



Ausarbeitung

Befangenheit von Richtern des Bundesverfassungsgerichts
Ablehnung aller Richter wegen Befangenheit

Befangenheit von Richtern des Bundesverfassungsgerichts

Ablehnung aller Richter wegen Befangenheit

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 147/21
Abschluss der Arbeit: 26. August 2021
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit	4
2.1.	Ablehnung aller Richter aus demselben Grund, Antrag offensichtlich unzulässig	5
2.2.	Ablehnung aller Richter aus unterschiedlichen Gründen	5
2.3.	Ablehnung aller Richter aus demselben Grund, Antrag nicht offensichtlich unzulässig	5
3.	Grundsatz der Nichtvertretung	7
4.	Entscheidungsbefugnis nach hypothetischer Befangenheit aller Richter des Ersten und Zweiten Senats	8

1. Fragestellung

Gefragt wird, wer in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht entscheidet, wenn alle Richter des Ersten sowie des Zweiten Senats zugleich wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Unterschieden wird bei der Fragestellung zwischen der Entscheidung über die Befangenheitsanträge und der Entscheidung in der Sache.

2. Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit

Jeder an einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht Beteiligte hat gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz (GG) einen **Anspruch auf seinen gesetzlichen Richter**. Dieser Grundsatz gewährleistet unter anderem, dass die richterliche Tätigkeit von einem nichtbeteiligten Dritten ausgeübt wird. Die Richterbank soll freigehalten werden von Richtern, die dem rechtlich zu würdigenden Sachverhalt und den daran Beteiligten nicht mit der erforderlichen Distanz des unbeteiligten und deshalb am Ausgang des Verfahrens uninteressierten „Dritten“ gegenüberstehen.¹

Diesem **Ziel** dient sowohl der gesetzliche **Ausschluss von der richterlichen Mitwirkung** gemäß § 18 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) als auch die **Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit** nach § 19 BVerfGG.

Die Frage, ob eine Besorgnis der Befangenheit gegeben ist, hängt von diversen Wertungen und damit von subjektiven Elementen ab. Deshalb bedarf die Entscheidung über die Befangenheit eines Richters eines Anstoßes durch diejenigen, die sich durch die eine Besorgnis begründenden Vorgänge unmittelbar betroffen fühlen.² Die Beteiligten müssen folglich einen **Antrag** stellen. Nach § 19 Abs. 3 BVerfGG kann sich auch ein Richter selbst als befangen erklären, wobei auch in diesem Fall eine Entscheidung des Gerichts erfolgen muss.³

Das Gericht entscheidet über den Antrag bzw. die Selbstablehnung wegen Befangenheit nach § 19 Abs. 1 (iVm Abs. 3) BVerfGG **ohne Beteiligung des Betroffenen**. Sofern der Senat zuständig ist, reduziert sich entsprechend die Zahl der an der Entscheidung mitwirkenden Richter. Soweit die Kammer zuständig ist, wirkt bei der Entscheidung über den Antrag bzw. die Selbstablehnung der nach § 15a Abs. 2 BVerfGG vor Beginn des Geschäftsjahres vom Senat bestimmte Vertreter des betroffenen Richters mit, sodass die Kammer stets in der Besetzung mit drei Richtern (§ 15a Abs. 1 S. 2 BVerfGG) entscheidet.⁴ Die Entscheidung der Annahme der Befangenheit ist konstitutiv. Erst die Entscheidung des Gerichts führt zu einem Ausschluss des Richters. Der Richter ist erst ab diesem Moment von der richterlichen Mitwirkung ausgeschlossen (**ex-nunc Wirkung**).⁵

1 BVerfGE 21, 139 (145 f.).

2 BVerfGE 46, 34 (37).

3 BVerfGE 46, 34 (39).

4 Eschelbach, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2005, § 19 Rn. 38.

5 Zähle, Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 2012, 173 (176).

Nach diesen grundsätzlichen Erwägungen und auf Grundlage der genannten Normen ist die Zuständigkeit über die Entscheidung der Ablehnung in drei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

2.1. Ablehnung aller Richter aus demselben Grund, Antrag offensichtlich unzulässig

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entscheidet, sofern der Antrag **offensichtlich unzulässig** oder aus einem anderen Grund missbräuchlich ist, das Gericht in seiner herkömmlichen Besetzung, also unter Beteiligung des abgelehnten Richters.⁶

2.2. Ablehnung aller Richter aus unterschiedlichen Gründen

Wenn zwei oder mehr Richter aus **unterschiedlichen Gründen** abgelehnt werden, ist über die Ablehnungsgesuche **getrennt** zu entscheiden. Dabei ist nur derjenige Richter von der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ausgeschlossen, über dessen richterliche Beteiligung konkret entschieden wird. Die anderen, ebenfalls abgelehnten Richter können hingegen bis zur Entscheidung über das gegen sie gerichtete Ablehnungsgesuch an der Entscheidung mitwirken.⁷

2.3. Ablehnung aller Richter aus demselben Grund, Antrag nicht offensichtlich unzulässig

Offen ist die Konstellation, in der **mehrere/alle Richter** wegen Befangenheit abgelehnt werden, und dieser **Antrag nicht offensichtlich unzulässig** ist. Dies ist soweit ersichtlich bislang nicht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgekommen. Denn es

„ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts über jene innere Unabhängigkeit und Distanz verfügen, die sie befähigen, in Unvoreingenommenheit und Objektivität zu entscheiden.“⁸

Es existiert **keine gesetzliche Regelung**, die bestimmt, wer in diesem Fall über die Befangenheitsanträge entscheidet.

In Bezug auf die **Entscheidung über einen Befangenheitsantrag** enthalten die **anderen Prozessordnungen** detaillierte Regelungen. Die Regelungen stoßen aber ebenfalls bei den obersten Bundesgerichten an ihre Grenzen.

6 BVerfGE 11, 1 (3); BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2021 - 2 BvE 4/20, Rn. 35.

7 BVerfGE 2, 295 (298); BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2021 - 2 BvB 1/19, Rn. 14.

8 BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2021 - 2 BvB 1/19, Rn. 16.

In § 45 Zivilprozessordnung (ZPO) ist das Verfahren in Bezug auf die Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch geregelt.⁹ Danach entscheidet das Gericht, dem der Abgelehnte angehört, über das Ablehnungsgesuch ohne dessen Mitwirkung (sog. Verbot der Selbstentscheidung). Bei Kollegialgerichten entscheidet das durch den vom Geschäftsplan vorgesehenen Vertreter ergänzte Gericht. Sofern dieser ebenfalls befangen ist, erfolgt ein Rückgriff auf den zur weiteren Vertretung berufenen Richter. Wenn die Vertretungsregelung erschöpft ist, sodass die Beschlussfähigkeit des Spruchkörpers nicht herbeigeführt werden kann, entscheidet gemäß § 45 Abs. 4 ZPO das im Rechtszug nächsthöhere Gericht. Bezüglich der Bundesgerichte findet die Vorschrift keine Anwendung, denn diese sind keinem anderen Gericht im Instanzenzug untergeordnet.¹⁰

Von dem Verbot der Selbstentscheidung sind Ausnahmen anerkannt, sodass auch bei den Fachgerichten bei offensichtlich unzulässigen, insbesondere rechtsmissbräuchlichen Ablehnungsgesuchen das Gericht in seiner ursprünglichen Besetzung, also unter Mitwirkung des von dem Gesuch Betroffenen, entscheidet.¹¹ Das **Bundesverwaltungsgericht** hat entschieden, dass das Verbot der Selbstentscheidung in Konstellationen, in denen sämtliche Richter des Bundesverwaltungsgerichts von einem Beteiligten als befangen abgelehnt werden, einer Einschränkung unterfällt. Dies sei zur Wahrung der Anforderungen aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) und auch aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 101 Abs. 4 S. 1 GG, die den rechtskräftigen Abschluss eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreits beinhalten und deswegen die Beschlussfähigkeit der Gerichte erfordert, notwendig. Neben der Anwendung des § 45 Abs. 3 ZPO ist auch die Möglichkeit der Lösung des Problems durch eine gestaffelte Entscheidung über die Ablehnungsgesuche nicht möglich, da über gemeinsam angebrachte Ablehnungsgesuche, die zueinander in Verbindung stehen, gemeinsam zu entscheiden ist.¹² Diese Rechtslage darf aber nicht zur Folge haben, dass eine ordnungsgemäße Entscheidung über den Befangenheitsantrag von vornherein ausgeschlossen und in der Folge eine Sachentscheidung blockiert ist. In dem Fall, in dem **sämtliche Richter eines obersten Bundesgerichts** abgelehnt werden, entscheidet der in der **Hauptsache zuständige Senat** also in seiner geschäftsplanmäßigen Besetzung.¹³ Der **Bundesfinanzhof** hat sich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angeschlossen.¹⁴

9 Vgl. auch § 54 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), § 51 Finanzgerichtsordnung (FGO), § 60 Sozialgerichtsgesetz (SGG), die auf die ZPO verweisen. Das Strafprozessrecht kennt mit § 27 Strafprozessordnung (StPO) eine eigene Regelung. Diese ist ähnlich zu § 45 ZPO, insbesondere enthält sie ebenfalls das Verbot der Selbstentscheidung und die Zuständigkeit des zunächst oberen Gerichts bei Beschlussunfähigkeit. Unterschiede ergeben sich hinsichtlich der Besetzung der Strafsenate (vgl. dazu Conen/Tsambikakis, in: Münchner Kommentar zur StPO, 2014, § 27 Rn. 13 f.). Auch das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) hat mit § 49 ArbGG eine eigene Regelung. Es gilt ebenfalls das Verbot der Selbstentscheidung und die Zuständigkeit des nächsthöheren Gerichts bei Beschlussunfähigkeit (vgl. dazu Rieker, in: Natter/Gross, Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Auflage 2013, § 49 Rn. 24 ff.).

10 Stackmann, in: Münchner Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 35 Rn. 4.

11 Bendtsen, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 9. Auflage 2021, § 42 Rn. 7.

12 BVerfG, NJW 2004, 2514 (2515).

13 BVerwG, NJW 2014, 953 (953 f.).

14 BFH, Beschluss vom 23. Juni 2014 – X R 13/14, Rn. 2.

Insofern ist möglich, dass auch das Bundesverfassungsgericht diese Argumentation übernimmt und das Verbot der Entscheidung in eigener Sache dahingehend reduziert, sodass die Richter des jeweiligen Senats selbst über die Befangenheitsanträge in einem gemeinsamen Verfahren entscheiden, soweit die Ablehnung aller Richter aus demselben Grund erfolgt.

3. Grundsatz der Nichtvertretung

Nach § 2 Abs. 2 BVerfGG wird ein Richter in einen der beiden Senate – und gerade nicht allgemein an das Bundesverfassungsgericht – gewählt. Die Richter dürfen grundsätzlich **nur in diesem Senat** tätig sein.¹⁵ Es gilt der Grundsatz der Nichtvertretung der Richter. Eine Aufteilung nach einem Geschäftsverteilungsplan auf die Senate und allgemeine Vertretungsregelungen – wie bei anderen Gerichten üblich – sind nicht möglich. Dieser Grundsatz galt früher ausnahmslos. Seit dem 1. Januar 1986 wird er u.a. in Hinsicht auf die Befangenheit von Richtern durchbrochen.¹⁶

Die **Ausnahme** greift für den Fall, dass das Bundesverfassungsgericht die **Ablehnung oder Selbstablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit** für begründet erklärt. Nach § 19 Abs. 4 S. 1 BVerfGG wird durch Los ein Richter des anderen Senats als Vertreter bestimmt. Die Vorsitzenden der Senate können dabei nicht als Vertreter bestimmt werden. Das Nähere wird in der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts (GO-BVerfG) geregelt. Nach § 38 GO-BVerfG wird das Losverfahren von dem Vorsitzenden des Senats angeordnet, in dem der Vertretungsfall eingetreten ist. Das Losverfahren wird vom Vorsitzenden des anderen Senates durchgeführt. Er unterrichtet die Richter seines Senats vom Lostermine und zieht den Präsidialrat als Urkundsbeamten heran. Über das Losverfahren wird eine Niederschrift angelegt und das Ergebnis allen Richtern mitgeteilt.¹⁷ Durch das Losverfahren statt einer festgeschriebenen Stellvertretung wird verhindert, dass mit Befangenheitsanträgen gezielt die Zusammensetzung des Senats gesteuert werden könnte.¹⁸

Anderes gilt bei den **Kammern** eines Senats. Der oben genannte Grundsatz der Nichtvertretbarkeit bezieht sich allein auf die Vertretung eines Richters durch einen Richter aus dem anderen Senat. Eine **senatsinterne Vertretung** ist möglich. Die senatsinternen Geschäftsverteilungspläne sehen – wie bei den Fachgerichtsbarkeiten üblich – einen an allgemeinen Merkmalen orientierten Vertretungsschlüssel vor, sodass auch im Vertretungsfall der Grundsatz der Vorbestimmbarkeit des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet ist.¹⁹

15 Lechner/Zuck, in: dies.: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2019, § 2 Rn. 5.

16 Mellinghoff, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 60. EL, Stand: Juli 2020, § 15 Rn. 27.

17 Zähle, Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 2012, 173 (199).

18 Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage 2021, Teil 3 Rn. 74.

19 Eschelbach, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2005, § 15a Rn. 22.

4. Entscheidungsbefugnis nach hypothetischer Befangenheit aller Richter des Ersten und Zweiten Senats

Es existiert **keine gesetzliche Regelung**, die bestimmt, wer im Falle einer Befangenheit aller Richter des Ersten und Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in der Sache entscheidet.

Die anderen **Prozessordnungen** enthalten Regelungen, wer **in der Sache** entscheidet, wenn das Befangenheitsgesuch für begründet erachtet wird. Mit einer stattgebenden Entscheidung steht der abgelehnte Richter einem ausgeschlossenen Richter nach § 41 ZPO gleich. An die Stelle des ausgeschlossenen Richters tritt sein **Vertreter**, welcher im Geschäftsverteilungsplan (§§ 21e Abs. 1 S. 1, 21g Abs. 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)) bestimmt ist.²⁰ Wenn beim Amtsgericht alle Richter und ihre Vertreter von der Sachentscheidung ausgeschlossen sind oder beim Kollegialgericht auch unter Beiziehung von Vertretern kein beschlussfähiges ordnungsgemäß besetztes Gericht vorliegt, ist das zuständige Gericht im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an der Ausübung des Richteramts rechtlich gehindert. Das zuständige Gericht wird in diesem Fall durch das im Rechtszug zunächst **höhere Gericht bestimmt**.²¹ Das nunmehr bestimmte Gericht entscheidet dann in der Sache. Die Vorschrift ist wiederum nicht auf die obersten Bundesgerichte anwendbar, da diese keinen anderen Gerichten im Instanzenzug untergeordnet sind.²²

Das **Bundesverfassungsgericht** ist nicht in einen Instanzenzug eingegliedert, sodass die Bestimmung des Gerichts durch ein höheres Gericht ausscheidet. Zudem existiert kein anderes Gericht, das die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts wahrnehmen könnte.

Die **Errichtung eines zusätzlichen Senats**, der allein diesen Fall zu entscheiden hätte, wäre – ohne abstrakt-generelle gesetzliche Festlegung im Vorhinein –²³ nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG enthält das Verbot von Ausnahmegerichten. Ein Ausnahmegericht wird besonders gebildet und ist allein zur Entscheidung einzelner konkreter und individuell bestimmter Fälle berufen. Im Unterschied zu den regulär berufenen Gerichten ist es nicht für eine nach abstrakt-generellen Kriterien unbestimmte Zahl von Fällen zuständig.²⁴

Mithin ist die Entscheidungsbefugnis nach hypothetischer Befangenheit aller Richter des Ersten und Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts bislang **ungeklärt** und die Regelungen in anderen Prozessordnungen geben keinen Ansatz für ein mögliches Vorgehen.

20 Vossler, in: BeckOK ZPO, 41. Edition, Stand: Juli 2021, § 46 Rn. 6 und § 36 Rn. 14.

21 Patzina, in: Münchner Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 36 Rn. 20 f.

22 Vgl. auch § 53 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, § 39 Abs. 1 Nr. 1 FGO, § 15 StPO, im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt § 36 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG entsprechend.

23 Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 101 Rn. 32.

24 Jachmann-Michel, in: Maunz/Düring, Grundgesetz, Kommentar, 94. EL Stand Januar 2021, Art. 101 Rn. 90.