



universität
wien

Exposé

Vorläufiger Arbeitstitel der Dissertation

Ausgeschlossenheit und Befangenheit im Strafprozess

Verfasserin:

Mag.^a iur. Vera Haider

01400283

angestrebter akademischer Grad: Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.ⁱⁿ iur.)

Wien, Mai 2022

Studienkennzahl lt. Studienblatt: 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin: Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Ingeborg Zerbes

I. Einführung in das Thema

„... it is not merely of some importance but it is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.“¹

Gemäß Art 6 ERMK hat jede² das Recht darauf, dass die gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen, unparteiischen und auf dem Gesetz beruhendem Gericht entschieden wird. Das Recht auf ein faires Verfahren ist das am häufigsten erfolgreich vor dem EGMR geltend gemachte Grundrecht.³ Auch innerstaatlich ist die Unparteilichkeit oft Gegenstand höchst-gerichtlicher Entscheidungen. Nicht nur Gerichte beschäftigen sich regelmäßig mit der Unparteilichkeit, sondern in medienwirksamen Verfahren auch die Öffentlichkeit. So stellt sich etwa die Frage, ob eine Richterin befangen ist, wenn sich ihr Ehemann kritisch gegenüber einem der Angeklagten äußert.⁴ Und was kann eigentlich die Staatsanwaltschaft machen, die von einer Befangenheit der ermittelnden Organe der Kriminalpolizei überzeugt ist?⁵

In der Literatur wird die Unparteilichkeit als eigentliches Kernstück der konventionsgemäßen Richterin verstanden, während die Unabhängigkeit und Verankerung im Gesetz dieses lediglich formell absichern.⁶ Sowohl in der Judikatur des EGMR⁷ als auch in der österreichischen hA⁸ wird unter Unparteilichkeit das Fehlen von Voreingenommenheit und von Parteilichkeit verstanden. Die Voreingenommenheit kann sich aus verschiedenen Faktoren ergeben: Entweder aus Vorurteilen, aus vorschnellen Schlussfolgerungen von allgemeinen Wahrscheinlichkeiten auf die tatsächliche Sachlage oder aus der unzureichenden Bereitschaft, neue Beweise hinreichend zu würdigen.⁹ Die Parteilichkeit liegt hingegen vor, wenn sich die Richterin bevorzugt für die Interessen einer Partei oder des Staats einsetzt oder die Maßstäbe der Entscheidung weltanschauliche, moralische oder religiöse Einstellungen sind.¹⁰

Die Beurteilung der Unparteilichkeit kann anhand eines subjektiven Maßstabs erfolgen: Handelt die Richterin tatsächlich unsachlich? Hegt sie Vorurteile und lässt sich von ihrer Meinung nicht mehr abbringen? In der Praxis ist das schwer nachzuweisen. Außerdem ist

¹ King's Bench Division 9. 11. 1923, Rex v. Sussex, McCarthy ex parte.

² Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Femininum verwendet. Andere Geschlechter sind selbstverständlich mitgemeint.

³ Siehe dazu die Statistik von 1959 bis 2021, abrufbar unter https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2021_ENG.pdf (abgerufen am 24. 5. 2022).

⁴ Siehe dazu etwa *Swiderski*, Zur Unparteilichkeit des Richters, ÖJZ 2019, 13.

⁵ Communiqué 466 27. GP 17.

⁶ MWN *Trechsel*, Gericht und Richter nach der EMRK in GedS Noll (1984) 385 (393); aA *Müller*, Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK (2015) 99.

⁷ EGMR 1. 10. 1982, 8692/79, *Piersack/Belgien* Rn 30; EGMR 15. 12. 2005 (GK), 73797/01, *Kyprianou/Zypern* Rn 118; EGMR 26. 7. 2007, 29294/02, *Hirschhorn/Rumänien* Rn 71; EGMR 5. 2. 2009, 22330/05, *Olujic/Kroatien* Rn 57; EGMR 15. 10. 2009 (GK), 17056/06, *Micallef/Malta* Rn 93; EGMR 23. 4. 2015 (GK), 29369/10, *Morice/Frankreich* Rn 73; EGMR 15. 3. 2022, 30965/17, *Bjarki H. Diego/Island* Rn 29.

⁸ *McAllister/Wess* in LiK StPO § 3 Rz 26; *Schmoller* in WK StPO § 3 Rz 18 f; OGH 16. 9. 1992, 13 Ns 13/92; OGH 29. 6. 1995, 15 Os 82/95; OGH 3. 11. 2005, 15 Os 75/05a; OGH 27. 2. 2013, 15 Os 110/12h (15 Os 144/12h).

⁹ *McAllister/Wess* in LiK StPO § 3 Rz 26; *Schmoller* in WK StPO § 3 Rz 19.

¹⁰ *McAllister/Wess* in LiK StPO § 3 Rz 26; *Schmoller* in WK StPO § 3 Rz 18.

auch der Eindruck auf die Rechtsgemeinschaft maßgeblich.¹¹ Deshalb ist die Unparteilichkeit auch nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen. Hier kommt es auf die äußeren Umstände an, die berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit erwecken können. In einer demokratischen Gesellschaft muss die Bevölkerung Vertrauen in die Gerichtsbarkeit haben.¹²

Die Beurteilung der Unparteilichkeit einer Richterin bewegt sich dabei in einem gewissen Spannungsfeld. Einerseits verleitet die Anforderung, unvoreingenommen über eine Sache entscheiden zu können, (vor)schnell von der Befangenheit auszugehen: Jede Verbindung der Richterin zur Angeklagten, der Verteidigerin, einer Zeugin oder der Staatsanwältin könnte somit so interpretiert werden, dass die Mitwirkung dieser Richterin eine Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren darstellt. Andererseits sprechen Grundsätze wie das Recht auf die gesetzliche Richterin sowie das Prinzip der festen Geschäftsverteilung dafür, die Ausschlussgründe restriktiv auszulegen. Denn wird bei jeder Verbindung der Richterin die Ausschlossenheit angenommen, bietet das ein Instrumentarium, sich einer ungewünschten, aber doch zuständigen und iSd Art 83 B-VG gesetzlichen Richterin zu entziehen.

Der österreichische Gesetzgeber hat in §§ 43 ff StPO konkrete Voraussetzungen normiert, unter welchen eine Richterin vom Verfahren ausgeschlossen ist. Die Mitwirkung einer ausgeschlossenen Richterin bewirkt, sofern die Rügeobliegenheit eingehalten wird, grundsätzlich die Nichtigkeit des Urteils gemäß § 281 Abs 1 Z 1 StPO. § 43 StPO differenziert zwischen der Ausschlossenheit vom gesamten Verfahren (Abs 1), vom Hauptverfahren (Abs 2), vom Rechtsmittelverfahren (Abs 3) sowie von der Entscheidung über einen Antrag auf Wiederaufnahme oder Erneuerung des Strafverfahrens (Abs 4). Die Ausschlossenheit von bestimmten Verfahrensabschnitten (Abs 2 bis 4) beruhen auf sachlichen Gründen, insbesondere aufgrund Vorbefassung mit dem gegenständlichen Fall.¹³ Liegen hingegen persönliche Gründe vor, ist die Richterin für das gesamte Verfahren ausgeschlossen. § 43 Abs 1 Z 1 StPO entspricht dabei dem Grundsatz, dass niemand Richter in eigener Sache sein kann. Hat die Richterin oder eine ihrer Angehörigen Bezug zum Verfahren, ist sie ausgeschlossen. Z 2 bestimmt Ausschlossenheit für den Fall, dass die Richterin Wahrnehmungen im Zusammenhang mit der gerichtlich strafbaren Handlung außerhalb ihrer Dienstverrichtung hat, also Zeugin oder vom Gericht bestellte Gutachterin ist. In Z 3 ist eine Generalklausel normiert, wonach eine Richterin vom gesamten Verfahren ausgeschlossen ist, sofern „andere Gründe vorliegen, die geeignet sind [ihre] volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen.“ Bei der Beurteilung kommt es primär auf den Anschein der Befangenheit an.¹⁴ Das Ziel dieser Bestimmungen ist nicht, den Richterinnen gesetzwidriges Verhalten vorzuwerfen – es geht vielmehr darum, sie gar nicht erst in die Situation zu bringen, in diesen Sachverhalten zu entscheiden.¹⁵

¹¹ § 3 Abs 2 Satz 1 StPO; *Schmoller* in WK StPO § 3 Rz 17; *Lässig* in WK StPO Vor §§ 43-47 Rz 5; *Lewisch*, Richterausschluss und fairer Strafprozeß. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Überlegungen aus Anlass von 11 Os 20/91, ÖJZ 1991, 835 (837).

¹² EGMR 1. 10. 1982, 8692/79, *Piersack/Belgien* Rn 30.

¹³ *Aichinger* in LiK StPO § 43 Rz 7; *Lässig* in WK StPO Vor §§ 43-47 Rz 5.

¹⁴ *Lässig* in WK StPO § 43 Rz 10.

¹⁵ *Lewisch*, ÖJZ 1991, 835 (837).

Der OGH beschäftigte sich oft mit der Frage, wie die §§ 43 ff StPO auszulegen sind. Zunächst ist eine grundlegende Frage zu beantworten: Sind die Ausgeschlossenheits- und Befangenheitsgründe überhaupt analogiefähig? Vor der Strafprozessnovelle 2004¹⁶ war diese Frage von größerer Relevanz, weil damals bei Richterinnen noch zwischen Ausgeschlossenheit und Befangenheit unterschieden wurde. Ausgeschlossenheit wurde durch ausdrücklich im Gesetz aufgezählte Konstellationen begründet, Befangenheit nur durch „andere Gründe [...] die geeignet sind, die volle Unbefangenheit [...] in Zweifel zu ziehen“¹⁷. Nur die Mitwirkung einer ausgeschlossenen Richterin bewirkte Nichtigkeit gem. § 281 Abs 1 Z 1 bzw § 345 Abs 1 Z 1 StPO – Befangenheit konnte allenfalls durch einen Ablehnungsantrag im Rahmen von § 281 Abs 1 Z 4 StPO geltend gemacht werden. Ging man davon aus, dass der Gesetzgeber die Ausschlussgründe abschließend normierte, führte dies möglicherweise zu Rechtsschutzlücken bzw unterschiedliche Behandlung von Sachverhalten, die der Gesetzgeber nicht bedachte. Seit dem 1. 1. 2008 fallen jene „sonstigen Gründe“, die davor nur Befangenheit begründeten, unter § 43 Abs 1 Z 3 StPO und sind als Ausschlussgrund konzipiert, dessen Verletzung Nichtigkeit gem § 281 Abs 1 Z 1 StPO zur Folge hat. Trotzdem ist zu klären, welche Reichweite der Ausschlussgrund des § 43 Abs 1 Z 3 StPO hat sowie die Frage, in welchem Verhältnis die einzelnen Ausschlussgründe untereinander stehen.

Nicht nur Richterinnen sind verpflichtet, unparteilich zu handeln – einfachgesetzlich ist in § 3 Abs 2 StPO der Grundsatz der Objektivität normiert. Dieser besagt, dass alle Richterinnen, Staatsanwältinnen sowie Organe der Kriminalpolizei ihr Amt unparteilich und unvoreingenommen auszuüben und jeden Anschein der Befangenheit zu vermeiden haben. Auch wenn Organe der Kriminalpolizei und Staatsanwältinnen wesentlich den Prozessgegenstand bestimmen und die Ermittlungen steuern, ist die Mitwirkung von befangenen Organen nicht mit Nichtigkeit bedroht. Über die Befangenheit von Organen der Staatsanwaltschaft sowie der Kriminalpolizei entscheidet gem § 47 Abs 3 StPO die jeweilige Behördenleiterin. Fraglich ist, ob sich aus § 3 Abs 2 StPO ein subjektives Recht auf die Objektivität der ermittelnden Organe ableiten kann und wenn ja, wie es geltend gemacht wird. In Bezug auf die Befangenheit von Organen der Kriminalpolizei ist die Judikatur uneinheitlich. Das OLG Graz¹⁸ war 2010 der Ansicht, dass die StPO ein solches subjektives Recht nicht vorsieht; 2012 entschied das OLG Wien¹⁹, dass sich ein solches Recht durchaus aus Art 6 ERMK sowie § 3 StPO abgeleitet und mittels Einspruch gem § 106 StPO²⁰ geltend gemacht werden kann. Beide Entscheidungen betrafen Organe der Kriminalpolizei. Die Argumente lassen sich aber auch auf die Befangenheit von Staatsanwältinnen übertragen.

Die Bestimmungen über die Ausgeschlossenheit sind teilweise auch auf Protokollführerinnen und Rechtsschutzbeauftragte, sowie jene über Befangenheit auf Sachverständige und Dolmetscher anzuwenden. Befangenheits- bzw Ausgeschlossenheitsgründe für Organe der Generalprokuratur sowie IT- und Wirtschaftsexperten, welche im Ermittlungsverfahren von

¹⁶ Strafprozessreformgesetz BGBl I 2004/19.

¹⁷ § 72 Abs 1 StPO idF vor StrafprozessreformbegleitG I BGBl I 2007/93.

¹⁸ OLG Graz 11. 2. 2010, 10 Bs 24/10w.

¹⁹ OLG Wien 16. 5. 2012, 22 Bs 176/12m.

²⁰ IdF vor BGBl I 2015/85.

der Staatsanwaltschaft beigezogen werden²¹, sind in der StPO allerdings nicht explizit normiert.

Trotz der zahlreichen (Einzelfall-)Entscheidungen des OGH – oder vielleicht gerade deswegen – ist die Frage, unter welchen Umständen Richterinnen und andere Beteiligte am Strafverfahren ausgeschlossen bzw befangen sind, aktueller denn je und es sind noch viele Fragen zu klären. Bis dato gibt es weder eine systematische Analyse des Gesetzes noch eine umfassende Aufarbeitung der österreichischen Judikatur.

II. Forschungsfragen und Aufbau

Das Ziel dieser Arbeit ist es, die Ausgeschlossenheits- und Befangenheitsgründe aller am Strafverfahren beteiligten Personen, welche der Objektivität verpflichtet sind, dogmatisch zu analysieren. Weiters soll die österreichische Judikatur zu dem Thema aufgearbeitet und systematisiert werden. Dadurch sollen folgende Fragen beantwortet werden:

Unter welchen Voraussetzungen sind Richterinnen, Staatsanwältinnen, Organe der Kriminalpolizei, Sachverständige, Dolmetscherinnen, Protokollführerinnen sowie Rechtsschutzbeauftragte vom Strafverfahren ausgeschlossen bzw befangen?

Inwieweit sind Personen ohne direkte Ausgeschlossenheits- bzw Befangenheitsregelung, wie etwa Organe der Generalprokuratur sowie Hilfspersonen im Ermittlungsverfahren, der Objektivität verpflichtet?

Was sind andere Gründe, die geeignet sind, die volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit iSd § 43 Abs 1 Z 3 StPO in Zweifel zu ziehen?

Wie und von wem kann die Ausgeschlossenheit bzw Befangenheit geltend gemacht werden?

Daraus ergibt sich der folgende provisorische Aufbau.

1. Grundsätze des Strafverfahrens
2. Ausschließungsgründe nach § 43 StPO
 - a. Ausschluss im gesamten Verfahren
 - b. Ausschluss im Hauptverfahren
 - c. Ausschluss im Rechtsmittelverfahren
 - d. Ausschluss im Verfahren über einen Antrag auf Wiederaufnahme oder auf Erneuerung des Strafverfahrens
 - e. Anwendung bei Schöffen- und Geschworenenrichterinnen
 - f. Anwendung bei Protokollführerinnen
 - g. Anwendung bei Rechtsschutzbeauftragten
3. Rechtsfolgen der Ausgeschlossenheit
4. Befangenheitsgründe nach § 47 StPO
 - a. Staatsanwaltschaft

²¹ Siehe dazu *Dangl/Ifsits*, Der „Experte“ bei der Hausdurchsuchung, ÖJZ 2021, 72.

- b. Anwendung auf die Generalprokuratur?
 - c. Kriminalpolizei
 - d. Anwendung auf „Hilfspersonen“?
 - e. Sachverständige
 - f. Dolmetscherin
5. Rechtsfolgen der Befangenheit
 6. Rechtsschutz
 - a. Selbstanzeige
 - b. Antrag der Parteien
 - c. Rügepflicht
 - d. § 20a Abs 2 StPO – darf sich die WKStA die Kriminalpolizei aussuchen?
 7. Absicherung der Objektivität im materiellen Strafrecht
 - a. Strafbarkeit nach § 302 StGB des befangenen Organs
 - b. Strafbarkeit der Einflussnahme gem § 23 MedienG
 8. Zusammenfassung der Ergebnisse

III. Aktueller Forschungsstand

Die Frage, ob eine Richterin ausgeschlossen ist, ist mehrfach Gegenstand strafprozessrechtlicher Diskussionen und höchstgerichtlicher Entscheidungen. Bezüglich anderer am Strafverfahren beteiligten Personen gibt es naturgemäß weniger Judikatur des OGH.

*Wallner*²² beschäftigte sich in seiner Dissertation mit der Frage, ob die Ausgeschlossenheitsgründe bei Richterinnen den Erfordernissen des Art 6 EMRK entsprechen. Diese Arbeit ist aus dem Jahr 2000, behandelt daher nicht den (heutigen) Ausgeschlossenheitsgrund des § 43 Abs 1 Z 3 StPO, weil dieser vor der Strafprozessnovelle 2004 lediglich einen Befangenheitsgrund darstellte. Auch Diplomarbeiten widmeten sich diesem Themenkomplex: *Reiter*²³ behandelt die Befangenheit von Staatsanwältinnen, insbesondere im Vergleich zur Rechtslage vor und nach der Strafprozessnovelle 2004, während sich *Fritzenwallner*²⁴ mit der Frage beschäftigt, ob es hinreichenden Rechtsschutz gegen befangene Organe der Staatsanwaltschaft gibt. *Cordt*²⁵ widmete sich der Problemstellung der vorgefassten Meinung bei Richterinnen.

Der Großteil der wissenschaftlichen Auseinandersetzung in Österreich besteht allerdings in Form von Aufsätzen und Entscheidungsanmerkungen.

²² *Wallner*, Die Ausgeschlossenheit von Richtern im österreichischen Strafprozess unter besonderer Berücksichtigung der Erfordernisse des Art 6 EMRK (2000).

²³ *Reiterer*, Zur Objektivität und Befangenheit des Staatsanwalts (2015).

²⁴ *Fritzenwallner*, Hinreichender Rechtsschutz gegen befangene Organe der Staatsanwaltschaft? (2019).

²⁵ *Cordt*, Die Befangenheit von Richter/innen bei möglicher vorgefasster Meinung (2021).

IV. Forschungsmethoden

Die relevanten Quellen zur Forschungsfrage werden aus gängigen juristischen Datenbanken sowie Bibliotheken bezogen. Als Literaturquellen dienen Kommentare, juristische Monographien, Beiträge und Aufsätze in Fachzeitschriften und Lehrbücher. Weiters werden die zu den relevanten Bestimmungen vorhandenen Gesetzesmaterialien einbezogen. Insbesondere wird die nationale höchstrichterliche Judikatur analysiert und bei Erstellung der Arbeit berücksichtigt. Die gesammelten juristischen Quellen werden anhand gängiger juristischer Methoden interpretiert und systematisiert.

V. Vorläufiger Zeitplan

Vor SoSe 2021	Absolvierung der Seminare sowie die VO zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre
WiSe 2021/22	Themenfindung
SoSe 2022 – WiSe 2022/23	Erstellen des Exposés und der Rohfassung
SoSe 2023	Überarbeitung der Dissertation
WiSe 2023/24	Einreichung der Dissertation und Defensio

Währenddessen laufend Besprechungen mit der Betreuerin.

VI. Auszug aus dem Literaturverzeichnis

- Ainedter*, Befangenheit bei Richtern und Staatsanwälten – was tun? In *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness (2005), 61.
- Birklbauer*, Die Befangenheit von Richtern im Spannungsfeld zwischen Vertrauen in die Justiz und Verfahrensökonomie: Überlegungen zum BUWOG-Prozess, JSt 2018, 212.
- Cordt*, Die Befangenheit von Richter/innen bei möglicher vorgefasster Meinung (2021).
- Dangl/Ifsits*, Der „Experte“ bei der Hausdurchsuchung, ÖJZ 2021, 72.
- Eichinger*, Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spannungsverhältnis zwischen dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) und dem ausgeschlossenen Richter (§ 43 StPO), RZ 2012, 226.
- Fritzenwallner*, Hinreichender Rechtsschutz gegen befangene Organe der Staatsanwaltschaft? (2019).
- Kinczel*, Die zweifache Bestellung von Sachverständigen im Strafverfahren und ihr Konflikt mit grundrechtlichen Verfahrensgarantien, Juridikum 2012, 280.
- Lässig*, Das Wesen der Befangenheit und deren Verhältnis zu richterlichem Handeln. Auch eine Erwiderung, ÖJZ 2007, 772.
- Lewisch*, Richterausschluß und fairer Strafprozeß. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Überlegungen aus Anlass von 11 Os 20/91, ÖJZ 1991, 835.
- Mayerhofer/Hollaender*, Die Durchsetzung des „gesetzlichen Richters“ im Strafprozess, ÖJZ 2002, 330.
- Müller*, Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK. Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europastaaten (2015).
- Nimmervoll*, Als der Justiz die Psychiater abhanden kamen. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des OGH vom 24. 6. 2009, 15 Os 65/09m, RZ 2010, 204.
- Öner*, Der behandelnde Arzt des Angeklagten als Sachverständiger im Strafverfahren. Replik auf *Nimmervoll*, Als der Justiz die Psychiater abhanden kamen, RZ 2010, 208.
- Öner/Walcher*, Zum Einspruch nach § 106 StPO, ÖJZ 2014, 999.
- Rami*, Rechtsfragen der Ausgeschlossenheit (§ 43 StPO) und der Unabhängigkeit von Richtern (Art 87 Abs 1 B-VG). Anmerkungen zu OGH 14 Os 74/14k (14 Os 75/14g), ÖJZ 2015, 205.
- Ratz*, Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren, ÖJZ 2018, 351.
- Reiterer*, Zur Objektivität und Befangenheit des Staatsanwalts (2015).
- Roitner*, Die Ausschließung des Strafrichters, ÖJZ 2015, 981.
- Schober*, Zureichende Befangenheitsgründe? RZ 1973, 93.
- Swiderski*, Zur Unparteilichkeit des Richters, ÖJZ 2019, 13.
- Trechsel*, Gericht und Richter nach der EMRK in GedS Noll (1984) 385.
- Wallner*, Die Ausgeschlossenheit von Richtern im österreichischen Strafprozess unter besonderer Berücksichtigung der Erfordernisse des Art 6 EMRK (2000).
- Zagler*, Befangenheit bei urteilsmäßiger Vorverurteilung, ÖJZ 2007, 728.
- Zitta*, Der Untersuchungsrichter als erkennender Richter? ÖJZ 1986, 552.