

## Expertise

zu der Frage

- **Wie wird der „gesetzliche Richter“ gemäß Art. 101 GG im Einzelfall bestimmt?**
- **Können die vom „nicht gesetzlichen Richter“ getroffenen Entscheidungen Bestand haben?**

Ausgangspunkt dieser Fragen ist die Vorschrift des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, in der es heißt:

„Niemand darf seinem „**gesetzlichen Richter**“ entzogen werden.“

Gleichlautend heißt es im § 16 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

Das Recht auf den gesetzlichen Richter leitet sich in Deutschland, wie in den meisten anderen europäischen Rechtsstaaten, aus dem Recht auf ein faires Verfahren (fair trial) ab.

Angesichts der existentiellen Bedeutung unabhängiger Gerichtsbarkeiten (vgl. Art. 92, 97 GG) für den grundgesetzlich gewährleisteten Rechtsschutz des Bürgers (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG) ist der Anspruch auf den gesetzlichen Richter durch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG als Verfahrensgrundrecht in absoluter Form ausgestaltet.

Da mit der Besetzung des Gerichts auch dessen Entscheidungen beeinflusst werden könnten, ist jedem Rechtsuchenden ein Anrecht auf den gesetzlich vorausbestimmten Richter garantiert. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG setzt voraus, dass nur Gerichte bestehen, die in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechen (BVerfGE 10, 200).

**Ein Verstoß gegen die Verfahrensgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG wirkt insoweit absolut, das heißt, richterliche Entscheidungen von nicht gesetzlichen Richtern sind ex tunc nichtig.**

Es gilt der Grundsatz: Jeder hat Anspruch auf eine im Voraus festgelegte und hinterher überprüfbare Regelung, welcher Richter welchen Fall erhält, so dass es unmöglich wird, bestimmte Richter für bestimmte Fälle oder gar Personen beliebig auszuwählen. Dies schließt nicht eine Verteilung der sachlichen Zuständigkeit aus.

Zunächst ist der vom Gesetzgeber vorgegebene Rechtsweg zu suchen. Im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland gibt es acht Rechtswege:

1. die Zuständigkeit für Strafsachen ergibt sich aus § 13 GVG
2. die Zuständigkeit für Zivilsachen ergibt sich aus § 13 GVG
3. die Zuständigkeit für FamFG-Sachen ergibt sich aus § 13 GVG
4. die Zuständigkeit für Verwaltungssachen ergibt sich aus § 40 VwGO
5. die Zuständigkeit für Finanzsachen ergibt sich aus §§ 1 und 33 FGO
6. die Zuständigkeit für Sozialsachen ergibt sich aus dem SGB
7. die Zuständigkeit für Arbeitsachen ergibt sich aus dem ArbGG
8. die Zuständigkeit für öffentlich – rechtliche Streitigkeiten von verfassungsrechtlicher Art zwischen Grundrechtsträger und grundrechtsverpflichtetem Amtsträger ist im Bonner Grundgesetz selbst in Art. 19 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz GG ausdrücklich geregelt

Der einfache Gesetzgeber hat es allerdings versäumt, mit dem Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12.09.1950 diesen achten und einzig ausdrücklich gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz GG grundgesetzlich garantierten Rechtsweg in gleicher Weise auszugestalten wie die in § 13 GVG genannten Rechtswege vor die ordentlichen Gerichte für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen. Es fehlen die einschlägigen Organisations- und Ausführungsbestimmungen für den hier eröffneten Rechtsweg für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten von verfassungsrechtlicher Art zwecks unmittelbarer Heilung von Grundrechtsverletzungen. Die Vorschrift des § 13 GVG lautete zum 12.09.1950 wie folgt:

„Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt worden oder zugelassen sind.“

Entsprechend dem grundgesetzlichen Auftrag aus Art. 19 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz GG hätte die Vorschrift des § 13 GVG vom einfachen Gesetzgeber wie folgt erlassen werden müssen:

„Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle öffentlich – rechtlichen Streitigkeiten von verfassungsrechtlicher Art, alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt worden oder zugelassen sind.“

Welcher Rechtsweg zu beschreiten ist, richtet sich nach dem Begehren des Rechtsuchenden. Das Begehren muss er in einem Antrag klar und deutlich zum Ausdruck bringen, damit die sachliche Zuständigkeit vom angerufenen Gericht geprüft werden kann. Ist eine sachliche Zuständigkeit für das angerufene Gericht nicht gegeben, hat es den Rechtsstreit nach Anhörung der Parteien von Amts wegen an das sachlich zuständige Gericht zu verweisen.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus den jeweiligen landesrechtlichen Organisationsgesetzen, in denen Gerichtsbezirke festgelegt worden sind, sowie aus dem Gerichtsstand.

Wird die Klage vor dem örtlich nicht zuständigen Gericht erhoben, erfolgt eine Verweisung an das örtlich zuständige Gericht.

Die funktionale Zuständigkeit ergibt sich aus dem Instanzenzug, bei den ordentlichen Gerichten z.B. aus dem Aufbau Amtsgericht, Landgericht, Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof.

Innerhalb eines Gerichts bestimmt sich im Übrigen die Zuständigkeit eines einzelnen Richters oder eines Spruchkörpers nach dem Geschäftsverteilungsplan. Er hat den Zweck, sicherzustellen, dass niemand seinem „gesetzlichen Richter“ entzogen wird (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Die Geschäftsverteilung wird von den Richtern des jeweiligen Gerichts vor dem jeweiligen Geschäftsjahr beschlossen (Selbstverwaltung der Justiz). Während des laufenden Geschäftsjahres darf der beschlossene GVP nur aus besonderem Anlass abgeändert werden.

Der Zweck eines Geschäftsverteilungsplans der Gerichte ist der Schutz des Bürgers vor Manipulation und zur Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit der Gerichte vor allem gegenüber der Exekutive und der Justizverwaltung. Gesetzliche Anforderungen an den Geschäftsverteilungsplan sind:

- Bestimmtheitsgrundsatz (Verweis an einen namentlich nicht benannten Richter ist verboten)
- Prinzip der Abstraktion und Vorausbestimmbarkeit (Es muss im Vorwege klar sein und im Nachhinein überprüfbar sein, wer was wann bekommt)
- Jährlichkeitsprinzip (Ein GVP wird genau für ein Jahr beschlossen, nicht für ein halbes und auch nicht für zwei Jahre)
- erkennbare Vertretungsregelung (Es muss klar sein, wer wen wann und aus welchem Grund vertritt)
- Verhinderungsregelung (Die Regeln bei einer Verhinderung sollte im Vorwege geklärt sein)
- Stetigkeitsprinzip (Die Geschäftsverteilung darf nur in Ausnahmefällen geändert werden - Pensionierung ist im Vorwege planbar)
- Vollständigkeitsprinzip (Es muss für jeden erdenklichen Fall eine richterliche Zuständigkeit geben)
- Verbot der Rückwirkung (Beschlüsse zur Geschäftsverteilung dürfen nicht zeitlich zurückliegende Verfahren betreffen)
- Verbot von Ausnahmegerichten und "Spezialabteilungen", soweit nicht gesetzlich vorgesehen (§§ 95 ff. GVG für Handelssachen/UWG)
- Verbot der Überbesetzung von Spruchkörpern/Kammern/Abteilungen
- Verbot des Verweisens an den Einzelrichter im Falle § 348 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a bis k ZPO
- Praktikabilität bei der Zuständigkeit für Entscheidungen für Befangenheitsentscheidungen (keine Zuständigkeit bei dem planmäßigen Vertreter)
- Kenntlichmachung von Hilfsrichtern gemäß § 29 DRiG im GVP
- Verbot der Zuteilung von Geschäften an Hilfsrichter als Einzelrichter

**Anmerkung:** Die Rechtsschutzgarantie fordert die ausnahmslose Aufnahme aller grundgesetzlich und einfachgesetzlich vorgegebenen Geschäftsfelder auf der Grundlage der acht im deutschen Rechtssystem normierten Rechtswege. Wird dieses Vollständigkeitsprinzip verletzt, muss die Nichtigkeit des jeweiligen Geschäftsverteilungsplanes die notwendige Folge sein, weil andernfalls das Rechtsstaatsprinzip durchlöchert werden würde.

Da der Geschäftsverteilungsplan für die Bestimmung des „gesetzlichen Richters“ im Einzelfall von entscheidender Bedeutung ist, muss er für jeden Rechtsuchenden zu jeder Zeit verfügbar sein. Auf Grund der heutigen technischen Gepflogenheiten hat jedes Gericht seinen Geschäftsverteilungsplan auf der eigenen Internetseite zu veröffentlichen.

Der Anspruch auf den „gesetzlichen Richter“ gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG als Verfahrensgrundrecht kann nur durch eine unabhängige Gerichtsbarkeit (vgl. Art. 92, 97 GG) für den grundgesetzlich garantierten Rechtsschutz des Bürgers (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG) gewährleistet werden.

Die grundgesetzlichen Vorschriften über die Unabhängigkeit der Rechtspflege und der Gerichte in Art. 92 und 97 GG setzen als selbstverständlich voraus, dass die mit Berufsrichtern arbeitenden Gerichte grundsätzlich mit hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richtern besetzt werden. Dazu heißt es ergänzend in § 28 DRiG:

- (1) Als Richter dürfen bei einem Gericht nur Richter auf Lebenszeit tätig werden, soweit nicht ein Bundesgesetz etwas anderes bestimmt.
- (2) Vorsitzender eines Gerichts darf nur ein Richter sein. Wird ein Gericht in einer Besetzung mit mehreren Richtern tätig, so muss ein Richter auf Lebenszeit den Vorsitz führen.

**Anmerkung:** Diese einfachgesetzliche Regelung des § 28 Abs. 1, 2. Halbsatz DRiG mit der Delegationsmöglichkeit an den einfachen Gesetzgeber verstößt eindeutig gegen die in absoluter Form gefassten Vorschriften der Art. 97 und 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

Zur Problematik der **persönlichen Unabhängigkeit des „gesetzlichen Richters“** hat sich das Bundesverfassungsgericht gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG mit bindender Wirkung für alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie Behörden und Gerichte mehrfach wie folgt geäußert:

BVerfGE 4, 331 [345 f.]

Es ist also nicht so, dass ein Richter kraft Grundgesetzes auch persönliche Unabhängigkeit erwirbt, sobald er nur an einer vom Gesetzgeber als Gericht qualifizierten Dienststelle beschäftigt wird. Der Gesetzgeber des Grundgesetzes ist jedoch angesichts der hergebrachten Situation bei den ordentlichen Gerichten, die mit der gekennzeichneten Abwandlung als Vorbild diente, als selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Gerichte, soweit Berufsrichter beschäftigt werden, grundsätzlich mit hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richtern besetzt sind und dass die Heranziehung von Richtern auf Probe oder auf Widerruf nur in den Grenzen erfolgt, die sich nach verständigem Ermessen aus der Notwendigkeit, Nachwuchs heranzubilden, oder aus anderen zwingenden Gründen ergeben. Nach Art. 97 Abs. 2 GG ist deshalb einem Gremium der Charakter als Gericht abzuspochen, wenn nach den gesetzlichen Bestimmungen eines oder mehrere seiner Mitglieder stets – abgesehen von den oben gekennzeichneten Ausnahmefällen – persönlich abhängige Beamte sind, die innerhalb ihrer Amtszeit ohne Gerichtsverfahren jederzeit versetzt oder abgesetzt werden können.

BVerfGE 4, 412 [416]

1. Das Gebot: »Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden« soll ebenso wie die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Gerichte Eingriffe Unbefugter

in die Rechtspflege verhindern und das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte schützen [...]. [...] das Gebot [...] erstreckt(e) [...] seine Schutzfunktion auch darauf, dass niemand durch Maßnahmen innerhalb der Gerichtsorganisation dem in seiner Sache gesetzlich berufenen Richter entzogen werde.

2. Das bedeutet allerdings nicht, dass Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG in jedem Falle verletzt wäre, in dem ein anderer als der »gesetzliche Richter« tätig wird. Beruht die Maßnahme eines Richters, die eine solche Folge herbeiführt, auf einem Verfahrensirrturn (error in procedendo), so scheidet eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG aus (BVerfGE 3, 359 [364]). Wie »Verfahrensirrturn« und »Entziehung des gesetzlichen Richters« von einander abzugrenzen sind, kann hier dahingestellt bleiben, denn jedenfalls ist ein Verfahrensirrturn schon begrifflich ausgeschlossen, wenn es sich um das Einwirken einer außerhalb der Gerichte stehenden Person oder Stelle handelt. Nichts anderes aber kann für die Personen innerhalb der Gerichtsorganisation gelten, die allgemein oder in einer bestimmten Sache – etwa als ausgeschlossener Richter – keine richterliche Funktionen wahrnehmen dürfen.

BVerfGE 10, 200 [213]

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG setzt voraus, dass nur Gerichte bestehen, die in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechen.

Dieses Recht (auf den gesetzlichen Richter) soll [...] in erster Linie Eingriffe der Exekutive in die gesetzlich vorgeschriebene Organisation und Zuständigkeit der Gerichte abwehren (vgl. BVerfGE 4, 412 [416]).

BVerfGE 14, 156 [69]

Zum Wesen der richterlichen Unabhängigkeit gehört, daß sie von einem unbeteiligten Dritten ausgeübt wird (BVerfGE 4, 331 [346], wie schon zuvor BVerfGE 3, 337 [381]). Der Richter muss unparteiisch sein. Ihm kommt eine sachliche Unabhängigkeit zu, die durch die Garantie der persönlichen Unabhängigkeit gesichert wird.

Nach Art. 97 Abs. 1 GG müssen Richter »Unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen« sein. Die so umschriebene sachliche Unabhängigkeit ist gewährleistet, wenn der Richter seine Entscheidungen frei von Weisungen fällen kann.

BVerfGE 14, 156 - Leitsatz 2 sowie [164 ff.]

Entscheidungen, bei denen ohne zwingende Gründe Richter mitgewirkt haben, die nicht hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellt sind, verletzen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) [...].

Aber auch in solchen Fällen wäre die Verwendung von Hilfsrichtern nicht gerechtfertigt, wenn die Arbeitslast des Gerichts deshalb nicht bewältigt werden kann, weil es unzureichend mit Planstellen ausgestattet ist, oder weil die Justizverwaltung es verabsäumt hat, offene Planstellen binnen angemessener Frist zu besetzen.

BVerfGE 18, 241 (255)

Den Richtern ist auch ein Minimum persönlicher Unabhängigkeit insofern garantiert,

als sie vor Ablauf ihrer Amtszeit nur unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen und gegen ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung abberufen werden können (vgl. dazu BVerfGE 14, 56 [71]). Das Amt eines Berufsrichters erlischt nur, wenn der Richter im Strafverfahren zu einer Freiheitsstrafe oder anstelle einer an sich verwirkten Freiheitsstrafe zu einer Geldstrafe oder im förmlichen Dienststrafverfahren oder im berufsgerichtlichen Verfahren zu einer Geldbuße oder einer schwereren Strafe rechtskräftig verurteilt ist (§ 6 BGO; vgl. jetzt § 9a Abs. 5 und 6 AKG).

BVerfGE 21, 139 - Leitsatz 2

Nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG muß im System der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters Vorsorge dafür getroffen werden, daß im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist oder abgelehnt werden kann.

**Anmerkung:** Als »nicht unparteilich« sind anzusehen »Richter auf Probe« und »abgeordnete Richter« mit dem Ziel der Einstellung, der Übernahme, der Verlängerung oder des beruflichen Aufstiegs. In diesen Fällen dürfen sie gemäß Art. 97 und 101 GG i.V.m. §§ 28 und 29 DRiG nicht als Vorsitzende oder Einzelrichter tätig werden.

BVerfGE 21, 139 [145f.]

Wie das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat, ist der richterlichen Tätigkeit nicht nur die in Art. 97 Abs. 1 GG garantierte Weisungsfreiheit und die in Art. 97 Abs. 2 GG institutionell gesicherte persönliche Unabhängigkeit wesentlich. Wesentlich ist, »daß sie von einem nichtbeteiligten Dritten ausgeübt wird« (BVerfGE 3, 377 [381]; 4, 331 [346]; 14, 56 [69]; 18, 241 [255]). Diese Vorstellung ist mit den Begriffen von »Richter« und »Gericht« untrennbar verknüpft (BVerfGE 3, 377 [381]; 4, 331 [346]). Die richterliche Tätigkeit erfordert daher Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten.

Deshalb muß im System der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters Vorsorge dafür getroffen werden, daß im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist oder abgelehnt werden kann. Diese die Unparteilichkeit des Gerichts sichernden Grundsätze sind in der Gerichtsbarkeit seit langem ein selbstverständlicher und unentbehrlicher Bestandteil der Gerichtsverfassung. Sie sind ein Merkmal der besonderen Stellung des Richters und waren in ihrer Bedeutung auch dem Grundgesetzgeber vertraut.

Es steht dem einfachen Gesetzgeber daher nicht mehr frei, im Bereich der Gerichtsbarkeit jene Prinzipien unbeachtet zu lassen. Er ist freilich in Einzelheiten, etwa bezüglich des Katalogs der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe, nicht an ein bestimmtes Vorbild (z. B. an die entsprechenden Bestimmungen der Zivilprozeßordnung oder Strafprozeßordnung) gebunden; eine Abweichung kann sogar sachlich geboten sein. Aber es ist unzulässig, diese Grundsätze derart außer acht zu lassen, daß ihr Ziel, die Unparteilichkeit und Neutralität des Richters zu sichern, gefährdet wird. Dies ist mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vereinbar.

BVerfGE 23, 321 [325]

Das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters kann schließlich dann verletzt sein, wenn es in der Person des Richters an der persönlichen oder sachlichen Unabhängigkeit fehlt (BVerfGE 4, 412 [416]; 21, 139 [146f.]).

BVerfGE 82, 286 [298]

»Ungesetzlich« ist auch das Gericht, das nicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht, sowie der Richter, dessen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gewährleistet erscheint (vgl. BVerfGE 10, 200 [213]; 23, 321 [325]; sowie Bettermann, a.a.O., S. 263 f.).

Die Verfahrensgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sichert nicht nur die Freiheit vor Eingriffen durch Organe der Legislative und Exekutive; ihre Schutzfunktion richtet sich auch nach »innen«, also darauf, daß niemand durch Maßnahmen der Gerichtsorganisation dem in seiner Sache gesetzlich berufenen Richter entzogen wird (vgl. BVerfGE 4, 412 [416]).

BVerfGE 87, 68 [85]

Zum Wesen richterlicher Tätigkeit nach dem Grundgesetz und dem Deutschen Richtergesetz gehört es, daß sie durch einen nichtbeteiligten Dritten in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird. Der Richter ist nach Art. 97 Abs. 1 GG weisungsunabhängig; seine sachliche Unabhängigkeit wird durch die Garantie der persönlichen Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 2 GG institutionell gesichert (vgl. BVerfGE 4, 331 [346]; 14, 56 [69]; 26, 186 [198]; 42, 206 [209]; st.Rspr.). Das Grundgesetz geht grundsätzlich von der Beschäftigung hauptamtlicher und planmäßig endgültig angestellter Richter aus. Auch wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, muß dem Richter doch als ein Mindestmaß an persönlicher Unabhängigkeit garantiert sein, daß er vor Ablauf seiner Amtszeit gegen seinen Willen nur kraft richterlicher Entscheidung unter den im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen aus seinem Amt abberufen werden kann (BVerfGE 4, 331 [344f.]; 14, 56 [70]; 17, 252 [259]; 18, 241 [255]; 26, 186 [198f.]; 42, 206 [209]).

BVerfG, 2 BvR 2494/06 vom 28.2.2007, Absatz-Nr. 12, 13

Das Grundgesetz geht davon aus, dass die Gerichte grundsätzlich mit hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richtern besetzt sind und dass die Heranziehung von Richtern auf Probe nur in den Grenzen erfolgt, die sich nach verständigem Ermessen aus der Notwendigkeit, Nachwuchs heranzubilden, oder aus anderen zwingenden Gründen ergeben (vgl. BVerfGE 4, 331 <345>; 14, 156 <162>). Dies folgt aus der durch Art. 97 Abs. 1 GG geschützten sachlichen richterlichen Unabhängigkeit, die durch die den hauptamtlich und planmäßig angestellten Richtern in Art. 97 Abs. 2 GG garantierte persönliche Unabhängigkeit gesichert wird. Die Verwendung von Richtern ohne diese Garantie der persönlichen Unabhängigkeit muss daher die Ausnahme bleiben (vgl. BVerfGE 14, 156 <162>). Auch Art. 92 GG setzt als Normalfall den Richter voraus, der unversetzbar und unabsetzbar ist. Der nicht auf diese Weise gesicherte Hilfsrichter ist nur aus zwingenden Gründen zur Mitwirkung an der Rechtsprechung zuzulassen (vgl. BVerfGE 14, 156 <163>). Ein Verstoß gegen diese Grundsätze kann Auswirkung auf die Gerichtsbesetzung und damit auf den

gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) sowie gegebenenfalls auf das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; vgl. BVerfGE 14, 156 <162>) entfalten. [...] Der ohne zwingenden Grund erfolgende Einsatz eines Richters auf Probe, der nicht über die Garantie der persönlichen Unabhängigkeit verfügt, entspricht nicht dem Bild der Art. 97 Abs. 1 und 2 sowie Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. [...]

Proberichter und abgeordnete Richter besitzen die gemäß Art. 92 und 97 GG geforderte persönliche Unabhängigkeit nicht, da diese in vielerlei Hinsicht bei ihnen eingeschränkt ist. Für den Richter auf Probe ergibt sich die Abhängigkeit insbesondere aus der Vorschrift des § 22 DRiG. Der abgeordnete Richter muss sich darauf einstellen, dass eine Verlängerung aus im einzelnen nicht weiter nachprüfbaren Gründen unterbleibt und er auch bei der Besetzung freier Stellen in dem Gerichtszweig, in dem er tätig ist, nicht berücksichtigt wird, obwohl er unter Umständen ausschließlich für die speziellen Aufgaben dieser Gerichtsbarkeit ausgebildet ist. Sowohl für den Proberichter als auch für den abgeordneten Richter gilt im Übrigen, dass sie auf eine wohlwollende Benotung angewiesen sind, um ihr berufliches Ziel zu erreichen, was sie für willfähriges und korruptives Verhalten anfällig macht.

Zur Einschränkung dieser Gefahr hat der einfache Gesetzgeber die Regelung des § 29 DRiG getroffen, die wie folgt lautet:

„Bei einer gerichtlichen Entscheidung darf nicht mehr als ein Richter auf Probe oder ein Richter kraft Auftrags oder ein abgeordneter Richter mitwirken. Er muss als solcher in dem Geschäftsverteilungsplan kenntlich gemacht werden.“

Hinsichtlich des Begriffes **„mitwirken“** hat der BGH zutreffend in seiner Entscheidung IX ZB 60/06 vom 21.12.2006 erklärt, **dass ein Einzelrichter nicht an einer Entscheidung mitwirkt, sondern diese trifft.**

Aus diesen beiden Vorschriften sowie aus dieser Entscheidung ergibt sich auch mit aller Deutlichkeit, dass sowohl Richter auf Probe als auch abgeordnete Richter keine Einzelrichtertätigkeit ausüben dürfen.

Das hat zur Folge, dass die von Proberichtern und abgeordneten Richtern als Einzelrichter getroffenen Entscheidungen entweder „nichtig“ Urteile, Beschlüsse und Verfügungen oder „Nicht-Urteile“ pp sind.

Nichtige Urteile, Beschlüsse und Verfügungen entstehen, wenn Proberichter und abgeordnete Richter unzulässig als Einzelrichter auf dem vorgesehenen Rechtsweg Sachentscheidungen treffen.

„Nicht-Urteile“ entstehen, wenn Proberichter und abgeordnete Richter unzulässig als Einzelrichter auf dem gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz GG garantierten und bis heute nicht ausgestalteten Rechtsweg „richten“

Einen ähnlichen Fall hatte das BverfG in BverfGE 10, 200 und BverfGE 11, 61 zu entscheiden, als Zweifel über die Verankerung der baden – württembergischen Friedensgerichte aufkamen.

„Die Friedensgerichtsbarkeit des früheren Landes Württemberg- Baden wurde durch das Gesetz Nr. 241 über die Friedensgerichtsbarkeit vom 29. März 1949 (RegBl. S.



47) -- im Folgenden: GFG -- geschaffen. Dieses Gesetz legt grundsätzlich die erstinstanzliche Entscheidung in Zivil- und Strafsachen von geringerer Bedeutung in die Hände von Friedensgerichten bei den Gemeinden, die mit Laien, zum Teil mit Gemeindebeamten besetzt sind.

Die Gerichte sind auf Grund des GFG errichtet worden; dieses Gesetz ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Daher verletzen die Entscheidungen dieser Gerichte das Recht der Beschwerdeführer auf den gesetzlichen Richter. diese Form des Friedensgerichts verfassungswidrig, so muss das Gesetz als Ganzes für nichtig erklärt werden.“

„Es ist der Gedanke aufgeworfen worden, die Entscheidungen der Friedensgerichte seien, da von Nichtgerichten ausgehend, "Nichturteile", die von jedermann als nicht existent behandelt werden könnten. Wäre dem so, so würde es jedenfalls der Aufhebung nicht mehr bedürfen; allenfalls käme die Feststellung der Nichtigkeit in Betracht. **Die Friedensgerichte haben aber in einem förmlichen Verfahren entschieden**, das dem der ordentlichen Gerichte nachgebildet war: gegen ihre Entscheidungen konnten in allen Fällen die bei den Amtsgerichten eingerichteten Friedensobergerichte angerufen werden, die zwar - als Teil der Friedensgerichtsbarkeit - von der Nichtigkeit des ganzen Gesetzes mit erfasst worden sind, aber, wie der Beschluss vom 17. November 1959 (aaO S. 218) feststellt, für sich betrachtet zweifellos Gerichte im Sinne des Art. 92 GG waren 1. Schon deshalb können weder die Entscheidungen der Friedensobergerichte noch auch die der Friedensgerichte als schlechthin nichtig behandelt werden.“

In dem Fall, in dem ein Richter in einem öffentlich – rechtlichen Verfahren von verfassungsrechtlicher Art gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz GG ohne die notwendigen Organisations- und Ausführungsbestimmungen richtet, liegt kein richterliches Urteil vor, da die prozessuale Grundlage dafür fehlt, sondern ein „Nicht – Urteil“.

Eine solche Entscheidung ist anders zu sehen als die Urteile der Friedengerichte, denn diese hatten eine einfachgesetzliche prozessuale Grundlage, was den Entscheidungen auf dem grundgesetzlich gemäß Art. 19. Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz GG garantierten, aber bisher noch nicht ausgestalteten Rechtsweg fehlt.

Die von Zivilrichtern in einem öffentlich – rechtlichen Verfahren gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz GG getroffenen Entscheidungen können daran nichts ändern, weil die Zivilprozessordnung für öffentlich – rechtliche Streitigkeiten von verfassungsrechtlicher Art nicht einschlägig ist. Maßgebend für den Rechtsweg ist nämlich alleine der an das Gericht gestellte Antrag. Dazu hat sich das BverfG gemäß § 31 Abs. 1 BverfGG mit bindender Wirkung wie folgt geäußert:

„Wird der Verfahrensgegenstand im Antrag allerdings eindeutig bezeichnet und betont, ist eine Umdeutung des Antrags nicht möglich ( BverfGE 2, 347 [367]).“

Weder bei **nichtigen Urteilen** noch bei „**Nicht – Urteilen**“ kommt eine konstitutive Aufhebung in Betracht, da ein nichtiges Urteil sowie ein „Nicht – Urteil“ nicht oder nur zum Schein existiert, jedenfalls keine Rechtswirkungen erzielt, auch nicht als Rechtsöffnungstitel

dienen kann. Beide bedürfen aber im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit der deklaratorischen Aufhebung, zumal sie allein durch ihre Existenz Grundrechte verletzen.

**Anmerkung:** Alle gegen die mit den in absoluter Form gefassten Vorschriften der Art. 97 und 101 Abs. 1 S. 2 GG kollidierenden Regelungen im GVG, in der ZPO, dem FamFG, der StPO, dem SGG, dem ArbGG, der FGO und der VwGO sind verfassungswidrig und daher **nichtig**.

**Nichtig** sind aber nicht nur **alle** von den Hilfsrichtern in Gestalt von „Richtern auf Probe“ oder „abgeordneten Richtern“ als Einzelrichter oder Vorsitzenden oder Stellvertreter eines Vorsitzenden getroffenen Entscheidungen, **sondern auch die Geschäftsverteilungspläne der Gerichte selbst sowie alle im jeweiligen Geschäftsjahr getroffenen Gerichtsentscheidungen sind nichtig**, da das für den Rechtsstaat gemäß Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG unabdingbare Vollständigkeitsprinzip verletzt wird.



**Günter Plath**  
Richter i. R.  
Cuxhaven, 21.02.2012

**Hinweis:** es folgt eine ergänzende zweite Expertise zu demselben Thema

Günter Plath  
Richter i.R.  
Lange Str. 23  
27478 Cuxhaven

## Zweite Expertise

zu den Fragen:

- Wie wird der „gesetzliche Richter“ gemäß Art. 101 GG im Einzelfall bestimmt?
- Können die vom „nicht gesetzlichen Richter“ getroffenen Entscheidungen Bestand haben?

hier: **„Der Richter auf Probe im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)“**

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) bzw. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04. Nov. 1950 ist am 05.12.1952 ratifiziert worden (BGBI. II, 685, 953). Sie ist gemäß Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechtes, geht den Gesetzen vor und erzeugt Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes. Das Erfordernis des Art. 59 Abs. 2 GG ist durch das Zustimmungsgesetz erfüllt.

Auffallend ist die fast wörtliche Übereinstimmung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, der da lautet:

(1) Jede Person hat ein Recht darauf, daß über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

mit Art. 10 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 ( UN-Resolution 217A (III) ), der da lautet:

„Jeder Mensch hat in voller Gleichberechtigung Anspruch auf ein der Billigkeit entsprechendes und öffentliches Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht, das über seine Rechte und Verpflichtungen oder aber über irgendeine gegen ihn erhobene strafrechtliche Beschuldigung zu entscheiden hat.“

Aus beiden Regelungen wird deutlich, dass die Einrichtung des Hilfsrichters in Gestalt des Richters auf Probe aus rechtsstaatlicher Sicht unzulässig ist.

Die Unzulässigkeit der Institution des Hilfsrichters in Gestalt des Richters auf Probe im bundesdeutschen Gerichtswesen ist bereits durch den Hochschulassistenten Dr. Rainer Lippold, Hamburg 1991, in seiner Expertise „Der Richter auf Probe im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention“ herausgearbeitet worden. Die Expertise ist in NJW 1991 S. 2383 – 2391 veröffentlicht worden.

In der Expertise hat der Verfasser Dr. Lippold eine Rechtsvergleichung vorgenommen und festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu allen anderen Unterzeichnerstaaten der EMRK mit der Regelung des Richters auf Probe allein steht.

Zwar kommt der Verfasser der Expertise Dr. Rainer Lippold nur zu dem Postulat an den Gesetzgeber, die Vorschriften über den konventionswidrigen Richter auf Probe ersatzlos zu streichen, ergänzend hat aber der ehemalige Bundesverfassungsgerichtspräsident Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier bei seiner Betrachtung über die richterliche Unabhängigkeit im Lichte des Bonner Grundgesetzes in seinem Aufsatz „Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht“ in NJW 1990, S. 8 < 9 > darauf hingewiesen, dass dem grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzip die allgemeine Justizgewährleistungspflicht als umfassende verfassungsrechtliche Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes immanent ist.

Dazu führt der ehemalige Bundesverfassungsgerichtspräsident Prof. Dr. Papier aus:

Art. 19 Abs. 4 GG mit seiner Rechtsschutzgarantie speziell gegen Akte der öffentlichen Gewalt stellt nur eine spezielle Ausformung der allgemeinen rechtsstaatlichen Gerichtsschutzgarantie dar.

Die in der Verfassungsvorschrift des Art. 20 GG getroffene Entscheidung zugunsten der Rechtsstaatlichkeit knüpft an eine Rechtsstaatsidee an, für die schon im 19. Jahrhundert die untrennbare Verknüpfung der Herrschaft des Rechts mit ihrer Durchsetzung durch die rechtsprechende Gewalt bestimmt war. Otto Bähr formulierte im Jahr 1864 in seiner Schrift "Der Rechtsstaat" jene Verknüpfung mit folgenden Worten:

„Damit der Rechtsstaat zur Wahrheit werde, genügt es nicht, dass das öffentliche Recht durch Gesetz bestimmt sei, sondern es muss auch eine Rechtsprechung geben, welche das Recht für den konkreten Fall feststellt, und damit für dessen Wiederherstellung, wo es verletzt ist, eine unzweifelhafte Grundlage schafft.“

Die vom GG konstituierte und an die historische Entwicklung anknüpfende Rechtsstaatsidee ist also untrennbar mit der Streitentscheidung und Justizgewährung durch die rechtsprechende Gewalt verknüpft. Der allgemeine Justizgewähranspruch ist aufgrund seiner historischen Entwicklung und der den grundgesetzlichen Rechtsstaatsbegriff prägenden Art. 92 ff. ein Gerichtsanspruch. Er ist als solcher gerichtet auf einen Rechtsschutz und eine Streitentscheidung durch eine richterliche Gewalt, deren Träger den Anforderungen der Art. 92 ff. GG insbesondere denen der Art. 97 und 98 GG entsprechen. Damit ist die richterliche Unabhängigkeit untrennbarer Bestandteil der rechtsstaatlichen Verpflichtung zur staatlichen Justizgewähr. Sie ist für die Justizgewährpflicht genauso essentiell wie die strikte Bindung des Richters an Gesetz und Recht ( Art. 20 III GG, Art. 97 I GG ).

Es gehört zu den Dienstpflichten der Richter, ihre richterliche Tätigkeit an jener staatlichen Justizpflicht auszurichten, d.h. für eine Erfüllung jener staatlichen Justizgewähr Sorge zu tragen. Den Richtern obliegt mit anderen Worten die Dienstpflicht, ihre richterliche Tätigkeit in strikter Gesetzesbindung und in sachlicher Unabhängigkeit wahrzunehmen.

Das Postulat des Hochschulassistenten Dr. Lippold an den Gesetzgeber, die Vorschriften über den konventionswidrigen Richter auf Probe ersatzlos zu streichen, ist also aufgrund der zutreffenden Ausführungen des Prof. Dr. Papier zu erweitern um das an alle Richter gerichtete Postulat, Hilfsrichter von der Rechtsprechung auszuschließen.

Ergänzend hat Prof. Dr. Papier von niemandem bestritten zutreffend noch auf folgendes hingewiesen:

Die Dienstaufsicht hat die Einhaltung jener richterlichen Grundpflichten zu überwachen und zu sichern. Richterliche Unabhängigkeit, richterliche Gesetzesbindung, richterliche Dienstpflichten sowie die Dienstaufsicht über Richter finden also ihre gemeinsame Grundlage in der verfassungsrechtlich verbürgten Justizgewähr des Staates.

Der Justizgewähranspruch betrifft nicht nur den Zugang zu den Gerichten als solchen, sondern auch die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes. Mit der Garantie eines tatsächlich wirksamen Rechtsschutzes ist auch die Besetzung der Gerichte ausschließlich mit tatsächlich unabhängigen Richtern angesprochen.

Diese Garantie schließt also den Einsatz von Richtern auf Probe in der Rechtsprechung aus, da die Proberichter nicht die Voraussetzungen der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit i. S. von Art. 97 GG sowie Art. 6 Abs.1 Satz 1 EMRK erfüllen. Die Richter auf Probe können daher nicht gesetzliche Richter gemäß Art. 101 GG sein. Zur Vertiefung wird hier auf die erste Expertise des Unterzeichnenden vom 21.02.2012 zu den Fragen

- **Wie wird der „gesetzliche Richter“ gemäß Art. 101 GG im Einzelfall bestimmt?**
- **Können die vom „nicht gesetzlichen Richter“ getroffenen Entscheidungen Bestand haben?**

verwiesen.

Prof. Dr. Papier führt schließlich noch weiter zutreffend aus, dass die Erstellung der richterlichen Geschäftsverteilungspläne **richterliche Tätigkeit** ist und daher in richterlicher Unabhängigkeit gemäß Art. 97 GG erfolgen muss.

Das Richterpräsidium ist also nicht befugt, Proberichtern in den richterlichen Geschäftsverteilungsplänen richterliche Tätigkeiten zuzuweisen, auch wenn in einfachgesetzlichen Regelungen wie im DRiG und den Prozessgesetzen gegenteiliges geregelt ist.

Nach der Kenntnis des Unterzeichnenden sind in nahezu allen Geschäftsverteilungsplänen der bundesdeutschen Gerichte mit Ausnahme der Obergerichte Hilfsrichter in der Gestalt von Richtern auf Probe mit richterlichen Geschäften betraut. Dadurch wird von den Richtern des jeweiligen Präsidiums sowohl gegen die Vorschriften des Bonner Grundgesetzes als auch gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verstoßen. Mit der Aufnahme der Proberichter sind die jeweiligen Geschäftsverteilungspläne der Gerichte ungültig mit der Folge, dass alle

Gerichtsentscheidungen des betreffenden Jahrganges nichtig sind. Keine der getroffenen Entscheidungen ist vom gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 GG ergangen.

Diese Erkenntnis über die grundsätzliche Nichtigkeit von allen richterlichen Geschäftsverteilungsplänen, in denen einem Richter auf Probe eine richterliche Tätigkeit zugewiesen wird, geht weiter als die bisherige Erkenntnis in der o. a. Expertise vom 21.02.2012, wonach Geschäftsverteilungspläne nur dann ungültig sind, wenn in einem Kollegialgericht mehr als ein Hilfsrichter mitwirkt. Das gilt auch für Schöffengerichte an den Amtsgerichten entgegen der Vorschrift des § 29 GVG.

Über gesetzwidrig besetzte Gerichte hat der Bundesgerichtshof sich zuletzt in seinem Beschluss vom 11.01.2012 - 2 StR 346/11, Rn. 8 – mit aller Deutlichkeit wie folgt geäußert:

**„Denn ein gesetzwidrig besetztes Gericht ist nicht zur Sachentscheidung berufen.“**

Dieser höchstrichterliche Ausspruch ist jedem bundesdeutschen Richterpräsidium vorzuhalten.

Aufgrund der Unvereinbarkeit des Hilfsrichters in Gestalt des Richters auf Probe sowohl mit Art. 97 GG als auch Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ergibt sich die zwingende Notwendigkeit, das „Hilfsrichterwesen“ in der zurzeit sowohl verfassungs- als auch konventionswidrig praktizierten Weise im bundesdeutschen Rechtssystem unverzüglich ersatzlos abzuschaffen. Dazu hat der einfache Gesetzgeber alle gegen die mit den in absoluter Form gefassten Vorschriften der Art. 97 und 101 Abs. 1 S. 2 GG sowie Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK kollidierenden Regelungen im DRiG, im GVG, in der ZPO, dem FamFG, der StPO, dem SGG, dem ArGG, der FGO und der VwGO zu streichen und die Vorschriften den Regelungen in Artikeln 97 und 101 Abs. 1 Satz 2 GG sowie Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK anzupassen.



Günter Plath  
Richter i. R.  
Cuxhaven, den 09.09.2012

**Hinweis: es folgt ein Zusatz zur Zweiten Expertise**

Günter Plath  
Richter i.R.  
Lange Str. 23  
27478 Cuxhaven

## Zusatz zur Zweiten Expertise

Der Zusatz ist erforderlich geworden, da eine wegweisende frühe Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, die bisher weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung ihren nachhaltigen Niederschlag bei der Frage zum gesetzlichen Richter gefunden hat, wegen ihrer Bedeutung in die Expertise aufgenommen werden muss. Es handelt sich um die Entscheidung des BverfG vom 9. November 1955 in BverfGE 4, 331, wo es im 3. Leitsatz wie folgt heißt:

„Gericht im Sinne des Grundgesetzes ist ein Gremium nur dann, wenn seine berufsrichterlichen Mitglieder grundsätzlich hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellt sind, ...“

In der Begründung heißt es entsprechend klar:

2. a) Zu diesen Anforderungen gehört jedenfalls, daß alle Mitglieder des Gerichts unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind, ...

b) ... Der verfassungsrechtliche Schutz der persönlichen Unabhängigkeit knüpft nicht mehr an die Ernennung auf Lebenszeit an, sondern an die hauptamtlich und planmäßig endgültige Anstellung, d. h. an die Einweisung des Richters in eine Planstelle für die Dauer seiner Amtszeit. ...

... Nach Art. 97 Abs. 2 GG ist deshalb einem Gremium der Charakter als Gericht abzusprechen, wenn nach den gesetzlichen Bestimmungen eines oder mehrere seiner Mitglieder stets ... persönlich abhängige Beamte sind, die innerhalb ihrer Amtszeit ohne Gerichtsverfahren jederzeit versetzt oder abgesetzt werden können.

Nur diese Deutung des Art. 97 Abs. 2 GG entspricht auch rechtsstaatlichen Grundsätzen: denn es ist einmal zu besorgen, daß jederzeit vom Widerruf bedrohte Richter sich mittelbar in ihrer sachlichen Unabhängigkeit beeinträchtigt fühlen, und zum anderen, daß die Rechtsuchenden einem Gericht mit Mißtrauen begegnen, das mit Richtern besetzt ist, die grundsätzlich auf diese Art von der Exekutive abhängig sind.

An diese BverfG – Entscheidung sind gemäß § 31 Abs. 1 BverfGG alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden gebunden.

Es wird angemerkt, dass der Bundesgesetzgeber sich beim Erlass des Deutschen Richtergesetzes vom 08.09.1961 (BGBl. I S. 1665) trotz dieser Bindung nicht an die Entscheidung des BverfG gehalten hat, indem er in den §§ 28 und 29 DRiG Regelungen über die Verwendung von Hilfsrichtern getroffen hat.

Es kommt hinzu, dass die Regelungen der §§ 28 und 29 DRiG gegen den tragenden Verfassungsgrundsatz des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 GG verstoßen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den o. a. Inhalt der Expertise hingewiesen.

Die verfassungswidrigen Regelungen der §§ 28 und 29 im Deutschen Richtergesetz vom 08.09.1961 sind getroffen worden, obgleich noch wenige Monate vorher das BverfG in seiner Entscheidung vom 24.01.1961 in BverfGE 12, 81 wiederum mit Bindewirkung gemäß § 31 Abs. 1 BverfGG auf die Notwendigkeit der richterlichen Unabhängigkeit hingewiesen hat. Dort heißt es auf den Seiten 97, 98:

„...Mit Recht hat Adickes 1907 zur richterlichen Unabhängigkeit ausgeführt: Solange "ein in der richterlichen Karriere aufwärts Strebender so viele Hoffnungen und Wünsche hat, deren Erfüllung von seinen Vorgesetzten abhängt, solange er also ein persönliches Interesse an der guten Meinung dieser Vorgesetzten hat, die auch ihrerseits manchmal Wünsche haben, solange sind offenbar Konflikte und Reibungen amtlicher und persönlicher Natur keineswegs ausgeschlossen". Freilich kann man "nicht behaupten und jedenfalls nicht beweisen, daß in unserem Richterstande die schwachen Naturen, welche in solchen Konflikten unterliegen oder von vornherein zu Strebern im schlimmen Sinne werden, einen irgendwie erheblichen Prozentsatz ausmachen. Allein auf das wirkliche Unterliegen oder gar auf die Zahl der Unterliegenden und den Umfang des Strebertums kommt es gar nicht an, sondern nur auf die Möglichkeit unberechtigter Einflüsse und den bösen Schein irgendwelcher Abhängigkeit" (Zur Verständigung über die Justizreform, Berlin 1907, S. 76 f.). Solange der Richterstand - ebenso wie die Beamtenschaft - in der heutigen Form gegliedert ist, kann freilich nicht ausgeschlossen werden, daß die Justizverwaltung in den Fällen der Besetzung einer höheren Richterstelle, also bei Beförderungen Einflüssen Raum gibt, die eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit bedeuten können....."

Dieser Verfassungsbruch knüpft erkennbar an die Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung vom 20. März 1935 des Reichsministers der Justiz Gürtner an. Dort heißt es in Art. VI unter der Überschrift „Hilfsrichter“ in § 10 Abs. 2:

„Soweit der Reichsminister der Justiz ein Bedürfnis erkennt, können bei einem Gericht Richter beschäftigt werden, die bei ihm nicht planmäßig angestellt sind, bei den Landgerichten und Amtsgerichten auch Gerichtsassessoren. Sie werden vom Präsidenten des Oberlandesgerichtes einberufen.“

Anzumerken ist, dass die damalige Bezeichnung „Gerichtsassessor“ identisch ist mit der heutigen Bezeichnung „Richter auf Probe“.

Bereits an dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass der einfache Gesetzgeber damit gegen die positive Wirkung des Bonner Grundgesetzes verstoßen hat. Eine Abweichung nach überpositiven Grundsätzen ist dem einfachen Gesetzgeber gemäß Art. 20 Abs. 3 GG verwehrt.



Günter Plath  
Richter i. R.

Cuxhaven, den 26.09.2012



Günter Plath  
Richter i.R.  
Lange Str. 23  
27478 Cuxhaven

## **Weiterer Zusatz zur Zweiten Expertise**

Der weitere Zusatz zur zweiten Expertise ist erforderlich wegen der besonderen Bedeutung für die Gültigkeit von Geschäftsverteilungsplänen bei nahezu allen bundesdeutschen Gerichten mit Ausnahme der Obergerichte, insbesondere bei den Amtsgerichten und Landgerichten sowie den erstinstanzlichen Fachgerichten.

In der Zweiten Expertise wurde bereits auf den Beschluss des BGH vom 11.01.2012 - 2 StR 346/11, Rn. 8 – hingewiesen. Der Beschluss soll zunächst teilweise zitiert werden:

„Jeder Spruchkörper hat bei auftretenden Bedenken die Ordnungsmäßigkeit seiner Besetzung - von Amts wegen - zu prüfen und darüber in eigener Verantwortung zu entscheiden (vgl. BVerfGE 95, 322, 330). Dies gilt unabhängig vom Vorliegen eines Besetzungseinwands von Verfahrensbeteiligten. Dem steht auch nicht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entgegen, wonach ein Geschäftsverteilungsplan solange als verbindlich anzusehen ist, bis seine Rechtswidrigkeit (im verwaltungsgerichtlichen Verfahren) festgestellt oder er anderweitig aufgehoben ist (vgl. BVerwGE 50, 11 ff.). Diese bezieht sich allein auf die Rechtslage bei der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung eines Geschäftsverteilungsplans durch Richter, die sich durch die Geschäftsverteilung in eigenen Rechten verletzt sehen. Es entbindet deshalb die Fachgerichte im Rahmen der ihnen obliegenden Pflicht zur Justizgewährung nicht davon, die Rechtmäßigkeit ihrer Besetzung jeweils eigenständig zu prüfen und darüber zu entscheiden (vgl. BVerwG NJW 1980, 900). Denn ein gesetzwidrig besetztes Gericht ist nicht zur Sachentscheidung berufen (vgl. etwa auch § 338 Nr. 1 StPO).

Zu beachten ist freilich, dass die Überprüfung von Geschäftsverteilungsplänen im Hinblick auf deren Rechtsnatur Grenzen unterliegt. Geschäftsverteilungspläne werden vom Präsidium eines Gerichts in Wahrnehmung der ihm nach § 21e GVG übertragenen Aufgabe in richterlicher Unabhängigkeit beschlossen (vgl. BGHZ 46, 147, 148 f). Die Verteilung der richterlichen Aufgaben liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Präsidiums, dem dabei ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum eingeräumt ist. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte erst überschritten, wenn für die Entscheidungen kein sachlicher Grund ersichtlich ist und die Verteilung der Geschäfte maßgeblich durch sachfremde Erwägungen geprägt, also die Grenze zur objektiven Willkür überschritten ist (vgl. BVerwG NJW 1982, 2274; s. auch BVerfG NJW 2008, 909). Dies führt naturgemäß dazu, dass der Geschäftsverteilungsplan insoweit nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist, die sich nicht darauf zu erstrecken hat, ob sich die getroffene Regelung als die zweckmäßigste darstellt oder sich bessere Alternativen angeboten hätten.

Davon unberührt bleibt aber die Prüfung, ob im Rahmen des Geschäftsverteilungsplans der Grundsatz des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG mit seinen Gewährleistungen hinreichende Beachtung gefunden hat (vgl. BVerfGE 95, 322, 330).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darüber hinaus einen materiellen Gewährleistungsgehalt. Die Verfassungsnorm garantiert, dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (BVerfGE 82, 286, 298; 89, 28, 36). Der Normgeber einer Zuständigkeits- oder Besetzungsregelung hat deshalb Vorsorge dafür zu treffen, dass die Richterbank im Einzelfall mit Richtern besetzt ist, die dem zur Entscheidung anstehenden Streitfall mit der erforderlichen professionellen Distanz gegenüberstehen und ihr Amt in inhaltlicher Unabhängigkeit sachgerecht ausüben können.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist somit nicht nur als formale Bestimmung zu verstehen, die schon erfüllt ist, wenn die Richterzuständigkeit abstrakt-generell für alle anhängig werdenden Verfahren geregelt ist. "Ungesetzlich" ist auch derjenige Richter, der in seiner Person nicht den materiellen Anforderungen des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 82, 286, 298).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG stellt - wie oben dargelegt - materielle Anforderungen an den gesetzlichen Richter, die auch das Präsidium bei der Aufstellung seiner Geschäftsverteilungspläne zu beachten hat. Nur der neutrale, unparteiliche und unabhängige Richter ist "gesetzlicher Richter" im Sinne der Verfassungsnorm. Herausragende Bedeutung kommt dabei der durch Art. 97 GG geschützten Unabhängigkeit des Richters zu, die ihrerseits nicht nur zu den grundlegenden verfassungsgestaltenden Strukturprinzipien des Grundgesetzes zählt, sondern vor allem auch notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs ist (vgl. Papier NJW 1990, 8, 9). Grundrechtlich garantierter effektiver Rechtsschutz ist (unter anderem) nur durch sachlich und persönlich unabhängige Richter möglich. Aus diesem Grund sind sie prinzipiell unabsetzbar und unversetzbar (BVerfGE 14, 156, 193; 17, 252, 259).

**Die Feststellung der Unvereinbarkeit der Geschäftsverteilungsregelung mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG**, die nicht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zwingt, **hat der Senat von Amts wegen zu berücksichtigen**. Sie führt zur Aussetzung der Revisionshauptverhandlung, um dem Präsidium Gelegenheit zu geben, eine mit der Verfassung in Einklang stehende Regelung herbeizuführen.“

Aus Gründen dieses höchstrichterlichen Beschlusses ergibt sich eindeutig die Ungültigkeit aller richterlichen Geschäftsverteilungspläne, in denen einem Hilfsrichter richterliche Geschäfte zugewiesen worden sind. Daraus ergibt sich, dass alle erledigten Verfahren wieder aufgenommen und die laufenden Verfahren bis zur Erstellung eines gültigen GVP ausgesetzt werden müssen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf den Inhalt der beiden o.a. Expertisen verwiesen.



Günter Plath  
Richter i. R.

Cuxhaven, den 26.09.2012