

**Artikel 101**

**[Ausnahmeorgane; gesetzlicher Richter]**

**(1) Ausnahmeorgane sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.**

**(2) Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden.**

*Andreas Hünlein*

**Inhaltsübersicht**

	Rdnr.		Rdnr.
A. Allgemeines	1	1. Die die Gesetzlichkeit konstituierenden Normen	31
I. Vorläuferregelungen	1	a) Das Gebot der normativen Vorausbestimmung	32
II. Entstehungsgeschichte	2	b) Normative Vorsorge für den „grundgesetzkonformen“ Richter	56
III. Regelungen in Landesverfassungen	4	2. Die Entziehung des gesetzlichen Richters durch das Gericht	62
IV. Europäisches und internationales Recht	5	a) Erheblichkeit von Normanwendungsfehlern im allgemeinen; Willkürformel	62
B. Bedeutung der Vorschrift	6	b) Einzelprobleme	70
C. Art. 101 I 1: Das Verbot von Ausnahmeorganen	13	3. Unregelmäßigkeiten bei der Bestellung von Richtern	89
D. Art. 101 I 2: Die Garantie des gesetzlichen Richters	16	a) Fehler bei der Wahl von Schöffen bzw. ehrenamtlichen Richtern	90
I. Grundrechtsträger	16	b) Probleme bei der Wahl von Verfassungsrichtern	95
II. Die Gesetzlichkeit des Richters	18	IV. Verfassungsprozessuales	97
1. Begriff des „Richters“	18	E. Art. 101 II: Gerichte für besondere Sachgebiete	100
2. Der „gesetzlich zuständige“ Richter	21		
3. Der „in jeder Hinsicht dem Grundgesetz entsprechende“ Richter	25		
III. Das Verbot der Entziehung des gesetzlichen Richters	28		

**Schrifttum**

*Achenbach, Hans*, Staatsanwalt und gesetzlicher Richter – ein vergessenes Problem? in: C. Broda/E. Deutsch/H.-L. Schreiber/H.-J. Vogel (Hrsg.), Festschrift für R. Wassermann, 1985, S. 849–860; *Arndt, Adolf*, Die Gesetzlichkeit des Richters als Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt, JZ 1956, 633; *ders.*, Schriftsatz vom 20. Dezember 1958 zum Verfahren 1 BvR 963/58, in: Adolf Arndt, Schriftsätze zur Verfassungsbeschwerde der Industriegewerkschaft Metall für die Bundesrepublik Deutschland, Broschüre, o.J., S. 4–34; *ders.*, Die Gesetzlichkeit des Richters, DRiZ 1959, 171–172; *Bettmann, Karl August*, Der gesetzliche Richter und das Bundesverfassungsgericht, AöR 94 (1969), S. 263–312; *Eser, Albin*, Der „gesetzliche Richter“ und seine Bestimmung für den Einzelfall; Rechtsvergleichende Beobachtungen und rechtspolitische Überlegungen zur Diskussion um die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung, in: A. Eser/H. J. Kullmann/L. Meyer-Goßner/W. Odersky/R. Voss (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für H. Salger, 1995, S. 247–271; *Henkel, Joachim*, Der gesetzliche Richter, 1968; *Leisner, Walter*, „Gesetzlicher Richter“ – vom Vorsitzenden bestimmt? – Problematisches Richterrecht aus den

Vereinigten Großen BGH-Senaten, NJW 1995, S. 285–289; *Rabe, Hans-Jürgen*, Vorlagepflicht und gesetzlicher Richter, in: B. Bender/R. Breuer/F. Ossenbühl/H. Sendler (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für K. Redeker, 1993, S. 201–212; *Roth, Thomas*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000; *Sangmeister, Bernd*, Grundsätzliches vom Bundesgerichtshof, NJW 1995, 289–299; *Schneider, Rudolf*, Die verfassungsrechtliche Problematik einer Überbesetzung der Kollegialgerichte, ZZZ 77 (1964), S. 409–443; *Stemmler, Christian*, Befangenheit im Richteramt. Eine systematische Darstellung der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe unter besonderer Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip, 1975; *Träger, Ernst*, Der gesetzliche Richter – Aktuelle Fragen aus Verfassung und internationalem Recht, in: W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für W. Zeidler, 1987, Bd. 1, S. 123–145; *Wipfelder, Hans-Jürgen*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, VBIBW 1982, 33–43.

## A. Allgemeines

### I. Vorläuferregelungen

#### Paulskirchen-Verfassung von 1849

##### 1 § 175

*Die richterliche Gewalt wird selbständig von den Gerichten geübt. Kabinetts- und Ministerialjustiz ist unstatthaft.*

*Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sollen nicht stattfinden.*

#### Preußische Verfassung von 1850

##### Art. 7

*Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte und außerordentliche Kommissionen sind unstatthaft.*

#### Gerichtsverfassungsgesetz von 1877<sup>1</sup>

##### § 16

*Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standrechte werden hiervon nicht berührt.<sup>2</sup>*

#### Weimarer Reichsverfassung von 1919

##### Art. 105

*Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standrechte werden hiervon nicht berührt. Die militärischen Ehrengerichte sind aufgehoben.*

### II. Entstehungsgeschichte

- 2 Der **Verfassungskonvent von Herrenchiemsee** sah sich vor der Aufgabe, eine „unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtspflege“ als „unentbehrliche Bürgschaft des Rechtsstaats“ von Grund auf neu aufzubauen, nachdem „auf diesem Gebiet ... das nationalsozialistische Regime ein großes Vertrauenskapital zerstört“

1 RGBl. S. 41.

2 Vgl. aber auch die Einschränkungen im Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz v. 27.1.1877 (RGBl. S. 77).

hatte. U.a. bei dem vorgeschlagenen Art. 131 handelte es sich darum, „alte bewährte Grundsätze wieder zu Ehren kommen zu lassen“.<sup>3</sup>

Nahezu wortgleich mit Art. 84 des „Bayerischen Entwurfs eines Grundgesetzes“<sup>4</sup> schlug der Konvent folgende Fassung der Richtergarantie vor:

(1) *Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.*

(2) *Gerichte für besondere Sachgebiete sind nur kraft gesetzlicher Bestimmung zulässig.*<sup>5</sup>

Im **Parl. Rat** hat die Vorschrift keine größeren Debatten ausgelöst.<sup>6</sup> Bereits mit der Fassung des RPflegeA v. 7.12.1948<sup>7</sup> erhielt sie ihre heutige Textgestalt. Die Bezifferung als Art. 101 geht auf die 9. Sitzung des Plenums am 6.5.1949 zurück.

Materialien des Parl. Rates:

RPflegeA: Parl. Rat-Drucks. Nr. 568, 571, 353; StenBer.: 7. Sitzung v. 6.12.1948, S. 116–118; 9. Sitzung v. 17.12.1948, S. 14; AllgRedA: Parl. Rat-Drucks. Nr. 343, 543, 751; HptA: Parl. Rat-Drucks. Nr. 484, 365, 539, 503, 615, 604/675, 932, 850; StenBer.: S. 296, 480 f., 669, 758; FünferA: Parl. Rat-Drucks. Nr. 675; Plenum: Parl. Rat-Drucks. Nr. 883; StenBer.: S. 186.

### III. Regelungen in Landesverfassungen

Art. 86 VerfBay; Art. 67 VerfBerl; Art. 6 I, II VerfBrem; Art. 20 I VerfHess; Art. 6 I 4  
VerfRhPf; Art. 14 I VerfSaarl; Art. 78 I VerfSachs; Art. 21 II, III VerfSachsAnh;  
Art. 87 VerfThür.

### IV. Europäisches und internationales Recht<sup>8</sup>

#### Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

5

##### Art. 6 I 1<sup>9</sup>

*Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen,*

3 Vgl. Bericht des Verfassungsausschusses der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23.8.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Akten u. Protokolle, Bd. 2, Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, bearbeitet v. P. Bucher, 1981, S. 572; ebenso der Bericht des Unterausschusses III des Konvents, a.a.O., S. 309.

4 Abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Fußn. 3), S. 31; vgl. ferner S. 45 f.

5 Text im Bericht des Verfassungsausschusses der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23.8.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Fußn. 3), S. 610 f.

6 Zu den geringfügigen Erörterungen s. B. *Dennewitz* in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 101 Anm. I.

7 Parl. Rat-Drucks. 353, S. 4.

8 Überblick über den „gesetzlichen Richter“ im Ausland bei A. *Eser*, Der „gesetzliche Richter“ und seine Bestimmung für den Einzelfall, in: A. Eser/H. J. Kullmann/L. Meyer-Goßner/W. Odersky/R. Voss (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für H. Salger, 1995, S. 247 [258–264]; zum „gesetzlichen Richter“ im EG-Recht P. *Grzybek*, Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 76 ff., 210 ff.; vgl. auch die Kontroverse zwischen G. *Mößlang*, Ist der EuGH als gesetzlicher Richter i. S. des Art. 101 I 2 in Frage gestellt?, *EuZW* 1996, 69, und J. C. *Wichard*, Keine Gefahr für den EuGH!, *EuZW* 1996, 305.

9 Vgl. ferner Art. 5 Ia, III EMRK; zum Gebot der Gesetzlichkeit des Richters nach Art. 6 I 1 EMRK W. *Peukert* in: J. A. Frowein/W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, Art. 6 Rdnrn. 122 f.

auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat.

#### Charta der Grundrechte der EU

##### Art. 47 II 1

Jede Person hat ein Recht darauf, daß ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

#### Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

##### Art. 14 I 2

Jedermann hat Anspruch darauf, daß über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage oder seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen durch ein zuständiges und auf Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise und öffentlich verhandelt wird.

### B. Bedeutung der Vorschrift

- 6 Die Garantie des gesetzlichen Richters (**Art. 101 I**) hat das GG (nahezu) unverändert aus der WRV (Art. 105) bzw. aus dem GVG (§ 16) übernommen. Dies darf nicht über den fundamentalen Wandel hinwegtäuschen, den die Gewährleistung unter dem GG erfahren hat, aus dessen Gesamtzusammenhang heraus sie nunmehr zu interpretieren ist.<sup>10</sup>
- 7 In ihrer **überkommenen Bedeutungsschicht** geht es der Vorschrift zunächst darum, **Einflüsse auf die Justiz von außen** abzuwehren, die auf die Entscheidung durch einen genehmen Richter abzielen. Einerseits sanktioniert sie daher die Einhaltung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung in einem weiten Sinne durch das Verbot der Richterentziehung (**Art. 101 I 2**), andererseits oder umgekehrt verbietet sie das Einzelfall-, das Ausnahmegericht (**Art. 101 I 1**). Die Existenz einer Zuständigkeitsordnung wird dabei vorausgesetzt. Einschlägige Regeln vorzuhalten obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber.
- 8 In der verfassungsgerichtlichen Praxis hat der formelle Gehalt der Richtergarantie nicht zuletzt deshalb eine erhebliche Rolle gespielt, weil das BVerfG bereits früh in Art. 101 I 2 einen Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf Beachtung der Zuständigkeitsordnung **durch die Gerichte selbst** verankert gesehen hat (seit BVerfGE 3, 359 [364]). Diese Ausdehnung des Kreises der Normadressaten hat dem BVerfG den Zugriff auf manches Problem des „einfachen“ Verfahrensrechts eröffnet und zugleich auch in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Spezifischen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle richterlicher Entscheidungen aufgeworfen.
- 9 Das BVerfG hat der Richtergarantie eine **zweite Bedeutungsschicht** abgewonnen. Insoweit hat sich der Wandel des Begriffs vom Rechtsstaat und des Bildes von der rechtsprechenden Gewalt in der Zeit nach 1945<sup>11</sup> entscheidend auch **an** und **vermittels** des äußerlich unveränderten Justizgrundrechts vollzogen.
- 10 **An** Art. 101 I 2 läßt sich der Wandel insofern ablesen, als die Norm nicht als „eine nur formale Bestimmung verstanden werden“ kann, „die stets dann schon erfüllt ist,

<sup>10</sup> A. Arndt, DRiZ 1959, 171.

<sup>11</sup> Zum „materiellen Rechtsstaatsbegriff“ insbesondere D. Gosewinkel in: A. Arndt, Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie, 1991, S. 586–591 m.w.N.; zum Rechtsstaatsprinzip vgl. auch Art. 20 Rdnrn. 46 ff.

wenn die Richterzuständigkeit allgemein und eindeutig geregelt ist“ (BVerfGE 21, 139 [145]). Art. 101 I 2 gewährleistet heute weitergehend den **gesetzlichen Richter in einem materiellen Sinne**, als einen neutralen, von den Verfahrensbeteiligten unabhängigen Dritten, dem allein rechtsprechende Gewalt – ebenfalls in einem materiellen Sinne verstanden – auszuüben zukommt. Mit diesem Inhalt bindet die Norm auch den Gesetzgeber des Gesamtstaates.

„**Vermittels**“ von Art. 101 I 2 konnte das neue materielle Rechtsstaats- und Justizverständnis Konturen gewinnen, weil die Vorschrift von Anbeginn an als **verfassungsbeschwerdefähiges Recht** ausgestaltet war und so dem BVerfG Gelegenheit zu Aussagen auch zum Gehalt der anderen, die rechtsprechende Gewalt betreffenden Regeln des GG gab (anschaulich BVerfGE 27, 319). Insofern kommt Art. 101 I 2 im Bereich dieser Regeln eine ähnliche Schlüsselstellung zu wie Art. 2 I – seit dem „Elfes-Urteil“ (s. Art. 2 Rdnrn. 17 ff.) – für die „verfassungsmäßige Ordnung“ in ihrer Gesamtheit. 11

**Art. 101 II** ist der Sache nach eine ergänzende Regelung zu den Art. 92, 95 I und Art. 96 I, II und IV, die die Errichtung von neben die ordentlichen Gerichte tretenden Gerichten der Länder für besondere Sachgebiete dem **Vorbehalt des Gesetzes** unterwirft. Der Standort der Norm in unmittelbarer Nachbarschaft zur Garantie des gesetzlichen Richters dürfte mit den Erfahrungen der nationalsozialistischen Zeit zusammenhängen. Die „Sonderstrafgerichte“ jener Zeit<sup>12</sup> praktizierten insofern als Ausnahmegerichte,<sup>13</sup> als ihre Zuständigkeit vom Willen der Staatsanwaltschaft abhing. Dementsprechend hatte der Abg. *Seebohm* bei den Verhandlungen des HptA des Parl. Rates Wert auf die Klarstellung im Protokoll gelegt, daß unter die Ausnahmegerichte des Abs. 1 „auch Sonderstrafgerichte fallen“.<sup>14</sup> 12

### C. Art. 101 I 1: Das Verbot von Ausnahmegerichten

Im Bericht des Unterausschusses III des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee findet sich eine prägnante Bestimmung des **Begriffs der Ausnahmegerichte**: 13

*Unter Ausnahmegerichten sind durch die Regierung oder Verwaltung für bestimmte Einzelfälle oder Gruppen von Einzelfällen eingesetzte Gerichte zu verstehen, mit denen sich die Gefahr oder der Verdacht verbindet, daß die Gerichtsmitglieder mit einer bestimmten Tendenz ausgewählt sind. Im Gegensatz dazu steht der „gesetzliche Richter“, der durch abstrakte Form und daher ohne Rücksicht auf die Person der Beteiligten bestimmt ist.*<sup>15</sup>

Diese Definition ist allerdings insofern zu eng, als Art. 101 I 1 nicht nur der Exekutive, sondern auch dem Gesetzgeber verbietet, in Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeit Gerichte besonders zu bilden und zur Entscheidung einzelner 14

12 Zur Praxis der Sondergerichte: *B. Schimmler*, Recht ohne Gerechtigkeit – Zur Tätigkeit der Berliner Sondergerichte im Nationalsozialismus, 1984; *I. Müller*, Furchtbare Juristen, Die bewältigte Vergangenheit unserer Justiz; 1987, Zweiter Teil, Kapitel 15; Senator für Justiz und Verfassung der Freien Hansestadt Bremen (Hrsg.), Strafjustiz im totalen Krieg. Aus den Akten des Sondergerichts Bremen 1940 bis 1945, Bd. 1, 1991, Bd. 2 und 3, 1994.

13 So *L. Gruchmann*, Justiz im Dritten Reich, 1933–1940, Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner, 1988, S. 946 ff. [insbes. S. 950].

14 Parl. Rat, Verhandlungen des HptA, 25. Sitzung, S. 296 u. 38. Sitzung, S. 480 f.; vgl. auch Art. 6 II der VerfBrem v. 21.10.1947: „Ausnahmegerichte und Sonderstrafgerichte sind unzulässig.“ Ebenso: VerfHess v. 1.12.1946 (Art. 20 I 2).

15 Bericht des Unterausschusses III in: Bericht des Verfassungsausschusses der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23.8.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Fußn. 3), S. 333.

konkreter oder individueller Fälle zu berufen (vgl. BVerfGE 8, 174 [182]; 10, 200 [212]).<sup>16</sup>

- 15 Nach Art. 101 I 1 wäre es auch unzulässig, wenn sich die Bundesrepublik Deutschland daran beteiligte, ein internationales Gericht ad hoc und ad personam zu errichten, wie es die Bundesregierung im Fall „Öcalan“ vorgeschlagen hatte.<sup>17</sup>

## D. Art. 101 I 2: Die Garantie des gesetzlichen Richters

### I. Grundrechtsträger

- 16 Art. 101 I 2 enthält einen objektiven Verfahrensgrundsatz, der für jedes gerichtliche Verfahren gilt und daher jedem zugute kommt, der nach den Verfahrensnormen parteifähig (BVerfGE 3, 359 [363]) oder von dem Verfahren unmittelbar betroffen ist (BVerfGE 21, 362 [373]; 96, 231 [244]).<sup>18</sup> In der jüngeren Rspr. wird weniger auf die Parteifähigkeit abgestellt als auf **das tatsächliche Auftreten als Beteiligter** in einem gerichtlichen Verfahren (BVerfGE 82, 286 [295, 297]).<sup>19</sup> Es spielt mithin keine Rolle, ob es sich um eine natürliche oder juristische, um eine inländische oder ausländische Person (BVerfGE 3, 359 [362]: **inländische juristische Person**; E 64, 1 [11]: **ausländische juristische Person**), um eine Person des privaten oder des öffentlichen Rechts (BVerfGE 6, 45 [49 f.]: **Fiskus**; E 61, 82 [104]: **Gemeinde**) oder überhaupt um eine „Person“ im strengen Sinn (BVerfGE 13, 132 [139]: **Deutsche Bundesbahn**; E 28, 314 [323]: **Personalrat**; E 82, 286 [296]: **„25 Abgeordnete der Oppositionsfraktion“**)<sup>20</sup> handelt (vgl. auch Art. 19 Rdnrn. 107 ff. und Vorbem. vor Art. 2 ff. Rdnr. 50).
- 17 Grundrechtsträger ist demgegenüber **nicht** der Richter selbst (BVerfGE 15, 298 [301]).

### II. Die Gesetzlichkeit des Richters

- 18 **1. Begriff des „Richters“.** Gesetzlicher Richter ist nicht nur das Gericht als organisatorische Einheit oder das erkennende Gericht als Spruchkörper, vor dem verhandelt und von dem die Sache entschieden wird, sondern auch **der zur Entscheidung im Einzelfall berufene einzelne Richter** (BVerfGE 4, 412 [416 f.]; 17, 294 [299]; 18, 344 [349]; 40, 356 [361]; 95, 322 [329]).
- 19 Angesprochen sind **alle Richter** ungeachtet ihrer rechtlichen Stellung im einzelnen und unabhängig davon, ob es sich bei den ihnen zugewiesenen Aufgaben um Rspr. im materiellen Sinne handelt (vgl. etwa BVerfGE 73, 339 [366]; 82, 159 [192]: **EuGH**; E 40, 356 [361]; 65, 152 [154]: **BVerfG**; E 13, 133 [140 ff.]; 69, 112 [120]; 82, 286; 96, 231 [244]: **Landesverfassungsgerichte**<sup>21</sup>; E 31, 181: **Schöffen**; E 21, 139 [144 f.]: **freiwillige Gerichtsbarkeit**; E 25, 336 [345 f.]: **Untersuchungsrichter** [früheren Rechts]).

16 Die zitierte Formel übernehmen die beiden Entscheidungen aus BVerfGE 3, 213 [223]; vgl. bereits *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 487.

17 Überzeugend *R. Wassermann*, NJW 1999, 760 [761 f.].

18 Ein Verzicht auf das Recht auf den Zugang zum gesetzlichen Richter muß auf freiem Willen des Betroffenen beruhen, BGHZ 144, 146 [148 ff.], zu Schiedsklausel in Vereinsatzung.

19 Vgl. auch *D. Kley* in: *D. C. Umbach/Th. Clemens*, BVerfGG, 1992, § 90 Rdnrn. 23 f.

20 Nach Auffassung *Arndts* kann sich auch der Staatsanwalt auf die Gewährleistung berufen: *A. Arndt*, DRiZ 1959, 171 [172]; ebenso *J. Henkel*, Der gesetzliche Richter, 1968, S. 121.

21 Ferner: *BVerfG* (Kammer), NVwZ 1999, 638; entscheidet ein Landesverfassungsgericht allerdings über eine landesverfassungsrechtliche Streitigkeit in der Sache abschließend, kann eine Verletzung des Art. 101 I 2 mit der Verfassungsbeschwerde nicht gerügt werden, BVerfGE 96, 231 [243 ff.].

Auf **parlamentarische Untersuchungsausschüsse** läßt sich das Recht auf den gesetzlichen Richter **nicht** übertragen (BVerfGE 77, 1 [42]).

**2. Der „gesetzlich zuständige“ Richter.** „Gesetzlichkeit des Richters heißt, daß der erkennende Richter **normativ**, nicht **exekutiv** bestimmt sein muß“.<sup>22</sup> In dieser Ausprägung des Gesetzlichkeitsbegriffs verwirklicht sich das überkommene Anliegen der Vorschrift, den für den Einzelfall zuständigen Richter nicht *ad hoc* und *ad personam*, sondern „blindlings“, aufgrund allgemeiner Kriterien zu ermitteln, um der Gefahr manipulierender Einflüsse vorzubeugen (vgl. etwa BVerfGE 22, 254 [258]; 25, 336 [346]; 30, 129 [152 f.]; 82, 286 [296]; 95, 322 [329]).

Die „**fundamentalen Zuständigkeitsregeln**“ muß der Gesetzgeber selbst durch förmliches Gesetz erlassen (BVerfGE 19, 52 [60]; vgl. auch Rdnr. 101). Zu ihnen zählen in erster Linie die Vorschriften über den **Rechtsweg**, über die **sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit** der Gerichte und über das **Verfahren bei der personellen und sachlichen Geschäftsverteilung**.

Ihre notwendige Ergänzung finden diese Normen in den **Geschäftsverteilungsplänen** der Gerichte (§ 21e I 1 GVG; BVerfGE 17, 294 [299]; 19, 52 [60]) sowie in den **spruchkörperinternen Mitwirkungsgrundsätzen** (§ 21g II, III GVG; BVerfGE 95, 322 [326, 328 f.]).

Die Zuständigkeitsnormen des förmlichen Gesetzes werden weiterhin ergänzt und praktikabel gemacht durch „**Organisationsakte**“, die ebenfalls durch oder aufgrund förmlichen Gesetzes geregelt werden müssen (BVerfGE 2, 307 [320, 326]; 25, 155 [166]; 27, 18 [34 f.]).<sup>23</sup>

**3. Der „in jeder Hinsicht dem Grundgesetz entsprechende“ Richter.** Das BVerfG hat der Gewährleistung einen weiteren, einen materialen Gehalt abgewonnen, indem es als gesetzliches Richter nur ein Gericht ansieht, das „**in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes**“ entspricht (BVerfGE 10, 200 [213]; 14, 156 [163]). Trotz der gegen diesen Ansatz vorgebrachten Kritik<sup>24</sup> hält das BVerfG in st. Rspr. an ihm fest (BVerfGE 21, 139 [145 f.]; 23, 321 [325]; 27, 312 [319]; 30, 149 [153]; 82, 286 [298]; 89, 28 [36]).<sup>25</sup> Dies ist zu begrüßen, denn diese Auslegung des Art. 101 I 2 hat es dem BVerfG ermöglicht, wesentliche Aussagen zu den Strukturprinzipien der rechtsprechenden Gewalt zu treffen, denen für die Rechtsstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland große Bedeutung zukommt und über die es weiterhin zu wachen gilt.

Zu erinnern ist vor allem an folgende Entscheidungen, die von auf Art. 101 I 2 gestützten Verfassungsbeschwerden ausgelöst wurden:

- zur **Staatlichkeit** der Gerichte (Art. 92): BVerfGE 27, 312 [320] – Wahl der ehrenamtlichen Richter in der Sozialgerichtsbarkeit (vgl. Art. 92 Rdnr. 63);
- zum **Rechtsprechungsmonopol** des Richters (Art. 92): BVerfGE 22, 49 [73] – (keine) Strafgewalt der Finanzbehörden (vgl. Art. 92 Rdnrn. 41 ff.);
- zur **sachlichen Unabhängigkeit** des Richters (Art. 97 I): BVerfGE 27, 312 [322] (vgl. Art. 97 Rdnrn. 14 ff.);

22 A. Arndt, Schriftsatz v. 20.12.1958 im Verfahren 1 BvR 963/58, in: A. Arndt, Schriftsätze zur Verfassungsbeschwerde der Industriegewerkschaft Metall für die Bundesrepublik Deutschland, o.J., S. 21; zu dieser Publikation vgl. D. Gosewinkel (Fußn. 11), S. 460, Fußn. 78; sie ist auch in der Bibliothek des BVerfG vorhanden.

23 BVerfG (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 6.4.1979 – 2 BvR 939/78 –: keine Bedenken gegen die Ermächtigung des § 74c III GVG.

24 J. Henkel (Fußn. 20), S. 160 ff.; K. A. Bettermann, AöR 94 (1969), S. 263 [264 ff.]; H.-J. Wipfelder, VBIBW 1982, 33 [41].

25 Vgl. ferner BVerfG (Kammer), DtZ 1991, 408 und DtZ 1992, 119.

- zur **organisatorischen Unabhängigkeit** der Gerichte (Art. 20 II 2): BVerfGE 10, 200 [213, 216 ff.] – Gemeindefriedensgerichte; E 27, 312 [321] (vgl. Art. 20 Rdnr. 131).
  - zur **persönlichen Unabhängigkeit** des Richters (Art. 92 II u. Art. 97): BVerfGE 14, 156 [163] – „Hilfsrichter“<sup>26</sup> (vgl. Art. 97 Rdnrn. 26 ff.);
  - zur **Neutralität und Distanz des Richters**: BVerfGE 21, 139 [145] – Erforderlichkeit von Regeln über die Richterablehnung (vgl. unten Rdnrn. 57 ff. sowie außerdem Art. 92 Rdnrn. 52 ff.).
- 27 Mit seiner materialen Auslegung handhabt das BVerfG Art. 101 I 2 im übrigen so, als ob die Vorschrift nach Art. 6 I 1 EMRK formuliert wäre (vgl. Rdnr. 5).<sup>27</sup>

### III. Das Verbot der Entziehung des gesetzlichen Richters

- 28 Das Verbot der Richterentziehung besteht „aus einem Gebots- und einem Verbots-element“<sup>28</sup> (vgl. etwa BVerfGE 40, 356 [360 f.]; 95, 322 [327 f.]). Zunächst einmal müssen die notwendigen Regeln erlassen werden, die die Ermittlung eines zuständigen und den Anforderungen des GG entsprechenden Richters überhaupt erst gestatten. Insoweit ist der Vorschrift ein **Gebot** zu entnehmen, das den Gesetzgeber und die zur ergänzenden Normsetzung berufenen Stellen trifft (dazu Rdnrn. 31 ff.).
- 29 Der ursprüngliche Gehalt der Richtergarantie besteht in dem **Verbot** von Eingriffen der nichtrichterlichen Staatsgewalt in die gesetzlich begründete Zuständigkeitsordnung, wobei es zunächst um die Abwehr von sachfremden Eingriffen der Exekutive einschließlich der Justizverwaltung, später auch der Gesetzgebung ging (vgl. BVerfGE 3, 359 [363 f.]). „Gezielte Eingriffe der Legislative oder der Exekutive“ (BVerfGE 82, 286 [299]) spielen freilich heute in der Praxis kaum eine Rolle. Unzulässig wäre etwa der Ausschluß des Rechtswegs durch ein Einzelfallgesetz (vgl. BVerfGE 24, 33 [54 f.]) oder die Auflösung eines Spruchkörpers per Erlaß eines Justizministers mit dem Ziel, im Einzelfall eine andere Zuständigkeit zu begründen (vgl. BVerfGE 1, 439 f.).<sup>29</sup>
- 30 Von großer praktischer Bedeutung ist demgegenüber die Erstreckung des Verbots der Richterentziehung auf die Gerichte selbst i. S. eines Verbotes der Mißachtung der einschlägigen Regeln (seit BVerfGE 3, 359 [365]; 4, 412 [416]; hierzu Rdnrn. 62 ff.).
- 31 **1. Die die Gesetzlichkeit konstituierenden Normen.** Der Gesetzgeber und diejenigen Stellen, die zur ergänzenden Setzung von „Zuständigkeitsnormen“ berufen sind, insbesondere die Gerichtspräsidien, haben beim Erlaß solcher Normen beide aus der Gesetzlichkeitsgarantie abzuleitenden Teilgebote zu beachten: **das Gebot hinreichend bestimmter und eindeutiger Regelung der Richterzuständigkeit** sowie **das Gebot der Vorsorge für in jeder Hinsicht den Anforderungen des GG genügende Richter**. Fehlt es an den notwendigen Regeln oder beruht die Besetzung eines Gerichts auf Normen,

26 Diese Problematik ist wieder aktuell geworden durch § 3 RpfAnpG (v. 26.6.1992, BGBl. I S. 1147) und durch § 29 DRiG i.d.F. des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (v. 11.1.1993, BGBl. I S. 50); vgl. zu § 3 RpfAnpG *BVerfG* (Kammer), DtZ 1996, 175 und zu § 29 DRiG *OLG Frankfurt/M.*, MDR 1993, 1010; BGHZ 130, 305; *BVerwG*, NJW 1997, 674 sowie abschließend *BVerfG* (Kammer), NJW 1998, 1053.

27 Der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nach Art. 6 I 1 EMRK hat vor allem in der jüngeren Rspr. des EGMR eine beachtliche Rolle gespielt. Vgl. zur sachlichen Unabhängigkeit des Richters: *EGMR*, RUDH 1994, 405 [406]; zur Unparteilichkeit des Richters: *EGMR*, EuGRZ 1993, 122 [127] und EuGRZ 1991, 475; vgl. ferner zu Art. 5 III EMRK: *EGMR*, EuGRZ 1993, 389; im übrigen *W. Peukert* (Fußn. 9), Art. 6 Rdnrn. 124 ff. und 129 ff.

28 *R. Schneider*, ZfP 77 (1964), S. 409 [433].

29 Gewisse Einflußmöglichkeiten der Justizverwaltung sind selbstverständlich unvermeidbar: BVerfGE 18, 423 [426]; 27, 18 [35 f.].



die diesen Geboten nicht genügen, ist der gesetzliche Richter entzogen, ohne daß es darauf ankommt, ob im Einzelfall „Willkür“ nachzuweisen ist (BVerfGE 10, 200 [212]; 18, 65 [69]; 18, 345 [349 f.]; 95, 322 [329 f.]).

**a) Das Gebot der normativen Vorausbestimmung.** Die von Art. 101 I 2 vorausgesetzten Normen müssen so eindeutig und genau wie möglich bestimmen, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welcher Richter zur Entscheidung des Einzelfalls berufen ist. Ermessensspielräume dürfen nur belassen werden, soweit dies unvermeidbar ist (BVerfGE 17, 294 [299 f.]; 25, 336 [348 f.]). Die Normen dürfen auslegungsbedürftig sein, sofern dies nicht zu Unsicherheit bei der Bestimmung des gesetzlichen Richters führt (BVerfGE 6, 45 [52 f.]; 48, 246 [262 f.]; 95, 322 [330]).<sup>30</sup> Art. 101 I 2 ist genügt, wenn die Tatbestandsmerkmale der je einschlägigen Normen so bestimmt sind, daß ein willkürlicher Zugriff auf die Richterbank ausgeschlossen ist (BVerfGE 18, 423 [425]; 82, 286 [301 f.]).<sup>31</sup> In diesem Zusammenhang haben in der Rspr. des BVerfG vor allem folgende Probleme eine Rolle gespielt:

**aa) Zurückverweisungsermessen.** Einige prozeßrechtliche Vorschriften ermächtigen ein höheres Gericht zur konstitutiven Bestimmung der Zuständigkeit eines unteren Gerichts. Für das dem Revisionsgericht von § 354 II StPO eingeräumte Ermessen hat das BVerfG im Blick auf die besondere Aufgabe des Revisionsgerichts eine Ausnahme vom Gebot der normativen Vorausbestimmung anerkannt (BVerfGE 20, 336 [345 f.]).

Auch das BVerfG selbst nimmt für sich bei der Anwendung des § 95 II BVerfGG ein derartiges Ermessen in Anspruch (vgl. BVerfGE 20, 336 [343]).<sup>32</sup>

**bb) „Bewegliche Zuständigkeit“.** Das BVerfG toleriert u. U. einen gewissen Entscheidungsspielraum, sofern die Richterauswahl in der Hand eines unabhängigen Richters liegt. Strengere Maßstäbe gelten demgegenüber, wenn eine gesetzliche Regelung z. B. der Staatsanwaltschaft oder sonstigen „außergerichtlichen Instanzen“ eine Auswahlmöglichkeit einräumt (BVerfGE 25, 336 [346 f.]).

Zu der sog. „beweglichen Zuständigkeitsregelung“ der § 24 I Nr. 2 (a.F.),<sup>33</sup> § 74 I 2 GVG hat das BVerfG unter Hinweis auf die „organische Eingliederung“ der Staatsanwaltschaft in die Justiz entschieden, § 24 I Nr. 2 (a.F.) GVG sei verfassungskonform dahin auszulegen, daß der Staatsanwaltschaft kein Ermessen belassen werde, daß sie vielmehr den je konkreten Fall unter den unbestimmten Rechtsbegriff der „besonderen Bedeutung“ zu subsumieren habe – eine Subsumtion, die im Rahmen des § 209 StPO gerichtlicher Kontrolle unterliege (BVerfGE 9, 223 [228 ff.]; 18, 423 [428]). In entsprechender Weise wurde später § 25 Nr. 3 GVG<sup>34</sup> umgedeutet (BVerfGE 22, 254 [260 ff.]).

30 Vgl. auch *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), NStZ 1983, 44; *BVerfG* (Kammer), NJW 1998, 2962 [2963]; zu auslegungsbedürftigen spruchkörperinternen Mitwirkungsgrundsätzen *BGH*, NJW 1999, 796.

31 Auslegungsspielräume in Zuständigkeitsnormen sind so zu schließen, daß eine klare Festlegung des oder der zuständigen Richter ermöglicht wird, so BGHSt 43, 91 zu § 122 GVG mit krit. Anm. von *O. Katholnigg*, JR 1998, 34, und zust. Anm. von *Th. Roth*, NJW 2000, 3692.

32 Vgl. beispielhaft auch *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 25.2.1994 – 2 BvR 50, 122/93 – (insoweit in NJW 1994, 2279 nicht abgedruckt); vgl. ferner *K. Rennert* in: *D. C. Umbach/Th. Clemens*, BVerfGG, 1992, § 95 Rdnr. 56.

33 Heute: § 24 I Nr. 3 GVG.

34 Zwischenzeitlich entfallen.

- 37 Eine vergleichbare verfassungskonforme Auslegung liegt nahe im Hinblick auf das „zuständigkeitsverändernde Evokationsrecht des Generalbundesanwalts“ (§ 74a II, § 120 II 1 GVG).<sup>35</sup>
- 38 Ein sub specie Art. 101 I 2 bedenkliches Ermessen der Staatsanwaltschaft findet sich in einer Reihe weiterer Vorschriften des Strafverfahrensrechts (§§ 26, 74b GVG: fakultative Zuständigkeit der Jugendgerichte bzw. Jugendkammern; §§ 7–13 StPO: Auswahlermessen bei mehreren Gerichtsständen<sup>36</sup>; § 2 StPO: Ermessen der Staatsanwaltschaft bei zusammenhängenden Straftaten).<sup>37</sup>
- 39 *cc) Anforderungen an Geschäftsverteilungspläne.* Das Gebot der normativen Vorausbestimmung wendet sich auch an die **Gerichtspräsidenten**, die in Gestalt der Geschäftsverteilungspläne ergänzende Zuständigkeitsnormen erlassen. Aus diesen muß sich der zur Entscheidung im Einzelfall berufene Richter **möglichst genau** ergeben. Der Plan muß überdies so ausgestaltet sein, daß sachfremde Einflüsse, insbesondere der Justizverwaltung, nicht zu befürchten sind (BVerfGE 18, 423 [426]).<sup>38</sup> Spielräume werden nur akzeptiert, wenn sie **unvermeidbar** sind – etwa wegen Schwankungen der Zahl der Spruchkörper oder der Richter, wegen Schwankungen der Geschäftslast, wegen Ausscheidens, Krankheit, Verhinderung, Urlaubs oder Wechsels von Richtern (vgl. BVerfGE 17, 294 [299 f.]; 31, 145 [163 f.]; 95, 322 [330 f.]).
- 40 Trägt der Geschäftsverteilungsplan dem Bestimmtheitsgebot nicht Rechnung, so wird der vom Vorsitzenden zur Entscheidung herangezogene Richter auch nicht dadurch zum gesetzlichen Richter, daß er aus sachgerechten Gründen zur Mitwirkung im Einzelfall bestimmt worden ist, denn das zu Mißbilligende liegt hier in der unzulänglichen Regelung des Planes, die **unnötigerweise eine Ermessensentscheidung** des Vorsitzenden erforderlich gemacht hat (BVerfGE 18, 65 [69]; 95, 322 [329 f.] in Abkehr von E 69, 112 [120 f.]). Eine „Heilung“ setzt einen neuen, ordnungsgemäßen Plan voraus.
- 41 Im Falle eines **nicht vorhersehbaren Geschäftsanfalls**, den die Vertretungsregeln des Geschäftsverteilungsplanes nicht berücksichtigen konnten, ist eine Bestimmung eines Vertreters durch den Gerichtspräsidenten *ad hoc* und *ad personam* allerdings nicht zu beanstanden (BVerfGE 31, 145 [163 f.] zu § 67 GVG a.F.).<sup>39</sup>
- 42 In der Rspr. des BVerfG finden sich Aussagen zu einigen einschlägigen **Einzelfragen**:
- 43 Die **Ausweisung eines noch zu ernennenden Richters** im Geschäftsverteilungsplan („N.N.“) für eine kurze Übergangszeit ist u. U. nicht zu vermeiden und eröffnet der Justizverwaltung keinen ungebührlichen Handlungsspielraum (BVerfGE 18, 423 [426 f.]). Bei einer **Vakanz von drei Monaten** kann grundsätzlich noch nicht davon aus-

35 H. Achenbach, Staatsanwalt und gesetzlicher Richter – ein vergessenes Problem?, in: C. Broda/E. Deutsch/H.-L. Schreiber/H.-J. Vogel (Hrsg.), Festschrift für R. Wassermann, 1985, S. 849 [852]; bei § 120 II GVG ist zudem zu bedenken, daß es nicht allein um das individuelle Recht auf den gesetzlichen Richter geht, sondern auch um die Grenzlinie zwischen der Jurisdiktion des Bundes und der Länder, vgl. BGH, NJW 2001, 1359 – Fall Eggesin.

36 Dies soll allerdings nach BVerfG (Vorprüfungsausschuß), Beschluß v. 21.1.1981 – 2 BvR 13/81 – verfassungsrechtlich unbedenklich sein (zu § 125 I StPO).

37 Im einzelnen H. Achenbach (Fußn. 35), S. 853 ff.

38 Zum Problem unzulässigen Einflusses der Geschäftsstelle bei einer Geschäftsverteilung nach der Reihenfolge des Eingangs der Sachen vgl. BGHZ 40, 91 [93–99]; zur Vorsorge gegen Manipulationen OVG Berlin, NJW 1999, 594.

39 Ferner BVerfG (Vorprüfungsausschuß), NJW 1982, 29 – „Nürnberger Massenverhaftungen“ – zu § 21i II GVG.

gegangen werden, daß die Wiederbesetzung in verfassungswidriger Weise verzögert wurde.<sup>40</sup> Eine **zügige Neubesetzung** vakanter Planstellen läßt sich im übrigen nicht durch die Abordnung von Richtern vermeiden, da eine **Abordnung nur als vorübergehende Problemlösung** akzeptiert wird (BVerfGE 14, 156 [164 f.]).<sup>41</sup>

Gegen die **Änderung von Geschäftsverteilungsplänen** ist von Verfassungs wegen im Grundsatz selbst dann nichts einzuwenden, wenn der Änderungsbedarf bei Erstellung des Planes bereits absehbar war, denn Art. 101 I 2 verlangt nur, daß die entscheidenden Richter überhaupt im voraus festgelegt werden (BVerfGE 69, 112 [121 f.]). Änderungen des Geschäftsverteilungsplanes im Laufe des Geschäftsjahres, wie sie insbesondere § 21e III GVG ermöglicht, müssen aber ihrerseits dem Verfassungsgebot einer **möglichst eindeutigen und genauen Bestimmung** des gesetzlichen Richters genügen (BVerfGE 95, 322 [331 f.]).<sup>42</sup>

Auch die **Übertragung bestimmter Verfahren** auf einen anderen Spruchkörper zur Entlastung überlasteter Spruchkörper ist nicht zu beanstanden, sofern nur diese Änderung des Plans sachlich begründet ist und nicht auf einen bestimmten Verfahrensausgang abzielt.<sup>43</sup>

Die mögliche Fehlerhaftigkeit einer Änderung eines Geschäftsverteilungsplanes während des Geschäftsjahres verliert im übrigen jedenfalls dann mit **Ablauf des Geschäftsjahres** ihre Bedeutung, wenn sich die Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Änderung auf die besonderen Voraussetzungen des § 21e III GVG beziehen, denn bei der Beratung des Planes für das folgende Jahr muß sich das Präsidium ohnehin erneut über die Zuordnung der betroffenen Verfahren schlüssig werden.<sup>44</sup>

dd) *Spruchkörperinterne Mitwirkungsregeln.* Eine Ausnahme vom Erfordernis einer bestimmten Regelung anerkannte das BVerfG in seiner älteren Rspr. für die **spruchkörperinterne „Geschäftsverteilung“**, die erforderlich wird, wenn der Geschäftsverteilungsplan einem kollegial besetzten Spruchkörper mehr Richter zuweist als nach dem Gesetz erforderlich. Mit Beschluß v. 8.4.1997 hat das Plenum des Gerichts diese Rspr. jedoch mit Wirkung für die Zukunft geändert (BVerfGE 97, 322, hierzu unten Rdnr. 53). Nach der hier zunächst darzustellenden früheren Rspr. sollte den Anforderungen des Art. 101 I 2 bereits dann Rechnung getragen sein, sofern nur der Vorsitzende eines solchermaßen überbesetzten Spruchkörpers willkürfrei festgelegt hatte, welche Richter im konkreten Einzelfall mitwirkten (BVerfGE 18, 344 [351]; 22, 282 [286]; 69, 112 [120 f.]).<sup>45</sup>

Den den Vorsitzenden auf diese Weise eröffneten Entscheidungsrahmen hatte das BVerfG freilich dadurch eingengt, daß es die **Überbesetzung von Spruchkörpern nur in Grenzen** zuließ. Es untersagte dem Präsidium, einem Spruchkörper so viele Richter zuzuweisen, daß in zwei personell voneinander unabhängigen Sitzgruppen Recht gesprochen werden konnte (BVerfGE 17, 294 [301]; 18, 65 [70]; 18, 344 [350]; 19, 145

40 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), NJW 1983, 1541; *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 25.2.1987 – 2 BvR 135/86.

41 Ferner *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 27.4.1984 – 1 BvR 913/84 – und v. 19.11.1985 – 2 BvR 1317/85; vgl. ferner *Hess VGH*, ESVGH 33, 110; zu BVerfGE 14, 156 zuletzt *BVerfG* (Kammer), NJW 1998, 1053.

42 Vgl. auch *BGH*, NJW 1999, 154 [157].

43 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 12.11.1984 – 2 BvR 1366/84; vgl. auch BVerfGE 95, 96 [127].

44 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 28.10.1985 – 2 BvR 476/85.

45 Vgl. ferner *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), DRiZ 1970, 269.

[147]; 22, 282 [285])<sup>46</sup> oder daß der Vorsitzende drei Sitzgruppen mit je verschiedenen Beisitzern bilden konnte (BVerfGE 17, 294 [301]; 18, 344 [350]). Überbesetzungen waren nur zulässig, wenn sie „unvermeidbar“ waren, um eine geordnete Rechtspflege zu gewährleisten. Die Entscheidung des Gerichtspräsidiums, die Überbesetzung sei unvermeidbar, überprüfte das BVerfG nur darauf, ob das Präsidium den Begriff der Unvermeidbarkeit verkannt und dadurch die Möglichkeit des Manipulierens eröffnet oder ob es eindeutig sachfremd entschieden und so selbst manipuliert hatte (BVerfGE 18, 344 [350]; 22, 282 [286]).

- 49 Mit diesen beiden Entscheidungen aus den Jahren 1965 bzw. 1967 hatte die lebhafte Debatte der fünfziger und der frühen sechziger Jahre zur Problematik überbesetzter Spruchkörper ihren Abschluß gefunden.<sup>47</sup> Der vom BVerfG damals eingeschlagene Weg, die Zulässigkeit der Überbesetzung zu begrenzen, eine Vorabfestlegung der je mitwirkenden einzelnen Richter jedoch für entbehrlich zu halten (zuletzt bestätigt in BVerfGE 69, 112 [120 f.]), hing auch mit der Ausgestaltung der in den Ausgangsfällen maßgeblichen Verfahrensvorschriften zusammen. Das GVG hatte sich damals in § 69 darauf beschränkt, dem Vorsitzenden die Aufgabe zuzuweisen, die Geschäfte auf die Mitglieder der Kammer zu verteilen (vgl. BVerfGE 18, 344 [351]). Die seit 1972<sup>48</sup> in § 21g II GVG (a.F.) vorgesehene Pflicht des Vorsitzenden, Mitwirkungsgrundsätze festzulegen, war erst 1964<sup>49</sup> als § 69 II in das GVG aufgenommen worden.<sup>50</sup>
- 50 Es sprach viel dafür, die seitdem im GVG einfachgesetzlich statuierte Pflicht zur Vorausfestlegung auf die Auslegung des Art. 101 I 2 gewissermaßen zurückwirken zu lassen, zumal die **bisherige Problemlösung des BVerfG ohnehin wenig überzeugend** war. Sie ließ sich nicht mit dem Ansatz des Gerichts vereinbaren, daß gesetzlicher, d. h. normativ vorausbestimmter Richter gerade auch der einzelne Richter als Person sei (vgl. Rdnr. 18). Nach wie vor überzeugte demgegenüber die These *Adolf Arndts*: „Der insoweit vom Ruf des Vorsitzenden ernannte Richter büßt die vom konkreten Falle losgelöste, objektive Bestimmbarkeit der Gesetzlichkeit seines Auftrages ein. Der Rechtsuchende verliert die Gewähr, unabhängig vom Willensentschluß einer Person unter gleichen Voraussetzungen vor einen **institutionell** gleichen Richter als „seinem“ ihm vom Gesetzes wegen zustehenden Richter zu kommen.“<sup>51</sup>
- 51 Es kommt hinzu, daß die Verfahrensordnungen zunehmend sozusagen **überbesetzte Spruchkörper von Gesetzes wegen** vorsehen, indem sie vielfältig bestimmte Entscheidungen sog. „**reduzierten Spruchkörpern**“ (vgl. etwa § 10 III VwGO oder § 139 II 1 GVG) oder gar dem **Einzelrichter** (z. B. § 6 I VwGO, § 76 I, IV AsylVfG, § 348 I ZPO) zuweisen.<sup>52</sup> In diesen Konstellationen erscheint die problementschärfende Kraft der vom BVerfG in der älteren Rspr. entwickelten Überbesetzungsschranken zweifelhaft –

46 Nach der Praxis der „Dreier-Ausschüsse“ blieben Hochschullehrer als nebenamtliche Richter in diesem Zusammenhang außer Betracht, *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 16.6.1977 – 2 BvR 928/76 – und v. 9.8.1977 – 2 BvR 239/77 –; *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 9.4.1991 – 2 BvR 1286/80 –; krit. hierzu *O. R. Kissel*, GVG, 3. Aufl. 2001, § 21e Rdnrn. 129 f.

47 Überblick bei *R. Schneider*, ZfP 77 (1964), S. 409; vgl. ferner *D. Gosewinkel* (Fußn. 11), S. 459 f.

48 Aufgrund des Gesetzes zur Änderung der Bezeichnungen der Richter und ehrenamtlichen Richter und der Präsidialverfassung der Gerichte v. 26.5.1972 (BGBl. I S. 841).

49 Durch das Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG v. 19.12.1964 (BGBl. I S. 1007).

50 Nach dem Vorbild des gleichlautenden § 8 II VwGO v. 21.1.1960 (BGBl. I S. 17); die Entscheidungen BVerfGE 18, 344 und 22, 282 stammen zwar aus den Jahren 1965 bzw. 1967, beziehen sich jedoch noch auf die vor 1964 maßgebliche Fassung des GVG.

51 *A. Arndt* (Fußn. 22), S. 33.

52 Weitere Beispiele bei *Th. Roth*, NJW 2000, 3692 [3693].

zumal dann, wenn der Spruchkörper als solcher bereits überbesetzt sein sollte. Das Anliegen des Art. 101 I 2 läßt sich – hier wie auch sonst im überbesetzten Spruchkörper – besser durch präzise Mitwirkungsgrundsätze zur Geltung bringen, die dem Vorsitzenden kein vermeidbares Auswahlermessen belassen.<sup>53</sup>

Es verwundert deshalb nicht, daß die Diskussion über die überbesetzten Spruchkörper in den vergangenen Jahren wieder aufgeflammt ist.<sup>54</sup> Ein vorläufiger Höhepunkt war erreicht mit einem **Beschluß der Vereinigten Großen Senate des BGH**,<sup>55</sup> in dem § 21g II GVG a.F. bezogen auf die Zivilsenate des BGH **mit Wirkung für die Zukunft**<sup>56</sup> in einer Weise ausgelegt wurde, die zwar den Vorsitzenden gewisse Spielräume beließ, die aber Art. 101 I 2 eher gerecht wurde, als die vorherige Praxis der Zivilsenate des BGH. Erforderlich und genügend war es nach diesem Beschluß, daß **schriftliche** Mitwirkungsgrundsätze **mit abstrakten Merkmalen** regeln, welche Richter an der Entscheidung mitzuwirken haben. Diese Grundsätze mußten ein System in der Weise ergeben, daß die Besetzung des Spruchkörpers bei der einzelnen Entscheidung aus ihnen ableitbar und daß Ermessensentscheidungen des Vorsitzenden im Regelfall entbehrlich würden.<sup>57</sup> Freilich sollte es nicht ausgeschlossen sein, „im Einzelfall aus einem bestimmten besonderen Grund von den Mitwirkungsgrundsätzen abzuweichen“.<sup>58</sup>

Mit Beschluß v. 8.4.1997 hat schließlich das **Plenum des BVerfG** (BVerfGE 95, 322)<sup>59</sup> den gewandelten Anschauungen Rechnung getragen und zutreffend entschieden: Da gesetzliche Richter i. S. v. Art. 101 I 2 auch die im Einzelfall zur Mitwirkung berufenen Richter seien, sei es bereits von Verfassungen wegen grundsätzlich geboten, für mit Berufsrichtern überbesetzte Spruchkörper eines Gerichts im voraus und schriftlich, nach abstrakten Merkmalen zu bestimmen, welche Richter an den jeweiligen Verfahren mitzuwirken haben. Aus dieser Vorausbestimmung müsse für den Regelfall die Besetzung des zuständigen Spruchkörpers bei den einzelnen Verfahren ableitbar sein, wobei die Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe wie etwa „Verhinderung“, „Schwerpunkt des Falles“ oder „Sachzusammenhang“ nicht zu beanstanden

- 53 Vgl. im Hinblick auf den Einzelrichter auch § 21g III 1 GVG i.d.F. des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege v. 11.1.1993 (BGBl. I S. 50), und dazu *P. Gummer* in: *R. Zöller*, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 21g GVG Rdnrn. 9 f.; ferner: *OVG Hamburg*, NJW 1994, 274.
- 54 Wie bereits in den fünfziger Jahren spielte dabei die Kritik an der Praxis oberster Bundesgerichte aus deren eigenen Reihen eine große Rolle; vgl. einerseits *H. Berger*, Zulässigkeit der Überbesetzung der Kollegialgerichte mit Beisitzern, NJW 1955, 1138 und *D. Gosewinkel* (Fußn. 11), S. 459 Fußn. 73, andererseits *M. Wiebel*, Die senatsinterne Geschäftsverteilung beim Bundesgerichtshof (Zivilsenate), BB 1992, 573; vgl. ferner die zahlreichen Nachw. bei *W. Leisner*, NJW 1995, 285 (in Fußn. 1).
- 55 BGHZ 126, 63 m. Anm. *O. R. Kissel*, JZ 1994, 1178 und *H. J. Schultes*, Urteilsanmerkung, LM § 21g GVG Nr. 3.
- 56 Krit. hierzu *W. Leisner* (Fußn. 54), S. 288 f. und *B. Sangmeister*, NJW 1995, 289 [296 f.].
- 57 BGHZ 126, 63 [78 f., 83 ff.].
- 58 BGHZ 126, 63 [82]; vehemente Kritik bei *B. Sangmeister*, NJW 1995, 289 [293 ff.]; vgl. auch den Vorschlag von *A. Eser*, den Vorherbestimmungsmechanismus nicht weiter zu schematisieren, sondern die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung vom Vorsitzenden auf das Kollegium zu verlagern: *A. Eser* (Fußn. 8), S. 247 [269 ff.].
- 59 Siehe hierzu die kritische Besprechung von *B. Sangmeister*, Grundrechtsschutz durch Grundrechtsentziehung?, NJW 1998, 721; vgl. auch den Beschl. des Ersten Senats des BVerfG über die Anrufung des Plenums wegen Abweichung von der Rechtsauffassung des Zweiten Senats v. 10.8.1995, NJW 1995, 2703; vgl. ferner den Streit um die Konsequenzen der neuen Verfassungsdeutung für den EuGH als gesetzlichen Richter zwischen *G. Mößlang*, EuZW 1996, 69, und *J. C. Wichard*, EuZW 1996, 305.

sei. Klargestellt hat das Plenum zugleich, daß die **Berichterstatterbestellung keine Frage des gesetzlichen Richters** ist, sofern nicht die Zusammensetzung der Sitzgruppe von ihr abhängt.<sup>60</sup> Da der Plenarbeschluß auf einer gewandelten Verfassungsauslegung beruhte, band er die Fachgerichte erst für die Zukunft und nach Ablauf einer Übergangsfrist – ab dem 1.7.1997 (BVerfGE 95, 322 [334 f.]; 97, 1 [10 f.]).<sup>61</sup>

- 54 Inzwischen hat der Gesetzgeber § 21g GVG geändert und die Kompetenz zur spruchkörperinternen Geschäftsverteilung vom Vorsitzenden auf alle Berufsrichter des Spruchkörpers verlagert.<sup>62</sup> Es ist nunmehr also der Spruchkörper, der die Grundsätze des Plenarbeschlusses bei der Anwendung des § 21g II GVG n.F. zu beachten hat.<sup>63</sup>
- 55 Der Plenarbeschluß bezieht sich ausdrücklich nur auf die Heranziehung von Berufsrichtern (BVerfGE 95, 322 [327]). Die Besonderheiten des ehrenamtlichen Richteramtes dürften mildere Anforderungen an die normative Vorausbestimmung rechtfertigen.<sup>64</sup> Vom ad hoc ausübenden Ermessen eines Spruchkörpers oder seines Vorsitzenden darf aber auch die Heranziehung ehrenamtlicher Richter nicht abhängig gemacht werden.<sup>65</sup>
- 56 b) **Normative Vorsorge für den „grundgesetzkonformen“ Richter.** In ihrer materialen Auslegung **verbietet** die Richtergarantie dem Gesetzgeber die Einrichtung von Gerichten, die nicht in jeder Hinsicht dem GG entsprechen (vgl. bereits Rdrrn. 25 f.). Werden Gerichte, die diesen Anforderungen nicht genügen, aufgrund eines demnach verfassungswidrigen Gesetzes errichtet, verletzen ihre Entscheidungen ohne weiteres Art. 101 I 2 (BVerfGE 10, 200 [212]).
- 57 Positiv **verpflichtet** die Vorschrift den Gesetzgeber, im System der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters **Vorsorge** dafür zu treffen, daß im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes **ausgeschlossen ist oder abgelehnt** werden kann. In der Ausgestaltung des Katalogs der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe ist der Gesetzgeber zwar frei, sofern die gesetzlichen Regeln die Unparteilichkeit und Neutralität des Richters nicht gefährden (BVerfGE 21, 139 [146]; 30, 149 [153]). **Nicht ausreichend** ist es aber, wenn ernstzunehmende Zweifel der Beteiligten an der Neutralität eines Richters gänzlich unbeachtet bleiben dürfen und **lediglich die Selbstablehnung** des betreffenden Richters nach dessen Ermessen vorgesehen ist (so zu § 6 II FGG a.F. BVerfGE 21, 139 [147 f.]). Ob in gewissen Fällen der Ausschluß des Richters kraft Gesetzes geboten ist, hat das BVerfG bislang offen gelassen (BVerfGE 30, 149 [153]).<sup>66</sup>

60 Ebenso *BFH*, NJW 1996, 78 [79]; auf der Linie des Plenar-Beschlusses liegt auch die Auffassung des BSG, daß der entscheidungsbefugte Berichterstatter nach vorab festgelegten abstrakten Kriterien zu bestellen sei, so *BSG*, NJW 1996, 2181, und *W. Fichte*, Die Bestellung zum Berichterstatter – Bestimmung des gesetzlichen Richters, SGB 1996, 93.

61 Vgl. auch *BVerfG* (Kammer), NVwZ 2000, 665.

62 § 21g GVG i. d. F. des Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Richter und Gerichte v. 22.12.1999 (BGBl. I S. 2598).

63 Zutreffend *O. R. Kissel*, NJW 2000, 460 [463].

64 In diesem Sinne *BVerwG*, NVwZ-RR 2000, 474 [475] sowie *Bertram*, NJW 1998, 2934 [2936] und *Th. Roth*, NJW 2000, 3692 [3694]; a.A. aber offenbar *BVerfG* (Kammer), NJW 1998, 2962; vgl. ferner *OLG Hamburg*, NJW 1998, 2988 und *OLG Köln*, NJW 1998, 2989.

65 BAGE 89, 189 [194 f.].

66 So auch *BVerfG* (Kammer), NVwZ 1996, 885; hier wird allerdings eine konsequente Handhabung einmal eingeführter Ausschließungsregeln angemahnt; der Ausschluß von Befangenheitsanträgen nach dem letzten Wort des Angeklagten (§ 25 II 2 StPO) ist aus verfassungsrechtlicher Sicht vertretbar, *BVerfG* (Kammer), NJW 1988, 477.

Das Ablehnungsrecht läuft leer, wenn die Beteiligten die Person des zur Entscheidung berufenen Richters nicht kennen. Die wegen Art. 101 I 2 notwendige gesetzgeberische Vorsorge für einen neutralen Richter muß sich daher auch auf Regeln erstrecken, die zumindest die **Ermittlung des zuständigen Richters** ermöglichen (vgl. etwa § 21e IX GVG), so daß sich die Verfahrensbeteiligten von der Zusammensetzung des erkennenden Spruchkörpers in zumutbarer Weise Kenntnis verschaffen können.<sup>67</sup> Werden **Zweifel an der Unbefangenheit** eines Richters geltend gemacht, muß dies – entgegen § 48 II ZPO a.F. – **allen Beteiligten kundgetan** werden (BVerfGE 89, 28 [36] zur richterlichen Selbstanzeige).<sup>68</sup>

Die Normen über den Ausschluß und die Ablehnung von Richtern haben als „**materielle Zuständigkeitsnormen**“ zwei Komponenten. Die materielle Komponente, die auf die richterliche Unparteilichkeit abzielt, steht dabei in einem gewissen **Spannungsverhältnis** zur formellen Komponente der normativen Vorausfestlegung des Richters. Der nach Gesetz und Geschäftsverteilungsplan an sich zuständige Richter darf nicht ohne triftigen Grund im Einzelfall von der Mitwirkung an der Entscheidung ausgeschlossen werden (BVerfGE 31, 145 [165]), denn auch durch die Entziehung eines tatsächlich nicht befangenen Richters wird der gesetzliche Richter vorenthalten (BVerfGE 89, 28 [37]). Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung zweifelhaft, im Unterschied zu „reinen“ Zuständigkeitsnormen seien die Regeln über den Ausschluß und die Ablehnung von Richtern einer ausdehnenden Auslegung zugänglich.<sup>69</sup> Andererseits muß die Ablehnung eines voreingenommenen Richters unabhängig davon möglich sein, welche Auswirkungen eine erfolgreiche Ablehnung auf die Geschäftsverteilung des betreffenden Gerichts haben könnte. Maßgeblich sind vielmehr allein Gesichtspunkte, die einen sachlichen Bezug zur Frage der Unvoreingenommenheit aufweisen.<sup>70</sup>

Immerhin hat das BVerfG eine (weite) Auslegung des § 23 II StPO für geboten gehalten, nach der im **Wiederaufnahmeverfahren** auch der Richter ausgeschlossen ist, der an der Entscheidung über die **Revision** gegen das Urteil beteiligt war (BVerfGE 30, 165 [168] m. abw. Meinung G. Geller, H. Rupp u. W. R. Wand; BVerfGE 31, 295 [296 f.]; 63, 77 [80]). Demgegenüber soll **der Ergänzungsrichter** und **der am Eröffnungsbeschluß beteiligte Richter** im Wiederaufnahmeverfahren mitwirken dürfen (BVerfGE 30, 149 [152 ff.] m. abw. Meinung G. Leibholz, W. Geiger u. H. J. Rinck).<sup>71</sup>

Andererseits läßt sich Art. 101 I 2 keine Verpflichtung des Gesetzgebers entnehmen, den Verfahrensbeteiligten die Ablehnung eines **ungeeigneten Richters** zu ermöglichen.<sup>72</sup>

67 Vgl. auch *BVerfG (Kammer)*, NJW 1998, 369 [370]: keine Pflicht des Gerichts, von sich aus über die Besetzung zu informieren; ferner BGHZ 126, 63 [86].

68 Aus dem Argument dieser Entscheidung, daß es nämlich bei der Frage nach der Neutralität und Distanz der beteiligten Richter nicht um einen rein innerdienstlichen Vorgang geht, leiten BGH und BVerwG nunmehr ab, daß in der Verletzung der Anzeigepflicht nach § 48 ZPO ein revisibler Verfahrensfehler liege, und zwar auch dann, wenn der anzuzeigende Ablehnungsgrund und damit der Pflichtverstoß erst nach Abschluß des Berufungsverfahrens bekannt wird, vgl. *BGH*, NJW 1995, 1677 [1679] und *BVerwG*, NJW 1998, 323 [324].

69 So aber C. Stemmler, Befangenheit im Richteramt, 1975, S. 17 ff.

70 *BVerfG (Kammer)*, NJW 1996, 3333.

71 Krit. C. Stemmler (Fußn. 69), S. 70 ff.

72 So aber W. Däubler, Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Kollegialgericht – ein Rechtsproblem, JZ 1984, 355 [358]; vom BVerfG bislang offen gelassen: *BVerfG (Kammer)*, Beschl. v. 10.1.1992 – 2 BvR 347/91; in diesem Beschluß heißt es, der blinde Richter werfe kein Problem des Art. 101 I 2 auf.

Ein solches Instrument, das ein breites Themenfeld erschlosse, würde gerade die richterliche Unabhängigkeit gefährden.<sup>73</sup>

- 62 **2. Die Entziehung des gesetzlichen Richters durch das Gericht. a) Erheblichkeit von Normanwendungsfehlern im allgemeinen; Willkürformel.** Dem Anliegen, den zuständigen Richter „durch abstrakte Form und daher ohne Rücksicht auf die Person der Beteiligten“ zu bestimmen,<sup>74</sup> ist streng genommen schon dann Rechnung getragen, wenn der notwendige Bestand verfahrensrechtlicher Normen existiert und angewendet wird. *Arndt* war daher der Auffassung, daß „nur **Mängel bei der Normierung** der persönlichen Zuständigkeit des erkennenden Richters einschließlich des Fehlens der Normierung“ einer auf Art. 101 I 2 gestützten Verfassungsbeschwerde zum Erfolg verhelfen könnten.<sup>75</sup> Die „Zufälligkeit“ der Richterbestellung kann jedoch auch in Frage gestellt sein, wenn die Normanwender sich über das einschlägige Verfahrensrecht hinwegsetzen. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht schon früh eine Verletzung der Richtergarantie auch als Folge **fehlerhafter Handhabung der „Zuständigkeitsvorschriften“** für möglich gehalten (seit BVerfGE 3, 359 [364]). Meist geht es in der einschlägigen Rspr. des BVerfG darum, daß ein solcher Fehler das entscheidende Gericht selbst nicht mehr als den gesetzlichen Richter erscheinen läßt. Denkbar ist aber auch, daß ein seinerseits „gesetzliches“ Gericht – etwa als Rechtsmittelgericht – gesetzlichkeitssensible Vorschriften falsch anwendet und dadurch sozusagen mittelbar die Gewährleistung verletzt (z. B. BVerfGE 29, 45).<sup>76</sup>
- 63 Soweit es um die Handhabung der einschlägigen Normen bei der Behandlung konkreter Rechtsfälle geht, hält das Bundesverfassungsgericht im Anschluß an *Kern*<sup>77</sup> den bloßen „**error in procedendo**“ für **unschädlich**. Anders verhält es sich, wenn die Zuständigkeitsbestimmung „**willkürlich**“ ist (seit BVerfGE 3, 359 [364]; st. Rspr., z. B. BVerfGE 87, 282 [284 f.]; 96, 68 [77]).<sup>78</sup>
- 64 Eingriffe in die Zuständigkeitsordnung „von außen“ stellen freilich **stets** eine Verletzung des Art. 101 I 2 dar, ohne daß Willkür nachgewiesen werden müßte. Um unzulässige Eingriffe „von außen“ in diesem Sinne handelt es sich insbesondere auch, wenn ein ausgeschlossener (BVerfGE 4, 412 [416 f.]; 30, 165 [167]) oder ein Nicht-Richter (BVerfGE 31, 181 [183])<sup>79</sup> auf den Gang des Verfahrens Einfluß nimmt oder an der Entscheidung mitwirkt.
- 65 Zur **Abgrenzung des „error in procedendo“ von richterlicher Willkür** finden sich naturgemäß oft nur allgemeine Formeln. Meist heißt es, von **Willkür** könne nur die Rede sein, wenn die Entscheidung eines Gerichts sich bei der Auslegung und Anwendung einer Zuständigkeitsnorm so weit von dem sie beherrschenden Grundsatz des gesetz-

73 Treffend *C. Stemmler* (Fußn. 69), S. 245 ff.

74 So der Bericht des Unterausschusses III des Konvents von Herrenchiemsee, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Fußn. 3), S. 333.

75 *A. Arndt*, DRiZ 1959, 171 [172].

76 Ähnlich *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 26.1.1995 – 2 BvR 2846/93 – sub III, 1, b, bb (2).

77 *E. Kern*, Der gesetzliche Richter, 1927, S. 191.

78 Ein strengerer Maßstab wird mitunter angelegt, wenn es um eine Pflicht zur Vorlage an ein übergeordnetes Gericht geht, die staatenübergreifender Rechtsvereinheitlichung dient, BVerfGE 96, 68 [77 f.]; vgl. auch unten Rdnr. 75 Fußn. 91.

79 Vgl. auch BGHSt 33, 41 [42 f.] – Frankfurter Schöffenwahl –; vgl. ferner *BVerfG* (Kammer), NJW 1996, 2149 (2145 f.) betr. die Abänderung von Einzelrichterentscheidungen durch den Vorsitzenden; unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf den gesetzlichen Richter wäre es auch bedenklich, wenn Richter des BVerfG Kammer-Beschlüsse unbesehen unterschrieben, die ein wissenschaftlicher Mitarbeiter vorbereitet hat; vgl. die Kritik an der Praxis des Gerichts von *R. Lamprecht*, Ist das BVerfG noch gesetzlicher Richter?, NJW 2001, 419.



lichen Richters entferne, daß sie nicht mehr zu rechtfertigen, offensichtlich unhaltbar oder gar ohne Bezug auf die maßgebliche Norm sei (BVerfGE 6, 45 [53]; 29, 45 [49]; 58, 1 [45]). Nach neueren Entscheidungen des Ersten Senats ist der Willkürmaßstab dahin zu ergänzen, daß eine verfassungswidrige Entziehung des gesetzlichen Richters durch eine richterliche Zuständigkeitsentscheidung vorliege, wenn diese Bedeutung und Tragweite des Art. 101 I 2 grundlegend verkannt habe (BVerfGE 82, 286 [299]; 87, 282 [285];<sup>80</sup> vgl. ferner Rdnrn. 75 f.).

**Keine Willkür** in diesem Sinne liegt beispielsweise vor, wenn sich die Auslegung einer einschlägigen Verfahrensvorschrift im Rahmen der „in der Rechtsprechung bestehenden verschiedenen Rechtsauffassungen“ hält (BVerfGE 15, 303 [306]; ähnlich E 23, 288 [320]). 66

Die Willkürformel ist in erster Linie gemünzt auf die verfassungsrechtliche Kontrolle der Zuständigkeitsbeurteilung durch das erkennende Gericht selbst. Bei vorgelagerten, für die Besetzung bedeutsamen Entscheidungen nimmt das BVerfG eine „Willkürkontrolle“ anderen Charakters vor, sofern ein zulässigerweise eingeräumtes Ermessen zu betätigen war (vgl. etwa Rdnrn. 32, 38, 40). Es geht hierbei nicht um Überwachung der Gesetzesbindung, sondern um **Ermessenskontrolle**. Das eröffnete Ermessen ist unter dem speziellen Blickwinkel des Art. 101 I 2 „willkürfrei“ auszuüben (BVerfGE 20, 336 [346]; 22, 282 [286]; 18, 344 [351 f.]; 69, 112 [120 f.]). War freilich bereits die Eröffnung des Entscheidungsspielraums selbst, z. B. durch den Geschäftsverteilungsplan, unzulässig, führt schon dieses Regelungsdefizit ohne weiteres zu einer Verletzung des Art. 101 I 2 (vgl. bereits Rdnr. 40). 67

Auch die Einhaltung **zwingender gesetzlicher Vorschriften**, die „im Vorfeld“ für die Besetzung erheblich sind, etwa betreffend die Erstellung des Geschäftsverteilungsplanes, überwacht das BVerfG. Fehler solcher Regeln stellen ebenfalls nicht stets eine Verletzung der Richtergarantie dar (vgl. auch § 21b VI 3 GVG). In der Rechtsprechung des BVerfG haben insoweit vor allem Fehler bei der Wahl der Schöffen bzw. ehrenamtlichen Richter eine Rolle gespielt (dazu im einzelnen Rdnrn. 90 ff.). 68

Nach der Rechtsprechung des BVerfG führt mithin nicht jeder thematisch einschlägige Verfahrensfehler zum Erfolg einer auf Art. 101 I 2 gestützten Verfassungsbeschwerde. Es verbleibt aus der Sicht des BVerfG eine breite Zone von Verfahrensfehlern, die allenfalls mit der Revision erfolgreich angegriffen werden könnten.<sup>81</sup> Dem Sinn der Konturierung des Spezifischen gerade der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Besetzungsfehlern läuft freilich die **Tendenz in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung** zuwider, auch revisionsrechtlich nur solche Fehler als erheblich anzusehen, die **zugleich** Art. 101 I 2 verletzen.<sup>82</sup> Ob es sich bei dieser, die Besetzungsrüge verküm- 69

80 In offenkundiger Anlehnung an die bekannte Formel aus BVerfGE 18, 85 [92 f.]; dieser Zusammenhang wird etwa deutlich in *BVerfG* (Kammer), AP Nr. 31 zu § 72a ArbGG 1979 Divergenz [sub II 1a].

81 Vgl. insoweit etwa § 551 Nrn. 1–4 ZPO sowie die Parallelvorschriften der anderen Verfahrensordnungen.

82 So etwa *BVerwG*, Buchholz 310, § 133 VwGO, Nr. 75; *BGH*, NJW 1999, 1644 [1645] und NJW 2000, 1580 [1581]; zur Entwicklung dieses Ansatzes in der Rspr. des BGH zuerst *P. Rieß*, Ausschluß der Besetzungsrüge (§ 338 Nr. 1 StPO) bei irriger, aber vertretbarer Rechtsanwendung, GA 1976, 133; ferner *E.-W. Hanack* in: E. Löwe/W. Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 1999, § 338 Rdnrn. 19 f., 29.

mernden **Gleichsetzung des revisionsrechtlichen mit dem verfassungsrechtlichen Maßstab** noch um zulässige Rechtsfortbildung handelt, ist fraglich.<sup>83</sup>

- 70 **b) Einzelprobleme.** *aa) Mißachtung von Vorlagepflichten.* Das Prozeßrecht kennt eine Anzahl von Fällen, in denen ein Gericht einzelne Rechtsfragen nicht selbst entscheiden darf, sondern gehalten ist, eine Zwischenentscheidung eines anderen Gerichts, eines eigens für derartige Entscheidungen vorgesehenen Spruchkörpers oder des Kollegiums in voller Besetzung herbeizuführen. Auch diese prozeßrechtlichen Vorschriften legen den gesetzlichen Richter fest. Setzt sich ein Gericht über eine solche Vorschrift, sofern sie zwingend ist, hinweg, entscheidet es also zu dem fraglichen Punkt „willkürlich“ selbst, verletzt es Art. 101 I 2 (st. Rspr. seit BVerfGE 3, 359 [363]).
- 71 In der bisherigen Rspr. findet sich hierzu eine reichhaltige Kasuistik, die zum einen die **Pflicht zur Vorlage an ein anderes Gericht** betrifft:
- Pflicht des OLG zur Vorlage an den BGH gemäß § 121 II GVG (BVerfGE 9, 213 [215]; 22, 254 [266]; 42, 237 [240 ff.], bzw. gem. § 28 II FGG (BVerfGE 17, 100 [104]; 29, 166 [172 f.]; 101, 331 [359 f.]);
  - Pflicht des LG zur Vorlage an das OLG in Mietsachen (BVerfGE 76, 93 [96 ff.]: zu Art. III Abs. 1 S. 1 3. MRÄG a.F.; E 87, 282 [284 ff.] zu § 541 I 1 ZPO);<sup>84</sup>
  - Pflicht zur Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach **Art. 100** (BVerfGE 73, 339 [371] zu Art. 100 I; E 18, 441 [447 f.]; 23, 288 [315 ff., 319 f.]; 64, 1 [12–21] und 96, 68 [77] zu Art. 100 II;<sup>85</sup> E 13, 132 [143] zu Art. 100 III);<sup>86</sup>
  - Pflicht zur Herbeiführung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs gemäß **Art. 234 III EGV** (BVerfGE 73, 339 [366–369]; 75, 223 [233 ff.]; 82, 159 [192 ff.]; BVerfG [Kammer], NJW 2001, 1267 [1268]; vgl. auch Art. 100 Rdnr. 134).<sup>87</sup>
- 72 Zum anderen finden sich Entscheidungen zur Pflicht der obersten Gerichtshöfe des Bundes, eine Entscheidung des jeweiligen **Großen Senates** (BVerfGE 3, 359 [363] u. 19, 38 [42 ff.] zu § 66 AO a.F.; 31, 145 [171 ff.] zu § 11 Abs. 3 FGO)<sup>88</sup> bzw. eine Entscheidung des **Gemeinsamen Senates der Obersten Gerichtshöfe des Bundes** nach § 2 RsprEinhG herbeizuführen.<sup>89</sup>
- 73 Eine Verletzung der Richtergarantie kommt freilich nur in Betracht, wenn eine Vorlagepflicht verletzt ist, nicht jedoch, wenn die Vorlage in das Ermessen des Gerichts gestellt ist (BVerfGE 82, 159 [196] zu Art. 177 II EWGV [jetzt: Art. 234 II EGV]).

83 Vgl. auch die literarische Kritik: *E. W. Hanack* (FuBn. 82), § 338 Rdnrn. 11, 29; *H. Dahs*, Die Relativierung absoluter Revisionsgründe, GA 1976, 353 [357 ff.]; *M. Seebode*, JR 1986, 474 [475]; *T. Kleinknecht/L. Meyer-Gofner*, StPO, 45. Aufl. 2001, § 338 Rdnr. 6; *Mehle*, StV 1987, 93.

84 Vgl. auch: *BVerfG* (Kammer), WuM 1999, 382.

85 Vgl. auch: *BVerfG* (Kammer), NJW 1999, 3325 [3326]. Dazu Art. 100 Rdnr. 209 f.

86 Vgl. auch: *BVerfG* (Kammer), NJW 1999, 1020. Dazu Art. 100 Rdnr. 230.

87 Die Frage war zunächst lange offen geblieben: BVerfGE 29, 198 [207 ff.]; 31, 145 [169]; 45, 142 [181]. Konkurriert die Pflicht zur Vorlage an den EuGH mit der Pflicht zur Vorlage an das BVerfG, ist das Gericht hinsichtlich der Reihenfolge der Vorlagen frei: EuGH 1991 I-3277 [3313 f.]; vgl. auch *BSG*, NZS 1995, 502 [508] m.w.N. Hängt die Zulassung der Revision von der grundsätzlichen Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfrage ab und wird in der Nichtzulassungsbeschwerde eine EG-rechtliche Frage aufgeworfen, die im künftigen Revisionsverfahren voraussichtlich die Einholung einer Vorabentscheidung notwendig macht, ist die Rechtsfrage als grundsätzlich bedeutsam anzusehen, *BVerfG* (Kammer), NVwZ 1993, 883. Vgl. auch Art. 100 Rdnr. 133.

88 Zur Pflicht der Strafsenate des BGH nach § 132 II GVG, den Großen Senat für Strafsachen anzurufen, *BVerfG* (Kammer), NJW 1998, 2585 [2587].

89 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 15.6.1976 – 2 BvR 188/76 – und v. 30.4.1979 – 1 BvR 72/79. Vgl. dazu Art. 100 Rdnrn. 141 ff.

Die im Wege der jeweiligen Vorlagepflicht begründete Entscheidungszuständigkeit des anzurufenden Gerichts oder Spruchkörpers wird abgerundet von der Pflicht des vorlegenden Gerichts, sich im Vorlagefall an die eingeholte Zwischenentscheidung zu halten (vgl. etwa § 138 I 3 GVG). Auch eine Mißachtung dieser **Bindungswirkung** verletzt Art. 101 I 2. Opposition ist von Verfassungen wegen nur in Gestalt einer erneuten Vorlage statthaft (BVerfGE 75, 223 [234]).

Einschlägige Verfassungsbeschwerden waren nur selten erfolgreich. Oft scheiterten sie daran, daß die gerügte Verletzung einer Vorlagepflicht nicht als „willkürlich“ angesehen wurde.<sup>90</sup> Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Herbeiführung einer Vorabentscheidung des EuGH hat sich das BVerfG um eine fallgruppenbezogene **Konturierung des Willkürbegriffs** bemüht, die sich – unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten<sup>91</sup> – auch im Kontext anderer Vorlagepflichten fruchtbar machen läßt: Das Absehen von einer gebotenen Vorlage stellt insbesondere dann eine Entziehung des EuGH als des gesetzlichen Richters dar, wenn ein letztinstanzliches Hauptsachegericht die Vorlagepflicht **grundsätzlich verkennt** oder in einer entscheidungserheblichen Frage **bewußt von der Rspr. des EuGH abweicht, ohne vorzulegen**; in Zweifelsfällen, in denen es an einschlägiger oder erschöpfender Rspr. des EuGH fehlt („**Unvollständigkeit der Rechtsprechung**“), besteht ein Beurteilungsspielraum des Gerichts, den es vertretbar ausfüllen muß (BVerfGE 82, 159 [195]).<sup>92</sup> Dabei muß sich das Gericht über das für die Vorlagepflicht relevante Recht ausreichend kundig machen.<sup>93</sup>

Ein gewichtiges Indiz für Willkür ergibt sich vor allem, wenn ein Gericht **Hinweise der Beteiligten** auf divergenzerhebliche Rspr. übergeht (BVerfGE 87, 282 [286]).<sup>94</sup>

Steht eine Vorlagepflicht im Raum, sollte das Gericht ggf. darlegen, weshalb es gleichwohl selbst entscheidet. **Letztinstanzliche Entscheidungen**, die von einer nicht fernliegenden Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH absehen, **müssen nach Kammerpraxis erkennen lassen, daß die Frage der Vorlagepflicht geprüft wurde**.<sup>95</sup>

90 Aus anderem Grunde scheiterten Verfassungsbeschwerden, die eine Entziehung des gesetzlichen Richters wegen Mißachtung der Vorlagepflicht nach Art. 100 II rügten (BVerfGE 64, 1 [21 f.]; 96, 68 [86]): Art. 101 I 2 war wegen unterlassener Anrufung des BVerfG verletzt; die Entscheidung des Ausgangsgerichts beruhte jedoch nicht auf der Verletzung, weil der Zweite Senat selbst der entzogene Richter war und die im Blick auf Art. 100 II erheblichen Zweifel daher selbst ausräumen konnte.

91 Zu bedenken ist insoweit insbesondere, daß – im Unterschied zum „herkömmlichen Willkürbegriff des Art. 3 I GG“, der bei anderen Vorlagepflichten maßgeblich ist, – die verfassungsrechtliche Überprüfung am Maßstab des Art. 101 I 2 im Bereich des Art. 177 III EWGV (jetzt Art. 234 III EGV) „strikt zu handhaben ist, um die Begründung einer gemeinschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland zu vermeiden“, *BVerfG* (Kammer), NJW 1988, 1456 [1458]; vgl. hierzu näher *H.-J. Rabe*, Vorlagepflicht und gesetzlicher Richter, in: *Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler* (Hrsg.), *Festschrift für K. Redeker*, 1993, S. 201 [206 ff.]; Kritik bei *Giegerich*, der unter Hinweis auf *BVerfG* (Kammer), NJW 1992, 678, für eine Übernahme des vom EuGH definierten acte-clair-Maßstabes plädiert; zu prüfen wäre dann, ob das die Vorlage verweigernde letztinstanzliche Gericht „in vertretbarer Weise angenommen hat, die Antwort auf eine gemeinschaftsrechtliche Frage sei offenkundig“; *T. Giegerich*, Die Verfassungsbeschwerde an der Schnittstelle von deutschem, internationalem und supranationalem Recht, in: *C. Grabenwarter* (Hrsg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, 1994, S. 100 [120–123].

92 Aus der Kammer-Rechtsprechung: *BVerfG* (Kammer), NJW 1998, 2811 [2813], NVwZ 1998, 1285, NZA 1998, 1245 und – stattgebend – *BVerfG* (Kammer), NJW 2001, 1267 [1268] unter Aufhebung von BVerfGE 108, 289 mit Besprechung von *P. E. Sensburg*, NJW 2001, 1259.

93 *BVerfG* (Kammer), NJW 2001, 1267 [1268].

94 Beispiel: *BVerfG* (Kammer), NJW 1995, 581.

95 *BVerfG* (Kammer), NJW 1988, 1456 [1459]; 1994, 2017 [2018] und 2001, 1267 [1268].

Probleme können sich insoweit bei knapp begründeten Beschlüssen des BGH im Rahmen des Verfahrens nach § 554b ZPO einstellen. Es reicht aus, wenn der BGH auf eine Stellungnahme des Berufungsgerichts – veranlaßt von Art. 177 II EWGV (jetzt Art. 234 II EGV) – Bezug nimmt und sich diese zu eigen macht<sup>96</sup> – sei es auch stillschweigend.<sup>97</sup> **Verbleibende Zweifel** als Folge magerer oder fehlender Darlegungen wirken sich allerdings **zugunsten des Beschwerdeführers** aus (vgl. BVerfGE 81, 97 [106]).

78 *bb) Probleme der Richterablehnung.* In der Praxis der Kammern spielen Verfassungsbeschwerden eine beachtliche Rolle, die sich gegen den Umgang mit Ablehnungsgesuchen richten (vgl. bereits Rdnrn. 57–61).

79 Im Hinblick auf Art. 101 I 2 hat jedes Gericht die **ordnungsgemäße Besetzung seiner Richterbank von Amts wegen zu prüfen**, sofern Anlaß zu Zweifeln besteht (BVerfGE 40, 356 [361]; 89, 359 [362]).

80 Diese Pflicht bezieht sich auch auf Vorschriften, die Richter von der Richterbank **ausschließen** (etwa: § 18 BVerfGG, §§ 41, 48 ZPO, §§ 22, 23, 30 StPO). Bei Nichtbeachtung dieser Regeln ist Art. 101 I 2 **stets** verletzt, ohne daß zusätzlich „Willkür“ festgestellt werden müßte (BVerfGE 30, 165 [167 ff.]; 31, 295<sup>98</sup>, vgl. bereits Rdnr. 64). Die **Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters**, wenngleich *eo ipso* verfassungswidrig, ist allerdings auch kein derart gravierender Fehler, daß das Urteil von Verfassungs wegen als nichtig behandelt werden müßte.<sup>99</sup>

81 Zum Thema werden auch die gesetzlichen Ausschlußgründe meist durch Ablehnungsgesuche, gelegentlich auch durch eine richterliche Selbstanzeige. Über eine eventuelle **Besorgnis der Befangenheit** wird demgegenüber nach den Verfahrensordnungen nicht von Amts wegen, sondern stets aufgrund einer dieser Verfahrenshandlungen entschieden (vgl. etwa § 48 I ZPO, ggf. mit § 54 VwGO, § 30 StPO oder § 19 I, III BVerfGG; vgl. auch BVerfGE 46, 34 [37 ff.]). Die – konstitutive – Feststellung der Besorgnis der Befangenheit führt zum Ausschluß des Richters von der Mitwirkung bei einer Entscheidung (a.a.O. S. 37). Das BVerfG selbst entscheidet freilich über die Befangenheitsfrage in extensiver Auslegung des § 19 Abs. 3 BVerfGG in seiner jüngsten Praxis auch aufgrund einer richterlichen **Unbefangenheitserklärung** (BVerfGE 88, 17).<sup>100</sup>

82 Da zu dem von Art. 101 I 2 geforderten Normenbestand auch die Verfahrensvorschriften über die Richterablehnung zählen (BVerfGE 21, 139 [146]; 89, 28 [37]; vgl. auch Rdnr. 57), sind die Gerichte zur **ausdrücklichen Entscheidung über Ablehnungsgesuche** verpflichtet, selbst wenn diese unzulässig sind. Es ist ohne Mitwirkung des Richters zu entscheiden, dessen Berechtigung zweifelhaft ist (BVerfGE 46, 34 [37]; 82, 286 [298]). Anderes gilt nur für **das rechtsmißbräuchliche Ablehnungsgesuch** (BVerfGE 11, 1 [5]), über das ausnahmsweise stillschweigend und auch unter Beteiligung der abgelehnten Richter befunden werden darf (BVerfGE 11, 1 [5]; 11, 343 [348];

96 *BVerfG* (Kammer), NJW 1988, 1456 [1459].

97 *BVerfG* (Kammer), NJW 1994, 2017 [2018]; vgl. auch *BVerfG* (Kammer), NVwZ 1993, 883 zur Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde durch den BFH.

98 Betr. den im Wiederaufnahmeverfahren ausgeschlossenen Richter, der bereits am Revisionsurteil mitgewirkt hatte; ebenso für disziplinarrechtliche Wiederaufnahmeverfahren BVerfGE 40, 268 [269 ff.]; ferner: *BVerfG* (Kammer), StV 1992, 209 zu § 22 Nr. 2 StPO.

99 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), NJW 1985, 125.

100 Vgl. demgegenüber BVerfGE 20, 26 u. 46, 34 [40].

37, 67 [75].<sup>101</sup> Wenn **mehrere Ablehnungsgesuche gegen verschiedene Richter** des erkennenden Gerichts auf unterschiedliche Gründe gestützt sind, ist es vertretbar, über alle gestellten und noch nicht beschiedenen Gesuche gegen erkennende Richter durch einheitlichen Beschluß in der nach § 27 StPO bestimmten Besetzung zu entscheiden.<sup>102</sup>

Art. 101 I 2 ist verletzt, wenn die Regeln über das Ablehnungsverfahren **willkürlich** 83 gehandhabt werden (BVerfGE 11, 1 [6]; 31, 145 [164 f.]). Die Rüge der Willkür greift freilich selten durch. So ist etwa die Auffassung nicht zu beanstanden, **frühere, möglicherweise fehlerhafte Entscheidungen** eines abgelehnten Richters zum Nachteil des Ablehnenden rechtfertigten die Besorgnis der Befangenheit nur, wenn zugleich Anhaltspunkte für eine Voreingenommenheit des Richters erkennbar seien (BVerfGE 31, 145 [164 f.]). Die **Gewerkschaftszugehörigkeit** eines ehrenamtlichen Richters beim Arbeitsgericht stellt selbst in einem Rechtsstreit keinen Ablehnungsgrund dar, an dem die Gewerkschaft beteiligt ist, der der Richter angehört. Etwas anderes gilt nur bei hervorgehobener Stellung in der Gewerkschaft, wenn der Richter gerade den Verlauf des zu entscheidenden Verfahrens beeinflussen kann.<sup>103</sup> Willkürlich ist es auch nicht,<sup>104</sup> wenn ein Verstoß gegen die in **§ 47 ZPO** statuierte Wartepflicht im Fall letztlicher Zurückweisung eines Ablehnungsgesuches als unbeachtlich angesehen wird.<sup>105</sup> Umgekehrt wurde die Wertung nicht als willkürlich beanstandet, die Besorgnis der Befangenheit ergebe sich aus **Äußerungen in einer wissenschaftlichen Fachpublikation** eines Richters.<sup>106</sup>

cc) *Fragen des Rechtsmittelrechts.* Auch die Regeln über die **Kompetenzabgrenzung** 84 **zwischen Revisions- und Instanzgericht** zählen zu dem von Art. 101 I 2 geforderten Normenbestand. Deshalb ist die Richtergarantie verletzt, wenn das Revisionsgericht von einer zwecks weiterer Sachaufklärung gebotenen Zurückverweisung absieht und **willkürlich selbst Tatsachen feststellt** (BVerfGE 31, 145 [165] zu § 118 Abs. 2 FGO).<sup>107</sup> Willkür läßt sich freilich selten feststellen, da in Rechtsprechung und Literatur insoweit teilweise recht weitgehende Ausnahmen angenommen werden.<sup>108</sup> Das Verbot der Feststellung von Tatsachen durch das Revisionsgericht wird ergänzt durch das **Verbot der eigenen Sachentscheidung, falls noch Aufklärungsbedarf** besteht (vgl. z. B. § 354

101 Ebenso *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 19.12.1972 – 2 BvR 669/72 – und v. 15.12.1980 – 2 BvR 832/80.

102 *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 19.1.1996 – 2 BvQ 62/95 unter Hinweis auf den zu dieser Frage bestehenden Meinungsstreit (dazu *V. Voormann*, Die mehrfache Ablehnung von Richtern in Strafverfahren, *NStZ* 1985, 444); anders zu beurteilen ist dies neuerdings möglicherweise in Fällen nacheinander eingehender und unterschiedlich begründeter Ablehnungsgesuche gegen mehrere Richter, seit der *BGH* (*NJW* 1996, 1159) insoweit Art. 101 I 2 ein Gebot sukzessiver Entscheidung in der Reihenfolge der Ablehnungsgesuche entnommen hat; zu gleichzeitig eingehenden Ablehnungsgesuchen *BGHSt* 44, 26: einheitliche Beschlußentscheidung.

103 *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 16.9.1991 – 1 BvR 453/90.

104 *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 25.6.1986 – 2 BvR 445/86.

105 *OLG Karlsruhe*, *OLGZ* 1978, 224 [225]; vgl. auch *BSG*, *NVwZ* 2001, 472.

106 *BVerfG* (Kammer), *NJW* 1996, 3333 [3334]; wissenschaftliche Äußerungen eines Richters können etwa dann rechtlich erhebliche Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit wecken, wenn die wissenschaftliche Tätigkeit die Unterstützung eines am Verfahren Beteiligten bezweckte, so *BVerfGE* 102, 122 [125].

107 Schon früher: *BVerfGE* 3, 255 [256] u. 3, 359 [363 f.]; ferner *E* 80, 315 [351]; *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 18.3.1974 – 2 BvR 120/74 – und v. 14.7.1980 – 2 BvR 643/79.

108 Vgl. etwa *P. Gottwald* in: *L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald*, *Zivilprozeßrecht*, 15. Aufl. 1993, § 145 II 3 oder *F. Kopp/W.-R. Schenke*, *VwGO*, 12. Aufl. 2000, § 137 Rdnrn. 24 ff. [28]; bedenklich etwa *BVerwGE* 91, 104 mit krit. Anm. *R. Marx*, *InfAuslR* 1993, 237.

Abs. 1 StPO; BVerfGE 54, 100 [115]). Entscheidet das Revisionsgericht gleichwohl in offensichtlich unhaltbarer Weise selbst, verletzt dies Art. 101 I 2.<sup>109</sup>

- 85 Im **Revisionsverfahren beim BSG** wirken **ehrenamtliche Richter** nur bei Entscheidungen in der Sache mit (§ 169 S. 3 SGG). Entsprechend verfährt das BSG trotz § 160a IV 2 SGG bei Entscheidungen über Nichtzulassungsbeschwerden. Diese Praxis ist mit Art. 101 I 2 nur vereinbar, wenn nicht zum Zwecke der Ausschaltung der Ehrenamtlichen die Anforderungen an die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde überdehnt und Bereiche, die eigentlich zur Sachprüfung gehören, im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung abgehandelt werden (BVerfGE 48, 246 [253 ff.] m. abw. Meinung *Hirsch*, S. 264 ff.; E 91, 93 [117 f.]).<sup>110 /111</sup>
- 86 Die Zulassung eines Rechtsmittels kann von einer **Zulassung des iudex a quo** abhängen. Ein Fehler bei der Anwendung zwingender Regeln, die die Zulassung eines Rechtsmittels vorschreiben, kann u. U. (vgl. Rdnrn. 70 ff.) den Beteiligten das Rechtsmittelgericht als gesetzlichen Richter entziehen.<sup>112</sup>
- 87 *dd) Entscheidung über rechtswegfremde Vorfragen.* Den gesetzlichen Richter konstituieren auch die Normen über den je einzuschlagenden **Rechtsweg**. Deshalb hat das BVerfG Entscheidungen über **rechtswegfremde Vorfragen** als Problem des gesetzlichen Richters betrachtet (BVerfGE 86, 133 [143]). Berücksichtigt man freilich das von der Neufassung des § 17 II GVG<sup>113</sup> ausgelöste Meinungsspektrum<sup>114</sup>, dürfte ein Willkürverdict zu diesem Punkt kaum mehr in Frage kommen, sofern nicht § 17 II 2 GVG betroffen ist.
- 88 *ee) Kompetenzanmaßung im Strafverfahren.* Die nicht einfachen Zuständigkeitsregeln betreffend Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren können zu Kompetenzanmaßungen verleiten, die Art. 101 I 2 verletzen – so etwa, wenn das OLG im Verfahren nach § 23 EGGVG den **Haftrechtvorbekalt** des § 119 IV 1, 3 StPO mißachtet.<sup>115</sup>
- 89 **3. Unregelmäßigkeiten bei der Bestellung von Richtern.** Auch die Vorschriften über die Richterbestellung zählen zu dem von Art. 101 I 2 geforderten Normensystem. Dies hat das BVerfG in erster Linie im Hinblick auf die Wahl von Schöffen und ehrenamtlichen Richtern entschieden (BVerfGE 31, 181 [183]). Deshalb können auch Verletzungen dieser Regeln die Gesetzlichkeit des Richters in Frage stellen. In der Praxis des BVerfG

109 *BVerfG* (Kammer), NJW 1994, 573 zu § 79 Abs. 4 OWiG (einstweilige Anordnung) m. Anm. *E. Göhler*, Zur Aussetzung der Anordnung eines Fahrverbots durch das BVerfG, NZV 1994, 343; vgl. außerdem – betr. dasselbe Verfahren – die Kostenentscheidung: *BVerfG* (Kammer), NJW 1995, 443; ferner *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 15.2.1995 – 2 BvR 383/94 –, Beschl. abdruck S. 9.

110 Ebenso zu § 72a III 2 ArbGG *BVerfG* (Kammer), AP Nr. 31 zu § 72a ArbGG 1979 Divergenz; für eine strengere Ahndung der Praxis des BSG *J. Berkemann*, Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JR 1994, 448 [455]; vgl. ferner *M. Behn*, Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde, SozVers 1995, 10 [15 f.].

111 Eine parallele Problematik wirft § 6 I 1 VwGO (Einzelrichter) auf; vgl. *F. Kopp/W.-R. Schenke* (Fußn. 108), § 6 Rdnr. 1.

112 In der Praxis des BVerfG bislang offengelassen: BVerfGE 67, 90 [94 f.]; *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 4.12.1985 – 1 BvR 948/85; *BVerfG* (Kammer), FamRZ 1991, 195; NJW 1999, 1390.

113 Durch das Vierte Gesetz zur Änderung der VwGO v. 17.12.1990, BGBl. I S. 2809.

114 Vgl. etwa *U. Hoffmann*, § 17 Abs. 2 GVG und der allgemeine Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, ZZP 107 (1994), S. 3.

115 *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 26.1.1995 – 2 BvR 2846/93, S. 7; vgl. ferner: Anmaßung der Kompetenz des Ermittlungsrichters durch Strafkammervorsitzenden: BVerfGE 57, 170 [182 ff., 196 f.: Sondervotum *M. Hirsch*].

hat neben der fehlerträchtigen Wahl von Schöffen und ehrenamtlichen Richtern gelegentlich die Problematik der Wahl von Verfassungsrichtern eine Rolle gespielt.

a) **Fehler bei der Wahl von Schöffen bzw. ehrenamtlichen Richtern.** Das BVerfG hatte insoweit zunächst – sehr weitgehend – entschieden, daß ein **Verstoß gegen „zwingende gesetzliche Vorschriften“** über die Wahl von Schöffen die Wahl ungültig mache mit der Folge, daß die solchermaßen gewählten Schöffen nicht Richter seien und daß ihre Mitwirkung ohne weiteres Art. 101 I 2 verletze (BVerfGE 31, 181 [183 f.]). In der späteren Praxis (Vorprüfungsausschuß bzw. Kammer) ist mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit **einschränkend** klargestellt worden, daß nicht jeder Fehler im Vorfeld der Richterbestimmung im Blick auf Art. 101 I 2 erheblich sei. Es wurde vielmehr jedenfalls bei Fehlern geringeren Gewichts zusätzlich geprüft, ob die **Gefahr einer Manipulierung** der rechtsprechenden Organe zu befürchten sei. An diese Praxis knüpft eine überzeugende **Formel des BVerfG** an, derzufolge bei einer rechtsfehlerhaft durchgeführten Wahl ehrenamtlicher Richter die Annahme, die Wahl sei nichtig, der Spruchkörper, in dem sie mitgewirkt haben, sei mithin nicht der gesetzliche Richter i. S. d. Art. 101 I 2 gewesen, nur gerechtfertigt ist, „wenn der Verfahrensfehler **besonders schwer** ist **oder** aufgrund seiner **Eigenart auf das in Art. 101 I 2 verbürgte Prinzip der Gesetzlichkeit** des Richters i. S. einer sich für jeden einzelnen Rechtsstreit 'blindlings' ergebenden Entscheidungszuständigkeit **durchzuschlagen vermag**“.<sup>116</sup>

Es liegt nahe, diese Formel auch dann heranzuziehen, wenn es um andere, der Entscheidung des erkennenden Gerichts vorgelagerte Entscheidungen geht, die Einfluß auf die Zusammensetzung des Gerichts haben.

Einschlägige Verfassungsbeschwerden hatten meist keinen Erfolg, weil es um Verfahrensfehler ging, die die Gefahr der Manipulierung der Richterbank nicht nahe legten und denen auch sonst kein besonderes Gewicht zukam.

Hingenommen wurden folgende Verfahrensfehler:<sup>117</sup>

- Mitwirkung eines überzähligen Verwaltungsbeamten im Schöffenwahlausschuß entgegen § 40 II GVG;<sup>118</sup>
- erst nachträgliche Wahl einer bei der Schöffenwahl bereits mitwirkenden Vertrauensperson (§ 40 II GVG);<sup>119</sup>
- Fehler beim Aufstellen der Vorschlagslisten „für sich allein“;<sup>120</sup>
- Fehler beim öffentlichen Auflegen der Vorschlagslisten (§ 36 III GVG);<sup>121</sup>
- vollständiges Fehlen einer (von mehreren) Vorschlagslisten.<sup>122</sup>

116 *BVerwG*, Buchholz 310, § 26 VwGO Nrn. 1 u. 2; vgl. auch Buchholz 310, § 133 VwGO Nr. 75.

117 Zu einem verfassungsrechtlich unerheblichen Fehler bei der Berufung der ehrenamtlichen Richter in der Sozialgerichtsbarkeit (Verletzung von § 14 SGG): *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), SozR 1500 § 13 SGG Nr. 1.

118 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 6.5.1976 – 2 BvR 52/76 – zu BGHSt 26, 206.

119 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), NJW 1982, 2368.

120 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 30.3.1977 – 2 BvR 184, 186 u. 218/77.

121 *BVerfG* (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 18.1.1977 – 2 BvR 942/76; *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 19.2.1991 – 2 BvR 848/90.

122 *BVerfG* (Kammer), NVwZ 1996, 160; in diesem Fall hatte entgegen § 28 S. 2 VwGO die Vorschlagsliste der Stadt Hannover und damit etwa ¼ der erforderlichen Kandidaten (134 von 540) gefehlt; der Kammerbeschluß ist sehr zweifelhaft, weil er eine besonders schwere Verletzung des Wahlverfahrens infolge eines „Sabotageaktes“ einer entscheidungsunwilligen Gebietskörperschaft sanktionslos läßt. Ähnlich BGHSt 33, 290 zu einem Fall, in dem allerdings nur 22 von 661 erforderlichen Kandidaten fehlten; hierzu krit. *M. Seebode*, JR 1986, 474.

- 94 In dem der Leitentscheidung des Zweiten Senats (BVerfGE 31, 181) zugrundeliegenden Fall hatte einer der Verwaltungsbezirke entgegen § 40 III GVG **nicht die erforderlichen vier Vertrauenspersonen in den Wahlausschuß entsandt**. Auch dieser Fehler konnte kaum die Gefahr der Manipulierung der Richterbank auslösen. Gleichwohl wurde die Wahl als ungültig angesehen. Dies läßt sich damit rechtfertigen, daß es sich um eine besonders schwere Verletzung der gesetzlichen Regeln über das Wahlverfahren handelt, wenn nahezu die Hälfte der die Bevölkerung repräsentierenden Mitglieder des Wahlausschusses ausfällt. In ähnlicher Weise fehlt es an einer „Wahl im Rechtssinne“, wenn der Ausschuß, **statt zu wählen, lost**.<sup>123</sup>
- 95 **b) Probleme bei der Wahl von Verfassungsrichtern.** Was das Verfahren der Wahl von Verfassungsrichtern angeht, ist es verfassungspolitisch zwar wünschenswert, Stellung, Ansehen und Legitimation der Verfassungsrichter durch das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit zu stärken. Da das GG hierzu keine bindenden Vorgaben enthält, ist die Gesetzlichkeit der berufsrichterlichen Mitglieder des BayVerfGH jedoch nicht dadurch beeinträchtigt, daß diese Richter mit einfacher Mehrheit des Bayerischen Landtages gewählt werden.<sup>124</sup>
- 96 Bei der Wahl von Verfassungsrichtern ist es immer wieder zu Verzögerungen gekommen. In der SRP-Entscheidung hat das BVerfG eine Verzögerung der Wahl des Nachfolgers für einen ausgeschiedenen Richter von 10 Monaten für unschädlich gehalten, da das gesetzliche Quorum nicht beeinträchtigt war und da die Wahlkörperschaften nach der Überzeugung des Gerichts die Ersatzwahl nicht aus sachfremden, etwa parteipolitischen Gründen ungebührlich verzögert oder gar bewußt unterlassen hatten (BVerfGE 2, 1 [9 f.]; vgl. auch E 82, 286 [301]). Gesetzliche Regelungen über die Verlängerung der Amtszeit von Richtern, die ein reibungsloses und durchgängiges Funktionieren der Rechtsprechung bis zur Ernennung eines neuen Richters gewährleisten sollen (z. B. § 4 IV BVerfGG), sind als wirksame Bestimmung des gesetzlichen Richters anzuerkennen.<sup>125</sup> Sie sind auch in der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 kommt nur bei einer ganz erheblichen Amtszeitüberschreitung in Betracht,<sup>126</sup> es sei denn, es fehlten sachgerechte und billigenswerte Gründe, die die Neuwahl verzögern oder behindern.<sup>127</sup> Als sachfremd kann es nicht angesehen werden, wenn eine Nachwahl auf Anregung des BVerfG selbst um wenige Monate verzögert wird, damit ein Verfahren von weitreichender Bedeutung nicht in reduzierter (vgl. § 15 II 1 BVerfGG und § 26 I GO-BVerfGG), sondern in voller Besetzung zu Ende geführt werden kann.<sup>128</sup>

123 So BGHSt 33, 41 (Frankfurter Schöffen, „wahl“).

124 BVerfG (Kammer), NVwZ 1999, 638.

125 So BVerfG (Kammer), SoZR 1500 § 13 SGG Nr. 3 zu § 13 II 1 SGG.

126 BVerfG (Kammer), a. a. O.

127 Den entsprechenden Ansatz des SaarlVerfGH zum Verfassungsprozeßrecht des Saarlandes (NJW 1987, 3247 [3248] und NJW 1987, 3248 [3249]) hat das BVerfG für plausibel gehalten (BVerfGE 82, 286 [300 f.]; vgl. auch die Kritik an den Beschlüssen des SaarlVerfGH von K. Doehring, Zur Zwischenentscheidung des Saarländischen Verfassungsgerichtshofs im Verfahren über die Zulässigkeit eines Volksbegehrens, NJW 1987, 3232.

128 Überzeugend B. Sangmeister, Manipulierte Richterbank des BVerfG in den Asylverfahren?, NJW 1996, 2561; ebenso K. G. Zierlein in: D. C. Umbach/Th. Clemens, BVerfGG, 1992, § 7a Rdnr. 15; a. A. B. Rütters, Nicht wiederholbar! – Selbstverlängerte Amtszeiten am Bundesverfassungsgericht?, NJW 1996, 1867; Höfling/Roth, Ungesetzliche Bundesverfassungsrichter? Zur Geltung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 für das Bundesverfassungsgericht, DÖV 1997, 67.



## IV. Verfassungsprozessuales

Der (unanfechtbare) **Beschluß über ein Ablehnungsgesuch oder über eine richterliche Selbstanzeige** ist eine **Zwischenentscheidung**, die regelmäßig **selbständig mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen** ist, sofern der Beschluß nach dem einschlägigen Verfahrensrecht nicht, wie nach § 28 II 2 StPO, gemeinsam mit der Entscheidung in der Hauptsache Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens sein kann (vgl. BVerfGE 21, 139 [143]; 24, 56 [61]; 89, 28 [34]).<sup>129</sup> 97

Soll eine unanfechtbare<sup>130</sup> gerichtliche Entscheidung wegen Verletzung des Art. 101 I 2 mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, ist insbesondere zu bedenken, daß zur **Erschöpfung des Rechtswegs i.w.S.** u. U.<sup>131</sup> der Weg der **Nichtigkeitsklage** (insbesondere § 579 I Nr. 1 ZPO) eingeschlagen werden muß (BVerfGE 22, 42 [47]<sup>132</sup>; 34, 204).<sup>133</sup> Bei unanfechtbaren Beschlüssen ist eine **Gegenvorstellung** in Betracht zu ziehen (BVerfGE 63, 77 [78 f.]). **Angriffe** gegen die Besetzung eines Spruchkörpers müssen regelmäßig **bereits im Ausgangsverfahren** vorgebracht werden.<sup>134</sup> 98

Eine Verfassungsbeschwerde hat Erfolg, wenn die angegriffene Entscheidung auf einer Verletzung des Art. 101 I 2 **beruht**. Dies ist schon dann der Fall, wenn der in Rede stehende Verfahrensfehler die Entscheidung möglicherweise beeinflusst hat.<sup>135</sup> Dabei kommt es allein darauf an, ob eine andere Besetzung des Gerichts ohne den Fehler nicht ausgeschlossen werden kann (BVerfGE 4, 412 [417 f.]). Ist abzusehen, daß der Beschwerdeführer auch im Fall der Zurückverweisung im Ergebnis keinen Erfolg haben würde, scheitert seine Verfassungsbeschwerde allerdings u. U. im Annahmeverfahren, denn die Annahme ist in diesem Fall in Ermangelung eines besonders schweren Nachteils für den Beschwerdeführer nicht i. S. d. § 93a II Buchst. b BVerfGG „angezeigt“.<sup>136</sup> 99

## E. Art. 101 II: Gerichte für besondere Sachgebiete

Bereits der Konvent von Herrenchiemsee hatte „anstelle des in der nationalsozialistischen Zeit mißbrauchten und dadurch in Mißkredit geratenen Ausdrucks ‚Sondergerichte‘ den der ‚Gerichte für besondere Sachgebiete‘ gewählt“<sup>137</sup> (vgl. Rdnr. 12). Damit sind solche Gerichte gemeint, „die durch abstrakte Normen für bestimmte sachlich umschriebene Gruppen von Rechtsfällen vorgesehen werden“<sup>138</sup> – wie etwa Arbeits- oder Jugendgerichte (vgl. BVerfGE 10, 200 [212]). Besondere Gerichte für bestimmte **Personengruppen** sind daher ausgeschlossen, sofern nicht gerade die Beschränkung auf ein bestimmtes Sachgebiet notwendigerweise zugleich eine Be- 100

129 Zur Problematik *D. Kley/J. Rühmann* in: D. C. Umbach/Th. Clemens, BVerfGG, 1992, § 90 Rdnrn. 98 f.; ferner: *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 5.3.1998 – 2 BvQ 5/98 –.

130 Zur Erschöpfung des Rechtswegs durch ordentliche Rechtsbehelfe: BVerfGE 16, 124 [126 f.]; zur Erforderlichkeit einer vorgängigen Verfahrensrüge im Revisionsverfahren BVerfGE 95, 96 [127].

131 Offengelassen in *BVerfG* (Kammer), NJW 1998, 1053.

132 Diesen Beschluß mißversteht *G. Felix*, BB 1992, 253.

133 Ferner: *BVerfG* (Kammer), NJW 1992, 103 u. 1993, 3256.

134 *BVerfG* (Kammer), Beschl. v. 31.10.1994 – 1 BvR 871/94 – zur Rüge verfassungswidriger Überbesetzung; vgl. auch *D. Kley/J. Rühmann* (Fußn. 130), § 90 Rdnr. 96.

135 Zu dem Sonderfall der Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 100 II bereits oben Fußn. 90.

136 Vgl. *BVerfG* (Kammer), NVwZ 1996, 885 [886].

137 Bericht des Unterausschusses III des Konvents von Herrenchiemsee in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Fußn. 3), S. 333.

138 A.a.O. (Fußn. 117).

schränkung auf einen bestimmten Personenkreis mit sich bringt (BVerfGE 26, 186 [192 f.]).

**101** Die Vorschrift unterstellt die Errichtung der Gerichte für besondere Sachgebiete dem **Vorbehalt des förmlichen Gesetzes**, in dem alles für den Charakter einer Gerichtsbarkeit Wesentliche zu regeln ist (BVerfGE 18, 241 [257]). Im Gesetz ist daher – und zwar im einzelnen – zu regeln: die Errichtung und die Bezirke dieser Gerichte, die Zusammensetzung der Spruchkörper, die Dauer der Amtszeit der Richter, die Einzelheiten ihrer Bestellung, die sachliche und örtliche Zuständigkeit, der Instanzenzug und die Ausgestaltung des Verfahrens (BVerfGE 18, 241 [257]; 22, 42 [47 f.]; 27, 355 [361 ff.]).

**102** In der Praxis des BVerfG hat Art. 101 II fast ausschließlich für die von den Ländern errichteten Berufsgerichte eine Rolle gespielt (BVerfGE 18, 241; 22, 42; 26, 186; 27, 355; 77, 162 [178]).