Richter zu beschäftigen hat, die gleichen waren wie die, welche er später zu beurteilen hat.³⁵ In der Entscheidung *Bulut vs. Österreich* war es für den Gerichtshof entscheidend, dass der betroffene Richter nicht darüber zu entscheiden hatte

„whether the accused should be brought to trial. In fact, it has not been established that he had to take any procedural decisions at all. His role was limited in time and consisted of questioning two witnesses. It did not entail any assessment of the evidence by him nor did it require him to reach any kind of conclusion as to the applicant’s involvement.“³⁶

Keine berechtigten Zweifel hat der Gerichtshof des Weiteren in Fällen gesehen, in denen Richter des erkennenden Gerichts zuvor Haftentscheidungen getroffen haben,³⁷ wenn diese Haftentscheidungen auf einer Tatsachengrundlage aufbauten, die von den Beschuldigten nicht bestritten wurde und bei denen es allein darum ging

„to establish whether prima facie the police suspicions had some substance and gave grounds for fearing that there was a risk of the accused’s absconding“.³⁸

Für den Gerichtshof war entscheidend, dass die Fragen, die der Haftrichter zu entscheiden hatte,

„were not the same as those which were decisive for his final judgment. In finding that there were ‚serious indications‘ against the applicant his task was only to ascertain summarily that the prosecution had prima facie grounds for the charge against the applicant. The charge had, moreover,

³² EGMR vom 6.6.2000, *Morel vs. Frankreich*, § 45, EGMR vom 22.4.1994, *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, § 38.

³³ EGMR vom 6.6.2000, *Morel vs. Frankreich*, § 45.

³⁴ EGMR vom 6.6.2000, *Morel vs. Frankreich*, § 47.

³⁵ Vgl. EGMR vom 6.6.2000, *Morel vs. Frankreich*, § 47 f, bezogen auf einen Fall, bei dem ein Richter zunächst als „insolvency judge“ und später am „Commercial Court“ tätig war.

³⁶ EGMR vom 23.1.1996, *Bulut vs. Österreich*, § 34.

³⁷ Vgl. EGMR vom 24.8.1993, *Nortier vs. Niederlande*, §§ 33 ff.

³⁸ Vgl. EGMR vom 16.12.1992, *Sainte-Marie vs. Frankreich*, § 33.

been admitted by the applicant and had already at that stage been supported by further evidence.“³⁹

Anders liegt es dann, wenn der Haftrichter – wie im Fall *Hauschild vs. Dänemark* und wie im parallel gelagerten Fall *Ekeberg vs. Norwegen*⁴⁰ – im Rahmen der Haftentscheidung nicht nur einen einfachen, sondern einen qualifizierten Tatverdacht (particular confirmed suspicion) zu prüfen und zu bejahen hatte.

Von besonderer Bedeutung sind im vorliegenden Zusammenhang drei Entscheidungen, von denen eine gegen Portugal und zwei gegen Spanien ergangen sind, und in denen es um die Frage der Vorbefassung infolge von Entscheidungen ging, mit denen am Anfang der Untersuchung das Vorliegen genügend tatsächlicher Anhaltspunkte für die Eröffnung des Untersuchungsverfahrens bejaht wurde.

In einer Entscheidung vom 22.4.1994, *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, hat der Gerichtshof zunächst darauf hingewiesen, dass die Entscheidung, das Untersuchungsverfahren zu eröffnen, sich von der Entscheidung des erkennenden Gerichts in mehrfacher Hinsicht unterscheidet (§ 37):

„Like the Government, the Court accepts that this intermediate decision is not equivalent to a committal for trial. Under the Portuguese law applicable at the time, the judge in charge of the case, when issuing the despacho, was determining whether the file, including the prosecution’s charges, amounted to a prima facie case such as to justify making an individual go through the ordeal of a trial. The issues which the judge has to settle when taking this decision are consequently not the same as those which are decisive for his final judgment.“

Von besonderer Bedeutung war für den Gerichtshof, dass sich die Funktion des Richters darauf beschränkte (§ 38),

„to satisfy himself not that there was a ‚particularly confirmed suspicion‘ (see the Hauschildt judgment ...) but that there was prima facie evidence ... Nor can ... [the] preliminary assessment of the available evidence be regarded as a formal finding of guilt. That was made only in the judgment of 20 May 1987, on the basis of the evidence adduced and tested orally at 263 sittings and which led the division presided over by Mr Salvado to convict the applicant.“

Zu einem anderen Ergebnis ist der Gerichtshof in den beiden Fällen gegen Spanien gekommen. Im spanischen (Militärstraf-)Recht hat der Untersu-

³⁹ EGMR vom 24.8.1993, *Nortier vs. Niederlande*, § 35.

⁴⁰ Vgl. EGMR vom 31.7.2007, *Ekeberg vs. Norwegen*, §§ 36 ff = forumpoenale 2008, 248 mit Anm. *Ryser*.

chungsrichter das Verfahren mit einem *auto de procesamiento* an das Militärgericht zu verweisen, das dann über die Berechtigung des Vorwurfs zu entscheiden hat. Der *auto de procesamiento* kann von der beschuldigten Person angegriffen werden. Im Fall *Castillo Algar vs. Spanien*, waren zwei der Richter des Militärgerichts an der Entscheidung beteiligt gewesen, mit der das Rechtsmittel gegen den *auto de procesamiento* verworfen worden war. Der Gerichtshof kommt in seiner Entscheidung vom 28.10.1998 zu dem Ergebnis, dass berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit des erkennenden Gerichts bestanden. Ausschlaggebend hierfür war, dass das Rechtsmittelgericht sich dahingehend geäußert hatte, dass

„there was sufficient evidence to allow of the conclusion that a military offence ha[d] been committed, ... and insufficient grounds for setting aside [the *auto de procesamiento*] and disregarding the prima facie evidence of the commission of an offence ... on which [the order] had been based‘ ... [T]he wording used by the chamber of the Central Military Court that heard the appeal against the *auto de procesamiento* ... could easily be taken to mean that it finally adopted the view taken by the Supreme Court in its judgment of 20 January 1992 that ,there was sufficient evidence to allow of the conclusion that a military offence ha[d] been committed““ (§ 48).

In einem weiteren Fall (*Perote Pellon vs. Spanien* vom 25.7.2002) kam der Gerichtshof ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Vorbefassung des Vorsitzenden und des Berichterstatters des erkennenden Gerichts berechtigte Zweifel an deren Unparteilichkeit begründet hatte (§§ 51 f). Auch in diesem Fall hatte der Untersuchungsrichter das Verfahren gegen den Beschuldigten eröffnet. Auf sein Rechtsmittel hin modifizierte das Rechtsmittelgericht unter Mitwirkung der später als Mitglieder des erkennenden Gerichts tätigen Richter den Tatvorwurf und hielt fest, dass aufgrund zahlreicher gewichtiger und eindeutiger Indizien davon auszugehen sei, dass der Beschuldigte sich an einem Delikt beteiligt habe (§ 48). Der Verweis der Regierung auf den provisorischen Charakter dieser Entscheidung (§ 49) überzeugte den Gerichtshof nicht, wobei von Bedeutung war, dass das Militärtribunal – wiederum unter Mitwirkung des späteren Vorsitzenden und des Berichterstatters des erkennenden Gerichts – die Haftverlängerung ausgesprochen und sich auch in diesem Zusammenhang auf das Vorliegen gewichtiger Indizien gestützt hatte (§ 50).

Eine Vorbefassung durch die Mitwirkung an pre trial decisions ist nach alledem dann problematisch, wenn der Richter bei seinen früheren Entscheidungen mit den gleichen Fragen befasst war, die er auch als erkennender Richter zu beantworten hat und/oder er sich bei seinen früheren Entscheidungen in einem solchen Maß festgelegt hat, dass auch aus objektiver

Sicht berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit bestehen, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die dem Richter abverlangte Verdachtsprüfung nicht nur eine Schlüssigkeitsprüfung beinhaltet, sondern einer Schuld feststellung nahe kommt.⁴¹

4. Anwendung auf den Eröffnungsbeschluss

a) Parallelität mit der Entscheidung des erkennenden Gerichts

Gemäß § 261 StPO hat das erkennende Gericht nach Durchführung der Hauptverhandlung aus dem Inbegriff der erfolgten Beweisaufnahme heraus über die Schuld oder Unschuld des Beschuldigten zu entscheiden. Mit dem Eröffnungsbeschluss lässt das Gericht die Anklage zum Hauptverfahren zu (§ 207 Abs. 1 StPO). Trotz dieser missverständlichen Formulierung handelt es sich der Sache nach eindeutig um eine Entscheidung des Gerichts.⁴² Dies gilt nicht nur, aber insbesondere dann, wenn das Gericht mit dem Eröffnungsbeschluss die Anklage in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht abändert (vgl. § 207 Abs. 2 StPO).⁴³ Die Zulassung der Anklage ist der Sache nach nichts anderes als eine Anklageerhebung: Der Maßstab des Gerichts bei der Eröffnungsentscheidung entspricht dem der Staatsanwaltschaft bei der Anklageerhebung⁴⁴ und das Gericht entscheidet über den tatsächlichen Umfang des Verfahrensgegenstandes und dessen rechtliche Würdigung. Dass der Staatsanwalt gegebenenfalls eine neue abgeänderte Anklageschrift einzureichen hat (§ 207 Abs. 3 StPO), kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass es letztlich um eine Entscheidung des eröffnenden Gerichts geht, die von der Staatsanwaltschaft nur noch umgesetzt wird. Dass der Gesetzgeber im Zuge der Strafprozessreform 1964 den Wortlaut der einschlägigen Normen dahingehend abgeändert hat, dass sich das eröffnende Gericht – vordergründig – darauf beschränkt, die Anklage der Staatsanwaltschaft zur Hauptverhandlung zuzulassen, ist im Schrifttum zu Recht als „Etikettenschwindel“ bezeichnet worden.⁴⁵

Bevor das Gericht den Eröffnungsbeschluss erlässt, hat es das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts zu bejahen und es hat – unterstellt, die

⁴¹ Vgl. *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rn. 46; vgl. auch EMRK/GG Konkordanzkommentar- *Grabenwarter/Pabel*, Kap. 14 Rn. 58; *Frowein/Peuckert* EMRK-Kommentar Art. 6 Rn. 227 f; *Ryser* forumpoenale 2008, 261.

⁴² *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht § 42 Rn. 3; *Eb. Schmidt* Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I, Rn. 161 Fn. 285; *ders.* Lehrkommentar, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (StPO) Vor § 198 Rn. 3.

⁴³ Vgl. LR²⁵-*Rieß* Vor § 198 Rn. 14.

⁴⁴ Vgl. SK-StPO-*Wohlers* § 170 Rn. 25.

⁴⁵ So ausdrücklich *Schmidt-Leichner* AnwBl. 1961, 33; vgl. auch *Göbel* MDR 1962, 437 f; *Eb. Schmidt* NJW 1963, 1082; SK-StPO-*Paeffgen* Vor § 198 Rn. 6 m. w. N.

Vorwürfe lassen sich beweisen – die Strafbarkeit des dem Beschuldigten zur Last gelegten Verhaltens zu bejahen. Dies sind exakt die Fragen, die auch das erkennende Gericht zu prüfen und zu bejahen hat, wenn es den Angeklagten verurteilen will. Die vom eröffnenden Gericht vorzunehmende Prüfung entspricht also der Prüfung, die das erkennende Gericht bei der Urteilsfällung vorzunehmen hat. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Prüfung nach Aktenlage erfolgt, während das erkennende Gericht im deutschen Strafverfahren allein nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung zu entscheiden hat (§ 261 StPO). Damit steht die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde liegende Beurteilung zwar unter dem Vorbehalt, dass sich in der Hauptverhandlung etwas anderes herausstellen kann.⁴⁶ In diesem Zusammenhang ist aber darauf zu verweisen, dass Freisprüche in der Verfahrenswirklichkeit nur ausnahmsweise vorkommen. Aktenlage und Ergebnis der Hauptverhandlung sind aber nicht nur im Regelfall weitgehend deckungsgleich, sondern können sich in Einzelfällen sogar vollständig entsprechen, wenn z. B. das Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO mit dem Verzicht der Verfahrensbeteiligten auf die Vernehmung von Zeugen (§§ 251 ff StPO) kombiniert wird: In diesen Fällen ergeht auch nach Durchführung einer Hauptverhandlung ein Urteil *nach Aktenlage*.

b) Das Ausmaß der Festlegung durch den Eröffnungsbeschluss

Der Erlass eines Eröffnungsbeschlusses setzt unter anderem voraus, dass das Gericht einen hinreichenden Tatverdacht bejaht. Der hinreichende Tatverdacht soll nach h. M. keinen gleich hohen Grad an Überzeugung von der Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung voraussetzen wie der – z. B. für den Erlass eines Haftbefehls erforderliche – dringende Tatverdacht.⁴⁷ Ausgehend von der These, dass sich die Verdachtsgrade des einfachen, des hinreichenden und des dringenden Verdachts durch die Stärke des Tatverdachts unterscheiden, hat beispielsweise der Deutsche Richterbund argumentiert, dass dann, wenn schon der Erlass des Eröffnungsbeschlusses die Unparteilichkeit des Richters in Frage stellen würde, dies erst recht auch für Haftentscheidungen gelten müsse.⁴⁸ Dieser Versuch eines argumentum ad absurdum geht aber fehl, weil er auf einer falschen Prämisse aufbaut: Der hinreichende und der dringende Tatverdacht unterscheiden sich nicht durch die Stärke des Tatverdachts, sondern allein durch die Tatsachenbasis, auf

⁴⁶ Mieke FS Grünwald, 1999, 387.

⁴⁷ Vgl. nur Meyer-Goßner § 203 Rn. 2.

⁴⁸ Deutscher Richterbund DRiZ 1963, 115, 116.

der dieser Tatverdacht aufbaut.⁴⁹ Der hinreichende Tatverdacht muss stets auf einem abgeschlossenen Ermittlungsverfahren aufbauen, während der dringende Tatverdacht auch auf einer nur dünnen und lückenhaften Tatsachengrundlage aufbauen kann und manchmal – insbesondere am Anfang des Ermittlungsverfahrens – auch aufbauen muss. *Kühne* hat dies zutreffend wie folgt umschrieben:

„Der hinreichende Tatverdacht nach § 203 „unterscheidet sich vom dringenden Tatverdacht nur durch seine Position am Ende des Ermittlungsverfahrens. Deshalb darf er nur bejaht werden, wenn alle zur Aufklärung erforderlichen Ermittlungen angestellt worden sind. Kein Beweismittel darf im Vertrauen auf die folgende Hauptverhandlung beiseitegelassen worden sein. Sind die Ermittlungen derart vollständig, müssen sie mit dem Ausmaß an Überzufälligkeit die Erwartung einer Verurteilung tragen, mit dem der dringende Tatverdacht begründet wird.“⁵⁰

Und der BGH hat zur Unterscheidung der beiden Verdachtsarten ausgeführt:

„Der dringende Verdacht bezeichnet zwar einen vergleichsweise höheren Grad an Wahrscheinlichkeit. Der hinreichende Verdacht beruht aber – anders als jener – seinem Begriff nach auf einer Ausschöpfung aller wesentlichen Aufklärungsmöglichkeiten und Erkenntnisquellen. Was ihm an Stärke abgeht, wird aufgewogen durch die Vollständigkeit seiner Beweis- und Tatsachengrundlage, so wie umgekehrt der höhere Verdachtsgrad des dringenden Tatverdachts die bei fehlender Anklagereife noch verbleibende Unbestimmtheit ausgleichen kann.“⁵¹

Wenn aber für den Erlass des Eröffnungsbeschlusses nicht nur eine summarische bzw. Schlüssigkeitsprüfung erforderlich ist, sondern eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage nach Abschluss des vollständigen Vorverfahrens zu erfolgen hat, kann man nicht ernsthaft die Auffassung vertreten, die Prüfung durch das eröffnende Gericht beschränke sich auf eine prima facie Prüfung im Sinne der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁵² Die Prüfung geht weit über die Prüfung hinaus, die der

⁴⁹ SK-StPO-Wohlers § 170 Rn. 25; *Kühne* StV 2005, 321; *Steinberg* JZ 2006, 1048; *Schulz*, Normiertes Misstrauen, 2001, S. 613 ff.

⁵⁰ *Kühne* NJW 1979, 622.

⁵¹ BGHSt 36, 133 (136); vgl. auch SK-StPO-Wohlers § 138a Rn. 9 m. w. N.: Während ein dringender Tatverdacht auch dann gegeben sein kann, wenn die Ermittlungen noch nicht zur Anklagereife gediehen sind, kann ein hinreichender Tatverdacht nur auf der Basis eines anklagereif ausermittelten Sachverhalts angenommen werden.

⁵² So aber SK-StPO-Paefßen Art. 6 EMRK Rn. 58 a. E.: die Prüfung, die im deutschen Zwischenverfahren stattzufinden habe, sei als eine summarische Schlüssigkeitsprüfung ein-

EGMR in den Fällen *Castillo Algar vs. Spanien* und *Perote Pellon vs. Spanien* als unvereinbar mit den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK eingestuft hat.

Der von der h. M. betonte weitere Umstand, dass der Erlass des Eröffnungsbeschlusses angeblich nur eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit verlangt, wird schon dadurch relativiert, dass eine Verurteilung durch das erkennende Gericht nicht den Ausschluss jeglichen Zweifels voraussetzt, sondern es genügen lässt, dass ein Maß an Sicherheit vorliegt, das „vernünftige Zweifel nicht mehr zulässt“.⁵³ Entscheidend ist aber, dass diese – verbale – Differenzierung in der Verfahrenswirklichkeit kein Abbild hat, was sich daran zeigt, dass die Freispruchquote verschwindend gering ist.⁵⁴ Tatsächlich deutet die sehr kleine Zahl an Freisprüchen darauf hin, dass sich die Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über die Anklageerhebung und auch das Gericht bei der Eröffnung des Hauptverfahrens intuitiv einen deutlich strengeren Maßstab anlegen, als dies die Formel von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Verurteilung zu suggerieren versucht.⁵⁵ Angesichts einer Freispruchquote, die seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts mit immer noch sinkender Tendenz stets unter 10 % liegt,⁵⁶ kann und muss ein Beschuldigter nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses davon ausgehen, dass ein Freispruch praktisch ausgeschlossen ist.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Das eröffnende Gericht bestimmt mit dem Eröffnungsbeschluss den tatsächlichen Umfang des Verfahrensgegenstandes und dessen rechtliche Würdigung. Weiterhin bejaht es die Strafbarkeit des dem Beschuldigten vorgeworfenen Verhaltens und bringt zum Ausdruck, dass es ihn – vorbehaltlich dessen, dass die in der Hauptverhandlung gegebenenfalls erfolgten Beweiserhebungen die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nicht falsifizieren – verurteilen wird. Vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse muss festgehalten werden, dass

zustufen; vgl. auch *Esser* Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 585: Der Prüfungsmaßstab des hinreichenden Tatverdachts entspreche dem, was der EGMR noch als „prima facie case“ bezeichnet; anders soll es auch nach *Esser* dann liegen, wenn im Zwischenverfahren Ermittlungen vorgenommen werden.

⁵³ *Meyer-Göbner* § 261 Rn. 2 m. w. N.

⁵⁴ SK-StPO-Paeffgen § 203 Rn. 11.

⁵⁵ So auch KK-Schneider § 203 Rn. 4; LR-Stuckenbergh § 203 Rn 12; SK-StPO-Paeffgen § 203 Rn 11.

⁵⁶ Vgl. die Angaben bei *Rieß* DRiZ 1982, 211.

- das eröffnende Gericht mit exakt den gleichen Fragen befasst ist, mit denen sich auch das erkennende Gericht zu befassen hat;
- sich das Gericht bei Erlass des Eröffnungsbeschlusses nicht auf eine prima-facie Prüfung des Anklagevorwurfs beschränkt, sondern unter Berücksichtigung der im Vorverfahren vollständig erhobenen Beweise zu dem Ergebnis kommt, dass eine Verurteilung des Beschuldigten zu erwarten ist. Dies ist eine Verdachtsprüfung, die einer Schuldfeststellung nahe kommt.

Konsequenterweise muss man davon ausgehen, dass der Beschuldigte im Sinne der Rechtsprechung des EGMR berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit der Richter hegen kann, die an der Eröffnungsentscheidung mitgewirkt haben. Dieser Befund eröffnet nun zwei Handlungsoptionen: Eine Option besteht darin, der schon bei Schaffung der Reichsstrafprozessordnung und seither im Schrifttum immer wieder einmal erhobenen Forderung nach einer Trennung des eröffnenden vom erkennenden Gericht nachzugeben. Soweit man den damit verbundenen erhöhten Personalaufwand scheut – was historisch gesehen das tragende Argument gegen diese Lösung war⁵⁷ – und man sich hinsichtlich der praktischen Filterwirkung des Zwischenverfahrens keinen Illusionen hingibt,⁵⁸ besteht eine andere Option darin, die EMRK-Kompatibilität dadurch herzustellen, dass auf den Eröffnungsbeschluss entweder gänzlich verzichtet oder aber das Gericht auf eine Prüfung der formalen Voraussetzungen beschränkt wird.⁵⁹

Welche dieser beiden Lösungen der Gesetzgeber wählt, bleibt ihm überlassen. Was nicht geht, ist eine Lösung, die darin bestehen soll, dass man anerkennt, „dass objektiv zwar das Risiko einer Befangenheit nicht ausgeschlossen werden kann, dass aber angemessene Mittel, ihr vorzubeugen, nicht vorhanden sind.“⁶⁰

⁵⁷ Vgl. *Loritz* (Fn. 7) S. 51 ff.

⁵⁸ Im Jahre 2008 endeten von den 13.894 mit einem Urteil beendeten erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht 877 (= 6,3 %) mit einem Freispruch. Dem standen 323 Ablehnungen der Eröffnung gegenüber. Bei den Amtsgerichten entfielen auf 441.053 Urteile 37.180 Freisprüche (= 8,43 %) bei 4.584 Ablehnungen (vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, Statistik über Straf- und Bußgeldverfahren, 2010, S. 30, 68).

⁵⁹ Zu einer entsprechenden Regelung vgl. z. B. Art. 329 der Schweizerischen Strafprozessordnung.

⁶⁰ So aber *Heghmanns* Das Zwischenverfahren im Strafprozeß, 1991, S. 54.

