

# Befangenheit im Prozess

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin

## I. Einleitung

Zu den elementaren Grundsätzen nicht nur rechtsstaatlicher Gerichtsverfahren gehört die Maxime, dass niemand Richter in eigener Sache und dass ein Richter nicht befangen sein darf, d.h.: nicht parteilich oder in sonstiger Weise voreingenommen.<sup>1</sup> Die Unvoreingenommenheit des Richters zählt neben seiner Informiertheit und der rationalen Begründbarkeit seiner Entscheidung zu den „aus der Gerechtigkeitsidee selbst“ ableitbaren prozeduralen Grundbedingungen für eine mit der materialen Rechtslage übereinstimmende (gerechte) Entscheidung.<sup>2</sup> „Nichts widerstreitet der Verfahrensgerechtigkeit mehr als Voreingenommenheit und Einseitigkeit“, schreibt der Philosoph *Ottfried Höffe* in seiner philosophischen Einführung in die „Gerechtigkeit“.<sup>3</sup>

Dementsprechend sieht das deutsche Recht in allen Verfahrensordnungen die Möglichkeit vor, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen (§§ 41 ff. ZPO, §§ 22 ff. StPO, § 54 VwGO, § 18 BVerfGG). Aus verfassungsrechtlicher Sicht handelt es sich hierbei um eine Ausprägung des in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Anspruchs auf den gesetzlichen Richter. Im „System der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters“, so das BVerfG, müsse Vorsorge dafür getroffen sein, dass im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist oder im Ablehnungsverfahren ausgeschlossen werden kann; denn nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG müsse gewährleistet sein, dass der Rechtssuchende nicht vor einem Richter steht, der aus bestimmten Gründen die gebotene Neutralität und Distanz vermissen lässt.<sup>4</sup> Das sind klare Worte.

Wie intensiv diese Gewährleistung zu sein hat, erscheint weniger klar. So weisen die verschiedenen Verfahrensordnungen z.T. erhebliche Unterschiede auf, insbesondere bei den Beschwerdemöglichkeiten gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche (s.u. unter III.). Ausgesprochen unübersichtlich, bisweilen sogar widersprüchlich stellt sich die Rspr. zu der Kernfrage dar, wann eine geltend gemachte „Besorgnis der Befangenheit“ rechtlich begründet ist. *Zuck* konstatierte im Jahre 1988, das Recht der Befangenheit lebe von Leerformeln und arbiträrer Kasuistik.<sup>5</sup> Das ist heute nicht anders (unter IV.).

Allgemein lässt sich nur feststellen, dass Befangenheitsgesuche in der Praxis bei Richtern nicht selten auf Unverständnis stoßen und die Rechtsprechung zur Frage der Begründetheit sehr restriktiv ist. Anders ausgedrückt: Befan-

genheitsgesuche haben in der Sache selten Erfolg,<sup>6</sup> verschlechtern aber oftmals die „Stimmung im Gerichtssaal“. Das hat verschiedene Gründe.

Nicht wenige Richter fühlen sich von Befangenheitsgesuchen persönlich angegriffen, zumindest aber in ihrer beruflichen Integrität in Frage gestellt. Bezeichnenderweise beginnen viele dienstliche Erklärungen abgelehnter Richter mit den Worten: „Ich fühle mich nicht befangen“ – obwohl es für die Begründetheit eines Ablehnungsgesuchs darauf gar nicht ankommt. Bedeutsam ist allein die „Besorgnis“ der Befangenheit auf Seiten des Antragstellers (unter IV. 1.). Auch in vielen juristischen Kommentaren wird zwischen tatsächlicher Befangenheit und Besorgnis der Befangenheit nicht sorgfältig unterschieden, wenn statt von Besorgnisgründen von „Befangenheitsgründen“ die Rede ist und die Rechtsprechung nach Rubriken wie „Befangenheit wurde angenommen“ bzw. „Befangenheit wurde verneint“ referiert wird.

Die zu beobachtende Empfindlichkeit ist menschlich verständlich, aus prozessualer Sicht indes unangebracht. Unbefangenheit ist zwar ein notwendiges Ideal, aber gewiss kein selbstverständlicher Zustand. Es liegt in der Natur der Sache, dass gerade der möglicherweise Befangene den Eindruck verkennen kann, den er auf andere macht. Das Wissen darum sollte einen jeden Richter souverän mit Ablehnungsgesuchen umgehen lassen.

Indes leistet die Rechtsprechung der Empfindlichkeit in gewisser Weise Vorschub, indem sie die richterliche Unvoreingenommenheit zum Normalzustand erhoben hat, an dem Zweifel unangebracht sind. „Mit der gewissenhaften Erfüllung dieser Pflicht können die Beteiligten rechnen“, heißt es in mehreren, vom BVerfG zustimmend zitierten Entscheidungen des RG.<sup>7</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint die von den Gerichten nur selten bejahte Besorgnis der Befangenheit wie eine Bemakelung, was sie nicht ist. Richter sind bekanntlich auch nur Menschen.

Tatsächlich dürfte der tiefere Grund für die sehr restriktive Rechtsprechung denn auch weniger im Glauben an die richterliche Unvoreingenommenheit liegen als in dem pragmatischen Bestreben, Verfahrensverzögerungen zu vermeiden und die Autorität der Justiz im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit zu bewahren, was ein durchaus berechtigtes Anliegen ist, zumal nicht jedem Befangenheitsgesuch eine wirkliche Besorgnis zugrunde liegt. Es ist eine häufige Erfahrung, dass mit Befangenheitsgesuchen unterschiedliche Ziele verfolgt werden. Andererseits darf sich die Justiz nicht unfehlbar geben. Das Vertrauen in die Rechtsprechung lebt auch davon, dass sie berechtigte Kritik annimmt.

Mit der vorliegenden Ausgabe der ZIS wird eine Anwältin geehrt, die im „Kampf um’s Recht“ steht. Daher dürfte es passen, mit dem Befangenheitsrecht ein prozessuales Teilgebiet zu thematisieren, das in der Praxis eine große Rolle

<sup>1</sup> Vgl. Corpus iuris civilis, Codex 3, 5 Rubrik (bei *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl. 2007, N 56) und Codex 3, 1, 16.

<sup>2</sup> *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 136 f.

<sup>3</sup> *Höffe*, Gerechtigkeit, Eine philosophische Einführung, 4. Aufl. 2010, S. 49.

<sup>4</sup> BVerfG NJW 1971, 1029.

<sup>5</sup> *Zuck*, DRiZ 1988, 172 (179).

<sup>6</sup> Näher zu den Gründen für die hohe Erfolglosigkeit von Ablehnungsgesuchen im Zivilprozess *Schneider*, NJW 1996, 2285.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 1971, 1029 (1030). Näher dazu unter IV. 1.

spielt, indes darunter leidet, dass es in Dogmatik und Ausbildung nur wenig Beachtung findet. Die rechtliche Unsicherheit ist mit Händen zu greifen. Die folgende Darstellung will dem Praktiker eine gewisse Orientierung geben und zu einer verstärkten dogmatischen Befassung im Interesse der Praxis anregen.

Der Beitrag gibt eine Übersicht über das Recht der Befangenheit in allen Verfahrensordnungen, um sowohl wesentliche Gemeinsamkeiten als auch signifikante Unterschiede deutlich zu machen. Ferner wird der Versuch unternommen, die reichhaltige Kasuistik mit Hilfe von Fallgruppenbildungen zu systematisieren und dadurch die Rechtsanwendung zu erleichtern. Der Rechtsanwender kommt um diese Kasuistik nicht herum. Eine einfache subsumtionsfähige Formel für die von Rechts wegen beachtliche Besorgnis der Befangenheit ist nicht ersichtlich.

### II. Ausschließung von Gerichtspersonen

Zunächst ein Blick auf die gesetzlichen Ausschließungsgründe, die wie das Befangenheitsrecht die Unparteilichkeit des Richters gewährleisten sollen und in allen Prozessordnungen im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Ablehnung von Gerichtspersonen geregelt sind: Es handelt sich um Konkretisierungen der *Maxime*, dass niemand Richter in eigener Sache sein kann, und damit gleichsam um unwiderleglich vermutete Besorgnisgründe.

Als Beispiel dient § 41 ZPO. Die Vorschrift sieht zum einen *persönliche* Ausschließungsgründe vor, nämlich in Sachen, in denen der Richter entweder selbst Partei ist oder zu einer Partei im Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht (Nr. 1), in Sachen seines (ehemaligen) Ehepartners (Nr. 2) oder Lebenspartners (Nr. 2a) sowie in Sachen einer Person, mit der er in enger Weise verwandt oder verschwägert ist (Nr. 3). Zum anderen ist der Richter aus einer Reihe *sachlicher* Gründe von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, nämlich in Sachen, in denen er als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist (Nr. 4), in Sachen, in denen er bereits als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist (Nr. 5), schließlich in Sachen, in denen er in einem früheren Rechtszug oder im schiedsgerichtlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt (Nr. 6).

Die VwGO verweist in § 54 Abs. 1 für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen auf die §§ 41 bis 49 der ZPO, übernimmt also die Ausschließungsgründe der ZPO vollständig. Darüber hinaus erweitert sie die Ausschließungsgründe in Abs. 2 auf den Fall, dass der Richter bei dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat. Einen rechtssystematischen Sonderfall bildet § 54 Abs. 3 VwGO, der explizit die „Besorgnis der Befangenheit“ nach § 42 ZPO für „begründet“ erklärt, wenn der Richter oder ehrenamtliche Richter einer Körperschaft angehört, deren Interessen durch das Verfahren berührt werden.

Die StPO regelt die Ablehnung und die Ausschließung von Gerichtspersonen zwar wie die ZPO selbständig (§§ 22 ff. StPO). Die Vorschriften sind aber, bezogen auf die Eigentümlichkeiten des Strafprozesses, denen der ZPO vergleichbar. So ist der Richter gemäß § 22 StPO aus *persönlichen* Gründen von der Ausübung seines Richteramtes ausgeschlossen, wenn er selbst durch die Straftat verletzt ist (Nr. 1), wenn er Ehegatte, Lebenspartner, Vormund oder Betreuer des Beschuldigten oder des Verletzten ist oder gewesen ist (Nr. 2) oder wenn er mit dem Beschuldigten oder mit dem Verletzten in enger Weise verwandt oder verschwägert ist oder war. Aus *sachlichen* Gründen ist er ausgeschlossen, wenn er in der Sache als Beamter der Staatsanwaltschaft, als Polizeibeamter, als Anwalt des Verletzten oder als Verteidiger tätig gewesen ist (Nr. 4) oder wenn er in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist (Nr. 5). Was den Ausschluss wegen der Mitwirkung in einem früheren Verfahren anbelangt, so sieht die Strafprozessordnung in einer eigenen Vorschrift (§ 23 StPO) den Ausschluss zum einen dann vor, wenn der Richter bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat (Abs. 1). Zum anderen (Abs. 2) schließt die Vorschrift im Fall des Wiederaufnahmeverfahrens den Richter aus, der an der angefochtenen Entscheidung oder – bei Anfechtung eines im Rechtsmittelzuges ergangenen Urteils – an der ihr zugrunde liegenden Entscheidung im unteren Rechtszug mitgewirkt hat, aus. Entsprechendes gilt für die Mitwirkung bei Entscheidungen zur Vorbereitung des Wiederaufnahmeverfahrens<sup>8</sup> (§ 23 Abs. 2 S. 3 StPO).

Auch das BVerfGG sieht in § 18 BVerfG den Ausschluss eines Richters des Bundesverfassungsgerichts von der Ausübung seines Richteramtes aus persönlichen (Abs. 1 Nr. 1) und sachlichen (Abs. 1 Nr. 2) Gründen vor. Dabei nimmt es in den Abs. 2 und 3 wiederum bestimmte Einschränkungen vor, die ausdrücklich auf die Besonderheiten der verfassungsrechtlichen Angelegenheiten zugeschnitten sind.

### III. Zulässigkeit von Ablehnungsgesuchen bzw. Ablehnungsverfahren

Während die gesetzlichen Ausschließungsgründe einen Ausschluss des Richters von Gesetzes wegen bewirken und von Amts wegen zu beachten sind, kommt der Ausschluss eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nur bei einem zulässigen Ablehnungsgesuch und in einem sich daran anschließenden Ablehnungsverfahren in Betracht. Erfahrungsgemäß werden in der Praxis die Anforderungen an die Zulässigkeit von Ablehnungsgesuchen nicht immer sorgfältig beachtet. Es empfiehlt sich, in einem Ablehnungsgesuch das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen „schulmäßig“ auszuführen.

---

<sup>8</sup> Näher *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 23 Rn. 6.

### 1. Zivilprozess

Die Anforderungen an ein zulässiges Ablehnungsgesuch im Zivilprozess ergeben sich aus den §§ 42 ff. ZPO.<sup>9</sup> Die Normen finden Anwendung in allen Prozessarten der ZPO und gelten unmittelbar für alle Richter der Zivilgerichtsbarkeit, auch ehrenamtliche Richter.<sup>10</sup> Zur Statthaftigkeit eines Ablehnungsgesuchs gehört ferner, dass es sich auf einen oder mehrere bestimmte Richter bezieht, also nicht auf ein ganzes Gericht oder einen Spruchkörper als solchen, und dass es von einer Partei (Abs. 3) oder einem Nebenintervenienten (§ 66 ZPO) gestellt wird, bzw. vom Prozessbevollmächtigten im Namen des Ablehnungsberechtigten. Der Prozessbevollmächtigte hat kein Ablehnungsrecht.

Das Gesuch kann im Zivilprozess ab Anhängigkeit und grundsätzlich bis zur Endentscheidung gestellt werden.<sup>11</sup> Das Ablehnungsrecht geht allerdings gem. § 43 ZPO verloren, wenn sich die ablehnungsberechtigte Partei bei dem betreffenden Richter in eine Verhandlung einlässt oder Anträge stellt, ohne zuvor den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen. Wann ein solches Sich-Einlassen gegeben ist, ist im Einzelnen umstritten.<sup>12</sup> Gleichfalls umstritten ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Missbrauch des Ablehnungsrechts mit der Folge angenommen werden kann, dass ein Ablehnungsgesuch unzulässig ist.<sup>13</sup> Zu Recht wird ein sehr zurückhaltender Gebrauch dieser Möglichkeit ange-mahnt.<sup>14</sup>

Schließlich sind im Rahmen der Zulässigkeit die formellen Anforderungen des § 44 ZPO zu beachten. Demgemäß ist das Ablehnungsgesuch bei dem Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, anzubringen (Abs. 1). Hierbei ist ein Ablehnungsgrund glaubhaft, d.h. wahrscheinlich zu machen. Als Mittel der Glaubhaftmachung ist die Versicherung an Eides statt ausdrücklich ausgeschlossen; es kann aber auf das Zeugnis des abgelehnten Richters, der sich gem. Abs. 3 über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern hat, Bezug genommen werden (Abs. 2). Im Übrigen gilt § 294 ZPO. Häufiges Mittel der Glaubhaftmachung ist die anwaltliche Versicherung des behaupteten Ablehnungsgrundes.

Wichtig ist, dass als Ablehnungsgrund (Abs. 2) Tatsachen benannt werden. Die Frage, ob die behaupteten Tatsachen die Besorgnis der Befangenheit begründen, ist demgegenüber eine Rechtsfrage, zu der sich der Ablehnende äußern kann, aber nicht äußern muss.

Das Verfahren der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch regelt § 45 ZPO. Demgemäß entscheidet über das Ablehnungsgesuch das Gericht, dem der Abgelehnte angehört, ohne dessen Mitwirkung (Abs. 1). An die Stelle des abge-

lehnten Richters tritt dessen im Geschäftsverteilungsplan vorgesehener Vertreter. Selten dürfte der Fall sein, dass das zur Entscheidung berufene Gericht durch Ausscheiden des abgelehnten Mitglieds beschlussunfähig wird, weil es wegen Erschöpfung der Vertretungsregelung keine ordnungsgemäße Besetzung aufbieten kann.<sup>15</sup> Dann entscheidet das im Rechtszug zunächst höhere Gericht (Abs. 3).

Wird ein Richter beim Amtsgericht abgelehnt, so entscheidet ein anderer – hierfür im Geschäftsverteilungsplan (§ 21e Abs. 1 S. 1 GVG) vorzusehender – Richter des Amtsgerichts über das Gesuch, § 45 Abs. 2 S. 1 ZPO. Diesem ist das Gesuch vorzulegen. Die Vorlagepflicht entfällt, wenn der abgelehnte Richter das Ablehnungsgesuch für begründet hält, § 45 Abs. 2 S. 2 ZPO. Es kommt dann nicht einmal zu einer Entscheidung.

Streitig ist, inwieweit der abgelehnte Richter selbst berechtigt ist, die Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs zu prüfen bzw. an einer die Unzulässigkeit feststellenden Entscheidung mitwirken kann.<sup>16</sup> Nach zutreffender Auffassung des BVerfG darf der Abgelehnte nur dann (mit-)entscheiden, wenn das Gesuch wegen von vornherein untauglicher Begründung offensichtlich unzulässig ist.<sup>17</sup>

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ergeht durch Beschluss, § 46 Abs. 1 ZPO. Gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel statt, § 46 Abs. 2 Hs. 1 ZPO. Gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für unbegründet erklärt wird, eröffnet § 46 Abs. 2 Hs. 2 ZPO das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 567 ZPO). Das gilt auch bei einer Zurückweisung des Gesuchs als unzulässig.<sup>18</sup> Zusätzlich ist gegen die Beschlüsse des OLG und des LG im Berufungs- und Beschwerdeverfahren im Einzelfall die Rechtsbeschwerde möglich, wenn sie zugelassen wird, § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.<sup>19</sup> Anderenfalls sind die Entscheidungen des OLG und des LG im Berufungs- und Beschwerdeverfahren unanfechtbar. Im Arbeitsgerichtsprozess ist ein Rechtsmittel gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche kategorisch ausgeschlossen (§ 49 Abs. 3 ArbGG).<sup>20</sup>

Die Revision kann ebenso wie eine Nichtigkeitsklage nur damit begründet werden, dass bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt worden war (§§ 547 Nr. 3, 579 Nr. 3 ZPO).

### 2. Verwaltungsprozess

Das Verwaltungsprozessrecht folgt dem Zivilprozessrecht, indem § 54 Abs. 1 VwGO ebenso wie für die Ausschließung auch für die Ablehnung der Gerichtspersonen die §§ 41 bis 49 ZPO für entsprechend anwendbar bestimmt.

<sup>9</sup> Gute Übersicht bei *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Kommentar, 32. Aufl. 2011, § 42 Rn. 1 ff.

<sup>10</sup> *Hüßtege* (Fn. 9), Vorbem. § 41 Rn. 1.

<sup>11</sup> Dazu *Hüßtege* (Fn. 9), § 42 Rn. 3.

<sup>12</sup> Näher dazu *Hüßtege* (Fn. 9), § 43 Rn. 4; *E. Schneider*, MDR 2005, 671.

<sup>13</sup> Näher dazu *Hüßtege* (Fn. 9), § 41 Rn. 5 m.w.N.

<sup>14</sup> Vgl. *Hüßtege* (Fn. 9), § 42 Rn. 5 mit Hinweis auf LG Frankfurt a.M. NJW-RR 2000, 1086.

<sup>15</sup> *Hüßtege* (Fn. 9), § 45 Rn. 5.

<sup>16</sup> Näher dazu *Hüßtege* (Fn. 9), § 45 Rn. 1.

<sup>17</sup> BVerfG NJW 2005, 341 (342).

<sup>18</sup> *Hüßtege* (Fn. 9), § 46 Rn. 6 m.w.N. und näheren Einzelheiten.

<sup>19</sup> *Hüßtege* (Fn. 9), § 47 Rn. 7 mit Hinweis auf BGH NJW-RR 2005, 294.

<sup>20</sup> Krit. *Schneider*, NJW 1996, 2285.

Eine Besonderheit des Verwaltungsprozesses besteht zunächst darin, dass – wie im Arbeitsgerichtsprozess (s.o.) – gem. § 146 Abs. 2 VwGO eine Beschwerde gegen einen Beschluss über ein Ablehnungsgesuch von Gerichtspersonen stets ausgeschlossen ist, gleichgültig, ob dem Ablehnungsgesuch stattgegeben oder ob es abgelehnt wurde.<sup>21</sup>

Als Rechtsschutz gegen die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs kommt somit – theoretisch – nur ein Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung in der Sache selbst in Betracht. Allerdings scheidet insofern ein Antrag auf Zulassung der Berufung bzw. eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, mit der Begründung, ein Ablehnungsgesuch sei zu Unrecht abgelehnt oder ihm sei zu Unrecht stattgegeben worden, grundsätzlich aus; denn unanfechtbare Entscheidungen unterliegen gem. § 512 ZPO nicht der Beurteilung eines Berufungsgerichts und gem. § 557 Abs. 2 ZPO nicht der Beurteilung des Revisionsgerichts. Allenfalls dann, wenn eine fehlerhafte Entscheidung über die Ablehnung zugleich eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beinhaltet, d.h. die Zuständigkeitsvorschriften willkürlich unrichtig angewendet werden, kommt ein über § 124 Abs. 2 Nr. 5 und § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO rügbarer Verfahrensmangel in Betracht.<sup>22</sup> Im Übrigen bildet wie im Zivilprozess (nur) die Mitwirkung eines Richters an einer Entscheidung, der gem. § 41 ZPO ausgeschlossen war oder mit Erfolg wegen Befangenheit abgelehnt wurde, einen absoluten Revisionsgrund gem. § 138 Nr. 2 VwGO und einen Wiederaufnahmegrund nach § 153 VwGO i.V.m. § 579 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

Der generelle Ausschluss des Beschwerderechts gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche im Verwaltungs- und im Arbeitsgerichtsprozess ist hoch problematisch. Wenn nur Richter desselben Gerichts wie der abgelehnte Kollege dessen Verhalten zu bewerten haben und über ihnen der „blaue Himmel“ ist, dann wirkt sich, wie *Schneider* zu Recht ausführt, verstärkt der Gruppenzusammenhalt aus. Richterablenkungen erscheinen unter diesen Voraussetzungen von vornherein als aussichtslos.<sup>23</sup>

### 3. Strafprozess

Die in den §§ 24 ff. StPO geregelten Vorschriften über die Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs und das Ablehnungsverfahren entsprechen in vielem denen der Zivilprozessordnung. Eine Besonderheit bildet zunächst der Zeitpunkt der Ablehnung. Gem. § 25 Abs. 1 S. 1 StPO muss die Ablehnung bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse erfolgen, in der Hauptverhandlung über die Berufung oder die Revision bis zum Beginn des Vortrages des Berichterstatters. Nach diesem Zeitpunkt darf gem. § 25 Abs. 2 StPO ein Richter nur abgelehnt werden, wenn erstens die Umstände, auf welche die Ablehnung gestützt wird, erst später eingetreten oder dem Ablehnungsberechtigten erst später bekannt geworden sind, und zweitens die Ablehnung „unverzüglich“ geltend gemacht wird.

<sup>21</sup> *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl. 2011, § 54 Rn. 19.

<sup>22</sup> *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 22 m.w.N.

<sup>23</sup> *Schneider*, NJW 1996, 2285 (2286).

Anders als die ZPO regelt die StPO in einer eigenen Vorschrift (§ 26a StPO) die Voraussetzungen, unter denen ein Ablehnungsgesuch von „dem Gericht“, d.h. unter Mitwirkung des abgelehnten Richters, als unzulässig verworfen werden darf, und das hierbei zu beachtende Verfahren.

Außerdem ist im Strafverfahren die Anfechtung einer Ablehnungsentscheidung gegen einen erkennenden Richter nur zusammen mit dem Urteil möglich, § 28 Abs. 2 S. 2 StPO. Damit korrespondiert die Vorschrift des § 338 Nr. 3 StPO, wonach ein absoluter Revisionsgrund besteht, wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt war und das Ablehnungsgesuch entweder für begründet erklärt war oder mit Unrecht verworfen worden ist. Praktisch bedeutet das, dass bei entsprechender (Verfahrens-)Rüge das Revisionsgericht die Rechtmäßigkeit der Verwerfung eines Ablehnungsgesuches überprüft.<sup>24</sup>

## IV. Besorgnis der Befangenheit

### 1. Allgemeines

„Befangenheit“ wird in Rspr. und Lit. definiert als eine innere Haltung des Richters, die dessen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit störend beeinflussen kann.<sup>25</sup> Da sich ein solcher Zustand in der Regel nicht beweisen lässt, setzt eine Ablehnung nicht den Beweis voraus, dass ein Richter tatsächlich befangen ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob er sich selbst für befangen hält, noch darauf, ob er Verständnis für Zweifel an seiner Unbefangenheit aufbringt.<sup>26</sup> Erforderlich ist nach allen Verfahrensordnungen (lediglich) ein „Grund“, „der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“; anders ausgedrückt: ein Verdacht der Befangenheit.

Die Rspr. folgert aus dem Wortlaut des Gesetzes („geeignet [...] zu rechtfertigen“, § 42 ZPO, § 24 StPO) seit je, dass die Besorgnis der Befangenheit nicht (allein) vom subjektiven Standpunkt des Ablehnenden aus zu beurteilen ist, sondern dass es sich um eine verallgemeinerungsfähige Sichtweise handeln muss. So exemplarisch das BVerfG: „Entscheidend ist ausschließlich, ob ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung des Richters zu zweifeln“.<sup>27</sup>

Zwar ist anerkannt, dass bei der Objektivierung des Besorgnisgrundes („vernünftige Würdigung“) der Standpunkt des Ablehnenden nicht in der Weise aus dem Blick verloren werden darf, dass an dessen Stelle eine richterliche Bewer-

<sup>24</sup> Näher dazu *Meyer-Göfner* (Fn. 8), § 338 Rn. 23 ff.

<sup>25</sup> RGSt 61, 67; BGHSt 1, 34; *Siolek*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, § 24 Rn. 4.

<sup>26</sup> Statt Vieler BVerfGE 32, 282 (290); zuvor BVerfGE 20, 1 (5); 20, 9 (14). Dazu *Zuck*, DRiZ 1988, 172.

<sup>27</sup> Wie vorige Fn.; vgl. auch die zahlreichen Nachweise auf die Rechtsprechung aller Rechtsbereiche in den einschlägigen Kommentierungen.

tung tritt, die ihre dem Ablehnenden als seine unterstellt.<sup>28</sup> In der Praxis besteht jedoch zumindest eine Tendenz in diese Richtung. Faktisch wird die „Besorgnis der Befangenheit“ als normatives, d.h. wertausfüllungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal verstanden, in dessen Auslegung die Gerichte vielfältige Bewertungen der richterlichen Tätigkeit im allgemeinen und des im Ablehnungsgesuch glaubhaft gemachten konkreten richterlichen Verhaltens einfließen lassen. Diese Bewertungen sind stark von einem Idealbild richterlicher Unvoreingenommenheit geprägt, das zumindest faktisch eine gewisse Vermutung für die Unvoreingenommenheit auch des abgelehnten Richters entfaltet.

Dies zeigt bspw. die Rechtsprechung zur Frage, ob die Vorbefassung des Richters mit der von ihm zu entscheidenden Sache außerhalb der sachlichen Ausschließungsgründe ggf. die Besorgnis der Befangenheit begründen kann (näher unter III. 2. b). Dazu führt das BVerfG unter Bezugnahme auf das RG aus: „Seit jeher war das deutsche Verfahrensrecht von der Auffassung beherrscht, dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung der Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet habe. Das RG hatte auf den Pflichtenkreis des Richters abgestellt: ‚Auch für einen Richter, der in einer früheren Sache sein Urteil auf eine bestimmte Auffassung des ihm vorliegenden Sachverhalts gestützt hatte, besteht selbstverständlich die Pflicht, sich in einem neuen Verfahren, in dem es wieder auf die Beurteilung derselben Vorgänge ankommt, sein Urteil unbefangen und auf Grund des in dem neuen Verfahren vorgetragenen Beweisstoffs zu bilden. Mit der gewissenhaften Erfüllung dieser Pflicht können die Beteiligten rechnen.‘ (RGSt. 59 409 f.; vgl. ebenfalls RGSt. 60, 43 [46]; 61, 67 [68]; 62, 299 [302]).“

Faktisch kommt damit dem Ablehnenden gleichsam die Beweislast dafür zu, die grundsätzliche Vermutung für die Unvoreingenommenheit des Richters im Einzelfall zu widerlegen. Das läuft der Ratio des Befangenheitsrechts zuwider, wonach es nicht erst auf die – nicht beweisbare – Befangenheit, sondern auf die Besorgnis einer Befangenheit ankommt. Bei der vom Gesetz geforderten Berechtigung des geltend gemachten Besorgnisgrundes kann es deshalb nur um dessen Nachvollziehbarkeit durch einen „vernünftigen“ Dritten gehen.

## 2. Fallgruppen

Betrachtet man die einschlägige Rechtsprechung im Überblick, dann lassen sich gewisse Fallgruppen unterscheiden, bei denen die Unvoreingenommenheit typischerweise in Frage gestellt wird und bisweilen die Besorgnis der Befangenheit als berechtigt angesehen wird. Es sind dies:

- besondere Näheverhältnisse des Richters zu Verfahrensbeteiligten
- Mitwirkungen an Vorentscheidungen oder sonstige Vorbefassungen mit der zu entscheidenden Sache
- Verfahrensfehler

<sup>28</sup> *Siolek* (Fn. 25) § 24 Rn. 8.

- Äußerungen über das Prozessverhalten von Verfahrensbeteiligten
- Weltanschauliche Einstellungen etc.
- Interessen am Prozessausgang

### a) Näheverhältnisse

Persönliche Näheverhältnisse des Richters zu einer Partei bzw. einem Verfahrensbeteiligten außerhalb der gesetzlich vorgesehenen persönlichen Ausschließungsgründe anerkennt die Rechtsprechung nur in seltenen Ausnahmefällen als Ablehnungsgrund.<sup>29</sup>

Beispielhaft für die restriktive Grundeinstellung der Rechtsprechung ist eine jüngere Entscheidung des BGH in Zivilsachen, wonach die Mitwirkung der Ehefrau eines Rechtsmittelrichters am erstinstanzlichen Urteil in Bezug auf diesen weder einen Ausschlussgrund entsprechend § 41 Nr. 6 ZPO noch generell einen Ablehnungsgrund gemäß § 42 Abs. 2 ZPO bildet, sofern nicht Umstände glaubhaft gemacht werden, aus denen sich ergeben kann, dass in die Kollegialentscheidung des Rechtsmittelgerichts in Folge des ehelichen Näheverhältnisses sachfremde Erwägungen einfließen könnten.<sup>30</sup> Zur Begründung hat der BGH u.a. ausgeführt, dass eine allein auf die Tatsache des ehelichen Näheverhältnisses abstellende Betrachtung bei § 42 Abs. 2 ZPO „im Endergebnis auf dem Umweg über § 42 ZPO zu einer unzulässigen Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 41 ZPO führen [würde], da sie faktisch einem Ausschluss kraft Gesetzes gleich käme“.

Die Argumentation, die gesetzlichen Ausschließungsgründe würden besorgnisrelevante Näheverhältnisse abschließend erfassen, überzeugt nicht. Bei den gesetzlichen Ausschließungsgründen wird eine Besorgnis unwiderleglich vermutet. Sonstige enge persönliche Beziehungen eines Verfahrensbeteiligten zu einem Richter wie ein Verlöbnis, ein Liebesverhältnis, Verwandtschaft oder Schwägerschaft sowie eine engere Bekanntschaft oder Freundschaft, aber auch eine Feindschaft, müssen zwar nicht, können aber dessen Unvoreingenommenheit beeinträchtigen. Die Frage einer berechtigten Besorgnis ist daher im Einzelfall zu prüfen.<sup>31</sup>

### b) Mitwirkung an Vorentscheidungen bzw. Vorbefassung

Auch in den Fällen, in denen ein Richter mit der von ihm (mit) zu entscheidenden Sache in einer Weise vorbefasst war, die nicht bereits einen gesetzlichen Ausschließungsgrund darstellt, ist die Rechtsprechung – in allen Rechtsgebieten – sehr zurückhaltend, einen Besorgnisgrund anzunehmen. Dies wird häufig ebenfalls recht formal damit begründet, dass die diesbezüglichen gesetzlichen Ausschließungsregelungen nicht auslegungs- bzw. analogiefähig seien, weil es sich hierbei um

<sup>29</sup> Für den Zivilprozess s. näher *Hüßtege* (Fn. 9), § 42 Rn. 10 m.w.N.; für den Verwaltungsprozess vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 6 f. m.w.N.; für den Strafprozess *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 24 Rn. 11.

<sup>30</sup> BGH NJW 2004, 163.

<sup>31</sup> *Hüßtege* (Fn. 9), § 42 Rn. 10; *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 6 f.; *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 24 Rn. 11.

Vorschriften über den gesetzlichen Richter handle.<sup>32</sup> Vor allem aber wird die bereits angeführte generelle Vorstellung ins Feld geführt, dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet hat.<sup>33</sup>

Dementsprechend hat bspw. das BVerwG die Ablehnung eines Rechtsmittelrichters (Richter am BVerwG) im Hinblick darauf, dass er zwar nicht am angefochtenen Urteil, aber an der vorinstanzlichen Entscheidung über einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 S. 5 VwGO mitgewirkt hat, nicht als gerechtfertigt angesehen.<sup>34</sup> Ein aus einer Vorbefassung hergeleitetes Misstrauen einer Partei gegen die Unparteilichkeit des Richters bestehe erst dann, wenn sich „aufgrund besonderer, zusätzlicher Umstände“ der Eindruck einer unsachlichen, auf Voreingenommenheit beruhenden Einstellung des Richters gegenüber der Partei oder der Streitgegenstandlichen Sache aufdränge. Die Frage, welche besonderen Umstände das sein könnten, hat das BVerwG offen gelassen.

Ebenso hat das OLG Düsseldorf die Besorgnis der Befangenheit eines Richters in einem Haftpflichtprozess verneint, in dem der Kläger seinen früheren Prozessbevollmächtigten verklagte und es darum ging, ob die Berufung gegen ein dem Kläger nachteiliges früheres Urteil Erfolg gehabt hätte. Der abgelehnte Richter hatte an diesem Urteil mitgewirkt. In der gerichtlichen Praxis, so das OLG, würden zahlreiche Konstellationen existieren, in denen ein Richter eigene Entscheidungen im weiteren Verfahren zu überprüfen und ggf. zu ändern habe.<sup>35</sup> Ein Richter, der in solchen Fällen seine Rechtsmeinung in der von ihm verlangten Entscheidung pflichtgemäß dargelegt habe, verliere allein hierdurch nicht seine Unabhängigkeit von den Beteiligten, trete nicht in das Lager einer Partei und könne bei verständiger Sicht auch nicht diesen Anschein erwecken. In all diesen Fällen gehe das Gesetz vielmehr davon aus, dass er seine Meinung unter Berücksichtigung der Argumente der Parteien und etwaiger neuerer Erkenntnisse unvoreingenommen überdenkt und ggf. bereit ist, sich von ihnen zu lösen.

Anders entschied vor einigen Jahren einmal das OVG Schleswig in einem Berufungsverfahren, dem eine Schadensersatzklage wegen beamtenrechtlicher Fürsorgepflicht zugrunde lag und in dem ein Richter möglicherweise die Frage zu beantworten hatte, ob ein vorangehender Beschluss des *Senats*, an dem er mitgewirkt hatte, an einem besonders gravierenden bzw. die Grenzen rechtlicher Vertretbarkeit überschreitenden Rechtsverstoß litt. Nur in diesem Fall hätte sich die verklagte Behörde im Hinblick auf den Beschluss des *Senats* auf die sog. Kollegialgerichts Klausel berufen können.

Das OVG Schleswig führte aus, es sei von einem Richter zwar zu erwarten, dass er seine eigene Rechtsauffassung stets überdenke und einer kritischen Würdigung unterziehe. Indessen werde im Rahmen der sich hier möglicherweise stellenden Frage, ob ein Verschuldensausschluss durch die Kollegialgerichts Klausel zu bejahen sei, mehr verlangt. Der Richter müsste ggf. die eigene Entscheidung nachträglich nicht nur als unrichtig, sondern als „handgreiflich falsch“ erachten. Dies, so das OVG, erfordere ein besonders ausgeprägtes, weit überdurchschnittliches Maß an Fähigkeit und Bereitschaft zur Selbstkritik, an deren Vorhandensein ein Verfahrensbeteiligter bei vernünftiger Würdigung und lebensnaher Betrachtung Zweifel haben könne.<sup>36</sup>

Insbesondere im Strafprozessrecht wird lebhaft die Frage diskutiert und in der Praxis immer wieder thematisiert, ob (und wenn ja: unter welchen Voraussetzungen) die Mitwirkung eines Richters, der über einen Angeklagten in einer Sache zu Gericht sitzt, mit der er bereits befasst war, die Besorgnis der Befangenheit begründet.<sup>37</sup> Mit Recht wird dort die enge Rechtsprechung kritisiert, wonach die Besorgnis der Befangenheit unbegründet sein soll, wenn ein Richter über einen Angeklagten zu Gericht sitzt, über dessen Schuld er sich bereits im Rahmen einer Hauptverhandlung gegen einen Mitangeklagten einen Überzeugung gebildet hat. Dass dieser Angeklagte Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Richters hegt, ist objektiv nachvollziehbar. Es dürfte für einen Richter kaum möglich sein, die Vorgänge und Eindrücke in den beiden Verhandlungen strikt voneinander zu trennen und nur aufgrund der neuen Verhandlung zu urteilen.<sup>38</sup>

### c) Verfahrensfehler

Auch Verfahrensfehler von Richtern, die in der Praxis häufiger zum Anlass von Ablehnungsgesuchen genommen werden, werden von der Rechtsprechung nur selten als Ablehnungsgründe anerkannt. Die Begründung besteht hier vor allem darin, dass es im Ablehnungsverfahren nicht um die Richtigkeit einer Entscheidung, sondern um die Parteilichkeit des Richters gehe.<sup>39</sup> Damit korrespondiert das Argument, dass das Ablehnungsrecht kein Instrument der Verfahrens- oder Fehlerkontrolle sei, sondern hierfür die Rechtsmittel zur Verfügung stehen.<sup>40</sup> Die Rechtsprechung läuft häufig darauf hinaus, dass Verfahrensfehler nur dann die Besorgnis der Befangenheit begründen, wenn die Schwere bzw. die Art des Verstoßes auf eine „unsachliche Einstellung“ des Richters gegen eine Partei bzw. einen Verfahrensbeteiligten hindeutet. Auch insoweit bleibt jedoch meist offen, was das im Einzelnen bedeutet. In der Literatur wird kritisiert, dass richterliches Fehlverhalten in der Rechtsprechung zum Befangenheitsrecht fast uferlos toleriert werde.<sup>41</sup>

<sup>32</sup> Vgl. BVerfG NJW 1990, 2457.

<sup>33</sup> Beispielhaft BVerfG NJW 1989, 25.

<sup>34</sup> BVerwG NVwZ-RR 1998, 268.

<sup>35</sup> Z.B. Schlüssigkeitsprüfung nach Einspruch gegen ein Versäumnisurteil, Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund nach Widerspruch gegen eine im Beschlussverfahren ergangene einstweilige Verfügung, Befassung mit der Hauptsache nach Entscheidung im Prozesskostenhilfverfahren.

<sup>36</sup> OVG Schleswig NVwZ-RR 2004, 457.

<sup>37</sup> Näher dazu *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 73 f.; *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 23 Rn. 2.

<sup>38</sup> Vgl. *Beulke* (Fn. 37), Rn. 37.

<sup>39</sup> KG MDR 2005, 703.

<sup>40</sup> Z.B. OLG Frankfurt a.M. NJW 2004, 621; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 502.

<sup>41</sup> *Schneider*, NJW 1996, 2285 (2286).

Nimmt man einzelne Entscheidungen näher in den Blick, in denen Verfahrensfehler als Besorgnis begründend anerkannt oder doch zumindest in Betracht gezogen wurden, dann lässt sich eine gewisse Systematik relevanter Fehler erkennen.

*aa) Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz*

Der Zivilprozess ist beherrscht bzw. soll beherrscht sein vom Grundsatz der Äquidistanz des Richters zu den Parteien. Dies bedeutet, dass sich der Richter nicht einseitig zum Berater einer Partei machen darf. Dementsprechend wird ein die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigender Grund in Betracht gezogen, wenn ein Richter darauf hinwirkt, dass eine Prozesspartei bestimmte Angriffs- oder Verteidigungsmittel ergreift, z.B. durch einen Hinweis auf Verjährung.<sup>42</sup> Im Einzelnen ist hier allerdings vieles umstritten.<sup>43</sup> Der Grundsatz der Äquidistanz lässt sich insbesondere nicht ohne Weiteres auf den Strafprozess übertragen, in welchem dem Richter in einem gewissen Umfang – in Ergänzung des dortigen Inquisitionsprinzips – eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten zukommt, die insbesondere auch die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte beinhaltet.<sup>44</sup>

Als Fälle Besorgnis begründender Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilprozess lassen sich richterliche Entscheidungen ansehen, bei denen ein Richter sich ausschließlich die Argumente einer Partei zu eigen macht, während er die der anderen erkennbar nicht behandelt,<sup>45</sup> oder einer Partei verweigert, was er der anderen gewährt (zum Beispiel: einer Partei verweigert, ihren Antrag ins Protokoll aufzunehmen, während er umgekehrt Anträge der Gegenseite im Protokoll festhält).<sup>46</sup>

*bb) Sonstige Benachteiligungen einer Partei*

Sonstige Benachteiligungen einer Partei bzw. eines Verfahrensbeteiligten, die eine Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, können bspw. darin liegen, dass ein Richter in einem wesentlichen Punkt eine objektiv falsche Erklärung abgibt<sup>47</sup> oder dass er eine evident mangelhafte Sorgfalt an den Tag legt.<sup>48</sup> Dazu zählen auch die Fälle, in denen es zu einer Häufung von Verfahrensfehlern kommt.<sup>49</sup>

Insbesondere die in der Praxis nicht seltenen Zurückweisungen von Anträgen auf Terminverlegung lassen sich, wenn die Anträge begründet sind, dieser Gruppe zuordnen. Die Rechtsprechung hierzu ist allerdings uneinheitlich. Einerseits

wird angenommen, dass bereits eine zu Unrecht erfolgte Ablehnung eines begründeten Vertagungsantrags einen berechtigten Besorgnisgrund darstellt.<sup>50</sup> Andererseits werden zusätzlich zu einer solchen Zurückweisung weitere Gründe gefordert, in denen „eine augenfällige Ungleichbehandlung der Prozessparteien“ zum Ausdruck kommt<sup>51</sup> oder der Eindruck erweckt wird, der Richter setze sich über die Interessen einer Partei ungemessen hinweg und stehe ihr nicht unvoreingenommen gegenüber.<sup>52</sup> Zu eng ist jedenfalls die Auffassung, wonach die Zurückweisung willkürlich erscheinen muss.<sup>53</sup> Bei einem willkürlichen Vorgehen eines Richters drängt sich ohnehin die Besorgnis der Befangenheit auf (näher sogleich).

Weitere Benachteiligungen einer Partei oder eines Verfahrensbeteiligten, die einen Grund zur Besorgnis der Befangenheit abgeben, können nach der Rechtsprechung sein:

- die Weigerung, in der Sache zu entscheiden<sup>54</sup>
- die Versagung des rechtlichen Gehörs<sup>55</sup>
- die unberechtigte Einschränkung des Fragerechts<sup>56</sup>

*cc) Willkürliche bzw. willkürlich erscheinende Entscheidungen*

Die Frage einer Besorgnis der Befangenheit stellt sich insbesondere dann, wenn ein Richter eine willkürliche oder zumindest willkürlich erscheinende Entscheidung trifft.

Das KG hat eine auf den Eindruck der Willkür gestützte Besorgnis bspw. in einem Fall als begründet angesehen, in dem ein Richter unter Verstoß gegen das Abänderungsverbot des § 318 ZPO nachträglich die Kostenentscheidung eines Urteils geändert hatte.<sup>57</sup> Zur Bestimmung der Willkür hat das KG die Rechtsprechung des BVerfG herangezogen, wonach die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich macht, Willkür aber dann vorliegt, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird,<sup>58</sup> mit anderen Worten: wenn ein Richterspruch unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht.<sup>59</sup>

Ein Beispiel für eine willkürliche Entscheidung im Bereich des Strafrechts bildet ein Fall, in dem ein Gericht ein vorläufiges Berufsverbot im Zwischenverfahren ohne vorherige Anhörung des Angeschuldigten erlassen hat.<sup>60</sup>

<sup>42</sup> Vgl. die Entscheidung BGH NJW 2004, 164, in der eine Besorgnis der Befangenheit bejaht wurde.

<sup>43</sup> Anders noch BGH NJW 1998, 612.

<sup>44</sup> Vgl. Meyer-Goßner (Fn. 8), Einl. Rn. 157.

<sup>45</sup> OLG Schleswig FamRZ 2007, 401.

<sup>46</sup> OLG Köln NJW-RR 1999, 288.

<sup>47</sup> Vgl. OLG Frankfurt MDR 1978, 409.

<sup>48</sup> Vgl. dazu Schneider, NJW 1996, 2285 mit Hinweis auf OLG Oldenburg FamRZ 1992, 191.

<sup>49</sup> Dazu Schneider, NJW 1996, 2285 mit Hinweis auf OLG Karlsruhe MDR 1991, 1195 und OLG Schleswig NJW 1994, 1227.

<sup>50</sup> Vgl. OLG München NJW-RR 2002, 862 mit Hinweis auf Thomas/Putzo (Fn. 9), § 42 Rn. 12.

<sup>51</sup> Vgl. etwa KG MDR 2005, 708 m.w.N.

<sup>52</sup> Vgl. Pfälz. OLG Zweibrücken MDR 1999, 113 m. Anm. Schneider.

<sup>53</sup> Vgl. OLG Naumburg NJW-RR 2002, 502.

<sup>54</sup> OLG Rostock NJW-RR 1999, 1507.

<sup>55</sup> Siolak (Fn. 25), § 24 Rn. 54. m.w.N.

<sup>56</sup> BGH StV 1985, 2.

<sup>57</sup> KG NJW-RR 2006, 1577.

<sup>58</sup> BVerfG NJW 1983, 809; BVerfG NJW 1991, 157; BVerfG NJW 1992, 1675.

<sup>59</sup> KG NJW-RR 2006, 1577.

<sup>60</sup> OLG Frankfurt StV 2001, 496.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann von willkürlicher Missdeutung dann nicht gesprochen werden, wenn sich das Gericht mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt.<sup>61</sup>

### dd) Unzulässige Ermittlungshandlungen

Insbesondere bei Strafverfahren, aber auch bei anderen Verfahren, kann es die Besorgnis der Befangenheit begründen, wenn ein Richter in unzulässiger Weise Beweiserhebungen oder sonstige Ermittlungshandlungen vornimmt, bspw. unzulässig auf Zeugen einwirkt<sup>62</sup> oder eine sachverständige Zeugin vor dem Termin unter Ausschluss der Parteien befragt.<sup>63</sup>

Ein eindrückliches Beispiel hierfür ist ein Fall, der im Jahre 1951 zu einer Entscheidung des BGH führte, die bis heute häufig zitiert wird und in der Tat sowohl dem Ergebnis wie der Begründung nach bis heute besondere Beachtung verdient.<sup>64</sup> Im zugrunde liegenden Fall hatte der (inhaftierte) Angeklagte einen erkennenden Richter abgelehnt, weil dieser vor der Hauptverhandlung den Antrag seiner Ehefrau auf eine Sprecherlaubnis zum Anlass genommen hatte, der Ehefrau nahezu legen, in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Der BGH erachtete das Ablehnungsgesuch für begründet und führte hierzu aus:

„Ein Zeuge, dem nach § 52 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, kann nach seinem Ermessen entscheiden, ob er davon Gebrauch machen will oder nicht. Jede Einwirkung auf ihn in dem Sinne, dass er von seinem Recht keinen Gebrauch machen solle, wäre für den Richter ein Eingriff in diese Entschlussfreiheit und ist ihm daher nicht gestattet. Geschieht es dennoch, vor allem dann, wenn – wie im vorliegenden Falle – zu erwarten ist, dass der Angehörige den Angeklagten belastenden Aussagen machen könnte, so setzt sich der Richter dem Verdacht oder der Missdeutung aus, dass er sich aus unsachlichen Gründen nicht auf die ihm obliegende Aufgabe beschränken wolle, unter Benutzung der gesetzlich zulässigen Beweismittel die Wahrheit zu erforschen, sondern dass er den durch das Verfahrensrecht gewiesenen Weg verlasse und aufgrund einer vorgefassten Meinung von der Schuld des Angeklagten seine Aufgabe darin sehe, möglichst viel belastendes Material zusammenzutragen.“

### ee) Übergeordneter rechtlicher Maßstab?

Es fragt sich, ob sich den vorgenannten Fällen ein übergeordneter rechtlicher Maßstab für die berechtigte Besorgnis der Befangenheit entnehmen lässt. *Zuck* erblickt ihn zum einen im Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 S. 2 GG). Dieser gibt den Prozessbeteiligten ein Recht darauf, sich zu dem der gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern und verpflichtet das Gericht, An-

träge und Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.<sup>65</sup> Dazu schreibt *Zuck*: „Der Richter soll zuhören, darum geht es. Natürlich hört der befangene Richter nicht wirklich zu, sei es, weil er voreingenommen ist, also intellektuell gesperrt ist, sei es, weil persönliche Verärgerung ihn emotional hemmt.“

Damit ist in der Tat ein wesentliches Kriterium von Befangenheit bzw. Besorgnis der Befangenheit angesprochen: die fehlende Bereitschaft eines Richters, das Vorbringen einer Partei angemessen zur Kenntnis zu nehmen und in seine Erwägungen mit einzubeziehen. Zahlreiche Verfahrensweisen, die zur Besorgnis der Befangenheit Anlass geben, sind solche, die den Eindruck vermitteln, der Richter sei gegenüber dem Vorbringen einer Partei nicht aufgeschlossen, es interessiere ihn nicht, er habe sich gedanklich bereits festgelegt. Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher gewiss ein wichtiges Indiz für Befangenheit. Allerdings kann sich die Besorgnis auch auf Verhaltensweisen stützen, die nicht bereits eine Verletzung des Gehörsanspruchs sind. *Zuck* zieht daher zusätzlich das vom BVerfG entwickelte Fairnessprinzip heran.<sup>66</sup> Ein Verfahrensbeteiligter, für den Grund zur Annahme besteht, der Amtswalter sei nicht unabhängig oder höre ihm nicht zu, habe kein faires Verfahren mehr. Das ist für sich genommen einleuchtend; nur bietet das Fairnessprinzip selbst schon wegen seiner Weite kaum Kriterien, an denen sich die Besorgnis der Befangenheit festmachen ließe. Letztlich kommt man um die Bildung von Fallgruppen nachvollziehbarer Besorgnisgründe wohl nicht herum.

### d) Äußerungen

In der Praxis werden insbesondere dann Befangenheitsgesuche gestellt, wenn sich ein Richter in einer Weise über das prozessuale Verhalten von Verfahrensbeteiligten äußert, die bei diesen den Eindruck erweckt, er sei ihnen gegenüber voreingenommen, in der Sache längst festgelegt oder nehme sie nicht ernst. Erfolg ist solchen Gesuchen in der Regel nur dann beschieden, wenn die betreffende Äußerung praktisch keine andere Auslegung zulässt, also z.B. ein Richter die Beanstandung seiner Verhandlungsführung mit dem Wort „Kinkerlitzchen“ kommentiert<sup>67</sup> oder den Sachvortrag einer Partei mit den Worten, er lasse sich nicht „vera[...]“<sup>68</sup>. Anders verhält es sich, wenn die Äußerung auslegungsfähig ist.

So erachtete z.B. das OLG Frankfurt a.M. die Bezeichnung der Argumentation einer Partei als „rabulistisch“ nicht als Besorgnis begründend, weil damit nicht zwingend der Prozessbeteiligte als „Rechtsverdrehler“ bezeichnet werde (was die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen würde). Der Begriff „rabulistisch“ werde vorrangig mit „spitzfindig“ übersetzt, was ersichtlich keine abschätzige, den Beklagtenvorwurf abwertende Bemerkung sei.<sup>69</sup>

<sup>61</sup> BVerfG NJW 1993, 996 (997).

<sup>62</sup> Dazu BGHSt 1, 34.

<sup>63</sup> OLG Frankfurt NJW 1972, 2310.

<sup>64</sup> BGHSt 1, 34.

<sup>65</sup> Näher *Zuck*, DRiZ 1988, 172 (177) m.w.N.

<sup>66</sup> Vgl. exemplarisch BVerfGE 57, 250. Dazu *Zuck*, DRiZ 1988, 178.

<sup>67</sup> OLG Hamburg NJW 1992, 2036.

<sup>68</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1995, 890.

<sup>69</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 2004, 621.

Auch die bloße „Unmutsäußerung“ eines Richters über das Verhalten eines Prozessbeteiligten soll ein Befangenheitsgesuch nicht begründen.<sup>70</sup>

Insbesondere im Bereich des Strafprozessrechts lassen sich nicht wenige Entscheidungen finden, in denen Äußerungen des Richters gegenüber dem Angeklagten oder auch dessen Verteidiger als Ausdruck möglicher Befangenheit gewertet wurden. Das Spektrum umfasst Bemerkungen wie „Nach Aktenlage lügen Sie unverschämt“<sup>71</sup> oder „Ihre erste Niederlage, Herr Verteidiger“ (nach der Ablehnung eines Antrags)<sup>72</sup>. Dass es gerade in Strafverfahren vergleichsweise häufig zu Ablehnungsgesuchen kommt und diese nicht immer erfolglos sind, dürfte mit der eigentümlichen Struktur der Hauptverhandlung zusammenhängen, in welcher das Gericht sowohl Urteils- als auch Ermittlungsorgan ist, wobei der Vorsitzende, um mit *Max Alsborg* zu sprechen, in dem Kampf, der sich in foro abspielt, an vorderster Stelle steht.<sup>73</sup> Das ist vor allem bei der Vernehmung des Angeklagten der Fall (§ 243 Abs. 4 S. 2 StPO), ein prozessuales Institut, für das es in den anderen Prozessarten keinen Vergleich gibt. Spannungen zwischen dem Angeklagten und dem Vorsitzenden Richter sind hierbei geradezu vorprogrammiert.

Ein besonderes Problem stellen im Strafprozess Spannungen zwischen Richter und Verteidiger dar, die im Verlauf des Verfahrens entstehen. Nach der Rspr. des BGH begründen sie in der Regel nicht die Besorgnis der Befangenheit. Sie soll sich aber aus Reaktionen eines Richters ergeben können, die zu dem sie auslösenden Anlass in keinem vertretbaren Verhältnis mehr stehen und auch bei einem verständigen Angeklagten die Besorgnis richterlicher Voreingenommenheit entstehen lassen. Der BGH hat dies in einem Fall bejaht, in dem ein Verteidiger eine Zeugin, von der bekannt geworden war, dass die Berichterstatlerin mit ihr außerhalb der Hauptverhandlung telefoniert hatte, nach dem Gesprächsinhalt befragte, was der Vorsitzende als „Unverschämtheit“ bezeichnete und äußerte, eine Einschaltung der Anwaltskammer komme

in Betracht, der Verteidiger sei mit dem Knüppel über Kollegen hergefallen.<sup>74</sup>

Rechtsmeinungen eines Richters, die er im Vorfeld einer Entscheidung äußert und die für eine Partei bzw. einen Verfahrensbeteiligten nachteilig sind, begründen nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht die Besorgnis der Befangenheit. Insofern besteht die Vorstellung, dass die Rechtsordnung den wissenschaftlichen Richter voraussetze. Es liege in der Natur des Richterberufs begründet, so das BSG, sich ständig Ansichten über Rechtsfragen zu bilden. Wenn der Richter seine Rechtsmeinung bspw. in einer Kommentierung niederlege, so bedeute dies keine Festlegung, sondern die Eröffnung bzw. Fortführung einer in der Öffentlichkeit breit angelegten Diskussion.<sup>75</sup> Die Problematik spielte früher insbesondere bei Richtern des BVerfG eine Rolle, die zu mehreren Entscheidungen des BVerfG geführt hat. Inzwischen bestimmt § 18 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG ausdrücklich, dass die Äußerung einer wissenschaftlichen Meinung zu einer Rechtsfrage, die für das Verfahren bedeutsam sein kann, keine Tätigkeit i.S.d. Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG ist, wonach ein Richter des BVerfG von der Ausübung seines Richteramtes ausgeschlossen werden kann, wenn er in derselben Sache bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen ist.

#### e) Weltanschauliche Einstellungen etc.

Sehr zurückhaltend ist die Rechtsprechung auch, wenn Ablehnungsgesuche auf weltanschauliche Einstellungen von Richtern und dergleichen gestützt werden.<sup>76</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es sich bei den Gründen, die geeignet sind, Zweifel an der Unparteilichkeit zu rechtfertigen, immer um individuelle, aus der Person des einzelnen Richters hergeleitete Gründe handeln muss; allgemeine Gründe wie Staatsangehörigkeit, Geschlecht, Zugehörigkeit zu einer Konfession etc. reichen nicht aus und dementsprechend – grundsätzlich – auch nicht politische und religiöse Auffassungen.<sup>77</sup> Anders hat das LG Berlin allerdings in einem Fall entschieden, in dem in einer Hauptverhandlung gegen arabisch und türkisch Angeklagte ein Schöffe ein schwarzes Sweatshirt trug, auf dem im Brustbereich in weißen Buchstaben „Pit Bull Germany“ aufgedruckt war.<sup>78</sup> Das LG Dortmund gab einem Befangenheitsgesuch gegen eine Schöffin statt, die sich aus weltanschaulichen Gründen weigerte, in der Hauptverhandlung ihr Kopftuch abzunehmen.<sup>79</sup>

#### f) Persönliche Interessen am Prozessausgang

Ein im Rahmen des Befangenheitsrechts kaum behandeltes Problem sind mögliche persönliche Interessen eines Richters am Prozessausgang außerhalb der sachlichen Ausschließungsgründe. Bemerkenswert hierzu ist eine Entscheidung

<sup>70</sup> Vgl. BGH wistra 1993, 228.

<sup>71</sup> BayObLG NJW 1993, 2948.

<sup>72</sup> OLG Brandenburg StV 1992, 455. Weitere Bsp. nach *Beulke* (Fn. 37), Rn. 70; LG Mainz StV 2004, 531 (Richter erklärt am Telefon gegenüber dem Verteidiger, die Einlassung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung sei „schwachsinnig“ und der Sachverständige, der im vorbereitenden schriftlichen Gutachten diese Aussage gestützt hat, müsse sich „für die Hauptverhandlung warm anziehen.“); KG StV 2005, 490 (Der Vorsitzende entgegnet auf die den Tatvorwurf bestreitende Einlassung des Angeklagten: „Dann will ich es Ihnen mal erklären, denn Sie waren es“); BGH StV 2006, 59 (Mehrere Beweisanträge zur Schuldfähigkeit des Angeklagten wurden gestellt, die Verhandlung wird daraufhin für eine Stunde unterbrochen. Auf Hinweis eines Verteidigers, dass die Unterbrechung zu kurz sei, erklärt der Vorsitzende noch vor der Beratung: „Meinen Sie, dass wir die Anträge noch schneller ablehnen können?“).

<sup>73</sup> *Alsborg*, in: *Taschke* (Hrsg.), *Max Alsborg – Ausgewählte Schriften*, 1992, S. 181 (S. 183).

<sup>74</sup> BGH StV 1993, 339.

<sup>75</sup> BSG NJW 1993, 2261.

<sup>76</sup> Dazu *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 11a; *Siolek* (Fn. 25), § 24 Rn. 31.

<sup>77</sup> *Kopp/Schenke* (Fn. 21), § 54 Rn. 11a.

<sup>78</sup> LG Berlin StV 2002, 132.

<sup>79</sup> LG Dortmund NJW 2007, 3013.

des OVG Münster aus dem Jahre 2003 anlässlich eines Verwaltungsrechtsstreits, in dem es um Fluglärmimmissionen ging. Das Gericht hatte über einen Befangenheitsantrag gegen einen ehrenamtlichen Richter zu entscheiden, der ein von ihm bewohntes Grundstück in einem Bereich hatte, in dem der Lärm des Nachtflugbetriebes wahrnehmbar war.<sup>80</sup>

Das OVG Münster führte in seiner Entscheidung grundsätzlich aus, dass die Befürchtung, ein Richter werde nicht unparteiisch sachlich entscheiden, objektiv berechtigt sein könne, wenn der Ausgang des Verfahrens und die dabei heranzuziehenden Grundsätze auch seine Interessen berühren, wenn also das Obsiegen oder Unterliegen einer Seite zugleich für ihn positive oder negative Folgen haben könne. An diese Möglichkeit sei grundsätzlich zu denken, wenn in einem Verfahren um die Minderung von Immissionen gestritten werde, die auch den zur Entscheidung berufenen Richter treffen oder treffen können.

Hierbei sei allerdings zu bedenken, dass sich die Betroffenheit durch bestimmte Immissionen als eine Erscheinung innerhalb der Vielfalt allgemeiner Lebensumstände darstelle, denen auch der Richter ausgesetzt sei. Es gehöre zudem zum Selbstverständlichen in der Wahrnehmung der zur Objektivität verpflichteten richterlichen Aufgabe, bestimmte Vorstellungen und Eindrücke aus den Alltagserfahrungen bei der richterlichen Tätigkeit unter Kontrolle zu halten. Für die berechtigte Besorgnis der Befangenheit sei daher eine über den Bereich gleicher oder ähnlicher Erfahrungen hinausgehende eindeutige Verbundenheit mit oder Parallelität zu der streitbefangenen Situation und in Rede stehenden Interessenlage erforderlich.

Eine solche verneinte das OVG Münster im konkreten Fall, weil der ehrenamtliche Richter die Entfernung seines Wohnsitzes von dem des ihm am nächsten wohnenden Klägers unwidersprochen mit etwa 5 Km angegeben habe. Auch habe der abgelehnte Richter in seiner Erklärung im Hinblick auf den Fluglärm für sich weder Vor- noch Nachteile gesehen, was nicht im Widerspruch zu der von ihm dargetanen Wahrnehmbarkeit des Fluglärms stehe; denn das Entfallen eines lediglich wahrnehmbaren Geräusches sei nicht zwingend mit einem empfundenen Vorteil gleichzusetzen.

Die Entscheidung verdeutlicht die Probleme, die sich für die Frage einer möglichen Befangenheit stellen, wenn persönliche Interessen des Richters von einer Entscheidung berührt sind. Diese Problematik mag für den Zivilprozess und den Strafprozess von den bestehenden Regelungen über die gesetzlichen Ausschließungsgründe ausreichend erfasst sein, obwohl auch hier im Einzelnen Auslegungsprobleme bestehen. Für den Bereich des Verwaltungsprozesses stellt sich die Problematik, wie der Fall veranschaulicht, komplexer dar. Umso fragwürdiger ist es, dass ausgerechnet im Verwaltungsprozess gegen ablehnende Entscheidungen über Ablehnungsgesuche praktisch kein Rechtsbehelf besteht (s.o.).

### V. Schlussbemerkung

Das Befangenheitsrecht ist das sprichwörtliche „weite Feld“. Das kann nicht überraschen. Richterliche Unvoreingenommenheit ist ein Ideal, tatsächliche Befangenheit nicht nachweisbar und die Besorgnis der Befangenheit eine Bewertungsfrage. Eine griffige Formel, anhand derer sich bestimmen ließe, wann ein richterliches Verhalten geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen (§ 42 ZPO, § 24 StPO), existiert nicht. Eine Orientierungshilfe bilden exemplarische von der Rechtsprechung entschiedene Fälle, die sich nach Fallgruppen ordnen lassen. Dabei sind als allgemeine rechtliche Gesichtspunkte insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör, das Fairnessgebot und das Willkürverbot erkennbar. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. Eine gewisse Objektivierung des Besorgnisgrundes ist notwendig, darf aber nicht dazu führen, dass an die Stelle des Standpunktes des Ablehnenden ein richterlicher tritt. Maßgeblich sollte die Nachvollziehbarkeit der Besorgnis des Ablehnenden durch einen vernünftigen Dritten sein. Insbesondere auch wegen der Komplexität der unumgänglichen Bewertung ist der generelle Ausschluss des Beschwerderechts gegen Entscheidungen über Ablehnungsgesuche im Verwaltungs- und Arbeitsgerichtsprozess hoch problematisch und sollte de lege ferenda abgeschafft werden.

---

<sup>80</sup> OVG Münster NVwZ-RR 2004, 457.