

Befangenheit von Schöffen durch Vorbefassung?

Zugleich Besprechung der Rechtsprechung des BGH, BVerfG und EGMR

Von Hasso Lieber, Rechtsanwalt, PariJus gGmbH

Abstract

In der Rechtsprechung gibt es unterschiedliche Auffassungen darüber, ob ein Richter oder Schöffe an einer Hauptverhandlung teilnehmen darf, wenn er bereits an einer Verhandlung gegen andere Angeklagte wegen desselben Sachverhalts beteiligt war (sog. Vorbefassung). Wann muss von einem Ausschluss oder einer Besorgnis der Befangenheit ausgegangen werden? Der Beitrag betrachtet die deutsche und europäische Rechtsprechung zu diesem Thema.

In case law, there are different opinions on whether a professional judge or lay judge may participate in a main trial if he has already been involved in a trial against other defendants for the same facts (so-called pre-referral). When must an exclusion or apprehension of bias be assumed? The article looks at German and European case law on this topic.

I. Unvoreingenommenheit

Neutralität und Unabhängigkeit der Urteilsbildung sind für den Richterberuf wie für das richterliche Ehrenamt konstitutiv. Die Beteiligten müssen dieser Unvoreingenommenheit vertrauen können. Zu ihrer Wahrung hat der Gesetzgeber Ausschluss- und Befangenheitsregeln geschaffen. Bestimmte persönliche Konstellationen (§ 22 StPO, z. B. eigene Betroffenheit, Verwandtschaft, berufliche Tätigkeit) oder Verfahrenssituationen (§ 23 StPO, wie Mitwirkung in voriger Instanz oder bei Wiederaufnahme des Verfahrens) schließen zwingend „von Gesetzes wegen“ einen Richter von einem Verfahren aus. Zum anderen können im Einzelfall (§ 24 StPO) Tatsachen vorliegen (Äußerungen, Verhaltensweisen usw.), die Zweifel an Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit begründen und damit wegen Besorgnis der Befangenheit von der Teilnahme am Verfahren ausschließen. Für Schöffen gelten dieselben Regeln (§ 31 StPO).

Diskussionen gibt es zu einem Verfahren, das der Gesetzgeber *nicht* ausdrücklich geregelt hat: die sog. Vorbefassung. Eine solche Situation liegt vor, wenn ein Richter (oder ganzer Spruchkörper) über einen bestimmten Sachverhalt in erster Instanz schon einmal geurteilt hat und in einem weiteren Verfahren – weil nach der Geschäftsverteilung zuständig – gegen Angeklagte verhandeln soll, denen die Beteiligung an dem abgeurteilten Sachverhalt vorgeworfen wird. Gründe für eine nochmalige Befassung gibt es mehrere: Der zu verhandelnde Sachverhalt ist zu umfangreich und die Zahl der Beteiligten zu groß für ein einziges Verfahren, die weiteren Täter werden erst später ermittelt, ein Angeklagter war zurzeit des ersten Verfahrens handlungsunfähig oder das Verfahren gegen einen oder mehrere Angeklagte ist abgetrennt worden. Von einer solchen Vorbefassung können auch Schöffen betroffen sein.

II. Der Ausgangsfall: BGH, Beschluss vom 18.5.2022, 3 StR 181/21

Sachverhalt: Vor der Strafkammer wurde das Verfahren gegen vier von acht Angeklagten wegen bandenmäßiger Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz nach dem ersten Verhandlungstag abgetrennt und vorab verhandelt, u. a. weil sie geständige Einlassungen in Aussicht gestellt hatten. Das gegen sie ergangene Urteil stellte fest, dass die vier noch nicht verhandelten Angeklagten 2018 eine Bande zum Handel mit Marihuana gebildet hätten, zu der die hier Angeklagten 2019 unterstützend hinzugekommen wären. Letztere wurden wegen Beihilfe verurteilt, weil sie das Rauschgift über zwei Trinkhallen verkauft sowie beim Portionieren, Abpacken und Lagern des Marihuanas geholfen hatten. Konkrete einzelne Taten der vier anderen Angeklagten – neben der Feststellung der Bandenbildung – enthält das Urteil nicht. Nach insoweit erledigtem Verfahren und Urteil verhandelte die Kammer in derselben Besetzung weiter gegen die übrigen vier Angeklagten. Berufsrichter und Schöffen wurden von diesen wegen Besorgnis der Befangenheit aufgrund der Vorbefassung abgelehnt. Sie hätten mit der Verurteilung im abgetrennten Verfahren bereits zum Ausdruck gebracht, von der Schuld der noch im Verfahren befindlichen Angeklagten überzeugt zu sein. Der Antrag wurde als unbegründet zurückgewiesen, die Angeklagten wegen bandenmäßigen Handelns mit Betäubungsmitteln verurteilt. Mit der Revision rügen die Angeklagten u. a., die im ersten Urteil getroffenen Feststellungen zur Bandenbildung und Tätigkeit der verbleibenden Angeklagten seien *denknotwendig* mit einer Festlegung zu ihrer Schuld verbunden. Das begründe in ihrem Verfahren die Besorgnis der Befangenheit.

Rechtliche Würdigung: Die auf die Vorbefassung bezogenen Rügen hat der BGH verworfen.¹ Die Mitwirkung an einem Urteil über *dieselbe* Tat gegen einen *anderen* Beteiligten sei nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich unbedenklich.² Das sei auch dann der Fall, wenn das Verfahren gegen einzelne Angeklagte abgetrennt und in dem gegen sie ergangenen Urteil Feststellungen zu einem Tatgeschehen getroffen werde, zu dem sich das Gericht bezüglich der verbliebenen Angeklagten im weiteren Verlauf des Verfahrens noch eine Überzeugung bilden müsse. Ausnahmsweise könne in diesen Fällen eine Befangenheit vorliegen, wenn das frühere Urteil bereits in dieser Sache überflüssige Feststellungen bzw. unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über einen der jetzigen Angeklagten enthalte oder ein Richter sich bei der Vorentscheidung in unsachlicher Weise zum Nachteil des später verhandelten Angeklagten geäußert habe (siehe nachfolgend EGMR).

III. Maßstab des Verfassungs- und Europarechts

1. BVerfG, Beschluss vom 27.1.2023, 2 BvR 1122/22

Im März 2020 verurteilte das LG Bonn in den sog. „Cum-Ex-Verfahren“ zwei britische Börsenhändler zu Gesamtfreiheitsstrafen, die die Kammer jeweils zur Bewährung aussetzte.³ In den Urteilsgründen nahm es auch Bezug auf Personen und Handlungen, die erst später angeklagt und verhandelt wurden. Im Mai 2020 klagte die Staatsanwaltschaft weitere Personen in diesem Zusammenhang an. Nach der Geschäftsverteilung war dieselbe Strafkammer zuständig. Vorsitzender und Berichterstatter hatten an dem Urteil gegen die Börsenhändler mitgewirkt. Ein Angeklagter lehnte die beiden wegen Besorgnis der Befangenheit ab; der Antrag wurde als unbegründet abgewiesen. Nach seiner Verurteilung erhob dieser Verfassungsbeschwerde mit der Begründung, in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt zu sein.

Das BVerfG erkennt die Notwendigkeit getrennter Verfahren zum selben Verfahrensgegenstand in bestimmten Situationen an. In den umfangreichen Verfahren könne es für die Beurteilung der Schuld der jeweiligen Angeklagten unerlässlich sein, dass das Gericht auf die Beteiligung Dritter Bezug nehme, gegen die später ein gesondertes Verfahren geführt wird.

1 BGH, Beschluss vom 18.5.2022, Az.: 3 StR 181/21, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=131159&pos=0&anz=1> [Abruf: 1.10.2023].

2 Bestätigt in dem Beschluss vom 7.6.2022, Az.: 5 StR 460/21, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=130583&pos=0&anz=1> [Abruf: 1.10.2023].

3 BVerfG, Beschluss vom 27.1.2023, Az.: 2 BvR 1122/22, https://www.bverfg.de/e/rk20230127_2bvr112222.html [Abruf: 1.10.2023].

Es lässt die Rechtsprechung des BGH, eine Vorbefassung begründe nur ausnahmsweise bei Hinzutreten besonderer Umstände die Besorgnis der Befangenheit, unbeanstandet. Das deutsche Verfahrensrecht sei von der Auffassung beherrscht, ein Richter könne auch dann unvoreingenommen eine Sache beurteilen, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet habe. Die Grenze einer solchen Auffassung sieht das BVerfG erst in willkürlichem Handeln des Gerichts oder bei Verkennung der Bedeutung und Tragweite der Garantie des gesetzlichen Richters. Diese Maßstäbe stehen nach seiner Auffassung auch im Einklang mit der EMRK, die als Hilfe zur Auslegung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen sei.

2. EGMR, Urteil vom 16.2.2021, Nr. 1128/17 (Meng v. Deutschland)

Der EGMR hatte den Fall der Vorbefassung in aufeinander folgenden Verfahren zu entscheiden. Der neue Partner einer Frau wurde wegen Mordes an deren Ehemann verurteilt. In dem Urteil gegen ihn wurden Ausführungen zu einer möglichen Anstiftung gegen die Ehefrau gemacht, die die Staatsanwaltschaft veranlassten, Ermittlungen gegen die Frau aufzunehmen und wegen Anstiftung zum Mord anzuklagen. Der Vorsitzende der Strafkammer in der Verhandlung gegen die Ehefrau war im Verfahren gegen den Partner Berichterstatter. Der EGMR teilt die Auffassung der deutschen Gerichte, allein die Tatsache, ein Richter habe im gesonderten Strafverfahren gegen einen Mitbeschuldigten verhandelt, reiche nicht aus, Zweifel an seiner Unparteilichkeit im folgenden Fall zu begründen.⁴ Gerechtfertigte Zweifel an der Unparteilichkeit ergäben sich aber, wenn über die Beschreibung der Tatsachen hinaus, die die später angeklagte Person betreffen, auch eine rechtliche Bewertung des Verhaltens dieser Person vorgenommen wird. Der Gerichtshof stellt darauf ab, ob die von Art. 6 Abs. 2 EMRK garantierte Unschuldsvermutung verletzt wird. Allerdings – so der EGMR in einer Nebenbemerkung (sog. obiter dictum) – sei beim Berufsrichter im Vergleich zum Schöffen eher zu erwarten, dass er sich von den im früheren Verfahren gewonnenen Eindrücken freimachen kann.

IV. Bedeutung für Schöffen

Der EGMR nimmt mit der Nebenbemerkung eine Differenzierung vor, die die deutsche Rechtsprechung nicht macht. Eine Teilnahme von Schöffen an gleichgelagerten Verfahren gegen Angeklagte in verschiedenen Verfahren kommt in der Regel nur, wie im geschilderten BGH-Fall, bei der Abtrennung des Verfahrens gegen einzelne Angeklagte in Betracht. Dass Schöffen in zwei Verfahren zum gleichen Sachverhalt gegen ver-

4 EGMR, Urteil vom 16.2.2021, Nr. 1128/17, <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/17/1128-17.php>, Rn. 51 [Abruf: 1.10.2023].

schiedene Angeklagte wie im EGMR-Fall zum Einsatz kommen, dürfte aufgrund der Auslosung der Schöffen auf die Sitzungstermine nur durch Zufall in Frage kommen.

Allerdings wirft das obiter dictum des EGMR die Frage auf, welche Bedeutung es für das deutsche Recht haben kann. Die nationale Rechtsprechung ist gehalten, „konventionsfreundlich“ zu entscheiden, d. h. die EMRK und dazu ergangene Rechtsprechung bei der Anwendung deutschen Rechts als Maßstab einzubeziehen. Mögliche Unterschiede bei der Bewertung der Unvoreingenommenheit haben bereits zur Diskussion in der Fachliteratur geführt. *Kudlich/Ohlig*⁵ prognostizieren für den Fall einer künftigen Entscheidung des EGMR, dass für Berufsrichter und Schöffen unterschiedliche Maßstäbe zur Begründung eines Ablehnungsantrages wegen Besorgnis der Befangenheit gelten, die Frage zu beantworten wäre, ob und wie sich diese Ansicht in das deutsche Rechtssystem einfügen ließe. Diese Frage richte sich dann auch an den Gesetzgeber.⁶

Die Tatsache, dass es notwendigerweise zu Vorbefassungen kommt, ist also weitgehend unstrittig. Der Ausgangspunkt für den Maßstab eines Ausschlusses ist zunächst die anzuwendende Norm. §§ 22, 23 StPO sind vom Gedanken des gesetzlichen Richters beherrscht, wonach ein nach der Geschäftsverteilung zuständiger Richter oder Schöffe nur bei bestimmten, gesetzlich geregelten Konstellationen vorheriger Tätigkeit vom Verfahren ausgeschlossen ist. Beispiel: Eine Schöffin ist beim LG der Kleinen Strafkammer zugelost und soll am Berufungsverfahren gegen ein Urteil teilnehmen, an dem sie bereits in der vorherigen Amtsperiode in erster Instanz als Schöffin beim AG mitgewirkt hat. Die gesetzliche Konsequenz ist der Ausschluss vom Berufungsverfahren, ohne dass eine Rolle spielt, ob die Schöffin sich beim Auftreten von Zweifeln an der Beweislage ggf. von ihrer Auffassung aus dem erstinstanzlichen Verfahren lösen könnte.

Die Vorbefassung als Mitwirkung in *derselben* Instanz ist als gesetzlicher Ausschlussgrund in §§ 22, 23 StPO nicht geregelt, weshalb sie an der (allgemeinen) Besorgnis der Befangenheit nach § 24 StPO zu messen ist. Deren Maßstab ist die Unschuldsvermutung, nach der ein nicht mehr unvoreingenommener Richter oder Schöffe an der Entscheidung nicht beteiligt sein kann. Die deutsche Rechtsprechung schließt aus dem Fehlen der Vorbefassung in den zwingenden gesetzlichen Ausschlussgründen der §§ 22, 23 StPO, dass dieses auch auf die Befangenheit ausstrahlt. Die Argumentation kollidiert mit der Logik der Beziehung der Normen zueinander, wonach § 24 StPO als Generalklausel nicht auf lediglich außergewöhnliche, rechtsfremde Äußerungen reduziert werden kann.⁷

§§ 22, 23 StPO stellen allein die Frage, „ob“ ein in den Vorschriften vorgesehener Fall vorliegt. Wird sie bejaht, ist die Konsequenz der Ausschluss vom Verfahren. Das Kriterium der „Besorgnis der Befangenheit“ (§ 24 StPO) verlangt nach einer Einschätzung, „wie“ die Handlung oder Einstellung des betreffenden Richters im Hinblick auf seine Unbefangenheit zu würdigen ist.⁸ Die Relevanz dieses „wie“ für eine *Besorgnis* (!) der Befangenheit auf reine Willkür zu reduzieren, ist mit der Unschuldsvermutung nicht in Einklang zu bringen.

V. Schlussfolgerung

Auch die Vorbefassung ist danach zu bewerten, dass bereits der „böse Schein einer möglicherweise fehlenden Voreingenommenheit zu vermeiden“ ist.⁹ Diese Regeln sind auf Berufs- wie ehrenamtliche Richter in gleicher Weise anzuwenden. Welche Folgen die vom EGMR angesprochene Differenzierung auf die Praxis eines Ausschlusses wegen Besorgnis der Befangenheit haben kann, bleibt unklar. Der pauschalierende Maßstab, alle Richter besäßen nicht nur die berufliche Erfahrung, sondern auch die Persönlichkeit, sich von der Überzeugung der Vorbefassung zu lösen, wird in der Literatur mit einem Fragezeichen versehen. In der Anmerkung zur Rechtsprechung des EGMR und des BGH bezeichnen *Kudlich/Ohlig*¹⁰ dies als „idealistische Vorstellungen“; es sei nachvollziehbar, dass ein Angeklagter in dem zweiten Verfahren nicht so recht an die Unbefangenheit glauben mag. Ebenso wenig lassen sich pauschale Begründungen oder Erfahrungen dafür finden, ehrenamtliche Richter seien weniger als Berufsrichter in der Lage, eigene Vorurteile zu erkennen und zu verarbeiten. Voraussetzung ist bei Berufs- wie ehrenamtlichen Richtern, die geeigneten Personen mit diesen Eigenschaften zu finden.

Evtl. bietet sich für Schöffen eine gesonderte Regelung an, nach Vorbefassung nicht an Folgeverhandlungen zum gleichen Inhalt teilzunehmen. Die Vorteile wären mehrfach: Das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten würde gestärkt, weil auf jeden Fall zwei Mitglieder des Gerichts auch „formal unbefangen“ sind. Ansehen und Bedeutung der Schöffen würden aufgewertet. Der Einsatz eines Ersatzschöffen ist mit weniger Aufwand für das Gericht verbunden als bei der Vertretung eines Berufsrichters. Als Nebeneffekt würden Schöffen von der Last langer Verfahren durch Verteilung auf mehrere Schultern entlastet. Vielleicht gibt der EGMR demnächst den Anlass zur Diskussion.

5 *Hans Kudlich/Mathis Ohlig*, Ob? Wie? Oder auch wie sehr? Besorgnis der Befangenheit wegen Vorbefassung, *Juristische Rundschau* 2023, S. 163, 169.

6 *Kudlich/Ohlig* (Fn. 5) unter Hinweis auf die gleiche Ansicht in BVerfGE 111, S. 307, 324.

7 *Morten Boe*, Befangenheit bei sachlicher Vorbefassung: eine überfällige Rekalibrierung?, *HRRS* 2022, S. 151-158, <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/22-04/index.php?sz=7> [Abruf: 1.10.2023].

8 *Kudlich/Ohlig* (Fn. 5), S. 164.

9 BVerfG, Beschluss vom 20.7.2021, Az.: 2 BvE 4/20, 5/20, Rn. 19, https://www.bverfg.de/e/es20210720_2bve000420.html [Abruf: 1.10.2023].

10 *Kudlich/Ohlig* (Fn. 5), S. 167 unter Bezug auf den BGH-Richter *Mosbacher*, *NStZ* 2022, S. 641, 647.