

Die Vorsitzendenkrise im 2. und 4. Strafsenat des BGH im Lichte der Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

I. Die Vorsitzendenkrise im BGH und ihre Implikationen

1. Der 11.1.2012 wird in die deutsche Rechtsgeschichte eingehen, weil an diesem Tag laut Pressemitteilung Nr. 4/2012 des BGH der 2. *Strafsenat* in zwei verschiedenen Sitzgruppen einander widersprechende Entscheidungen zu seiner eigenen ordnungsmäßigen Besetzung bezüglich der Person des Vorsitzenden getroffen und in der einen (bejahenden) Entscheidung ein Sachurteil verkündet, in der anderen (verneinenden) die Hauptverhandlung ausgesetzt hat.¹ Sitz des Problems ist die Entscheidung des BGH-Präsidiums für das Geschäftsjahr 2012, dem Vorsitzenden Richter des 4. *Strafsenats*, Dr. *Ernemann*, auch den Vorsitz im 2. *Strafsenat* zu übertragen und diese Tätigkeit im Kollisionsfall vorgehen zu lassen. Sollte hierdurch die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt worden sein, würden bei entsprechender Rüge der Verteidigung alle vom 2. und 4. *Strafsenat* bis zum altersbedingten Ausscheiden des Vorsitzenden Richters (Ende Juni dieses Jahres) gefällten Sachentscheidungen auf Verfassungsbeschwerde vom BVerfG aufzuheben sein, was die Strafrechtspflege Deutschlands in einen Scherbenhaufen verwandeln würde.

2. Paradoxerweise ist die Sackgasse, an deren Ende er stehen könnte, durch zwei je für sich höchst begrüßenswerte Schärfungen des rechtsstaatlichen Profils der deutschen Rechtspflege entstanden, die zu einem schwer auflösbaren Antagonismus geführt haben.

a) Auf der einen Seite steht die enorme Intensivierung der richterlichen Kontrolle der Beamten- und Richterernennung anhand von Art. 33 Abs. 2 GG, die vom BVerfG entscheidend gestützt² und vom BVerwG durch sein Urteil vom 4.11.2010³ über die Aufhebung der Ernennung des Präsidenten des OLG Koblenz zu einem spektakulären vorläufigen Höhepunkt geführt worden ist. Die anschließend von der Rot-Grünen-Landesregierung von Rheinland-Pfalz im Koalitionsvertrag vereinbarte Auflösung des OLG Koblenz⁴, die die

¹ 2 StR 346/11 bzw. 472/11.

² Siehe die Kammerbeschlüsse v. 9.7.2007 (ZBR 2008, 169), 24.9.2007 (DRiZ 2007, 349), 8.10.2007 (ZBR 2008, 162) und 9.7.2009 (ZBR 2011, 196).

³ BVerwGE 138, 102.

⁴ Koalitionsvertrag Rheinland-Pfalz 2011-2016 „Den sozial-ökologischen Wandel gestalten“ der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 84: „Im Hinblick auf die Größe anderer Oberlandesgerichtsbezirke und Generalstaatsanwaltschaften ist jeweils eine Einrichtung für Rheinland-Pfalz angemessen. Wie werden diese mit Sitz in Zweibrücken zusammenführen.“ Dazu Rheinzeitung v. 30.4.2011: „Womöglich will sich Rot-Grün mit dem Kniff nur Personalquerelen vom Halse schaffen. Denn für die OLG-Spitze wird seit fünf Jahren ein Präsident gesucht, nachdem der für die SPD genehme Ralf Bartz nach höchstrichterlichem Urteil den Posten räumen musste. Dies hatte Landgerichtspräsident Hans-Josef Graefen in einem langen Rechtsstreit erreicht, an dessen Ende Justiz-

Ernennung eines neuen OLG-Präsidenten nach einer Verurteilung durch das VG Koblenz vom 26.7.2011 im Vollstreckungsverfahren⁵ (!) nicht hindern konnte,⁶ macht die fundamentale justizpolitische Dimension deutlich, die nunmehr die Ebene des BGH erreicht hat: Die von der Bundesjustizministerin auf Vorschlag des BGH-Präsidenten geplante Wiederbesetzung der seit dem 1.2.2011 vakanten Vorsitzendenstelle am 2. *Strafsenat* ist durch den Beschluss des VG Karlsruhe vom 24.10.2011⁷ zunächst einmal untersagt worden, „solange nicht über die Bewerbung des (klagenden Konkurrenten) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden worden ist.“ Ob eine solche neue Entscheidung mittlerweile vorliegt, war dem *Verf.* bei Manuskriptabschluss nicht bekannt.

b) In dieser Situation ist die im Vergleich zu Art. 33 Abs. 2 GG nicht weniger fundamentale, in der neueren Rechtsprechung stark ausgebaute rechtsstaatliche Garantie des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG für das Präsidium des BGH zu einer Falle geworden, aus der einen Ausweg zu finden dem Versuch einer Quadratur des Kreises ähnelt.

II. Die bisherige Rechtsprechung zur Vertretung im Vorsitz bei Vakanz der Vorsitzendenstelle

1. Die (seit dem Eintritt der früheren Vorsitzenden des 2. *Strafsenats* in den Ruhestand am 1.2.2011 offenbar bis Ende des Jahres erfolgte) Wahrnehmung der Aufgaben des Vorsitzenden durch dessen Stellvertreter, die in § 21f Abs. 2 S. 1 GVG „bei Verhinderung des Vorsitzenden“ vorgesehen ist, soll nach der bisherigen Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes auf den Fall der Vakanz analog anwendbar, aber nur „vorübergehend“, d.h. für einen recht eng begrenzten Zeitraum zulässig sein und nach dessen Ablauf (oder wenn von vornherein mit einem längeren Zeitraum zu rechnen ist) hinter der Pflicht des Präsidiums zurücktreten, gem. § 21e Abs. 3 S. 1 GVG „wegen dauernder Verhinde-

minister Heinz Georg Bamberger ein rechtswidriges Auswahlverfahren samt Verfassungsverstoß von den höchsten deutschen Richtern vorgehalten wurde. Dem Vernehmen nach haben sich Bartz und Graefen erneut um die Stelle beworben.“

⁵ VG Koblenz, Beschl. v. 26.7.2011 – 2 N 572/11.KO.

⁶ Mitteilung des Ministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Rheinland-Pfalz über die Ernennung von H.-J. Graefe zum Präsidenten des OLG Koblenz am 21.11.2011, unter <mjv.rlp.de/Startseite (Stand: 21.1.2012).

⁷ VG Karlsruhe, Urt. v. 24.10.2011 – 4 K 2146/11, Tenor Nr. 2 (juris): „Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die Stelle des Vorsitzenden Richters des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs mit [...] Richter am Bundesgerichtshof [...] zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entschieden worden ist.“

zung einzelner Richter“ einen Vorsitzenden aus dem Kreis der bereits vorhandenen Vorsitzenden zu bestellen.

Der BGH leitete dies sehr früh aus der Notwendigkeit ab, dass der Vorsitzende sich einen richtungweisenden Einfluss auf die Spruchkörperrechtsprechung verschaffen muss, sah dies aber bei einer vorübergehenden Verhinderung als nicht verletzt an, weil dann der regelmäßige Vertreter den Vorsitz übernehmen könne.⁸ Zwar sei es grundsätzlich erforderlich, dass sich der ordentliche Vorsitzende die Möglichkeit zur Ausübung eines richtungweisenden Einflusses auf die Rechtsprechung der Kammer sichere, doch trete, wenn er nur vorübergehend verhindert sei, sein regelmäßiger Vertreter für ihn ein, und auch dann sei die Kammer vorschriftsmäßig besetzt.⁹ Ein Zeitpunkt von fünf Monaten bis zur Wiederbesetzung des Vorsitzes in der Strafkammer, die der Vorsitzende einer anderen Kammer zusätzlich übernommen hatte, wurde als noch vorübergehend bezeichnet,¹⁰ während in dem unveröffentlichten Urteil vom 22.4.1952¹¹ dagegen die nicht ordnungsmäßige Besetzung in einem Fall festgestellt wurde, in dem die Vorsitzendenstelle erst nach Ablauf von zwei Dritteln des Geschäftsjahres besetzt worden war. Die Güte, Gleichmäßigkeit und Unabhängigkeit der Rechtsprechung könnten gefährdet werden, wenn der Vorsitz in einer Großen Strafkammer längere Zeit hindurch nicht von einem Vorsitzenden Richter (damals: Landgerichtsdirektor) geführt werde, sodass es erforderlich sei, dass freie Stellen unverzüglich besetzt würden; ein regelwidriger Zustand könne nur als vorübergehend anerkannt werden, wenn er verhältnismäßig kurzfristig sei.¹²

Auch das BVerwG hat in einem Urteil seines 3. *Senats* vom 25.7.1985¹³ ausgesprochen, dass bei Eintritt eines Vorsitzenden in den Ruhestand eine Vertretung im Vorsitz in entsprechender Anwendung von § 21f Abs. 2 S. 1 GVG für eine kurze Übergangszeit zulässig sei. Dass eine ständige Verhinderung einen § 21f Abs. 1 GVG widersprechenden „vorsitzlosen“ und damit gesetzwidrigen Dauerzustand schaffen würde, ergebe sich zusätzlich aus § 21e Abs. 3 S. 1 GVG, wonach bei dauernder Verhinderung im laufenden Geschäftsjahr Änderungen in der Geschäftsverteilung zulässig und gegebenenfalls auch geboten sein könnten.¹⁴ Auf den Fall einer Vakanz wegen Versetzung in den Ruhestand müsste sich die Verwaltung rechtzeitig einstellen.¹⁵ Und könne die Stelle nicht gleichzeitig oder doch in angemessener Frist anlässlich des Ausscheidens eines Vorsitzenden besetzt werden, so müsse das Präsidium Vorsorge treffen, etwa durch Übertragung der Vorsitzes auf den vorsitzenden Richter eines anderen Spruchkörpers; nach ständiger Rechtsprechung sei es zulässig, dass ein vorsitzender Richter den Vorsitz in mehre-

ren Kammern führe, solange nur gewährleistet sei, dass er den gesetzlich geforderten richtunggebenden Einfluss auf die Rechtsprechung der Kammer ausüben könne.¹⁶ Im Normalfall könne zwar bei einem Wiederbesetzungszeitraum von fünf Monaten noch von einer zulässigen Vertretung ausgegangen werden,¹⁷ im konkreten Fall ging es jedoch um ein Urteil, das zu einem Zeitpunkt erlassen wurde, als der Vertreter des ordentlichen Vorsitzenden bereits seit 13 Monaten die Vertretung wahrgenommen hatte. Die Rüge der fehlerhaften Besetzung des Gerichts griff deshalb durch.¹⁸

Auch der 1. *Disziplinarsenat* des BVerwG hat in einem Beschluss vom 11.7.2001¹⁹ erkannt, dass das Gerichtspräsidium bei der Zuweisung des Vorsitzes eines Spruchkörpers an einen Vorsitzenden Richter nach § 21e Abs. 3 GVG eine schnellere Handlungsmöglichkeit und -pflicht habe, als die Justizverwaltung bei der Wiederbesetzung einer frei gewordenen Planstelle, die ein halbes Jahr und länger in Anspruch nehmen könne. Im Fall eines Freiwerdens durch Erreichen der Altersgrenze hat es einen Zeitraum von zwei Monaten für hinnehmbar erklärt, im Fall des plötzlichen Ablebens der Vorsitzenden und von Unklarheiten über die Wiederbesetzung der Stelle auch eine längere Frist, die aber in dem Augenblick geendet habe, als das Bundesjustizministerium definitiv keine Nachbesetzung mehr vornehmen wollte.²⁰ Von diesem Zeitpunkt an sei das Präsidium zur Besetzung mit einem Vorsitzenden verpflichtet gewesen, was auch durch Übertragung des Vorsitzes auf den Vorsitzenden Richter eines anderen Spruchkörpers möglich gewesen wäre, weil ein Vorsitzender Richter den Vorsitz in mehreren Kammern führen dürfe, solange nur gewährleistet sei, dass er den gesetzlich geforderten richtunggebenden Einfluss auf die Rechtsprechung der Kammer ausüben könne.²¹ Das sei auch beim Bundesdisziplinargericht unschwer möglich, weil die Vorsitzenden hier in bis zu drei Kammern als ständige Vorsitzende fungieren könnten (§ 50 Abs. 1 BDO); die Eingangszahlen des Gerichts seien überdies erkennbar zurückgegangen und hier seien sechs vorsitzende Richter vorhanden, die bisher nur für (gemeint ist wohl: jeweils) zwei Kammern zuständig seien.²²

Die entsprechende Anwendung des § 21f Abs. 2 GVG auf den Fall des altersbedingten Ausscheidens eines Vorsitzenden hat der 7. *Senat* des Bundesfinanzhofes in einem Beschluss vom 21.10.1999 gebilligt,²³ wobei die zulässige Dauer an der Dauer eines längeren Urlaubs oder einer längeren Krankheit orientiert und jedenfalls bei zwei Monaten für

⁸ BGHSt 8, 17 (18).

⁹ BGHSt 8, 17 (18) m.w.N.

¹⁰ BGHSt 8, 17 (19).

¹¹ BGH, Urte. v. 22.4.1952 – 2 StR 12/52, mitgeteilt in BGHSt 8, 17 [20]).

¹² BGHSt 8, 17 (20 f.).

¹³ BVerwG, Urte. v. 25.7.1985 – 3 C 4/85 = NJW 1986, 1366.

¹⁴ BVerwG, Urte. v. 25.7.1985 – 3 C 4/85, Rn. 14 (juris).

¹⁵ BVerwG, Urte. v. 25.7.1985 – 3 C 4/85, Rn. 17 (juris).

¹⁶ BVerwG, Urte. v. 25.7.1985 – 3 C 4/85, Rn. 18 (juris).

¹⁷ BVerwG, Urte. v. 25.7.1985 – 3 C 4/85, Rn. 19 (juris).

¹⁸ BVerwG, Urte. v. 25.7.1985 – 3 C 4/85, Rn. 19 (juris).

¹⁹ BVerwG, Beschl. v. 11.7.2001 – 1 DB 20/01 = NJW 2001, 3493.

²⁰ BVerwG, Beschl. v. 11.7.2001 – 1 DB 20/01, Rn. 21 f. (juris).

²¹ BVerwG, Beschl. v. 11.7.2001 – 1 DB 20/01, Rn. 23 f. (juris).

²² BVerwG, Beschl. v. 11.7.2001 – 1 DB 20/01, Rn. 25 (juris).

²³ BFH, Beschl. v. 21.10.1999 – VII R 15/99 = BFHE 190, 47.

nicht überschritten erklärt wurde.²⁴ Die (scil. sofortige) Bestellung eines „Übergangsvorsitzenden“, indem dem Vorsitzenden eines anderen *Senats* der freigewordene Vorsitz neben seinen bisherigen Aufgaben einstweilen übertragen werde, würde jedoch insbesondere dann keinen Gewinn bieten, wenn er sich in die betreffenden Materien erst einarbeiten müsse und erst danach den von ihm erwarteten richtungweisenden Einfluss auf die Rechtsprechung des Spruchkörpers ausüben und in der seinem Amt entsprechenden Weise durch seine besondere Erfahrung und Qualifikation für die Rechtsprechung des Spruchkörpers bürgen könnte.²⁵

Auf derselben Linie liegt ein Beschluss des 6. *Senats* des Bundessozialgerichts vom 29.11.2006²⁶, der einen durch den Ruhestand des früheren Vorsitzenden ab 31.7.2005²⁷ „vorsitzendenlosen“ *Senat* und ein am 15.3.2006 unter Mitwirkung des vom Präsidium bestimmten Vertreters als Vorsitzendem ergangenes Urteil²⁸ betraf. § 21f Abs. 2 GVG sei auf einen solchen Fall ohnehin nur analog anwendbar, und als äußerster Zeitraum für die Wahrnehmung der Vorsitzendenaufgaben durch den Vertreter seien sechs Monate anzunehmen; spätestens nach deren Ablauf müsse dem Vorsitzenden eines anderen *Senats* die vakante Vorsitzendenstelle übertragen werden.²⁹

Ähnliches hat schließlich auch der 6. *Zivilsenat* des BGH im Urteil vom 13.9.2005³⁰ für den Fall der Dienstunfähigkeit des Vorsitzenden ausgesprochen. Wenn der ordentliche Vorsitzende über ein ganzes Geschäftsjahr wegen Krankheit dienstunfähig sei, habe das Präsidium vor der Aufstellung des Geschäftsverteilungsplanes für das nächste Geschäftsjahr die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu nutzen, um die Frage nach der voraussichtlichen Fortdauer der Verhinderung zu klären; könne hiernach nicht mit einer Wiederherstellung der Dienstfähigkeit in absehbarer Zeit gerechnet werden, müsse das Präsidium von einer dauernden Verhinderung ausgehen und dies bei der Aufstellung des Geschäftsverteilungsplanes für das nächste Geschäftsjahr berücksichtigen, weil eine dauernde oder für unabsehbare Zeit erfolgende Vertretung des ordentlichen Vorsitzenden gemäß § 21f Abs. 2 S. 1 GVG unzulässig sei. Zur Begründung hat er die vom *Großen Senat in Zivilsachen* in BGHZ 37, 210 formulierte Anforderung herangezogen, dass der ordentliche Vorsitzende auch tatsächlich in der Lage sein müsse, einen richtunggebenden Einfluss auf die Rechtsprechung des Spruchkörpers auszuüben, insbesondere die Kontinuität der Rechtsprechung zu gewährleisten; Sinn und Zweck des § 21f Abs.

1 GVG sei es, im Rahmen des Möglichen eine zusätzliche Gewähr für die Güte und Stetigkeit der Rechtsprechung innerhalb der Spruchkörper zu schaffen.³¹ Im konkreten Fall war der bisherige Vorsitzende seit eineinhalb Jahren wegen Krankheit dienstunfähig und es waren keine tatsächlichen Umstände der Erkrankung bekannt, nach denen in absehbarer Zeit mit einer Wiederaufnahme der Dienstgeschäfte zu rechnen gewesen wäre.³² Indem er dennoch wieder zum Vorsitzenden bestimmt worden sei, sei der betreffende *Zivilsenat* nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen,³³ wobei offen gelassen wurde, inwieweit schon während des laufenden vorherigen Geschäftsjahres gemäß § 21e Abs. 3 GVG ein anderer ständiger Vorsitzender hätte bestellt werden müssen.³⁴

2. Bei dieser Rechtsprechung fällt Dreierlei auf: Es wurde dann, wenn eine Fristüberschreitung bejaht wurde, der sonst beliebte Ausweg, es liege ein bloßer error in procedendo, aber nicht die für den Erfolg einer Besetzungsrüge voraussetzende Willkür im Sinne objektiver Unvertretbarkeit vor,³⁵ durchweg verschmäht; es ging in den betreffenden Fällen niemals um eine Verzögerung der Wiederbesetzung wegen einer Konkurrentenklage, doch wurde deren Möglichkeit teilweise in Rechnung gestellt; und es ging niemals um ein Besetzungsproblem auf der Ebene der Obersten Gerichtshöfe selbst, sondern auf einer unteren Ebene.

³¹ BGH, Urt. v. 13.9.2005 – VI ZR 137/04, Rn. 8 (juris).

³² BGH, Urt. v. 13.9.2005 – VI ZR 137/04, Rn. 10 (juris).

³³ BGH, Urt. v. 13.9.2005 – VI ZR 137/04, Rn. 10 (juris).

³⁴ BGH, Urt. v. 13.9.2005 – VI ZR 137/04, Rn. 9 (juris).

³⁵ Vgl. zu dieser Rspr. BVerfGE 3, 359 (364); 6, 53; 7, 327 (329); 29, 44 (48); 30, 165 (167); 82, 159 (194); 87, 282 (285); BGHSt 11, 106 (110 f.); 12, 227 (234); 25, 66 (72); 25, 239 (241); 26, 206 (208 ff.); 27, 105 (107); 33, 290 (293 f.); 34, 121 (122 f.); 38, 212 (213); 40, 120 (122); 43, 53 (55 f.); 46, 238 (240 ff.); 47, 16 (18); BGH NJW 1993, 1607; BGH NSTZ 1984, 181; aus verfassungsrechtlicher Sicht *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, Grundwerk, Stand: 1971, Art. 101 Rn. 52; *Mörtl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 179 Rn. 53; *Müller-Terpitz*, in: *Schmidt-Bleibtreu u.a.* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 12. Aufl. 2011, Art. 101 Rn. 20; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 101 Rn. 11; zu § 16 S. 2 GVG *Böttcher*, in: *Erb u.a.* (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 10, 26. Aufl. 2011, § 16 GVG Rn. 26 ff.; aus revisionsrechtlicher Sicht (vorschriftswidrige Besetzung, § 338 Nr. 1 StPO); *Kuckein*, in: *Hannich* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 338 Rn. 19; *Pfeiffer*, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 338 Rn. 2; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012 (im Druck), § 55 Rn. 39; krit. *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 338 Rn. 6; *Hanack*, in: *Rieß* (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 25. Aufl. 2004, § 338 Rn. 11.

²⁴ BFH, Beschl. v. 21.10.1999 – VII R 15/99, Rn. 16 f. (juris).

²⁵ BFH, Beschl. v. 21.10.1999 – VII R 15/99, Rn. 13 f.

²⁶ BSG, Beschl. v. 29.11.2006 – B 6 KA 34/06 B =NJW 2007, 2717.

²⁷ BSG, Beschl. v. 29.11.2006 – B 6 KA 34/06 B, Rn. 6 (juris).

²⁸ BSG, Beschl. v. 29.11.2006 – B 6 KA 34/06 B, Rn. 4 (juris).

²⁹ BSG, Beschl. v. 29.11.2006 – B 6 KA 34/06 B, Rn. 10-14 (juris).

³⁰ BGH, Urt. v. 13.9.2005 – VI ZR 137/04 = BGHZ 164, 87.

III. Aporetische Konsequenzen aus der Forderung eines „richtungsgebenden Einflusses“

1. Die Entscheidung des BGH-Präsidiums, für das Geschäftsjahr 2012 (vorerst) den Vorsitzenden des 4. Strafsenats auch zum Vorsitzenden des 2. Strafsenats zu bestellen, konnte angesichts der angeführten Rechtsprechung auf den ersten Blick als überfällig erscheinen, lag aber unvermeidbar auf Kollisionskurs mit dem auf höchster Justizebene der Figur des Spruchkörpervorsitzenden abverlangten „richtungsgebenden Einfluss“.

a) Das Postulat eines „richtungsgebenden Einflusses“ des Vorsitzenden auf seinen Spruchkörper als Bestandteil der Garantie des gesetzlichen Richters ist jedenfalls bezüglich der Strafjustiz vom BGH schon in seinen Anfangsjahren entwickelt worden. BGHSt 2, 71 (73) hat die These aufgestellt, dass der Sinn und Zweck der Vorschriften des GVG über den Vorsitz in Strafkammern dahin gehe, dass dieser solchen Richtern anvertraut werde, die vermöge ihrer besonderen Auswahl die Güte und Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Kammern, der sie vorsitzen, in besonderem Maße gewährleisten; das Gesetz erfordere somit eine Führung der Kammer wenigstens in dem Umfang, dass der zum ordentlichen Vorsitzenden bestellte Landgerichtsdirektor seinen richtungsgebenden Einfluss geltend machen könne. Er müsse stets einen ausreichenden Überblick über die anhängig werdenden Sachen behalten und nach seiner allgemeinen Arbeitsbelastung in der Lage sein, den Vorsitz in einem Umfang zu führen, der diesen richtungsgebenden Einfluss sichert. Dieser Grundsatz werde nicht erst dann umgangen, wenn der Vorsitz einem Direktor übertragen werde, bei dem von vornherein feststeht, dass er während des ganzen Geschäftsjahres überhaupt nicht zur Erfüllung der Obliegenheiten eines Vorsitzenden in der Lage sein werde.³⁶ Vielmehr werde der Vorschrift des Gesetzes schon gar nicht mehr genügt, wenn die Veränderung derart sei, dass ein wesentlicher Einfluss auf den Geschäftsgang und die Rechtsprechung der Kammer infolge anderweitiger Belastung nicht mehr ausgeübt werden könne.³⁷

³⁶ Nur in diesem Fall hatte bereits das Reichsgericht in den Entscheidungen RGSt 55, 201 (204); 55, 236 (238); 56, 157 eine Verletzung des Gerichtsverfassungsrechts bejaht.

³⁷ BGHSt 2, 71 (73) verwies hierfür auf RGSt 62, 366, aber zu Unrecht. Denn vom RG war auf S. 367 ausdrücklich bemerkt worden, dass keine Bedenken dagegen bestehen würden, wenn der Vorsitzende abwechselnd mit seinem Vertreter den Vorsitz führen würde, weil er nur in einem Teil der Sitzungen zur Übernahme des Vorsitzes in der Lage war. Gemäß S. 368 werde bei der Zulässigkeit der Vertretung vom Gesetz nicht danach unterschieden, ob die Verhinderung von größerem oder geringerem Umfang und von kürzerer oder längerer Dauer sei. Unzulässig sei lediglich die Zuteilung eines Vorsitzenden, von dem von vornherein feststehe, dass er während des ganzen Geschäftsjahres überhaupt nicht oder doch nicht in einem irgendwie erheblichem Maße zur Erfüllung der Obliegenheiten eines Vorsitzenden in der Lage sein werde.

An dieser die Strafkammern betreffenden Rechtsprechung haben die *Strafsenate* des BGH in der Folgezeit festgehalten, so in den noch genauer zu betrachtenden Entscheidungen BGHSt 8, 17 und 25, 54.³⁸ Der *Große Senat für Zivilsachen* hat in seinem grundlegenden Beschluss vom 19.6.1962³⁹ dasselbe auch für die Ziviljustiz und auch für die OLG-Ebene ausgesprochen und ausdrücklich bekräftigt, dass der *Senat* eines OLG mit einem Senatspräsidenten als Vorsitzendem nur dann vorschriftsmäßig besetzt sei, wenn dieser durch den Umfang seiner Tätigkeit einen richtungsgebenden Einfluss auf die Rechtsprechung seines *Senats* ausübe; dazu müsse er mindestens 75 % der Aufgaben als Vorsitzender des *Senats* selbst wahrnehmen.⁴⁰ Wenn er etwa nur zu 50 % die anfallenden richterlichen Aufgaben als Vorsitzender seines *Senats* zu erfüllen brauche, würde das bedeuten, dass die richterlichen Aufgaben zu 50 % oder in einem noch höheren Umfang von einem stellvertretenden Vorsitzenden erledigt werden könnten. Das gehe nicht an. Denn nur, wenn der Vorsitzende den größeren Teil (und das heiße 75 %) der ihm als solchem obliegenden Tätigkeiten selbst erledige, könne er nach forensischer Erfahrung diesen richtungsgebenden Einfluss auf die Rechtsprechung seines *Senats* ausüben.⁴¹ Eine nähere Spezifizierung oder Klassifizierung dieses Prozentsatzes auf verschiedene einzelne Aufgaben sei nicht möglich.⁴² Wenn der ordentliche Vorsitzende auch mit Verwaltungsgeschäften befasst werde, sei es durchaus möglich (und dementsprechend geboten), dass die Zuständigkeit des *Senats* vom Präsidium entsprechend kleiner bemessen werde, damit er in der erforderlichen Form seine richterlichen Aufgaben erfüllen könne.⁴³

b) Angesichts des gleichen Stimmrechts aller Richter in einem Spruchkörper bedurfte freilich nicht erst die Notwendigkeit, sondern bereits die Zulässigkeit eines „richtungsgebenden Einflusses“ des Vorsitzenden einer Legitimation. Der *Große Zivilsenat* sah sie nicht nur, aber vor allem in den besonderen persönlichen Qualitäten des zum „Vorsitzenden Richter“ beförderten Richters und erklärte: „Dabei ist unter richtungsgebendem Einfluss nicht irgendeine Art des Dirigismus oder der Lenkung zu verstehen, sondern eine Einflussnahme, die der Vorsitzende aufgrund seiner Sachkunde, seiner Erfahrung und seiner Menschenkenntnis durch geistige Überzeugungskraft ausübt.“ Es soll also hiernach um einen bloßen informellen Einfluss gehen, der auch nicht garantiert werden könnte, sondern durch die Formel von der „Mitwirkung zu mindestens 75 %“ lediglich ermöglicht werden soll.

c) Es war abzusehen, dass diese Begründung durch die Entwicklung des Gerichtsverfassungsrechts unter Druck geraten würde, die mit einem Schlagwort als „Vorsitzendendämmerung“ charakterisiert wurde⁴⁴ und oft als eine Art

³⁸ Weitere Nachweise bei *Breidling*, in: Erb u.a. (Fn. 35), § 21f GVG Rn. 2 ff.

³⁹ BGH, Beschl. v. 19.6.1962 – GSZ 1/61 = BGHZ 37, 210.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 19.6.1962 – GSZ 1/61, Rn. 17 (juris).

⁴¹ BGH, Beschl. v. 19.6.1962 – GSZ 1/61, Rn. 18 (juris).

⁴² BGH, Beschl. v. 19.6.1962 – GSZ 1/61, Rn. 23 (juris).

⁴³ BGH, Beschl. v. 19.6.1962 – GSZ 1/61, Rn. 26 (juris).

⁴⁴ *Kissel*, NJW 2000, 460 (461).

Demokratisierung der Spruchkörper verstanden wird. Ihren gesetzlichen Niederschlag hat diese in dem „Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Richter und Gerichte“ vom 22.12.1999⁴⁵ gefunden, ihre Basis wurde aber schon durch die an sich zu Besoldungsfragen ergangene Entscheidung BVerfGE 26, 72 (76) gelegt, und zwar mit folgenden Wendungen: „Es ist zwar eine gängige Formulierung, dass die Senatspräsidenten eine besondere Verantwortung für die Kontinuität und Einheitlichkeit ihres Senats haben; in Wahrheit tragen dafür auch die übrigen Mitglieder dieses Senats die Verantwortung. Bei der Rechtsfindung im konkreten Fall ist die Aufgabe, Leistung und Verantwortung aller Mitglieder des erkennenden Gerichts völlig gleich. Unter dem Gesichtspunkt Aufgabe, Leistung und Verantwortung darf deshalb der Oberstlandesgerichtsrat gegenüber dem Senatspräsidenten an einem Oberlandesgericht keine Minderbewertung erfahren“. Auf der Suche nach einer quasi „statusfreien“ Begründung für die Notwendigkeit des richtungsweisenden Einflusses hebt *Breidling*⁴⁶ darauf ab, dass der Vorsitzende Richter „seinen“ *Senat* meist auf lange Zeit behalte, während die Beisitzer mehr oder weniger häufig wechselten, sodass der Vorsitzende der „ruhende Pol“ sei und ihm deshalb der genannte Einfluss zukomme. Das Gesetz zur Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit von 1999 habe diese besondere Bedeutung des Vorsitzenden zwar geschwächt, aber nicht aufgegeben. Anders als *Breidling*, der selbst Vorsitzender Richter eines OLG-Senats ist, findet *Sowada*⁴⁷ die Bedenken gegen dieses „paternalistisch anmutende Bild eines Vorsitzenden“ berechtigt und konzidiert lediglich eine faktische Dominanz des Vorsitzenden aufgrund der Tatsache, dass er Beurteilungen für die übrigen Mitglieder des Spruchkörpers schreibt, worin ein strukturelles Problem liege.⁴⁸ Ein Problem unzulässiger Dominanz habe deshalb auch die durch die frühere Geschäftsverteilungszuständigkeit geschaffene Dominanz des Vorsitzenden „nach Art eines abgemilderten Dezernentensystems“ bereitet,⁴⁹ die in der Neuregelung des § 21g GVG vermöge der Novelle von 1999 durch eine Art „Demokratisierung“ der Geschäftsverteilung im Spruchkörper ersetzt worden sei. *Sowada* kommt deshalb zu dem Ergebnis,⁵⁰ dass die Position des Vorsitzenden im Spruchkörper schon stark genug, eine zusätzliche normative Aufladung in Gestalt eines „richtungsgebenden Einflusses“ mithin abzulehnen sei.

d) In der Tat dürfte spätestens seit der Novelle von 1999 über die Stärkung der Unabhängigkeit der Richter ein hierarchisches Verständnis der Vorsitzendenrolle, sei es auch nur im Sinne der „personalen“, sozusagen „prestigehierarchischen Autorität“, als Quelle eines notwendigen „richtungsgebenden Einflusses“ nicht mehr aufrecht zu erhalten sein und muss durch ein funktionales Verständnis ersetzt werden: Indem gemäß § 21g GVG auch die Geschäftsverteilung in-

nerhalb eines Spruchkörpers nicht mehr vom Vorsitzenden vorzunehmen, sondern durch eine Mehrheitsentscheidung der Mitglieder des Spruchkörpers zu treffen ist, kann die Sonderstellung des Vorsitzenden nur noch in seiner besonderen Stellung im Verfahren selbst gefunden werden. In den Tatsacheninstanzen sind es die Verhandlungsleitung mitsamt der dafür erforderlichen vollständigen Aktenkenntnis sowie die allein dem Vorsitzenden (namentlich in einer mit mehr als zwei Beisitzern besetzten Strafkammer) zukommende vollständige Übersicht über die Spruchpraxis, die dem Vorsitzenden kraft seiner Prozessrolle die (einzig vollständige) Gesamtübersicht verleiht, die wiederum auf die gebotene Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung bezogen ist und in deren Gewährleistung zur Pflicht wird. In der Revisionsinstanz ist die Notwendigkeit einer Garantie der gleichmäßigen Rechtsanwendung noch entscheidend wichtiger und erfordert eine Überprüfung der Vollständigkeit der vom Berichterstatter in seinem Votum berücksichtigten Gesichtspunkte durch ebenso vollständige Aktenkenntnis. Die hierfür existierende Rolle eines Vorsitzenden, der ebenso wie der Berichterstatter die dem Revisionsgericht vorliegenden Akten kennt und der deshalb als einziger den Gesamtüberblick über die Verarbeitung des Verfahrensmaterials in der Spruchpraxis des *Senats* besitzt, und der in der Wahrnehmung dieses Gesamtüberblicks liegende „richtungsweisende Einfluss“ sind also in der Natur der Sache des Kollegialgerichts angelegt und werden von ihr gefordert. Allein in dieser „funktionalen“ Anforderung kann und muss also die Sonderstellung des Vorsitzenden in der Revisionsinstanz gesehen werden, die von der Gleichmäßigkeit und Güte der Rechtsprechung in hierarchischen Spruchkörpern verlangt wird und deshalb in den Art. 92, 97 und 101 Abs. 1 S. 2 GG verankert ist.⁵¹

2. Die Probleme, die sich hieraus für die Figur eines „Doppelvorsitzenden“ ergeben, liegen auf der Hand.

a) Legt man schlicht das geforderte Mitwirkungsminimum von 75 % im Wege einer „Besetzungsarithmetik“ zugrunde, so ergibt sich eo ipso eine rechnerische Unmöglichkeit, in zwei vollständig belasteten BGH-Senaten (= je 100 % Arbeitslast) gleichzeitig den Vorsitz auszuüben, weil niemand 150 % der Arbeit eines vollständig beanspruchten Senatsvorsitzenden leisten kann. Zwar ist im Geschäftsverteilungsplan 2012 des Bundesgerichtshofes gegenüber 2011 beim 4. Strafsenat insoweit eine Reduzierung seines Ge-

⁴⁵ BGBl. I 1999, S. 2598.

⁴⁶ *Breidling* (Fn. 38), § 21f GVG Rn. 3.

⁴⁷ *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 408.

⁴⁸ *Sowada* (Fn. 47), S. 416 ff.

⁴⁹ *Sowada* (Fn. 47), S. 422.

⁵⁰ *Sowada* (Fn. 47), S. 420.

⁵¹ Das BVerfG hat die Frage einer Verankerung im Grundgesetz offen gelassen, indem es in einer Kammerentscheidung v. 3.5.2004 (= NJW 2004, 3482) die Besetzung einer Großen Strafkammer mit einem Vorsitzenden und drei Beisitzern für mit dem Grundrecht auf den gesetzlichen Richter vereinbar erklärt und dabei einen Verfassungsverstoß unter dem Gesichtspunkt eines fehlenden richtungsweisenden Einflusses des Vorsitzenden bereits deshalb verneint hat, weil dieser wegen der Mitwirkung von zwei Teilzeitkräften nicht beeinträchtigt sei. Wörtlich heißt es sodann auf S. 3483: „Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob der Gedanke des richtungsgebenden Einflusses des Vorsitzenden verfassungsrechtlich verankert oder lediglich dem einfachen Recht zuzuordnen ist“.

schäftsanfalls vorgenommen worden, als die Revisionen der OLG-Bezirke Rostock und Saarbrücken dem 3. bzw. 5. *Strafsenat* zugewiesen worden sind.⁵² Die hierdurch bewirkte Entlastung beträgt bei Berechnung an Hand der jüngsten dem *Verf.* zugänglichen Statistik⁵³ aber lediglich 104 von 675 Revisionsverfahren, also rund 15 %. Trägt man das in die Arithmetik ein und unterstellt man zusätzlich, dass die Entlastung vom Präsidium gerade wegen des Doppelvorsitzes und nicht wegen einer vorher bestehenden Überbelastung des 4. *Strafsenates* beschlossen worden ist,⁵⁴ so müsste der Doppelvorsitzende also immer noch mindestens 75 % der Vorsitzendenarbeit sowohl in einem vollständig belasteten *Senat* als auch in einem nur zu 85 % belasteten *Senat* leisten, was 138,75 % und damit immer noch eine Überlast bedeuten würde, die bei dem im Geschäftsverteilungsplan 2012 angeordneten „Vorrang der Tätigkeit im 2. *Strafsenat*“ für diejenige im 4. *Strafsenat* nur unter 30 % des (dort geringeren) Arbeitsanfalles für den Vorsitzenden zu erledigen gestatten würde.⁵⁵ Dass laut Präsidiumsbeschluss die Tätigkeit des Doppelvorsitzenden im 2. derjenigen im 4. *Strafsenat* vorgehe, hat also bei arithmetischer Betrachtung die Verfehlung der verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen in der Jurisdiktion des 4. *Strafsenats* konzentriert und dort zugleich quantitativ gesteigert.

b) Wenn man von den Äußerlichkeiten dieser Prozentrechnung zu der dahinter stehenden materiellen Garantie weiterblickt, so wird die Unvereinbarkeit eher noch deutlicher. Denn eine vielleicht nach außen hin markierte, in Sorgfalt und Intensität aber im Einzelfall nur oberflächliche Mitwirkung des Vorsitzenden kann die mit der Garantie des gesetzlichen Richters bezweckte Absicherung der Ansprüche der Prozessparteien auf eine optimale Wahrnehmung der richterlichen Aufgaben nicht erfüllen.

c) Auch die bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Doppelvorsitzes spricht, ganz abgesehen davon, dass sie noch niemals die (seit Jahrzehnten gleichmäßig und vollständig ausgelasteten) BGH-*Senate* betraf, gegen die vom BGH-Präsidium jetzt getroffene Maßnahme. Für die Strafkammerebene ist in der Rechtsprechung verschiedentlich ausgesprochen worden, dass es zwar grundsätzlich zulässig

ist, einen Vorsitzenden Richter mit dem Vorsitz in mehreren Kammern zu betrauen,⁵⁶ dass die Kammer aber nicht vorschriftsmäßig besetzt ist, wenn der Vorsitzende durch den Vorsitz in zwei Strafkammern überlastet ist und daher auf die Rechtsprechung der einen Kammer keinen wesentlichen Einfluss ausüben kann.⁵⁷ Wörtlich heißt es in BGHSt 25, 54 (59): „Wird für alle Tagungen des Schwurgerichts nur ein Vorsitzender bestimmt, muss der Zuständigkeitsbereich seiner Strafkammer so begrenzt sein, dass er dort seine Funktionen als Vorsitzender neben der Tätigkeit im Schwurgericht ohne Schwierigkeiten wahrnehmen kann. Nur dann bleibt Raum für die Annahme einer vorübergehenden Verhinderung im Einzelfall, wenn er wegen Teilnahme am Schwurgericht mitunter den Vorsitz in der Kammer nicht wahrnehmen kann“. Ähnlich hat das BVerwG in der bereits oben behandelten Entscheidung zum Doppelvorsitz in Disziplinarkammern darauf abgehoben, dass gewährleistet sein müsse, dass der Vorsitzende den gesetzlich geforderten richtungsgebenden Einfluss auf die Rechtsprechung der Kammer ausüben könne, was beim Bundesdisziplinargericht unschwer möglich sei, weil die Vorsitzenden hier in bis zu drei Kammern als ständige Vorsitzende fungieren könnten (§ 50 Abs. 1 BDO)⁵⁸ und die Eingangszahlen des Gerichts überdies erkennbar zurückgegangen seien.⁵⁹

3. Natürlich ist es für einen Außenstehenden nicht gut möglich, den Ablauf der Revisionsverfahren in einem BGH-*Senat* über die strafprozessuale Regelung hinaus in seinen technischen Details so exakt abzuschätzen, dass die realen Voraussetzungen zur Ausübung eines „richtungsweisenden Einflusses“, die nach den obigen Überlegungen in der vollständigen Aktenkenntnis und der vollständigen Kenntnis der beim *Senat* entschiedenen Revisionen bestehen, endgültig beurteilt werden können. Aus diesem Grunde bedeutet es für die momentan mögliche Analyse ein Handicap, dass der Geschäftsverteilungsbeschluss keine Begründung enthält und die entgegengesetzten Entscheidungen des 2. *Strafsenats* vom 11.1.2012, in denen vermutlich diese Details zu finden wären, noch nicht in gedruckter Form vorliegen.⁶⁰ Die Prozessrechtswissenschaft darf aber mit ihrer Analyse nicht weiter zuwarten, wenn sie in der gegenwärtigen prekären, sich mit dem altersbedingten Ausscheiden des jetzigen Doppelvorsitzenden zum 31.6.2012 mutmaßlich weiter zuspitzenden Situation Gehör finden will. Und sie hat auch unbeschadet der

⁵² Ob dies speziell im Hinblick auf den „Doppelvorsitz“ oder wegen sonstiger Überlastung geschehen ist, ist dem *Verf.* nicht bekannt; deshalb soll hier Ersteres unterstellt werden.

⁵³ Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2010 – Jahresstatistik, S. 7-13 (abrufbar unter:

http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/DerBGH/StatistikStraf/jahresstatistikStrafsenate2010.pdf?__blob=publicationFile).

Inwieweit zusätzlich die unveränderte Spezialzuständigkeit des 4. *Strafsenats* in Verkehrsstrafsachen ins Gewicht fällt, lässt sich dieser Statistik nicht entnehmen.

⁵⁴ Welche dieser beiden Alternativen zutrifft, ist dem *Verf.* nicht bekannt, s. Fn. 52.

⁵⁵ Genau 29,4 %, wenn man die nach dem „Vorrang“ übrig bleibenden 25 % auf den geringeren Arbeitsanfall von 85 % projiziert.

⁵⁶ So bereits RGSt 55, 201 (202); BGHSt 2, 71 (72).

⁵⁷ BGHSt 8, 17; 25, 54 (59).

⁵⁸ Wobei dieser Schluss aus der gesetzlichen Regelung auf deren Verfassungsmäßigkeit und auf die empirische Existenz eines richtungsweisenden Einflusses notabene einen doppelten Fehlschluss (vom Sollen aufs Sein und von der lex inferior auf die lex superior) darstellt.

⁵⁹ BVerwG, Beschl. v. 11.7.2001 – 1 DB 20/01, Rn. 23-25 (juris).

⁶⁰ Letzte Recherche vor Manuskriptabschluss auf der Internetplattform des BGH 28.1.2012. Auf die danach eingestellte, eingehende Begründung des Beschlusses v. 11.1.2012 in der Sache 2 StR 346/11 kann leider nicht mehr eingegangen werden.

verbleibenden Unklarheit eine wissenschaftsethische Pflicht zur Stellungnahme, weil die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung, von der der Präsidiumsbeschluss ersichtlich ausgegangen ist, auf dem obsoleten „prestigehierarchischen Verständnis“ der Vorsitzendenrolle fußt, aber mit dem modernen Verständnis des gesetzlichen Richters und der richterlichen Unabhängigkeit,⁶¹ dem nur eine „funktionale Vorsitzendenrolle“ entspricht, jedenfalls für den Problemfall eines „überforderten Doppelvorsitzenden“ in zwei vollständig belasteten Revisionsssenaten des BGH schwerlich zu vereinbaren ist. Das BGH-Präsidium stand deshalb vor einer im Prinzip des „richtungsweisenden Einflusses“ selbst angelegten Aporie, weil einerseits nach der traditionellen, „prestigehierarchisch“ begründeten Rechtsprechung die Leitung des Spruchkörpers auf ungewisse Dauer durch einen stellvertretenden Vorsitzenden deshalb unzulässig sein soll, andererseits aber die als Abhilfe propagierte Begründung eines Doppelvorsitzes in mehreren Spruchkörpern diesen Grundsatz in seiner modernen, „funktionalen“ Bedeutung noch stärker verletzt. Als bei großen Instanzgerichten mit zahlreichen Spruchkörpern unterschiedlicher Geschäftsbelastung bestehender, vom BGH-Präsidium aber mit Recht nicht wahrgenommener Ausweg wäre theoretisch in Betracht gekommen, die Geschäftsbelastung der beiden *Senate* dergestalt so durchgreifend zu verkleinern, dass die Wahrnehmung der Vorsitzendentätigkeit in beiden *Senaten* die Arbeitskraft einer einzigen Person nicht mehr überfordert hätte. Aber dann hätte entweder die Arbeitskraft der Beisitzer in großem Umfang brachgelegen oder es wäre im praktischen Ergebnis ein arbeitsfähiger BGH-*Senat* abgeschafft und eine Überlastung der übrigen *Senate* bewirkt worden, wodurch das Vorsitzendenproblem zu einem Problem aller *Strafsenate* des BGH eskaliert wäre. Wegen der generellen Unmöglichkeit, die Anforderungen des Doppelvorsitzes in zwei vollständig belasteten *Senaten* zu erfüllen, kann es auch nicht darauf ankommen, ob der Doppelvorsitzende durch quasi übermenschliche Anstrengungen versucht, der ihn treffenden Überforderung durch eine verdoppelte Arbeitsleistung Rechnung zu tragen. Denn hierbei würde es um eine vom Einzelfall her zu prüfende besondere richterliche Leistung gehen, die nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Kompensation einer unzulänglichen generellen Regelung der Geschäftsverteilung nicht herangezogen werden kann: In seinem Plenumsbeschluss vom 8.4.1997⁶² hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, dass die Garantie des gesetzlichen Richters auch die abstrakte Bestimmung des im Einzelfall zuständigen einzelnen Richters erfordert, was bei einem strukturell überforderten, deshalb normalerweise zur Ausübung des richtungsweisenden Einflusses nicht fähigen und dies nur von Fall zu Fall

⁶¹ Siehe den Plenumsbeschluss des BVerfG vom 8.4.1997 (BVerfGE 95, 322): Mit der im Wege der Plenarentscheidung erzielten Fortbildung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG solle der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich die Vorstellungen von den Anforderungen an den „gesetzlichen Richter im Laufe der Zeit allmählich verfeinert haben“ (Rn. 37 juris).

⁶² BVerfGE 95, 322 Leitsatz 2b.

durch „überobligationsmäßigen“ Einsatz schaffenden Doppelvorsitzenden nicht sichergestellt wäre.

IV. Der Ausweg über § 21f GVG

Wenn zwei Ausprägungen eines Prinzips miteinander kollidieren und keine „praktische Konkordanz“ möglich ist, muss der Ausweg aus diesem Dilemma in der Weise gefunden werden, dass die Ausprägung mit der geringeren Dignität weichen muss. Das ist ohne Zweifel die auf obsoleten Prämissen beruhende „prestigehierarchische“ Forderung, dass als Vorsitzender alsbald ein „Vorsitzender Richter“ bestellt werden muss, notfalls auch als überforderter Doppelvorsitzender. Ein Ausweg ist vielmehr nur in der Weise vorstellbar, dass man die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den gesetzlichen Richter nicht auf den richterrechtlichen Status, sondern die Funktion bezieht, dergestalt, dass der ominöse „richtungsweisende Einfluss“ vom Vorsitzenden immerhin und nur verlangt, dass ein Richter des Spruchkörpers vermöge vollständiger Aktenkenntnis die gesamte Spruchfähigkeit überblickt und koordiniert. Diese Aufgabe kann, solange die förmliche Vorsitzendenstelle aus zwingenden rechtlichen Gründen vakant ist, für diesen Zeitraum von dem im Geschäftsverteilungsplan zu bestimmenden „funktionalen Vorsitzenden“ vertretungsweise für die Dauer der Vakanz wahrgenommen werden (was auch mit dem Wortlaut des § 21f GVG, der ja von einer zeitlichen Begrenzung gar nichts weiß, ohne weiteres zu vereinbaren wäre). Wenn das Präsidium des BGH diesen vor der materiellen Garantie des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wohlbegründeten Ausweg wählen würde, würde es voraussichtlich auch auf keinen Widerspruch beim BVerfG stoßen, dessen Rechtsprechung zur Konkurrentenklage die spezifischen Vakanzprobleme ja erst selbst geschaffen hat und das deshalb eher die Rechtsfigur des funktionalen Vorsitzenden als die des nur pro forma „Vorsitzenden Richters“ tolerieren wird.

V. Entscheidungs- und Rechtsschutzprobleme

Gleichgültig, ob der vorstehende Vorschlag oder die vom BGH-Präsidium gewählte Lösung den Beifall des BVerfG finden wird, bleibt bis dahin das Problem übrig, wie für den Fall gehandelt werden soll, dass tatsächlich eine unrichtige Regelung gewählt worden ist oder dass jedenfalls Beteiligte mit guten Gründen diese Auffassung vertreten. Hierbei sind zwei Ebenen zu unterscheiden: Auf der ersten Ebene geht es darum, wie sich der 2. und der 4. *Strafsenat* in den bei ihnen anhängigen Revisionsverfahren zu verhalten haben; und auf der zweiten Ebene, wie die Verfahrensbeteiligten darauf reagieren können und ggf. Rechtsschutz erhalten.

1. Während die Subvariante „Doppelvorsitz bedeutet keine vorschriftswidrige Besetzung“ zu der einfachen Lösung führen würde „Beide Senate in allen Sitzgruppen entscheiden in der Sache“, ist die entgegengesetzte Variante „Doppelvorsitz führt zur vorschriftswidrigen Besetzung“ in ihren Konsequenzen nicht so einfach zu beurteilen.

a) Auf den ersten Blick käme eine Reaktion in Betracht, die an ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.11.

1975⁶³ anknüpfen würde, wonach ein Richter einen Geschäftsverteilungsplan, durch den er vermöge der Zuteilung oder Nichtzuteilung von Dienstgeschäften in seinen Rechten verletzt ist, mit der Feststellungsklage zu den Verwaltungsgerichten angreifen könne, diesen aber so lange hinzunehmen habe, bis die Rechtswidrigkeit der Zuteilung festgestellt worden ist. Diese Möglichkeit, die als solche von der inzwischen ständigen Rechtsprechung eingeräumt wird,⁶⁴ kann im vorliegenden Zusammenhang nicht im Einzelnen analysiert werden und braucht es auch nicht (wie sogleich zu zeigen ist), doch soll auf ihre absonderlichen Konsequenzen bei einer vom Bundesgerichtshof vorgenommenen Geschäftsverteilung wenigstens kurz aufmerksam gemacht werden: Ein Verwaltungsgericht der untersten Instanz wäre danach in der Lage, eine Präsidiumsentscheidung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes für rechtswidrig zu erklären – ein im Grunde absurder Standpunkt, dessen Flaschenhals in der überaus zweifelhaften Prämisse besteht, die Geschäftsverteilung innerhalb der Rechtsprechung falle nicht unter Art. 92 GG, sondern unter Art. 19 Abs. 4 GG und sei deshalb in Ermangelung einer anderen Rechtswegzuweisung vor den Verwaltungsgerichten angreifbar.⁶⁵

b) Im vorliegenden Zusammenhang kann aber diese Absonderlichkeit, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit gewissermaßen die Zensorrolle über die anderen obersten Gerichtshöfe des Bundes beanspruchen würde, auf sich beruhen. Denn bei der diesbezüglichen Diskussion geht es ausschließlich um den Schutz der Rechtsstellung des einzelnen Richters gegenüber einer seine Rechte verletzenden Aufgabenzuteilung, also um eine quasi das Innenverhältnis betreffende Staatsdienenstreitigkeit, während die Probleme des gesetzlichen Richters das Außenverhältnis des Bürgers zur staatlichen Justiz betreffen. In dieser Hinsicht ist die vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts, wie durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 1 StPO deutlich gemacht wird, eine Fundamentalvoraussetzung für die staatliche Gerichtstätigkeit überhaupt. Dementsprechend ist auch für die örtliche und sachliche Zuständigkeit anerkannt, dass sie (selbst bei Existenz von Präklusionsvorschriften) vom jeweiligen Spruchkörper als Voraussetzung seiner Sachentscheidungskompetenz von Amts wegen zu prüfen ist.⁶⁶ Wie aus dem absoluten

Revisionsgrund folgt, muss sogar der Tatrichter unterer Instanzen darauf Obacht geben, dass der Spruchkörper vorschriftsmäßig besetzt ist, sodass man aus den Vorschriften über die ex officio-Prüfung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit und der Vorschrift des § 338 Nr. 1 StPO folgern muss, dass jeder Spruchkörper seine ordnungsmäßige Besetzung von Amts wegen prüfen muss. Ob ein einzelner Richter ein Recht hätte, gegen seine Einteilung Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht zu erheben, spielt für diese nicht das Innenverhältnis des Staatsdieners zum Staat, sondern das Außenverhältnis zum Bürger betreffende Frage keine Rolle. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, wie der Spruchkörper zu entscheiden hat, wenn er sich nach Prüfung für nicht vorschriftsmäßig besetzt hält, seine Besetzung aber dem Geschäftsverteilungsplan entspricht. Darf oder muss er womöglich er im Fall einer vorschriftswidrigen Besetzung eine Sachentscheidung ablehnen? Unproblematisch dürfte sein, dass er den Prozessparteien hierzu rechtliches Gehör gewähren (Art. 103 Abs. 1 GG) und dem Präsidium im Wege einer Gegenvorstellung Gelegenheit geben muss, die fehlerhafte Besetzung zu korrigieren. Bleibt die rechtliche Beurteilung danach weiterhin kontrovers, könnte man die an sich aus allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen abzuleitende Konsequenz, dass ein ungesetzlicher Richter sich einer Sachentscheidung zu enthalten habe, nur durch eine lückenschließende Rechtsanalogie zu den §§ 14, 16, 209 StPO vermeiden und dabei das Präsidium als die höhere Gerichtsinstanz behandeln (womit man freilich die zitierte Rechtsprechung zur Einschlägigkeit des Verwaltungsrechtsweges im Innenverhältnis in gewisser Weise desavouieren muss).

2. Bei der Untersuchung der Rechtsbehelfe des Bürgers ist zunächst klar, dass eine fehlerhafte Geschäftsverteilung ebenso wenig wie eine in Reaktion auf den womöglich rechtsirrig für fehlerhaft gehaltenen Plan erfolgte Verweigerung einer Sachentscheidung das Grundrecht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ohne Abhilfemöglichkeit verletzen darf.

a) Relativ einfach erscheint die prozessuale Rechtslage, wenn der Angeklagte als Revisionsführer auf eine Sachentscheidung anträgt und ihm diese vom nach der Geschäftsverteilung zuständigen *Senat* mit der Begründung verweigert

⁶³ BVerwGE 50, 11.

⁶⁴ BayVGH BayVBl. 1978, 337; VGH Mannheim DRiZ 1973, 320; OVG NRW, Urt. v. 23.4.2008 – I A 1703/07 (juris); BGH NJW 1991, 425; ferner die Kammerentscheidungen BVerfG DRiZ 1991, 100; BVerfG NJW 2008, 909; zust. *Breidling* (Fn. 38), § 21e GVG Rn. 79 in Abweichung von der Kommentierung *Schäfers* in der Voraufgabe.

⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 28.11.1975 – VII C 47.73, Rn. 26, 31 (juris) = BVerwGE 50, 11, s. ferner die weiteren Nachweise in Fn. 64; charakteristisch ist die unsichere Kommentierung in Löwe-Rosenberg, wo *Böttcher* (Fn. 35) in § 1 GVG Rn 1 die Geschäftsverteilung unter die „rechtsprechende Gewalt“ subsumiert, während *Breidling* (Fn. 38) in § 21e Rn 79 den Argumenten für Justitiabilität „grundsätzlich beipflichtet“.

⁶⁶ S. § 6 StPO für die sachliche, § 16 StPO für die örtliche Zuständigkeit, näher *Roxin/Schünemann* (Fn. 35), § 21 Rn. 4,

7; zu § 6 StPO *Erb*, in: *Erb u.a.* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, § 6 Rn. 1, 16; *Fischer*, in: *Hannich* (Fn. 35), § 6 Rn. 1, 7; *Meyer-Goßner* (Fn. 35), § 6 Rn. 2; *Rudolphi*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 2. Aufbauflg. (Grundwerk), Stand: August 1987, § 6 Rn. 1 f. (jeweils m.w.N. zur von BGHSt 10, 74 bestätigten Prüfung von Amts wegen auch in der Revisionsinstanz); zu § 16 StPO *Erb* (Fn. 66), § 16 Rn. 6 (der in der Revisionsinstanz eine Prüfung von Amts wegen entspr. § 348 vorsieht, Rn. 20); *Fischer* (a.a.O.), § 16 Rn. 3; *Meyer-Goßner* (Fn. 35), § 16 Rn. 2 (entspr. im Rechtsmittelverfahren: Rn. 6); *Rudolphi* (a.a.O.), § 16 Rn. 2 ff.; *Jäger*, in: *Erb u.a.* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2009, § 222b Rn. 38 zur amtswegigen Prüfung selbst bei Rügepräklusion.

wird, dass dieser wegen eines mit der Garantie des gesetzlichen Richters nicht zu vereinbarenden Doppelvorsitzenden vorschriftswidrig besetzt sei. In diesem Fall steht dem Bürger, der den *Senat* für vorschriftsmäßig besetzt hält, der Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde gerade wegen Verletzung seines Anspruches auf einen gesetzlichen Richter (so wie er nach seiner Rechtsauffassung bestimmt ist) zur Verfügung. Die Verfassungsbeschwerde wäre dann gegen das Unterlassen einer Sachentscheidung, eventuell in Verbindung mit einer dafür verantwortlichen, fehlerhaften Geschäftsverteilung zu richten, durch die der Anspruch des Bürgers auf eine Sachentscheidung des gesetzlichen Richters beeinträchtigt worden wäre.

b) Schwieriger ist die Rechtslage, wenn der Angeklagte als Revisionsführer die vorschriftsmäßige Besetzung des *Senats* selbst beanstandet hat, denn auf den ersten Blick wäre er ja dann durch die Verweigerung des von ihm als vorschriftswidrig besetzt bezeichneten Spruchkörpers, eine Sachentscheidung zu treffen, in seinen Rechten nicht verletzt. Dahinter steht aber natürlich das allgemeine Recht des Bürgers, seine Sache durch den gesetzlichen Richter entschieden zu bekommen. Und deshalb sollte auch in diesem Fall die Verfassungsbeschwerde zulässig sein.

c) Als dritte Variante ist zu untersuchen, dass der *Senat* in der Sache entscheidet, obwohl er sich eigentlich (entsprechend der Rüge des Revisionsführers) für an sich nicht vorschriftsmäßig besetzt hält. Die vorstehend vorgeschlagene Analogie zu den §§ 14, 16, 209 StPO würde nur prozessual eine Entscheidung in der Sache ermöglichen, die Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG aber nicht heilen. Hier wäre also sozusagen ganz normal eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung eines grundrechtsgleichen Rechts statthaft.⁶⁷

3. Wenn man entsprechend des hier erzielten Ergebnisses die Fortsetzung der „prestigehierarchischen“ Rechtsprechung für unvereinbar mit der funktionalen Basis der Vorsitzendenrolle und diese wiederum als eine Konsequenz aus den grundgesetzlichen Anforderungen an den gesetzlichen Richter ansieht, bleibt als letztes die Frage zu klären, wie weit sich dieser Mangel erstrecken würde. Die dafür entscheidende Reichweite der vorschriftswidrigen Besetzung im Falle eines „überforderten Doppelvorsitzenden“ kann hier nicht abschließend ausgelotet werden, doch spricht vieles dafür, dass sämtliche Entscheidungen der von einem „überforderten Doppelvorsitz“ betroffenen *Senate* in Gefahr geraten.

a) Die Antwort könnte individualisierend oder generalisierend ausfallen. Bei einer individualisierenden Betrachtungsweise wäre in jedem einzelnen Verfahren zu prüfen, ob der Vorsitzende hier zur Erbringung einer „vollständigen Einflussleistung“ in der Lage war, also insbesondere auch zum vollständigen Studium der dem *Senat* vorliegenden Akten. Und während man für diese Verfahren die vorschriftsmäßige Besetzung bejahen könnte, müsste sie für die übrigen Verfahren ungeachtet dessen verneint werden, dass bei einer gewissen Anzahl von ihnen nach der „75 %-Formel“ eine Vertretung zulässig gewesen wäre, denn insoweit

würde es an einer Möglichkeit der Individualisierung fehlen. Gegen eine solche Individualisierung spricht aber die Anforderung des Plenums des BVerfG in seinem Beschluss vom 18.4.1997⁶⁸, dass die Regelungen über den gesetzlichen Richter hinreichend bestimmt sein müssen und dass sich die sich aus diesem Grundsatz ergebende abstrakt-generelle Vorausbestimmung bis auf die letzte Regelungsstufe erstrecken muss, auf der es um die Person des konkreten Richters geht. Denn bei der individualisierenden Betrachtungsweise wird im Grunde vorausgesetzt, dass der „Doppelvorsitzende“ ein Ermessen bezüglich der Intensität seines „richtungsgebenden Einflusses“ im Einzelfall ausüben dürfte, und gerade das wäre mit dem vom BVerfG aufgestellten Grundsatz nicht zu vereinbaren.

b) Bei einer generalisierenden Betrachtungsweise würde sich der Fehler des Doppelvorsitzes ab ovo auf sämtliche Verfahren auswirken, weil es im Vorhinein nicht festgelegt ist, in welchen der strukturell überforderte Doppelvorsitzende den „vollständigen Einsatz“ erbringt und in welchen nicht, weil gerade wegen der Überforderung nicht die bis ins Verfahrensdetail gehende Mitkontrolle und der sich darin realisierende „richtungsgebende Einfluss“ vorgelegen hat. Diese Lösung entspricht am ehesten der Plenarentscheidung in BVerfG 95, 322 (Leitsatz 2b), wonach schon das Fehlen einer abstrakt-generellen und hinreichend klaren Regelung, aus der sich der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Richter möglichst eindeutig ablesen lässt, unzulässig ist und ein solcher Mangel auch nicht dadurch geheilt werden kann, dass im Einzelfall sachgerechte Erwägungen für die Heranziehung des einen und den Ausschluss des anderen Richters maßgebend waren, „weil der Verfassungsverstoß schon in der unzulänglichen Regelung von Geschäftsverteilung und Richtermitwirkung liegt, die eine derartige Einzelfallentscheidung unnötigerweise erforderlich gemacht hat“.

c) Zwar könnte man in Erwägung ziehen, durch die vom BGH-Präsidium beschlossene Regelung, dass die Tätigkeit im 2. *Strafsenat* Vorrang genieße, seien die Auswirkungen auf die Rechtsprechung des 4. *Strafsenats* beschränkt worden. Mit dieser Verlagerung des Problems auf denjenigen *Senat*, der bei einer strikten Beachtung des Vorrangs aus den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Jurisdiktion noch stärker heraus fiele, würde man jedoch nicht zum Herd des Problems vordringen, sondern gewissermaßen nur eine Schadensbegrenzung vornehmen. Es müsste dann auch wie bei der individualisierenden Lösung im Detail aufgeklärt werden, wie der Doppelvorsitzende den Vorgang tatsächlich praktiziert hat, während nach der Plenarentscheidung des BVerfG gerade diese Frage der sachgerechten Praxis im Einzelfall eine generell unzulängliche Geschäftsverteilung nicht heilen können soll.

VI. Ergebnis

Es bedeutet deshalb keine Übertreibung, wenn man die gegenwärtige Besetzungssituation im 2. und 4. *Strafsenat* des BGH als völlig verfahren qualifiziert. Dabei haben zweifellos alle Beteiligten nach einer angemessenen Lösung gesucht, die

⁶⁷ Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; dazu, dass nach der Rechtsprechung kein bloßer error in procedendo vorliegt, s.o. II. 1.

⁶⁸ BVerfGE 95, 322, Leitsatz Nr. 2b.

aber in dem vom BGH-Präsidium respektierten Kielwasser der traditionellen Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes wegen der vom BVerfG absegneten Intensivierung der Konkurrentenklage innerhalb der Rechtsprechung und der notwendigen Ablösung der „prestigehierarchischen“ Interpretation der Vorsitzendenrolle durch eine „funktionale“ nicht zu finden ist. Es ist deshalb im Interesse der Strafrechtspflege zu wünschen, dass das BVerfG bald Gelegenheit haben wird, die ungemein verwickelten Rechtsfragen mit Bindungswirkung gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG zu entscheiden.