

Richterliche Unabhängigkeit und ihre Gefährdung durch (die Art und Weise von) Beförderungen

von Bernd Brunn

I.

Bei der richterlichen Unabhängigkeit verhält es sich *umgekehrt* wie bei dem „Scheinriesen“ in der Augsburger Puppenkiste, der zwar aus großer Entfernung riesig erschien, aber desto kleiner wurde, je mehr man sich ihm näherte.

1. Je mehr man über die richterliche Unabhängigkeit nachdenkt, desto schwieriger wird nämlich schon die Bestimmung der Verfassungsbestimmungen, in denen die richterliche Unabhängigkeit unmittelbar oder mittelbar geregelt ist. Selbst wenn man alle Bestimmungen beieinander hat, so bleibt es gleichwohl schwierig, die verschiedenen Gewährleistungen, die aus der richterlichen Unabhängigkeit abzuleiten sind, und vor allem ihre Gefährdungen und den Schutz dagegen den einzelnen Bestimmungen zuzuordnen und ihren Umfang zu bestimmen.

Ich war daher fast versucht, Sie mit einem klassischen und immer noch richtigen Satz aus dem Jahre 1956 „abzuspeisen“, den Adolf Arndt – zur Abgrenzung der Beamten von den Richtern – formuliert hat: „Die Unabhängigkeit des Richters ... ist kein Beiwerk für seine Person, sondern ein Prinzip seiner Institution, das ihn als Organ aus jeder Abhängigkeit herausnimmt ...“¹.

Ich habe aber dann doch noch etwas weiter nachgedacht. Dabei ist mir aber klar geworden, dass ich der glänzend geschriebenen Schrift von Dieter Simon über die Unabhängigkeit des Richters, die dieser im Jahre 1975 publiziert hat und die ich als junger Richter gelesen und jetzt mit größtem Vergnügen wieder gelesen habe, auch nicht ansatzweise das Wasser reichen kann. Wenn sie alles über (Glanz und) Elend des Unabhängigkeitsgebots in der vorkonstitutionellen und nachkonstitutionellen Vergangenheit wissen wollen, lesen Sie bitte diese teilweise äußerst sarkastischen Darlegungen eines an der Gegenwart äußerst interessierten Rechtshistorikers. In diesem großen Schatten muss ich mich damit begnügen, vor allem die seither ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts daraufhin zu untersuchen, ob aus ihr einigermaßen sichere Erkenntnisse zur richterlichen Unabhängigkeit abzuleiten sind.

Meine unter III. folgenden Ausführungen stellen den Versuch dar, vom eher Unstreitigen zum Streitigen bzw. Problematischen voranzuschreiten und auf diesem Weg - erstens - Artikel 97 des Grundgesetzes, - zweitens - den Gewaltenteilungsgrundsatz in Artikel 20 des Grundgesetzes, - drittens - Artikel 33 des Grundgesetzes sowie sein Verhältnis zu den Wahlausschüssen in Artikel 95 Abs. 2 und Artikel 98 Abs. 4 des Grundgesetzes und schließlich – viertens – Artikel 92 des Grundgesetzes und sein Verhältnis zur notwendigen demokratischen Legitimation der Richter heranzuziehen, um die verschiedenen Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit und der benachbarten Verfassungsprinzipien zu beleuchten.

Es wird sich ergeben, dass eine trennscharfe Unterscheidung jeweils nicht möglich ist und Überschneidungen unvermeidlich sind. Insbesondere habe ich keine *unbezweifelbaren* Kriterien für eine exakt zuordnende Trennung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Unabhängigkeit der einzelnen Richter bzw. Gerichte bzw. der Gerichtsbarkeit als solcher und den Ableitungen aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz herausfinden können.

Allein schon aus Zeitgründen bin ich nicht in der Lage, darauf einzugehen, wie unter den Gesichtspunkten richterlicher Unabhängigkeit und Gewaltenteilung Versuche und Forderungen zu bewerten sind, Gerichte und Gerichtsbarkeiten in haushaltsrechtlicher Hinsicht selbständiger zu machen; ganz am Ende werde ich freilich eine Äußerung vorstellen, die vor über fünfzig Jahren abgegeben wurde und der insoweit meine nahezu ungeteilte Sympathie gilt.

2. Einigen meiner Überlegungen werden Sie ohne weiteres zustimmen können, anderen vermutlich nicht.

Aus Erfahrung weiß ich, dass insbesondere meine Überzeugung zur verfassungsrechtlich gebotenen Befreiung der Gerichtsbarkeiten von den bevormundenden Betreuungen durch die Justizverwaltungen, um die es mir hier vor allem geht, auf größte Widerstände stößt; insoweit wird erfahrungsgemäß vorgebracht, dass die Gerichtsbarkeiten mit der bisher geübten Praxis doch durchgehend gut gefahren seien. Selbst wenn ich diesem Einwand im Ansatz uneingeschränkt zustimmen könnte², so könnte ich von den von mir so eingeschätzten verfassungsrechtlichen Ungereimtheiten in unserer jahrzehntelangen Praxis nicht absehen.

3. Meine Überlegungen zu diesen Ungereimtheiten lassen sich zugespitzt zur These verdichten, dass die Exekutive namentlich dadurch, dass sie über die richterlichen Beförderungsämtler der Präsidenten und Vorsitzenden Richter entscheidet, nach innen wie nach außen nolens volens den Eindruck vermittelt, mit solchen Akten seien den Beamtenrechtsverhältnissen vergleichbare Vorgesetztenverhältnisse geschaffen worden; diesem falschen Verständnis können sogar Richter mit Blick auf Beurteilungs- und Disziplinierungskompetenzen nur schwer ausweichen.

Hiermit wird nicht nur die richterliche Unabhängigkeit aller betroffenen Richter, gerade der Beförderten selbst, wenn nicht sogar beeinträchtigt, so doch gefährdet, sondern insbesondere aus dem Blickwinkel der Rechtsunterworfenen allgemein und namentlich der Verfahrensbeteiligten führt die herkömmliche Beförderungspraxis zu einer bedenklichen Anhäufung von Staatsgewalt in der Hand der Justizverwaltung (Exekutive) und damit zu einem Zustand, der mit dem Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung nur schwerlich übereinstimmen dürfte.

Denn zwar übt die Exekutive mit solchermaßen getroffenen Personalentscheidungen selbstverständlich keine Staatstätigkeit aus, die als *Rechtsprechung* zu bezeichnen wäre und des-

halb der Dritten Gewalt unbestritten vorbehalten wäre. Aber sie übt – wie in tatsächlicher Hinsicht zu belegen ist - einen äußerst entscheidenden Einfluss darauf aus, *wie* (in welcher Art und Weise und mit welchen Ergebnissen) Rechtsprechung in den Gerichtsbarkeiten ausgeübt wird, weswegen mit guten Gründen von einem *mittelbaren* Einfluss auf die Rechtsprechung zu reden ist. Deshalb halte ich es für von vornherein verfehlt, eine entsprechende Entscheidungsgewalt der Exekutive damit zu begründen, es handele sich hierbei um einen (gewöhnlichen) Fall des *Gesetzesvollzugs*, etwa des Vollzugs eines Landes-Richtergesetzes, der deshalb wie selbstverständlich der Exekutive vorbehalten sei.

Bevor ich zu Einzelheiten komme, möchte ich Sie – gewissermaßen zur Einstimmung – mit „herausgegriffenen“ Teilaspekten, vornehmlich der Dienstaufsicht und der angemessenen Amtsbezeichnung, konfrontieren, die verdeutlichen sollen, warum sich insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oft mit Banalitäten zu befassen hatte und deswegen zur Beantwortung der wirklich wichtigen Fragen, die mit richterlicher Unabhängigkeit zusammenhängen, nicht oder nur ansatzweise gekommen ist; dass es dabei auf brilliant Vorge-dachtes hätte zurückgreifen können, will ich damit belegen, dass ich Erkenntnisse aus dem staatsrechtlichen Schrifttum bereits der Adenauer-Zeit entgegensetze:

II.

Beschäftigt man sich mit dem Thema der richterlichen Unabhängigkeit, so kommt man nicht umhin, sich zu befassen zum einen mit einschlägiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zum anderen mit den grundlegenden Darlegungen von Bettermann, die dieser im Jahre 1959 verfasst hat³, und schließlich mit einem fulminanten Plädoyer des großen Rechtspolitikers Adolf Arndt beim Juristentag 1953.

1. Was zunächst einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anlangt, so leidet sie darunter, dass sie sehr oft auf Behauptungen von Beschwerdeführern antworten musste, die nur als abwegig zu bezeichnen sind. Exemplarisch erwähne ich hier zwei Entscheidungen aus dem Jahre 1974⁴.

a) Dem Beschluss vom 22. Oktober 1974⁵ lag die Behauptung eines Präsidenten eines Landesarbeitsgerichts zugrunde, der sich in verfassungsgeschützten Rechten, insbesondere in seiner richterlichen Unabhängigkeit, dadurch verletzt sah, dass ihm die Dienstaufsicht über die Arbeitsrichter des Freistaates entzogen wurde; Dienstaufsicht gehöre wesentlich zum richterlichen Amt eines Gerichtspräsidenten, und einmal zugestanden, könne sie ihm nicht mehr entzogen werden.

aa) Anstatt die Verfassungsbeschwerde insoweit so zu behandeln, wie sie es verdient hätte, enthält die Senatsentscheidung Ausführungen, die nicht nötig waren, aber seither als verfassungsrechtlich „zementiert“ behandelt werden:

Dienstaufsichtliche Befugnisse in der Hand der obersten Landesbehörde, der Spitze der Exekutive gegenüber den Richtern, seien *an sich* keine Beeinträchtigung der persönlichen Unabhängigkeit, solange sie sich im Rahmen des § 26 des Deutschen Richtergesetzes hielten. Es gebe also nur das verfassungsrechtliche Problem, dass *konkrete* Maßnahmen der Dienstaufsicht, die die Spitze der Exekutive gegen Richter treffe, wegen Beeinträchti-

gung der richterlichen Unabhängigkeit verfassungswidrig seien. Wenn das so sei, dann könne auch nicht von vornherein und schlechthin mit der Garantie der persönlichen richterlichen Unabhängigkeit – und zwar bezogen sowohl auf den Präsidenten als auch auf die betroffenen Richter der nachgeordneten Gerichte – unvereinbar sein, dass im Rahmen der geltenden Gesetze dem Präsidenten des Landesarbeitsgericht die Dienstaufsicht über die Richter der nachgeordneten Gerichte entzogen und vom Ministerium wahrgenommen werde⁶.

Unversehens und unausgesprochen sind mit dem Begriff der Dienstaufsicht über Richter und dessen Zuordnung zur Exekutive zugleich die Begriffe „Dienstherr“ und „Personalgewalt“ auf der Bildfläche erschienen. Denn mit dem Begriff der Dienstaufsicht sind untrennbar die Begriffe „Dienstherr“ und „Dienstvorgesetzter“ verbunden⁷. Und der anerkannte Staats- und Beamtenrechtler Battis führt – unter dem Stichwort „Dienstherr“ – aus: „Die Dienstherrenfähigkeit ist ein Unterfall der Personalhoheit und als solche wesentlicher Teil der Regierungsgewalt.“⁸

bb) Erst nachdem das Bundesverfassungsgericht diese überflüssigen, fragwürdigen und darüber hinaus auch schwer verständlichen Ausführungen über die Dienstaufsicht „als solche“ gemacht hatte – auf Fragen der Personalgewalt und der Richteraufsicht komme ich noch ausführlich zu sprechen –, kam es dann auf den richtigen Kern:

Hier gehe es nicht um die rechtsprechende Tätigkeit, sondern um Verwaltungszuständigkeiten des Präsidenten. Deren Entzug berühre weder die sachliche noch die persönliche Unabhängigkeit des Richters. Denn die Einräumung der Verwaltungszuständigkeit sei evidentermassen nicht dazu bestimmt, die sachliche Unabhängigkeit eben des Richters, dem die Verwaltungszuständigkeit eingeräumt sei, zu sichern⁹. Wie wahr!

cc) Immerhin kann man dieser verunglückten Entscheidung noch folgende zutreffenden Ausführungen entnehmen:

In Artikel 97 Abs. 2 des Grundgesetzes werde das verfassungskräftige Minimum des Schutzes der persönlichen Unabhängigkeit der Richter garantiert; der Gesetzgeber könne aber mehr als das verfassungsrechtlich Gebotene zur Wahrung der persönlichen Unabhängigkeit des Richters tun¹⁰.

Mit Blick auf Artikel 97 Abs. 2 des Grundgesetzes könne aus Artikel 33 Abs. 5 des Grundgesetzes nicht mehr hergeleitet werden, als sich aus Artikel 97 Abs. 2 des Grundgesetzes ergebe¹¹.

b) Nur unwesentlich weniger abwegig erscheinen die Verfassungsbeschwerden der Richter, die zum Beschluss vom 27. Juni 1974¹² geführt haben.

Hintergrund war das Gesetz zur Änderung der Bezeichnungen der Richter und ehrenamtlichen Richter und der Präsidialverfassung der Gerichte vom 26. Mai 1972¹³, soweit es den betroffenen Richtern die verliehene Amtsbezeichnung entzog und für sie eine neue Amtsbezeichnung einführte. Auf Einzelheiten der Beschwerdevorbringen kann ich hier nicht eingehen; es war jedenfalls so beschaffen, dass sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst gesehen hat zu Ausführungen dazu, ob eine Vereinheitlichung von Bezeichnungen zulässig sei wie Amtsgerichtsrat, Oberamtsrichter, Amtsgerichtsdirektor, soweit er nicht aufsichtsführender Richter ist, und ferner Sozialgerichtsrat und Obersozialgerichtsrat¹⁴.

Neben solchen eher kuriosen Ausführungen fällt an der Entscheidung besonders auf, dass der Zweite Senat offenbar hoffnungslos zerstritten war und mit wechselnden Mehrheiten entschieden hat. Teilaussagen sind, was

das mitgeteilte Abstimmungsverhalten anlangt, von Einstimmigkeit über sieben zu eins, sechs zu zwei und fünf zu drei bis zur Stimmgleichheit getroffen worden.

Es gibt gute Gründe anzunehmen, dass nahezu alle Aussagen dieses Beschlusses durch eine neue Entscheidung verändert werden könnten. Insbesondere liegt in der Aussage, dass eine „angemessene Amtsbezeichnung“ im Rahmen des Möglichen ausweisen müsse, wo der Amtsinhaber seiner Befähigung und Leistung entsprechend im Gefüge der Stufung und Gliederung innerhalb des Gerichtswesens „hingehört“¹⁵, keine verfassungsrechtliche Festschreibung der überkommenen hierarchischen Gerichtsstrukturen, zumal diese Entscheidung mit fünf zu drei Stimmen ergangen ist.

Zurecht wird man allerdings im vorliegenden Zusammenhang auch zukünftig an dem Satz festhalten dürfen, dass eine unzulässige Einflussnahme auf die Justiz jedenfalls dann vorliegt, wenn Richter „zum Wohlverhalten im Sinne der anderen staatlichen Gewalten erzogen“ werden¹⁶.

2. Gegenüber der „Kleinkarietheit“ des Vorbringens der Beschwerdeführer und den entsprechenden Darlegungen des Bundesverfassungsgerichts in diesen Entscheidungen – auf andere, wichtigere werde ich noch zurückkommen – beeindruckt die Klarheit und Wucht der einführenden Darlegungen Bettermanns dazu, was der eigentliche Zweck der richterlichen Unabhängigkeit sei und wogegen sie schütze¹⁷.

a) Hiernach *kann* ein Richter nach drei Seiten abhängig sein, er *soll* es aber nach allen dreien nicht sein. Zum einen soll er von den Prozessparteien unabhängig sein (prozessrechtliche Unabhängigkeit). Er soll zum anderen von den anderen Trägern öffentlicher Gewalt unabhängig sein (Staatsunabhängigkeit). Und schließlich soll er von nichtstaatlichen Mächten und Gruppen unabhängig sein (soziale Unabhängigkeit). Alle drei Abhängigkeiten bedrohen die richterliche Neutralität. Deshalb bezweckt die richterliche Unabhängigkeit in allen ihren Erscheinungsformen die Sicherung der Neutralität des Richters und der Objektivität der Rechtsprechung.

Insbesondere (aber nicht nur) dann, wenn der Staat auch noch Partei ist, kann die Neutralität des Richters und damit die Neutralität der Rechtsprechung gefährdet sein. Denn: Neutral *ist* der Staat bzw. *muss* er nur sein, wo er Recht spricht, nicht auch dort, wo er verwaltet¹⁸.

Wenn der Staat aber gleichzeitig Partei und Richter ist, wie kann er dann zugleich beteiligt und neutral sein? Bettermann beantwortet diese sich geradezu aufdrängende Frage schlicht und eindrucksvoll so: „Offenbar nur dadurch, dass er seine rechtsprechenden Organe von den prozessierenden streng trennt, sie also von ihnen unabhängig macht.“¹⁹ Mit anderen Worten: „Den Richter vom oder gegen den Staat anrufen zu lassen hat nur Sinn, wenn der Richter vom Staat unabhängig ist.“²⁰

b) Wenn ich im Folgenden Einzelaspekte der richterlichen Unabhängigkeit behandle, so stimme ich dem Bettermann'schen Ansatz uneingeschränkt zu, dass es der Gewaltenteilungsgrundsatz ist, aus dem sich maßgebliche Aussagen über den Umfang der richterlichen Unabhängigkeit und deren Hauptzweck herleiten lassen. Es ist vor allem die Notwendigkeit der Unabhängigkeit vom verwaltenden Staat, die die Beantwortung aller einschlägigen Fragen steuert²¹.

Gewisse Zweifel melde ich aber hinsichtlich der These an, der Richter genieße keinen Schutz seiner Unabhängigkeit gegenüber der Gerichtsbarkeit²². Selbstverständlich ist ein Richter nicht davor geschützt, im Spruchkörper überstimmt oder durch die nächste Instanz aufgehoben zu werden, weil diese „Bindungen“ ebenso selbstverständlich und von der Verfassung vorausgesetzt sind wie die Bindungen an Gesetz und Verfassung und damit die „Abhängigkeit“ von der Volksvertretung. Aber der Richter muss möglichst frei bleiben können insbesondere von ausgesprochenen oder unausgesprochenen „Erwartungen“, die gerichtsintern oder durch die nächste Instanz auf sein Entscheidungsverhalten einwirken können. Gräfin Dönhoff, die „Große alte Dame der ZEIT“, soll ihren weiblichen Journalisten einmal den Rat gegeben haben: „Machen Sie sich vor allem unabhängig vom Lob der Kollegen.“ Das gilt für weibliche und männliche Richter ebenso.

3. Beeindruckt bei Bettermann die nahezu emotionslose, unterkühlte Herausarbeitung der Zwecke richterlicher Unabhängigkeit und ihrer Gefährdungen, so beeindruckt die einige Jahre früher vorgetragene Argumente Adolf Arndts²³ dadurch, dass durch den leidenschaftlichen Vortrag ihre Klarheit nicht im geringsten leidet.

a) Ausgehend von der Frage „Wer soll die Richter ernennen?“²⁴, die er um die Frage ergänzt „Wie muss der zum Aufstieg in die höheren und höchsten Gerichte geeignete Richter beschaffen sein?“²⁵, legt er sich zum Ende seiner Ausführungen die Frage vor „Worum geht es letzten Endes?“²⁶ und beantwortet diese wie folgt:

„Richter gewinnen, die nach einem Luther-Wort der Welt die Wahrheit sagen. Man könnte das innerste Wesen der Unabhängigkeit nicht allein des Richters ... die Unerschrockenheit nennen, sich unbeliebt zu machen. Denn wer vor den Schranken des Gerichts sein Recht sucht, ist ja in der Regel nicht der Mächtige, sondern der Schwache und Hilflose. Das Auge des Richters aber soll vor der Macht eine Binde tragen. Er darf darum am allerwenigsten ... botmäßig und sich selbst entfremdet werden. Die wachsame Öffentlichkeit muss sehen können, wer mit den Insignien des Richters ausgestattet und warum einer des Talars für würdig befunden wird.“²⁷

b) Für geeignet, solche Richter zu gewinnen, hält er - unter Verwerfung der Möglichkeiten, „die Personalpolitik ganz in der Hand einer parteilich bestimmten Regierung zu lassen“²⁸ und des Selbstwahlrechts der Richter²⁹ - letztlich nur das Modell des Bundesrichterwahlausschusses: „Der Weg des Grundgesetzes, durch die besondere Institution des Richterwahlausschusses einerseits den notwendig parteipolitisch bestimmten Minister und andererseits die Parteien in diesem Ausschuss rechtzeitig an einen Tisch zu bringen und gegenseitig zu entmachten, damit sie sich um eine ausgleichende Aufhebung der widerstreitenden Ansprüche wegen des Ganzen bemühen sollen, ist grundsätzlich zu bejahen, aber noch mehr einer Aufsicht der Öffentlichkeit zu unterwerfen.“³⁰

Bei allen berechtigten Zweifeln daran, ob der Bundesrichter-Wahlausschuss *optimal* besetzt ist³¹, stimme ich Arndt im Ansatz zu, weil – wie ich nachfolgend noch ausführlich darlegen werde – das Richterwahl-Modell von den vielen mehr oder weniger ungenügenden Methoden doch noch die beste ist; insbesondere unterstütze ich nachhaltig die Forderung nach größerer Öffentlichkeit, weil nach aller Erfahrung Öffentlichkeit der größte und wirksamste Feind jeglicher unzulässigen Ausübung von Staatsgewalt ist.

4. Ich habe Ihnen ganz bewusst *diese* beiden frühen Untersuchungen zur richterlichen Unabhängigkeit vorgestellt.

a) Auf der einen Seite äußert sich der konservative Rechtsgelehrte, der lange Jahre Richter und Bundesrichter war und der vor allem besorgte, dass die Staatsgewalten zu sehr unter den Einfluss von Parteien, Gewerkschaften und sonstigen interessierten Gruppen gerieten, was seiner Überzeugung zufolge auch die Rechtsprechung bedrohte.

b) Auf der anderen Seite steht der sozialdemokratische Rechtspolitiker, der sich bereits im Jahre 1932 als junger Gerichtsassessor mit entsprechenden Fragen beschäftigt hatte³² und der die Wunsch-Vorstellung von einem „unpolitischen“ Richter für eine Fehlvorstellung hielt; denn nur der im besten Sinne „politische“ Richter sei in der Lage, sich bei der ihm anvertrauten Rechtsprechungstätigkeit freimachen und freihalten zu können von den auf ihn von außen und von innen einwirkenden Einflussnahmen, die in der Regel als „politische“ auszumachen sind.

Bis heute unerreicht sind seine Schilderungen – erstens – der Kräfte, die auf einen Richter einwirken können, - zweitens – der Gründe, warum deswegen Personalentscheidungen in den Gerichtsbarkeiten sehr wohl „politische“ Entscheidungen sein können, und schließlich –

drittens – typischer Zustände in (großen wie kleinen) Gerichten, was die „Kämpfe“ der Richter untereinander und mit „Vorgesetzten“ anlangt. Ich zitiere daher jeweils wörtlich:

aa) „... dieses Abhängigsein, dieses Ausgesetztsein den Mächten ... im Leben und Berufsleben, das ist ein ganz grundsätzliches Problem, das uns alle beängstigen muss und in dem dann diese Frage, wer bestimmt den Richter..., mittendrin steht. Wir sehen diese eigenen Abhängigkeiten und die ihnen entsprechenden Mächtigkeiten anderer, erst recht wenn es Mächtigkeiten ganzer Gruppen und Bündel sind, heute gleichsam mit Röntgenaugen. ... Und all diesen Mächten ausgeliefert ... und nur auf die Verwertung seines Könnens angewiesen, sind oft der Richter und der Bewerber um einen Richterstuhl. Und der Druck aller dieser Mächte ist besonders groß auf den Menschen, der Richter ist, oder auf die Menschen, die Richter berufen können, weil der ... (fähig) ist, ... die gesamte Staatsmacht zur Durchsetzung seines Spruches zu verpflichten. ...“³³

bb) Ausgehend vom „politischen Druck“, der auf Richtern lasten kann, erfasst sodann der Blick Arndts das „Politische“ (im Sinne von Machtausübung) von Richterernennungen und – beförderungen:

„Ist aber das wesensbestimmende Merkmal des Politischen die Beeinflussung der Machtverleihung ..., so wird die Entscheidungsbefugnis, wer Richter sein und wer zu einem noch einflussreicheren Richteramt aufsteigen soll, unvermeidlich in jeder Hand sich zur Politik verwandeln und aus dem Kampf darum überhaupt nicht herausgenommen werden können. Personalpolitik ist die Handhabung der Macht, darüber zu entscheiden oder darauf Einfluss zu nehmen, welcher Person eine bestimmte Aufgabe im Staat, etwa die richterliche, übertragen wird ... Richter zu berufen oder personell Gerichte zu bilden, ist der Sache nach Machtausübung ...“³⁴

cc) Zur Abwehr der Forderung, richterliche Personalentscheidungen *nur* den Richtern zu überlassen, führt er Folgendes aus, was mich zwar als Argument gegen richterliche Selbstverwaltungsmodelle in Form von vom Parlament gewählten Richterräten nicht überzeugt, aber mit Blick auf den Ist-Zustand als allgemeingültige Problembeschreibung auch heute noch zutreffend ist:

„Die Abhängigkeit der Richter untereinander, insbesondere von ihren Präsidenten und Präsidien, würde unerträglich werden, die Gerichte ... zu Schlangennestern des Kampfes untereinander und eine Zerfalls in Gruppen. Schon heute gibt die Präsidialgewalt in manchen Gerichten zu Bedenken Grund und sollte bei der fälligen Gerichtsreform ... zu der Bemühung

führen, durch institutionelle Sicherung der gerichtsinternen Kollegialität den Vorrang mancher Präsidenten oder auch das, was sie daraus zu machen pflegen, zu entkräften. Wenn etwas die Unabhängigkeit der Richter auch gefährdet, so ist es heute schon die unrichterliche Vorgesetztenbeziehung innerhalb des Gerichtskörpers, die sich vor allem in der Macht äußert, Beurteilungen und Zeugnisse über andere Richter des gleichen Gerichts zu schreiben und über den Mitrichter Berichte zu verfassen. Ganz wird sich diese Macht nicht ausschließen lassen, aber sie muss so eng wie möglich in Grenzen gehalten und kontrolliert werden, sollte nie mehr sein als eine Befugnis zur unverbindlichen Äußerung und wird mehr als bisher dem Präsidenten zu nehmen ... sein. ...³⁵

c) Liest man die Erkenntnisse und Befürchtungen von Bettermann und Arndt zusammen, so schließen sie sich keineswegs gegenseitig aus, sondern lassen sich zwanglos zu einer sogar weiterführenden Erkenntnis zusammenfassen:

aa) Indem die Verfassung den Richtern Unabhängigkeit verleiht, sichert sie nicht nur, dass im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz die rechtsprechende Gewalt die für sie und den gesamten Staat lebensnotwendige Neutralität bewahren kann, sondern sie lockt, was verfassungsrechtlich geradezu erwünscht ist, zugleich die Persönlichkeiten an, die das grundgesetzliche Richterbild am besten ausfüllen.

Nicht mit Geld, Titeln und guten Worten, sondern vor allem mit dem Unabhängigkeitsprivileg interessiert man nämlich die Persönlichkeiten für das Richteramt, denen nicht daran gelegen ist, viel Geld zu verdienen – dies könnten sie als Wirtschaftsanwälte oder Notare viel besser – oder „Karriere zu machen“ und große persönliche Macht auszuüben, die sich darin ausdrückt, über wie viele Abhängige man gebieten kann – dies könnten sie in der Wirtschaft oder in den Ministerialverwaltungen als Staatssekretäre oder Abteilungsleiter viel besser -, sondern denen es um die Sache geht, die sich im Dienste des Rechts und der Gerechtigkeit aufzureiben bereit sind und die nicht bereits nach wenigen Richterjahren unter dem sogenannten Ausgebranntheits-Symptom zu leiden haben.

Eigentlich alle überragenden, beeindruckenden und damit im besten Sinne beeinflussenden Richterpersönlichkeiten, die ich erleben durfte, hätten ohne Weiteres als Vorstandsvorsitzende, Minister oder Staatssekretäre, Notare und Wirtschaftsanwälte oder auch Staatsrechtslehrer (wegen ihrer Gutachtertätigkeit) eine viel lukrativere Karriere machen können; sie haben aber ganz bewusst den Dienst am Recht gewählt, wobei sie nie aus dem Blick verloren haben, welche Macht sie als Richter auszuüben hatten. Nicht etwa, weil ihnen das Richteramt die Möglichkeit gegeben hat, es unabhängig von Dienststunden und außerhalb des Gerichtsorts auszuüben, sondern weil sie die in dem Unabhängigkeits-Privileg notwendig enthaltenen Verpflichtungen sehr ernst nahmen, konnten sie die vor allem von ihnen selbst gesetzten hohen Erwartungen erfüllen, die im Idealfall mit der freiwilligen und überzeugten Wahl eines Richterdaseins verbunden sind.

bb) Nach wie vor ist auch bei den heutigen Bewerbern um ein Richteramt zu beobachten, welche Attraktivität in der Aussicht enthalten ist, nicht seinen potenziellen Mandanten „nach-

laufen“ zu müssen, wie dies oft Anwälte tun müssen, sich nicht auf die Seite von mächtigen Gruppen (Parteien, Verbänden, Gewerkschaften etc.) schlagen zu müssen, um eine interessante, verantwortungsvolle und auskömmliche Tätigkeit ausüben zu können, sondern in richtig verstandener Unabhängigkeit einer solchen Tätigkeit nachgehen zu können, sodass zu Recht davon zu sprechen ist, dass Konfliktlösungen erzielt werden, die „unbeeinflusst gefunden“ worden sind³⁶.

Gerade aber die Besten zwingt die heutige Einstellungs- und Beförderungspraxis in ein für sie unwürdiges Rivalisieren mit Kollegen. Wollen sie meist als Proberichter oder junge Lebenszeitrichter nichts als „nur“ gut Recht sprechen, müssen sie oft beobachten, dass Kollegen – oft sogar beeinflusst durch Vorsitzende, Präsidenten und Personalreferenten in Ministerien – bereits in den Startlöchern sitzen, um sich eine möglichst gute Ausgangsposition für einen Aufstieg zu verschaffen. Allein schon, um zu vermeiden, dass ihnen „Karrieristen“ als Vorsitzende oder Präsidenten „vor die Nase gesetzt“ werden, bleibt ihnen dann fast nichts anderes übrig, als sich gleichfalls in dieses unwürdige Rennen zu begeben und um Anerkennung und gute Zeugnisse zu „buhlen“. Dann ist die Gefahr groß, im Arndt’schen Verständnis „botmäßig“ zu werden.

Hierdurch werden zudem ungeheuere Kräfte verschwendet bzw. blockiert. Insoweit gilt nichts anderes als im Beamtenapparat. Wer einmal erlebt hat, wie sich in einem Ministerium potenzielle Konkurrenten um eine Beförderungsstelle in ihrer sachlichen Arbeit gegenseitig auszustechen zu versuchen, was oft zu einer Blockierung der Lösung von Sachfragen führt, kann nicht wünschen, dass in entsprechender Weise auch die Rechtsprechung lahmgelegt wird. Bei dieser Behauptung bliebe ich auch dann, wenn zu belegen wäre, was aber nicht zu belegen ist, dass unser Rekrutierungs- und Beförderungssystem tatsächlich die für die jeweiligen Richterfunktionen am besten geeigneten Richter hervorbrächte.

Man komme mir jetzt nicht mit der Behauptung, durch eine gesunde Rivalität würden Kräfte geradezu freigesetzt, auf die keine Staatsgewalt verzichten könne, oder solche „Laufbahn-Rennen“, bei denen einigen Läufern am Ende die Beförderung winkt, seien mit Blick auf Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes geradezu geboten. Solche Argumente verhüllen mehr als sie aufdecken; sie stimmen weder tatsächlich noch rechtlich, wie ich im Einzelnen noch ausführen werde.

cc) Nach aller – auch internationalen – Erfahrung wird vielmehr nur dasjenige Gerichtsmodell dem grundgesetzlichen Richterbild gerecht und erbringt überdies die effektivsten Ergebnisse, das dadurch gekennzeichnet ist, dass Richter grundsätzlich gleichen Rang genießen und Präsidenten oder Vorsitzende immer nur zeitweise als „primus inter pares“ handelnde Richterpersonen verstanden werden.

Zum Beleg oder zumindest zum Nahebringen der vorgestellten Thesen folgen nun meine Einzelbetrachtungen zu den verfassungsrechtlichen Hintergründen der richterlichen Unabhängigkeit:

1. Bei Betrachtungen über die richterliche Unabhängigkeit muss selbstverständlich zunächst Artikel 97 Abs. 1 des Grundgesetzes in den Blick genommen werden. Hiernach sind Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.

a) Hiermit wird nach allgemeinem Sprachgebrauch³⁷ die *sachliche* Unabhängigkeit der Richter erfasst. Dies überrascht, zumindest auf den ersten Blick. Denn die sogenannte persönliche Unabhängigkeit, die hiernach ausschließlich in Artikel 97 Abs. 2 des Grundgesetzes geregelt sein soll, müsste nach meiner Einschätzung auch die Tätigkeitsfelder richterlichen Handelns erfassen und gegen entsprechende Gefährdungen wappnen, die nicht Dienstenthebung sowie Versetzung an eine andere Stelle oder in den Ruhestand zur Folge haben, welche im zweiten Absatz ausführlich geregelt werden bzw. vor denen geschützt wird.

aa) Nach meinem Verständnis regelt Artikel 97 Abs. 2 des Grundgesetzes lediglich die schärfsten Instrumente³⁸, die nach aller Erfahrung eingesetzt worden sind und werden würden, um den Richter in seiner persönlichen Unabhängigkeit zu treffen, deren sachlicher Umfang freilich von Artikel 97 Abs. 1 des Grundgesetzes in ihrem unbezweifelbaren Kern abgesteckt wird; so gesehen kann man sich mit der überkommenen begrifflichen Unterscheidung sogar anfreunden.

Allerdings gilt hier festzuhalten und das mögliche Missverständnis auszuräumen, dass allen rechtsprechend tätig werdenden Richtern³⁹ das Privileg, nur dem Gesetz unterworfen entscheiden zu dürfen, von Verfassungs wegen selbstverständlich in ihrer Person zukommt. Hieraus folgt, dass sie sich auch als Person gegen Übergriffe wehren dürfen. Sie sind nicht gehalten, die Wahrung ihrer verfassungsgeschützten Rechte Institutionen⁴⁰ anzuvertrauen, wenn es darum geht, sie innerhalb und außerhalb der Gewalten zu verteidigen.

Gleichwohl wird mit der Zuerkennung der richterlichen Unabhängigkeit den Richtern nicht etwa ein mit der Verfassungsbeschwerde zu verteidigendes Grundrecht verliehen, wie entschieden worden ist⁴¹; dies folgt wohl zwingend aus dem Charakter der richterlichen Unabhängigkeit als einer notwendigen Voraussetzung für die Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs⁴².

Ob es zutrifft, dass der einzelne Richter eine Verletzung der Rechte aus Artikel 97 des Grundgesetzes über Artikel 33 Abs. 5⁴³ in Verbindung mit Artikel 3 Abs. 1 des Grundgesetzes mit der Verfassungsbeschwerde rügen kann, wie es von der herrschenden Meinung vertreten wird⁴⁴, ist im vorliegenden Zusammenhang – ebenso wie Fragen der angemessenen Richterbesoldung und der angemessenen Amtsbezeichnung – eine eher nachrangige Frage; ich werde auf Artikel 33 des Grundgesetzes und sein Verhältnis zum Recht der Richter und Gerichte noch zurückkommen.

bb) Den Kernbereich der richterlichen Tätigkeit, innerhalb dessen ein Richter zweifelsfrei verfassungsrechtlich geschützt ist, wird man wie folgt beschreiben können: Die richterliche Kern-Tätigkeit ist darauf gerichtet, aufgrund einer umfassenden Nachprüfung des jeweiligen Verfahrensgegenstandes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht⁴⁵ mittels einer – ihrer Art nach dem Rechtsschutzbegehren angemessenen – letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Entscheidung festzustellen und dies auszusprechen, was im konkreten Fall rechtens ist⁴⁶.

cc) Die so verstandene – persönliche und sachliche – Unabhängigkeit aller Richter wird vom Bundesverfassungsgericht so umschrieben, das sie im⁴⁷ Kernbereich richterlicher Tätigkeit – eben weil *nur* dem Gesetz unterworfen – an keine Weisungen, insbesondere an keine Einzelweisungen, an Verwaltungsvorschriften oder ähnliches gebunden sind⁴⁸.

b) Glaubt man beim Studium dieser bisher erwähnten verfassungsgerichtlichen Maßstäbe zunächst, dass das hiernach ausgesprochene Verbot etwa von Einzelweisungen selbstverständlich Einflussnahmen aller drei Gewalten gleichermaßen betrifft, so gerät man bei näherer Begutachtung dieser Rechtsprechung ins Grübeln. Hiernach ist der Eindruck nahezu unvermeidlich, nach der vom Verfassungsgericht verbindlich durchgeführten Interpretation von Artikel 97 des Grundgesetzes drohe aus diesem Blickwinkel der richterlichen Unabhängigkeit mehr Gefahr durch Einflussnahmen der Ersten als durch solche der Zweiten und der Dritten Gewalt selbst.

aa) In einer Entscheidung vom 7. Januar 1981⁴⁹ hat nämlich das Bundesverfassungsgericht jegliche „sonstige“ – also außer derjenigen durch verfassungsgemäß erlassene Gesetze – Einflussnahme durch die Erste Gewalt zwar *uneingeschränkt* für unzulässig befunden, aber hinsichtlich der Einflussnahme der Exekutive auf die Rechtsprechungsfunktion ist nur die „vermeidbare“ Einflussnahme untersagt worden.

Hier beginnt die Sache spannend zu werden. Denn nach unser aller richterlichen Erfahrung sind es⁵⁰ auch und gerade Versuche der Exekutive⁵¹, im Einzelfall oder in einem Sachkomplex Einfluss auf Rechtsprechung auszuüben, und dies betrifft nicht nur die öffentlich-rechtlichen, sondern auch die ordentlichen Gerichtsbarkeiten.

Dass damit zum einen der Grundsatz der Gewaltenteilung angesprochen ist, ist die eine Sache; ich werde darauf später noch ausführlich zurückkommen. Die andere und *hier* vor allem interessierende Sache ist die, dass dies wegen der von mir nachfolgend noch im Einzelnen behandelten Verschränkungen von Exekutive und Rechtsprechung nach aller Erfahrung die gefährlichste und deshalb gleichsam effektivste Methode ist, Richter zu einem Verhalten zu bewegen zu versuchen, welches aus der Sicht der Exekutive jedenfalls besser deren Interessen dient.

Was also unterscheidet die von vornherein verbotene „vermeidbare“ Einflussnahme der Exekutive von der – offenbar für zulässig gehaltenen – unvermeidbaren?

bb) Das Bundesverfassungsgericht nennt vermeidbar solche gesetzlichen Regelungen, die der Exekutive Entscheidungsbefugnisse einräumen, die zur Erhaltung und Funktionsfähigkeit der Gerichte nicht nötig sind⁵². Daraus muss man im Umkehrschluss folgern, dass auf gesetzlicher Grundlage beruhende Eingriffe der Exekutive unter der Voraussetzung unvermeidbar und damit zulässig sind, dass sie zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Gerichte nötig sind.

Na dann, so denkt man, ist alles in Ordnung: Die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland enthält doch wohl keine Gesetze bzw. der Gesetzgeber wird doch nicht den Fehler begehen, solche Gesetze zu erlassen, welche der Exekutive einen Einfluss auf die Rechtsprechung und die Unabhängigkeit der Gerichte und Richter einräumen, der *nicht* notwendig ist, um die Funktionsfähigkeit der Gerichte zu erhalten, oder doch?

c) Man kann dem Bundesverfassungsgericht nicht vorhalten, die größte Gefahr nicht erkannt habe, welche der richterlichen Unabhängigkeit und damit zugleich der Unabhängigkeit der Rechtsprechung insgesamt droht. Es handelt sich um die Gefahr, die damit verbunden ist,

dass eine Justizverwaltung⁵³ innerhalb der jeweiligen Gerichtsbarkeit viele Beförderungsämter schafft und sie sodann⁵⁴ mit ihr genehmen Richtern besetzt oder besetzen lässt.

aa) Im vorerwähnten Beschluss vom 7. Januar 1981⁵⁵ hat nämlich das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang der Anpassung der Besoldung der hessischen Richter in den Gründen dargelegt, dass aus Artikel 97 Abs. 1 des Grundgesetzes zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit das Erfordernis herzuleiten ist, „jede vermeidbare Einflussnahme der Exekutive auf die rechtsprechende Gewalt auszuschließen⁵⁶ und insoweit möglichst wenige Beförderungsämter vorzusehen“⁵⁷.

Diese Aussage knüpft inhaltlich an ausführliche und nachlesenswerte *abstraktere* Aussagen in einer früheren Entscheidung⁵⁸ sowie an zwei vorangestellte Darlegungen an:

bb) Zum einen anerkennt das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1981 ausdrücklich und beifällig solche (auch besoldungsrechtliche) Schritte, der „Eigenart des Richteramts“ besser gerecht zu werden, indem „von der Einheit des Richteramts“ ausgegangen wird und man sich daher von dem dem allgemeinen Beamten-Besoldungsrecht eigentümlichen, auf eine Vielzahl von Beförderungen aufbauenden „Laufbahngedanken“ abwendet⁵⁹.

Und zum anderen unterscheidet es zwischen richterlichen „Beförderungsämtern“ – hierzu rechnet es die Vorsitzenden und die Richterämter in höheren oder Obersten Gerichten – und den sogenannten herausgehobenen *nichtrichterlichen* Funktionen – wozu es vornehmlich die Präsidentenämter rechnet –⁶⁰.

cc) Interessant und zum Verständnis meiner nachfolgenden Darlegungen festzuhalten ist insoweit mindestens Dreierlei:

Erstens werden die nichtrichterlichen Funktionen⁶¹ nach der wie selbstverständlich zum Ausdruck gebrachten Einschätzung des Bundesverfassungsgerichtes zulässig nur *neben* den richterlichen Funktionen wahrgenommen⁶², woraus folgt, dass die Praxis vieler Präsidenten oder aufsichtsführenden Richter, sich aus ihren richterlichen Funktionen zunehmend zurückzuziehen, auf größte Bedenken stößt.

Zweitens hat das Bundesverfassungsgericht bei Gelegenheit der dargelegten Festlegungen zwar auch entschieden, dass die Bestimmungen der Artikel 92 ff. des Grundgesetzes keinen Verfassungsauftrag an den für die Regelung der Gerichtsverfassung zuständigen Bundesgesetzgeber enthielten, die im Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes vorhandene, in ih-

ren Grundzügen und ihrem Aufbau überkommene Gerichtsorganisation wesentlich zu ändern⁶³. Aber es hat damit gerade *nicht ausgeschlossen*, dass auch insoweit der einfache Gesetzgeber mit dem Ziel der weiteren Annäherung an die Einheit des Richteramtes voranschreitet.

Und drittens schließlich⁶⁴ hat es in das derzeit gültige System der Organisation der Rechtsprechung eine unbedingt zu beachtende Schranke eingezogen, wonach die sogenannten Beförderungsämtler auf das absolut Notwendige zu reduzieren sind.

dd) Ist das bisher Ausgeführte richtig, so stellt sich – noch mehr als ohnehin – die⁶⁵ Frage, ob überhaupt und ggf. welchen Einfluss die Exekutive auf die Vergabe solcher Beförderungsämtler ausüben darf. Mit anderen Worten muss die Frage beantwortet werden, ob Gesetze des Bundes oder der Länder vorsehen oder zulassen dürfen, dass die Exekutive⁶⁶ die Entscheidung trifft, wer Präsident eines Gerichts, wer an einem Gericht Vorsitzender und wer an ein Obergericht befördert wird. Dabei unterstelle ich an dieser Stelle sogar⁶⁷ dass es von Verfassungs wegen zulässig ist, solche Beförderungsämtler überhaupt und im konkreten Fall vorzusehen.

d) *Meine* Antwort auf die Frage, ob die Exekutive die vorbezeichneten Fragen entscheiden darf, lautet eindeutig nein. Sie ist genau die falsche Gewalt, die über diese wesentliche Frage entscheidet.

Allerdings strecke ich sofort sämtliche Waffen, wenn Sie mich davon überzeugen können, dass die Exekutive nichts anderes als reinen Gesetzesvollzug durchführt, wenn sie Richter auswählt oder befördert, weil der Gesetzesvollzug die natürliche Domäne der Exekutive ist; wie ich eingangs bereits kurz ausgeführt habe, ist es aber für mich ein nicht auflösbarer Widerspruch in sich, die durch Personalentscheidungen über ihre Organe bewirkte Gestaltung der Dritten Gewalt als einen gleichen Gesetzesvollzug wie etwa die Ernennung oder Beförderung eines Beamten zu begreifen; konsequenter Weise müsste man dann auch die Bestellung von Bundesrichtern oder Bundesverfassungsrichtern als Gesetzes- bzw. Verfassungsvollzug begreifen.

Ich versuche an dieser Stelle zunächst, die Beantwortung eher daran auszurichten, was Artikel 97 des Grundgesetzes hierzu hergibt; obgleich ich eingangs schon zugestanden habe, dass *ich* Artikel 97 des Grundgesetzes auf der einen Seite und die Ge- und Verbote des Gewaltenteilungsgrundsatzes andererseits nicht sicher trennen kann, werde ich sodann⁶⁸ im Zusammenhang speziell mit Vorsitzendenberufungen mehr den Gewaltenteilungsgrundsatz zur Beantwortung dieser Frage heranziehen.

aa) Dabei versteht es sich zunächst von selbst, dass bei der Beantwortung nicht der *tatsächliche* Einfluss ausgeblendet werden darf, der durch Präsidenten und Vorsitzende auf die Rechtsprechung der Spruchkörper und damit eines Gerichts sowie ganzer Gerichtszweige ausgeübt werden kann; Richter „kommen und gehen“, die Präsidenten und Vorsitzenden bleiben – oft jahrzehntelang – „bestehen“. Wer als dreißigjähriger Proberichter zeitgleich sein Amt an demselben Gericht wie ein gerade zum Präsidenten ernannter Fünfzigjähriger beginnt, wird als fünfundvierzigjähriger Richter durch die Beurteilungen dieses Präsidenten in einer Weise „geprägt“ sein, dass auch seine letzten zwanzig Richterjahre im Wesentlichen auf (positiv oder negativ) vorbestimmten engen Pfaden verlaufen werden, zumal es ein offenes Geheimnis ist, dass es in vielen Justizministerien üblich ist, über jeden Richter „Karrierepläne“ zu erarbeiten, die auf den Einschätzungen zunächst der Justizverwaltung beruhen und gelegentlich auch auf Grund von Bewertungen von Präsidenten ergänzt werden, von denen erfahrungsgemäß nur selten abgewichen wird.

bb) Weil, wie dargelegt, die richterliche Unabhängigkeit vor allem das Verhältnis der Träger der Dritten Gewalt zu der Exekutive betrifft, berührt die Art und Weise der Berufung und Beförderung der Richter die richterliche Unabhängigkeit in besonderem Maße. Nochmals Bettermann:

„Wer ein Richteramt zu vergeben hat, kann die Rechtsprechung beeinflussen. Dieser Einfluss ist stärker bei den Berufsrichtern als bei den Laienrichtern, weil dort Ernennung und Beförderung für den Richter eine Existenzfrage bedeutet oder doch bedeuten kann. In psychologische Abhängigkeit kann insbesondere geraten der noch nicht endgültig angestellte Richter vor der endgültigen Berufung und der endgültig angestellte Richter, der befördert werden will. Er kann versucht sein, durch den Inhalt seiner Urteile das Wohlgefallen derjenigen zu gewinnen, die über seine Berufung oder Beförderung zu entscheiden haben.“⁶⁹

Vor dem Hintergrund dieser unverändert zutreffenden Erkenntnisse habe ich schon früher nicht recht verstanden und verstehe es bis heute nicht, warum sich Bettermann in seinem Abschnitt X über die Berufung und Beförderung der Richter⁷⁰ mit einer Darstellung der verschiedenen gesetzlich vorgesehenen Berufungs- und Beförderungsmöglichkeiten begnügt und insoweit das Thema „Beförderung“ mit lediglich der Aussage abschließt, das Recht zur Ernennung schließe das der Beförderung ein⁷¹.

Wer⁷² den Zweck der richterlichen Unabhängigkeit vor allem darin sieht, die rechtsprechende Gewalt auch und gerade gegenüber der Exekutive als neutrale zu erhalten, *muss* sich zu meiner Überzeugung dafür aussprechen, die im Leben eines Richters und eines Gerichts oft wichtigsten, weil oft Wohl und Wehe von Richtern, Spruchkörpern, Gerichten und Gerichtszweigen entscheidend steuernden Akte der Vergabe von Beförderungsämbtern vom Einfluss

der Exekutive möglichst fernzuhalten. Alles andere ist in sich widersprüchlich, weil man die herkömmliche Beförderungspraxis nicht anders denn als ein „*Hineinregieren*“ (im wahrsten Sinne des Wortes) in eine andere Gewalt bezeichnen kann; selbstverständlich übt⁷³ die Exekutive keine Rechtsprechung aus, wenn sie Beförderungsämter besetzt, aber viel wirkungsvoller als Versuche einer direkten Beeinflussung einzelner Gerichtsverfahren sind auf Dauer die mit dem Recht der Richter-Auswahl und –Ernennung verbundenen Möglichkeiten; insbesondere betrifft dies die Möglichkeit, Richtern oder bisherigen Nichtrichtern hervorgehobene Richterämter zukommen zu lassen.

cc) Vor diesem Hintergrund lässt sich schon mit guten Gründen bezweifeln, ob nicht⁷⁴ eine „zusätzliche externe Legitimation“ notwendig ist, wenn hervorgehobene Richterämter an bisherige Richter vergeben werden, weil zumal bei den heute vorzufindenden „Rangunterschieden“ die mit der Einstellung bzw. Lebenszeiternennung „mitgegebene“ demokratische Legitimation womöglich nicht mehr für die sogenannten hervorgehobenen Richterämter ausreicht; ich werde darauf noch zurückkommen.

Was aber auf jeden Fall schwerlich als noch vertretbar hinzunehmen ist, ist die beamtenrechtsähnliche „Heimlichkeit“, in welcher nach bisheriger Praxis solche Schlüsselpositionen vergeben werden, die einen entsprechenden Verdacht auch in an sich völlig „unverdächtigen“ Fällen geradezu nährt und die auf Dauer wohl nur durch möglichst öffentlichkeitsorientierte Wahlverfahren abgebaut und umgestaltet werden kann.

e) Man könnte vor diesem Hintergrund *vielleicht* noch darüber reden, ob womöglich Präsidentenämter wegen ihres dargestellten Mischcharakters aus richterlichen und nichtrichterlichen Funktionen unter einer stärkeren Einflussnahme der Exekutive vergeben werden dürfen. Aber man wird - vor allem wegen der Beurteilungs- und Disziplinarbefugnisse von Präsidenten - schwerlich zur Billigung der *alleinigen* Entscheidungskompetenz der Exekutive kommen können.

aa) Ein Präsident eines Gerichts kann im Verlaufe eines Tages mehrfach zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Funktionen hin und her wechseln. Führt er als Vorsitzender eines Spruchkörpers oder als Einzelrichter eine mündliche Verhandlung durch, so ist er ausschließlich Richter. Sanktioniert er ein Verhalten eines der dem Gericht angehörenden Beamten oder Angestellten, ist er ebenso ausschließlich verwaltend tätig wie dann, wenn er nach außen⁷⁵ die Belange seines Gerichtes, etwa in finanzieller Hinsicht, zu wahren sucht. Dazwischen liegen Aufgaben, deren Zuordnung nicht einfach ist, wie etwa die Beurteilung von Richtern und die Mitwirkung in Organen wie Präsidium und Präsidialrat.

Ohne insoweit auf Einzelheiten eingehen zu wollen und zu können, wird man sagen müssen, dass auf jedem Präsidenten eine Fülle von gesetzlichen und tatsächlichen Lasten ruht, denen oft eine Fülle von Befugnissen entspricht; insbesondere betrifft dies die sogenannten „Chefpräsidenten“ der Landesobergerichte, die regelmäßig in ganz maßgeblicher Weise die Geschicke der jeweiligen Eingangsgerichte mitbestimmen.

bb) Weil zwar alle mit einem Präsidentenamte verbundenen Pflichten und Befugnisse im Einzelfall der richterlichen und der nichtrichterlichen Funktion zuzuordnen wären, aber diese alle durch einen *einheitlichen* Ernennungsakt begründet werden, durch den oft für Jahrzehnte die Geschicke des jeweiligen Gerichts in erheblicher Weise beeinflusst werden können, muss⁷⁶ ein *sachgerechtes* und verfassungsgemäßes Auswahlverfahren bereitgestellt werden, das gewährleistet, dass alle unmittelbar und mittelbar mit einer solchen Berufung hervorgerufenen Fol-

gen für gerade die Rechtsprechungstätigkeit der einzelnen Richter und der hiervon betroffenen Gerichtsbarkeit nicht ausgeblendet bleiben.

Hiervon scheint mir die jahrzehntelange Praxis in unseren Gerichtsbarkeiten weit entfernt. Vor dem dargestellten Hintergrund kann es nämlich zumindest nicht angehen, dass ein zuständiges Landesjustizministerium bzw. das Bundesjustizministerium über den Präsidenten eines kleinen Amtsgerichts ebenso wie über den Präsidenten eines großen Oberlandesgerichts bzw. etwa über den Präsidenten des Bundesgerichtshofs *letztlich allein* entscheiden.

Dem kann weder durchgreifend entgegen gehalten werden, dass sehr oft die richtigen Personen ausgewählt worden seien, noch dass auch zukünftig durch entsprechende Mitwirkungen von Präsidialräten hinreichend sicher gewährleistet sei, dass ein Auswahlverfahren sachgerecht verlaufe. Denn die Gerichtsbarkeiten werden sowohl aus der Binnensicht der Gerichtsbarkeit als auch der Sicht der anderen Gewalten sowie der Öffentlichkeit auch und gerade durch Präsidenten repräsentiert, und wegen des zumindest potentiell großen Einflusses eines Präsidenten auf viele Richter der betroffenen Gerichtsbarkeit allein schon durch das derzeitige auf Präsidenten zugeschnittene Beurteilungs- und Beförderungs-System ist besondere Sorgfalt geboten, jeglichen maßgeblichen Einfluss insbesondere der Zweiten Gewalt auf diesen hochsensiblen Bereich auszuschließen.

Schlagwortartig ausgedrückt muss unbedingt vermieden werden, dass sich Präsidenten als verlängerte Arme der Justizverwaltung bzw. als Leiter einer nachgeordneten Behörde verstehen, was leider bisweilen dann (aber keineswegs nur dann) zu beobachten ist, wenn Ministerialbeamte fast ohne Richter Erfahrung zu Präsidenten ernannt werden.

Noch wichtiger ist es, nach innen *und außen*⁷⁷ jeglichen *Anschein* zu vermeiden, die Justizverwaltung setze durch Beförderungsentscheidungen gewissermaßen „Statthalter“ ein, bei denen sie immer ein offenes Ohr für ihre Wünsche findet. Dieser („böse“) Anschein ist unabhängig von der *tatsächlichen* Neutralität von Justizministern und deren Personal-Abteilungen. Auch wenn bei allen exekutivischen, mit der Richterbestellung und –beförderung betrauten Organen in Wahrheit größere Neutralität als innerhalb der Gerichtsbarkeit oder bei der Volksvertretung aufzufinden wäre, muss dieser Anschein, wenn man den eingangs zitierten Bettermann’schen Ansatz weiterdenkt, entstehen:

Weil der Verwaltung nicht die Neutralität unterstellt werden *darf*, die von Verfassungs wegen bei der Gerichtsbarkeit vorausgesetzt werden *muss*, *darf* ihr auch bei der Besetzung von Richterstellen hinsichtlich des Neutralitätsgebots misstraut werden, weil *ihr* von der Verfassung die Neutralität in Bezug auf die Richterauswahl und –beförderung *nicht* aufgegeben ist.

cc) Bei Präsidenten von Obersten Bundesgerichten und Landesobergerichten kommt – den Eindruck einer fragwürdigen Einflussnahme der Exekutive auf die Gerichte noch verstärkend – hinzu, dass sie oft kraft Gesetzes Mitglieder von Gemeinsamen Senaten und Landesverfassungsgerichten sind; insoweit haben zwar die jeweiligen Gesetzgeber zulässig die Entscheidung getroffen, dass der jeweilige Amtsinhaber zugleich eine über seine eigentlichen Aufgaben hinausgehende weitere Rechtsprechungsfunktion ausüben darf, aber die Person des Amts-

inhabers kann hiervon nicht in der Weise abgespalten werden, dass durch eine solche gesetzliche Bestimmung gewissermaßen eine Blankett-Ermächtigung für alle zukünftig zu ernennenden Gerichtspräsidenten erteilt wird.

f) Eher eindimensional und dadurch klarer liegen die Dinge bei der Vergabe von richterlichen Beförderungämtern innerhalb eines Gerichts, also mit anderen Worten der Besetzung von Vorsitzendenämtern, wobei typischerweise Richter am betreffenden Gericht untereinander und mit solchen Personen konkurrieren, die von außen (Ministerium, Obergericht, anderes Gericht) vorgeschlagen werden oder sich bewerben. Jeder von uns kennt Fälle, in denen im Extremfall Vorsitzende einem Spruchkörper bis zu fünfundzwanzig oder gar dreißig Jahre lang „vorstehen“; ihr potentiell positiver wie negativer Einfluss auf ihre Mitrichter und damit notwendig auf die Rechtsprechung des Spruchkörpers kann aber auch bei kürzeren Amtszeiten kaum überschätzt werden⁷⁸:

Es gibt deshalb wohl keine effektivere und zugleich schädlichere Methode der (versuchten) Einflussnahme auf eine langjährige Rechtsprechung eine gelungene Beeinflussung der Vergabe eines Vorsitzendenamtes.

Als Überleitung zur⁷⁹ nachfolgenden Begründung dieser These ist ein Exkurs notwendig:

Ich habe mich bei anderer Gelegenheit⁸⁰ für ein System ausgesprochen, worin sogenannte „hervorgehobene Ämter“ in der Justiz immer nur auf Zeit vergeben werden. Ich halte dies nach wie vor für richtig und vor allem für verfassungsrechtlich zulässig.

Üblicherweise wird einem solchen Vorschlag zwar eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremischen Schulverwaltungs-Recht entgegen gehalten⁸¹. Dabei wird jedoch übersehen oder nicht genügend berücksichtigt, wie in dieser Entscheidung das Bundesverfassungsgericht tenoriert hat. Es hat nämlich einen Verstoß - nicht etwa gegen *Verfassungsrecht*, sondern – gegen (einfaches) *Bundesrecht* festgestellt. Das bedeutet also, dass die Entscheidung womöglich anders ausgefallen wäre, wenn das einfache Bundesrecht damals schon entsprechende Ämter auf Zeit vorgesehen hätte. Denn das Grundgesetz geht zwar grundsätzlich von der Lebenszeitstellung sowohl der Beamten als auch der Richter aus, enthält aber zumindest keine unverrückbaren Grundsätze darüber, ob auch sog. „Spitzenämter“ immer nur auf Beamten- bzw. Richter-Lebenszeit oder auch zeitlich begrenzt werden dürfen. Im Gegenteil sehe ich gerade für das Richterrecht – wie ich im Zusammenhang mit den in den Artikeln 95 und 98 des Grundgesetzes geregelten Richterwahl-Ausschüssen noch ausführen werde – insoweit ein „beredtes Schweigen“ des Grundgesetzes.

Von Verfassungs wegen ist es – entgegen einer jüngeren Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 24. Oktober 2004⁸² zum Beamtenrecht – also meines Erachtens ohne weiteres zulässig, solche Ämter auf Zeit zu vergeben.

Auch im Übrigen ist es zugleich erstaunlich und aussagekräftig, was das Grundgesetz im Hinblick auf die innere wie die äußere Organisation der Gerichte *nicht* ausspricht:

Werden schon an keiner Stelle hervorgehobene (gerichtsinterne) Richterstellen (wie Präsidenten oder Vorsitzende) erwähnt, zumal keine auf Richter-Lebenszeit verliehenen, so sieht die Verfassung noch nicht einmal einen Instanzenzug vor, und wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zumindest seit der Entscheidung BVerfGE 11, 232 (233) entschieden hat, braucht ihn der einfache Gesetzgeber auch nicht vorzusehen. Zwar garantiert das Grundgesetz in Artikel 95 Oberste Bundesgerichte, aber diese müssen zum einen im Einzelfall – unter den selbstverständlichen Vorbehalten der Abhilfemöglichkeit von Verstößen gegen gerichtliche Verfahrensregeln⁸³ sowie der Willkürfreiheit bei der Zulassung der Revision wegen materieller Fehler⁸⁴ - nicht erreichbar sein. Und zum anderen dürfen sie, wie bereits in der Entscheidung BVerfGE 8, 174 (181) entschieden worden ist, auch zugleich „erste und letzte Instanz“ sein. Obere Landesgerichte lässt die Verfassung, wie in BVerfGE 6, 41 (51 f.) entschieden worden ist, zwar zu, garantiert sie aber nicht.

Freilich ist aus zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2003 (BVerfGE 107, 395 und 108, 341) eine zwingende Verpflichtung des Gesetzgebers zu entnehmen, fachgerichtliche Abhilfemöglichkeiten bei Gehörverstößen (und wohl auch bei anderen groben Verfahrensverstößen) zu schaffen, was indirekt zu einem Instanzenzug führt.

Gleichwohl ergibt sich bei zusammenfassender Betrachtung der Befund, dass ein Rechtsstreit verfassungsrechtlich zulässig in *einer* Instanz und – weil die Verfassung auch keine Bildung von Spruchkörpern erzwingt – durch *einen* Richter entschieden werden darf; dies kann sogar dann der Fall sein, wenn für den Rechtsschutzsuchenden von der Entscheidung existenzielle Fragen abhängen können (Verlust einer Wohnung, einer Arbeitsstelle etc.).

Legt dieser Befund nicht zumindest nahe, dass – vorbehaltlich einer Sonderregelung für Proberichter bzw. noch unerfahrene Richter, die zu meiner Überzeugung nur in Spruchkörpern eingesetzt werden sollten – dieser *eine* Richter immer den gleichen „Rang“ wie alle anderen Richter haben müsste, und liegt deshalb nicht auch die Einführung des „Einheitsrichters“ nahe?

Ich lasse diese Frage im Raum stehen, weil es mir hier um die Bewertung des Ist-Zustands geht.

Gerade unter diesen Voraussetzungen kann ich mir kaum einen schwerwiegenderen Eingriff einer anderen Gewalt in den Kernbereich unserer Dritten Gewalt vorstellen als die Bestimmung von Vorsitzenden durch die Exekutive:

2. Durch die Auswahl und Ernennung von Vorsitzenden schafft die Exekutive dauerhafte vorgesetztenähnliche Verhältnisse unter Richtern. Hierin liegt ein⁸⁵ unzulässiger „Übergriff“ in die Dritte Gewalt.

Als junge Richter haben wir gewitzelt: Warum heißt ein Vorgesetzter Vorgesetzter? – Weil er einem vorgesetzt wird. – Warum heißen dann Vorsitzende Richter nicht Vorgesetzte Richter?

Im Ernst⁸⁶:

a) Auch wenn das derzeitige Gerichtsverfassungsrecht den rechtlichen und tatsächlichen Einfluss der Vorsitzenden auf ihre Spruchkörper im Gegensatz zu früheren Zuständen reduziert hat, dürfte, wie ich schon angedeutet habe, niemand ernsthaft bezweifeln können, dass ein Vorsitzender – erstens – durch seine eigenen Beiträge zur Entscheidungsvorbereitung und –findung einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungspraxis eines Spruchkörpers und dessen einzelne Rechtssprechungsergebnisse sowie – zweitens – damit auch auf die rechtsprechende Tätigkeit seiner Mitrichter ausüben *kann*, was auch ein unzulässiges und damit die Unabhängigkeit der anderen Richter gefährdendes Einwirken einschließen *kann*.

Dies betrifft vornehmlich aber keineswegs ausschließlich die Tätigkeit von Proberichtern oder sogenannten „Hilfsrichtern“⁸⁷; ich erwähne hier zusätzlich zu dem alltäglichen Einfluss im Richten nur den Umstand, dass in allen Gerichtsbarkeiten auf allen Ebenen – selbstverständlich mit Ausnahme des Bundesverfassungsgerichts – Vorbeurteilungen über Richter auch und gerade von den Vorsitzenden eingeholt werden, wenn es darum geht, ob der betreffende Richter eingestellt, übernommen oder „befördert“ wird, und allenfalls derjenige Richter, der⁸⁸ „nichts mehr werden kann oder will“, braucht von vornherein entsprechende Überlegungen nicht anzustellen, ob er dem Ziel namentlich einer Beförderung durch bestimmtes Entscheidungsverhalten näherkommen kann oder nicht⁸⁹.

b) Aber für noch wesentlicher halte ich im vorliegenden Zusammenhang den Umstand, dass über die denkbare mittelbare Beeinflussung der Unabhängigkeit der einzelnen Richter hinaus auch und gerade die Unabhängigkeit der Gerichte als solche und damit der *Gewaltenteilungsgrundsatz* durch einen maßgeblichen Einfluss der Exekutive auf Vorsitzenden-Bestimmungen gefährdet werden, wie ich nachfolgend darzulegen versuche.

aa) Dass entsprechende Gefährdungen, wie sie⁹⁰ vom Bundesverfassungsgericht und vom staatsrechtlichen Schrifttum aufgezeigt worden sind, in tatsächlicher Hinsicht nicht aus der

Luft gegriffen sind, wird auch und gerade durch die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes belegt.

Der damals herausragende Kommentator des Grundgesetzes, der auch dem Parlamentarischen Rat angehört hatte, hat im Zusammenhang der Kommentierung der Richterwahl für die Obersten Bundesgerichte ausgeführt, es sei Sinn der Richterwahl nach den in der *verfassunggebenden Körperschaft* (und in der zeitgenössischen Literatur) zum Ausdruck gekommenen Ansichten, die Berufung in das Richteramt von allen sachfremden Einflüssen unabhängig zu machen, insbesondere auch die mit der bisher üblichen Ernennung durch die Regierung verbundene Beeinflussung durch die Exekutive auszuschließen, die mit der Gewaltenteilung nicht vereinbar sei⁹¹.

bb) Sie mögen jetzt mancherlei einwenden. Zum ersten liegt der Einwand nahe, was für Bundesrichter-Wahlen nach dem Grundgesetz gelte, müsse mitnichten für die Berufung und Ernennung der Vorsitzenden bzw. Präsidenten der Obersten Bundesgerichte und noch weniger der sonstigen Gerichte gelten. Dieser Einwand wäre zwar *im Ansatz* richtig, zumal Artikel 98 Abs. 4 des Grundgesetzes nach seinem Wortlaut (in zweierlei Hinsicht:) "nur" bestimmt, dass die Länder bestimmen *können*, ob überhaupt und wie in den Ländern über die *Anstellung* der Richter ein Richterwahlausschuss entscheidet.

Aber ich halte es angesichts der Regelung in Artikel 95 Abs. 2 und Artikel 98 Abs. 4 des Grundgesetzes und der hierfür angebrachten Gründe für zumindest naheliegend hieraus abzuleiten, wie sich das Grundgesetz idealer Weise auch im übrigen die Verteilung der Richterämter vorstellt, *solange* deutlich erkennbare gesetzliche Unterschiede – nicht nur zwischen Landes- und Bundesrichtern, sondern allgemein – zwischen Richtern mit niedrigeren und höheren Rängen auszumachen sind. Zu Recht sieht deshalb die herrschende Meinung jedenfalls keine Hindernisse, die einer Anwendung von Artikel 98 Abs. 4 des Grundgesetzes bei „Beförderungen“ von Landesrichtern zwingend entgegenstehen⁹².

Sie mögen weiterhin einwenden, zumindest die Richterschaft werde doch nach gegenwärtiger Praxis vor allem mittels Voten von Präsidialräten beteiligt, was womöglich sogar notwendig, jedenfalls aber ausreichend sei. Diesem Einwand könnte ich bereits im Ansatz nicht folgen. In der Realität ist es nach meinen langjährigen Beobachtungen so, dass das jeweilige Justizministerium mit dem jeweiligen Präsidenten bzw. dem sogenannten „Chefpräsidenten“ die Sache vorklärt und vorentscheidet, so dass der Präsidialrat entweder zum Akklamationsinstrument verkommt oder im äußersten Fall die Entscheidung verzögern kann.

Man kann nach allem mit guten Gründen an der herkömmlichen Entscheidungsgewalt der Exekutive zweifeln und kommt also nicht umhin, etwas genauer zu untersuchen, ob und in welcher Weise der Gewaltenteilungsgrundsatz Beachtung beansprucht, wenn es darum

geht, wer und auf welcher Weise Richter und speziell Vorsitzende bzw. Präsidenten ausgewählt und ernannt:

Mit anderen Worten muss die Frage aufgeworfen werden, ob die spezielle Anwendung der anerkannten Regeln über Gewaltenehemungen durch Gewalteneverschränkungen und –balancierungen in Form der durch die Exekutive getroffenen Personalentscheidungen in den Gerichtsbarkeiten eine zulässige (vielleicht sogar verfassungsrechtlich gebotene) Form der Gewaltenehemung (zu Lasten der Dritten und/oder der Ersten Gewalt) oder eine besonders wirksame Form eines Übergriffs in (eine) andere Gewalt(en) darstellt.

c) Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in einer der ersten seiner Entscheidungen im Jahre 1953 betont, dass der Unabhängigkeit der Rechtspflege „als einem der wesentlichen Grundsätze unseres Staatsaufbaus im Hinblick auf die Erfahrungen während der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft erhöhte Bedeutung zu(kommt)“⁹³. Zeitgleich hat es übrigens – in Form von „Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Rechtsgutachten von ...“ vom 3. Juni 1953 – (bei Gelegenheit der Abwehr eines Angriffs auf seine eigene Stellung) im Hinblick auf die Gerichtsbarkeit insgesamt davon gesprochen, dass auch insoweit „die ressortmäßige Gebundenheit der Richter in der sogenannten Justizverwaltung schwere Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit heraufbeschwört“⁹⁴.

Damit hat es nach schmerzhaften Erfahrungen auf Grundsätze zurückgegriffen, die bereits im 19. Jahrhundert anerkannt waren und im Gerichtsverfassungsgesetz (1877) ihren Niederschlag gefunden haben. Gemäß § 1 GVG wird die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt. Und ergänzend bestimmt § 16 GVG, dass Ausnahmegerichte unstatthaft sind und niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf.

aa) Indem das Bundesverfassungsgericht in der vorgenannten Entscheidung auf die wesentlichen Grundsätze des Staatsaufbaus zu sprechen kommt und hierzu die Unabhängigkeit der Rechtspflege rechnet, spricht es selbstverständlich auch und gerade den Grundsatz der Gewaltenteilung sowie die hieraus abzuleitenden Ge- und Verbote an.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung nirgends rein verwirklicht sei⁹⁵. Es hat aber – unter Anerkennung des Grundsatzes, dass sich die drei Gewalten gegenseitig kontrollieren und begrenzen – betont, dass die von der Verfassung vorgenommene Verteilung der Gewichte zwischen den drei Gewalten erhalten bleiben muss, keine Gewalt ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über die andere Gewalt erhalten und keine Gewalt der für die Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden darf⁹⁶. Der Kernbereich der verschiedenen Gewalten ist hiernach unveränderbar, wodurch ausgeschlossen ist, dass eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben verliert⁹⁷.

bb) Zwar befasst sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überwiegend mit den Verhältnissen zwischen der Legislative und der Exekutive sowie der Legislative und der Rechtsprechung. Aber auch das Verhältnis zwischen der Exekutive und der rechtsprechenden Gewalt war immer wieder Gegenstand von Entscheidungen⁹⁸.

Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass zwar gegen eine nebenamtliche Betrauung eines Richters mit Geschäften der Justizverwaltung, wie sie bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit hergebracht ist, auch unter der Herrschaft des Grundgesetzes keine Bedenken bestehen⁹⁹.

Es hat aber gerade hinsichtlich der Trennung von Exekutive und Rechtsprechung mit Blick auf personelle Verflechtungen etwa dergestalt, dass Exekutivorgane an der Rechtsprechung maßgeblich beteiligt sind, betont, dass eine Gewaltenverschiebung im allgemeinen zwar näherer Ausgestaltung durch Gesetze zugänglich sein kann, aber die Verfassung „an die Trennung der Justiz von der Verwaltung strengere Anforderungen (stellt)“¹⁰⁰. Und es hat in Anknüpfung an die Bestimmung in Artikel 20 Abs. 2 des Grundgesetzes, wonach die Rechtsprechung durch „besondere“, von den Organen der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt verschiedene Organe des Staates auszuüben ist, gefolgert, dass nur dann, wenn Gerichte als besondere, von der Exekutive getrennte Institutionen *gestaltet* sind, eine Rechtsprechung namentlich gegenüber dem Staat und seinen Behörden im Sinne des Artikel 19 Abs. 4 des Grundgesetzes „wie durch einen unbeteiligten Dritten verwirklicht werden kann“¹⁰¹.

d) Nun wird man zwar schlechterdings nicht so weit gehen dürfen anzunehmen, dass schon eine gesetzlich vorgesehene oder hingenommene Besetzung von Beförderungssämtern unter entscheidender Beteiligung der Exekutive den betroffenen Gerichten ihre Qualität als unabhängige Gerichte unwiderruflich nimmt.

aa) Aber es liegt meines Erachtens – erstens¹⁰² – auf der Hand, dass eine Justizverwaltung, die nach dem einschlägigen Gesetzes- oder Ordnungsrecht zumindest in der Lage ist, Richter mit Beförderungssämtern zu „ködern“, ganz erheblichen Einfluss auf die Art und Weise der Rechtsprechung des einzelnen Richters und damit auch des gesamten Gerichts und der Gerichtsbarkeit nehmen *kann*. Es hat einen Justizminister in vorkonstitutioneller Zeit gegeben, der sich sinngemäß so geäußert haben soll, dass den Richtern ihre Unabhängigkeit getrost gewährleistet werden könne, solange er, der Justizminister, über die Vergabe der Beförderungssämter gebieten könne¹⁰³. Ich werde hierauf zurückkommen.

bb) Zweitens¹⁰⁴ muss die hergebrachte Praxis aus allen diesen Gründen nicht nur aus der Sicht aller Gewalten, sondern auch und gerade aus der Sicht der betroffenen *Verfahrensbeteiligten*¹⁰⁵ als unzulässige Gewaltenvermischung erscheinen, weil schlechterdings nicht dar-

über hinweg gesehen werden kann, dass zumindest eine kontinuierliche zielgerichtete Gerichte-Besetzungspraxis durch Ministerien die hiervon betroffenen Gerichte *gestalten (umgestalten)* kann:

Wenn Bettermann mit seiner von mir dargestellten These, wonach die Rechtsprechung beeinflussen kann, wer Richterämter vergeben kann, und Adolf Arndt mit der von mir zitierten Aussage, dass Richterernennung politische Machtausübung darstellt, „den Nagel auf den Kopf getroffen“ haben – und sie haben es zu meiner Überzeugung –, dann kann zum einen – wie hier im Einzelnen nicht näher ausgeführt werden kann - bereits der gesamte Zeitraum „vergiftet“ sein, der *vor* der Ernennung liegt¹⁰⁶. Ebenso verhängnisvoll kann es zum anderen sein, wenn und soweit der *danach* liegende Zeitraum¹⁰⁷ „vergiftet“ ist; m. a. W. enden¹⁰⁸ Beeinflussung und Machtmissbrauch in den hier interessierenden problematischen Fällen nicht einfach mit der jeweiligen Ernennung, sondern sie wirken oft jahrelang über diesen Zeitpunkt hinaus, wenngleich selbstverständlich das jeweilige Ausmaß sehr unterschiedlich sein kann und vor allem von Eigenheiten der Ernennenden und Ernannten abhängt.

Gerade diese potentiellen *Vor- und* Nachwirkungen sind es aber, die Bedenken hervorrufen. Dann *kann* es nämlich (nicht nur in einer Binnensicht, sondern auch aus der Sicht der Rechtsunterworfenen) so erscheinen, als übe der Ernennende vermittelt des Ernannten vor und nach der Ernennung selbst Rechtsprechung aus. Nochmals zurück zur – lange Zeit etwas verfälscht wiedergegebenen – Bemerkung des früheren preußischen Justizministers:

Dieser Mann hat - bei Lichte besehen – der Welt¹⁰⁹ die Wahrheit gesagt. Er hat nämlich im Reichstag völlig zurecht darauf hingewiesen, dass ein von Teilen des Reichstags geforderter wirksamerer Schutz der richterlichen Unabhängigkeit als der damals (1876) vorgegebene nur in Richtung „Recht der Anstellung und der Beförderung der Richter“ denkbar sei. Er hat dann aber in der Reichstagssitzung gegenüber seinen Kontrahenten fast schon bedauernd ausgeführt: „Dieser Weg ist Ihnen aber versperrt.“ Zur Begründung hierfür hat er mit Blick auf die damaligen Kompetenzen eines Justizministers dargelegt: „Diese Rechte sind und bleiben ihm, stehen ihm zu und können ihm nie entzogen werden.“

Unter dem einzigen Vorbehalt der inzwischen fehlenden verfassungsrechtlichen Unabänderlichkeit der Minister-Befugnisse handelt es sich mithin dabei um eine auch nach heutigem Staatsorganisationsrecht zutreffende Analyse. Zum Beleg dieser Behauptung muss ich Sie mit verfassungsrechtlichen Vorgaben des Verwaltungsorganisationsrechts langweilen.

e) Ausgangspunkt hierfür soll eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. November 1983¹¹⁰ sein.

aa) Das Bundesverwaltungsgericht hat das Begehren eines Richters am Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen, dessen Beförderung zum Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht an der Bevorzugung eines Konkurrenten scheiterte. Nach dem damaligen maßgeblichen Berliner Recht musste der dort gebildete Richterwahlausschuss zustimmen, wenn der Senator für Justiz einen Vorsitzenden am Oberverwaltungsgericht ernennen wollte, und im Falle des Klägers hat der Richterwahlausschuss nicht zugestimmt. Im vorliegenden Zusammenhang beschränke ich mich auf zwei Aussagen des Bundesverwaltungsgerichts:

Eingangs betont das Bundesverwaltungsgericht, es sei der Zweck des § 4 des Deutschen Richtergesetzes, der von den mit einem Richteramt unvereinbaren Aufgaben handelt, das in Artikel 20 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes verankerte Prinzip der Gewaltenteilung durchzuführen; die Vorschrift wolle den Richter im Interesse seiner Unabhängigkeit auf die rechtssprechende Tätigkeit beschränken „und ihn auch gegenüber der Öffentlichkeit nur als Träger der rechtsprechenden Gewalt erscheinen lassen.“¹¹¹

Dienen diese Ausführungen dazu, Mitwirkungen von Richtern in Richterwahlausschüssen in zulässige und unzulässige zu unterscheiden, so lassen sie sich durchaus verallgemeinern: Von den Ge- und Verboten des Gewaltenteilungsprinzips *auch* umfasst wird, dass Richter und die Gerichtsbarkeit *nach außen* nur als Richter und Gerichte und damit nicht einer anderen Gewalt zugehörig erscheinen dürfen.

Zur Rechtfertigung der Mitwirkung eines Richterwahlausschusses enthält die Entscheidung aber auch noch folgende Aussage:

„Die eigentliche Personalhoheit liegt bei der Exekutive, zumal der Richterwahlausschuss kein Vorschlags-, sondern lediglich ein begrenztes Vetorecht hat.“¹¹²

Sieht man einmal davon ab, dass der verwendete Begriff der Personal*hoheit* missverständlich ist, weil damit gemeinhin das völkerrechtliche Verhältnis eines Staates zu seinen Bürgern umschrieben wird und auch die dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden inne wohnende kommunale Personalhoheit¹¹³ nicht gemeint sein kann, und deshalb vom Bundesverwaltungsgericht wohl die Personal*gewalt* gemeint war¹¹⁴, offenbart der Satz des Bundesverwaltungsgerichts in verblüffender Weise die bei Richterernennungen und –beförderungen zu beobachtende verfassungsrechtliche Schiefelage:

bb) Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahre 1959 entschieden, dass zu den Regierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf von Regierung und Parlament unabhängige Stellen übertragen werden dürften, auch und gerade die Entscheidungen über die personellen Angelegenheiten der Beamten gehörten¹¹⁵. In diesem Zusammenhang hat es „jedenfalls die Entscheidung

über Einstellung, Beförderung, Versetzung ...“ zu denjenigen gerechnet, die erhebliches politisches Gewicht haben¹¹⁶. Bis heute rechnet folgerichtig das maßgebliche staatsrechtliche Schrifttum die Personalgewalt¹¹⁷ zu den maßgeblichen Leitungsgewalten, die der Exekutive zustehen¹¹⁸. Ein Staatsrechtslehrer, der sich intensiv mit der Personalgewalt öffentlicher Dienstherren¹¹⁹ befasst hat, vertritt im Handbuch des Staatsrechts die Auffassung, der *Inhalt* der Personalgewalt müsse aus der Verfassung selbst bestimmt werden¹²⁰ und die herrschende Lehre, wonach die Personalgewalt auch eine sogenannte kombinierte Gewalt sein könne, führe dazu, dass die Kompetenzverteilung unklarer und schwieriger zu handhaben sei und im Ansatz nicht der Lehre von der Stellung der Exekutive als grundsätzlich eigenständiger Gewalt im Staat entspreche¹²¹.

Verfolgt man diese Gedankengänge weiter, so drängt sich die Erkenntnis auf, dass eine Personalgewalt der Exekutive in den Bereichen der Rechtsprechung *nur* dann zulässig wäre, wenn dies die Verfassung entweder stillschweigend oder ausdrücklich vorsähe; beides ist nicht der Fall.

cc) Böckenförde¹²² hat insoweit überzeugend dargelegt, dass die Richterbestellung durch die Exekutive in Deutschland zwar eine lange und verbreitete Tradition hatte, aber noch nicht einmal im Kaiserreich oder in der Weimarer Republik ausnahmslos bestanden habe. Es könne keine Rede sein von einer allgemeinen, aus stetiger Rechtstradition entstandenen Norm, die vom Verfassungsgeber des Grundgesetzes nicht eigens positiv festgelegt zu werden brauchte.

Man mag Böckenförde darin folgen oder nicht, wenn er das Modell als undemokratisch verwirft, demzufolge die Personalgewalt über Richter der Richterschaft ebenso selbstverständlich und unentziehbar zusteht wie der Exekutive die Personalgewalt über Beamte. Auch und gerade wenn man ihm insoweit zu folgen bereit ist, kann er im Hinblick auf die Frage, wem *stattdessen* die Personalgewalt über Richter von Verfassungs wegen zusteht, gewiss nicht in dem Sinne verstanden werden, dass es *allein* die Exekutive sei. Vielmehr hält er es¹²³ für geboten, „geeignete Balancierungselemente“ in das Verfahren der Richterbestellung einzubauen, um einem möglichen einseitigen parteipolitischen Zugriff auf die Richterpersonalpolitik organisatorisch entgegenzutreten¹²⁴. Von einer solchen „Balancierung“ kann aber schlechterdings dann nicht die Rede sein, wenn die Personalgewalt über die Richterschaft ganz oder überwiegend bei der Exekutive liegt, wie es in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle bei den Richterauswahl-Verfahren des Bundes und der Länder der Fall ist, soweit es Beförderungsposten betrifft.

dd) An dieser Stelle kann ich mich auch nur wundern, dass das Deutsche Richtergesetz Beförderungsfragen lediglich¹²⁵ in § 17¹²⁶ und mittelbar in § 28 Abs. 2 anspricht; legt man die Kriterien etwa der Entscheidung BVerfGE 18, 42 (47 f.) zugrunde, ist man fast versucht zu behaupten, der einfache Gesetzgeber sei insoweit seiner Pflicht nicht nachgekommen, Verfahren und materielle Kriterien etwa einer Präsidentenbestellung klar zu regeln.

Die Stichwörter „Personalgewalt“ und „Beförderung“ findet man im Sachverzeichnis des Standardwerks zum Deutschen Richtergesetz¹²⁷ nicht.

Das Standardwerk zum Gerichtsverfassungsrecht¹²⁸ hält zwar in seinen allgemeinen Darlegungen zur Besetzung von Richterämtern „eine reine Entscheidung der Exekutive“ für „zumindest unbefriedigend“¹²⁹, bewertet es aber als einen ausreichenden „brauchbaren Kompromiss“, dass die Exekutive über Beförderungen, die „angesichts der Differenziertheit der Richterämter“ unumgänglich seien, unter Mitwirkung eines Präsidialrates entscheidet, wodurch die „Regierungsgewalt und –verantwortung des Ministers ... dabei erhalten“ bleibe¹³⁰.

Auch die im Übrigen äußerst lesenswerten Darlegungen eines Staatsrechtslehrers und langjährigen Bundesrichters im Handbuch des Staatsrechts über den Status des Richters¹³¹ und insbesondere über die Berufung der Berufsrichter¹³² enthalten zwar die Forderung, dass „die nicht korrigierbaren“ Akte der Begründung des Richter- verhältnisses auf Lebenszeit und von Beförderungen von Verfassungen wegen so geregelt werden, dass in der Organisation und in dem Verfahren der Richterberufung die Funktion der rechtsprechenden Gewalt wirksam gesichert wird¹³³. Aber sie enthalten sich der Beantwortung der Frage, ob die „verwirrende Vielfalt“ der Ernennungs- und Beförderungsverfahren in Bund und Ländern diesen Maßstäben standhalten¹³⁴.

Ich wage die Behauptung, dass klare Aussagen zu diesen Fragen nicht nur deswegen so selten sind, weil es sich wirklich um schwierige handelt, sondern weil hiermit ein „Tabu-Thema“ angesprochen wird; kennzeichnendes gemeinsames Merkmal aller Tabu-Themen ist es, dass „man nicht darüber spricht.“ Das mag *auch* daran liegen, dass man selbst vom System profitiert hat.¹³⁵

ee) Hier schließe ich den Kreis und kehre wieder zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1984 zurück.

Wenn die Richterauswahl und –beförderung durch die Exekutive Ausübung von Personal- gewalt ist, was nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts so *ist* und *zu sein hat*, dann ist - erstens - der Erkenntnis nicht auszuweichen, dass die Exekutive damit auf einem Feld tätig wird, welches sie – als eigenes gedacht – unbedingt gegen „Übergriffe“ anderer vertei- digen würde (und dürfte), und - zweitens - einige der oder die Gesamtheit der Rechtsunter- worfenen mit guten Gründen den Verdacht hegen dürfen, die Exekutive wolle mit Hilfe einer nach eigenen Regeln verlaufenden Besetzungspraxis mittelbar auch auf die Rechtspre- chungsergebnisse einwirken.

Dann aber kann man nicht mehr davon sprechen, wie es zur Rechtfertigung von personellen Funktionenvermischungen verschiedener Art vorgebracht wird, es handele sich „nur“ um eine Maßnahme zur Gewaltenhemmung, die durch Bestellung von Organwaltern einer Ge-

walt durch Organe einer anderen bewirkt werde¹³⁶. Das kann man mit vertretbaren Gründen allenfalls dann, wenn insoweit eine Gewaltenteilung vorgesehen wird, die durch ein Wahlrecht der Volksvertretung *und* ein Ernennungsrecht der Exekutive gekennzeichnet ist¹³⁷.

Ein etwas boshafterer Beobachter (als ich es bin) hätte also diesen Vortrag auch folgendermaßen überschreiben können: „Über die Kunst, mit aus der Gewaltenteilungslehre übernommenen anerkannten Begriffen einen massiven Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung zu bemänteln“.

f) Die Anerkennung einer Personalgewalt der Exekutive im Rechtsprechungsbereich führt also unweigerlich zu einem „bösen Schein“, wie ich bereits im Zusammenhang von Artikel 97 des Grundgesetzes dargetan habe.

aa) Besonders deutlich wird dies im Strafverfahren. Die Strafrechtspflege ist zwar der ordentlichen Gerichtsbarkeit anvertraut, aber bei Lichte besehen handelt es sich jeweils um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Der Staat, in Gestalt der Staatsanwaltschaft, wirft dem Beschuldigten ein strafwürdiges Verhalten vor, und der Beschuldigte wehrt sich in verschiedener Weise hiergegen. Diesen öffentlich-rechtlichen Streit zu entscheiden, ist nur die Strafgerichtsbarkeit berufen, die deswegen und wegen der Schwere der von ihr verhängten Sanktionen in besonderer Weise trotz der ihr zugewiesenen Aufgabe, Staatsgewalt auszuüben, neutral und „wie ein unbeteiligter Dritter“ erscheinen muss.

Vor diesem Hintergrund darf sich meines Erachtens ein Angeklagter zu Recht die Frage stellen, ob es richtig sein kann, dass dasselbe Landes-Justizministerium, welches weisungsbefugter Dienstherr der ihn anklagenden Staatsanwaltschaft ist, auch womöglich nicht nur sämtliche in seinem Strafverfahren tätigen Berufs-Richter allein berufen, sondern insbesondere den die Verhandlung leitenden Vorsitzenden ernennt hat.

Wenn es nämlich richtig ist, dass „Einbrüche in den Kernbereich einer anderen Gewalt, z. B. in die Personalhoheit der Regierung, unzulässig sind“¹³⁸, so fragt sich nicht nur ein solcher Angeklagter, warum Entsprechendes nicht für den hier in Rede stehenden Tatbestand angenommen wird; freilich ist von vornherein einzuräumen, dass – im Gegensatz zur Personalgewalt der Exekutive hinsichtlich ihrer Beamten – eine „Personalgewalt“ der Rechtsprechung hinsichtlich ihrer Richter verfassungsrechtlich wohl zumindest nicht *gewiss* ist. Gewiss ist für mich aber, dass sie *am allerwenigsten* allein der Exekutive zustehen darf.

Zulässig wäre eine Personalauswahl durch die Exekutive zu meiner festen Überzeugung allenfalls dann, wenn man Justizministerien (oder die in der deutschen Rechtswirklichkeit auch anzutreffenden zuständigen Innen-,

Arbeits-, Sozial- und Finanzministerien bzw. Staatskanzleien) gewissermaßen aufspalten könnte in exekutivische und der Rechtsprechung zuzuordnende Anteile. Dass dies ein aussichtsloses Unterfangen wäre, liegt aber auf der Hand. Ich bin zwar nicht so naiv zu glauben, dass eine entsprechende Verfassungsbeschwerde etwa eines strafgerichtlich Verurteilten Aussicht auf Erfolg hätte; ich halte es jedoch für denkbar, dass das Bundesverfassungsgericht bei Gelegenheit den Gesetzgebern einen Auftrag erteilt, das entsprechende Gerichtsverfassungs- und Richterrecht an die Gebote der Gewaltenteilung anzupassen.

bb) Leider muss ich sagen, dass ich aus allen diesen Gründen auch die Ernennungs- und Beförderungspraxis beim Bundespatentgericht für nicht unbedenklich halte.

Dies betrifft auch die technischen Richter und technischen Vorsitzenden. Ich gehe dabei selbstverständlich davon aus und bin insoweit auch in den wenigen Jahren meiner gerichtlichen Praxis hier bestätigt worden, dass gerade die technischen Richter dieses Hauses sehr gut trennen können zwischen ihrer richterlichen Funktion und ihrer früheren Tätigkeit im Patentamt, die sie zu Richtern oder Vorsitzenden Richtern qualifiziert hat.

Aber auch hier ist mindestens bedenklich die institutionelle Verschränkung, die darin besteht, dass die gleiche Bundesjustizministerin zugleich erstens Dienstherrin des Patentamts - und damit zur Ernennung insbesondere dessen Präsidenten befugt - ist, welches regelmäßig in den Verfahren vor dem Bundespatentgericht verfahrensbeteiligt ist, zweitens diejenige ist, die die Richter, die Vorsitzenden Richter und den Präsidenten dieses Gerichts und drittens (den BGH-Präsidenten sowie) den Vorsitzenden des BGH-Patentsenats ernennt.

An dieser Stelle folgt zum Beleg einer These, dass die herkömmliche Beförderungspraxis einen wesentlichen Teil einer ohnehin bedenklichen Machtfülle der Exekutive zu Lasten anderer Gewalten gerade im Rechtswesen ausmacht, ein weiterer Exkurs, der vielleicht auch mit meinen Erfahrungen der letzten eineinhalb Jahre im Bundesjustizministerium zu tun hat.

Gemeinhin stellt man sich unter „dem Gesetzgeber“ ein im Plenum und in den Ausschüssen des Parlaments tätiges Gremium kluger, die Sachargumente sorgfältig wägender Frauen und Männer vor. In Wahrheit gibt es allein auf Bundesebene hunderte von Gesetzgebern, nämlich die einzelnen Referats- und Abteilungsleiter in den verschiedenen Bundesministerien. Mir scheint, dass die gesetzgebenden Organe nicht (mehr) in der Lage sind, souverän über Zulieferungen der gesetzesvorbereitenden Verwaltung zu verfügen. Die pure Masse des in einer Legislaturperiode erlassenen Gesetzesrechts allein lässt es bereits nicht zu, dass die Abgeordneten selbst, und seien es auch die auf einzelne Sachfragen spezialisierten Ausschussmitglieder, den Überblick bewahren können. Es kommt hinzu, dass die Dienste des Parlaments allein schon zahlenmäßig regelmäßig nicht mit der „manpower“ konkurrieren können, die in Ministerien vorhanden ist.

Mit anderen Worten und überspitzt ausgedrückt kann ein Referat in einem Bundesministerium den eigentlichen Gesetzgeber durch die Vorenthaltung von Informationen gewissermaßen „verhungern“ lassen oder durch zu viele komplexe Informationen „überfüttern“. Im Einzelnen kann und will ich das hier nicht ausführen.

Ich möchte aber Ihren Blick auf den Umstand lenken, dass auch und gerade in den Zusammenhängen des Patentrechts das gleiche Justizministerium zunächst durch die Patentrechtsreferate das maßgebliche Gesetzesrecht entscheidend vorbereitet und das Verordnungsrecht selbst schafft, sodann die Praxis des Patentamts als Dienstherrin maßgeblich beeinflusst, schließlich durch die Ernennung der Patentrichter und die Beförderung von Richtern oder Beamten auf Vorsitzenden- und Präsidenten-Stellen ganz erheblichen Einfluss auf die Anwendung des Patentrechts mittels Rechtsprechung nimmt und endlich sogar Schlüsselpositionen beim Bundesgerichtshof besetzt.

Ich muss wohl nicht ausdrücklich betonen, dass es mir nicht im geringsten um Einzelfälle geht; die herkömmliche Handhabung widerspricht *als solche* meinem Verständnis von den Geboten der Gewaltenteilung und ist darüber hinaus geeignet, die Unabhängigkeit der Richter abstrakt in Frage zu stellen.

Zumindest abgeschwächt werden könnte der zu große Einfluss des Justizressorts dadurch, dass wenigstens für die Ernennung und Beförderung der Richter des Bundespatentgerichts ein Wahlausschuss entsprechend Artikel 95 Abs. 2 des Grundgesetzes gesetzlich vorgesehen wird, was zulässig wäre¹³⁹.

g) Ich habe hier deswegen so weit ausgeholt, um zu belegen, dass der vom Bundesverfassungsgericht in der vorgenannten Entscheidung des Jahres 1981 zur Anpassung der Besoldung der hessischen Richter¹⁴⁰ scheinbar „achtlos hingeworfene“ Satz über das aus Artikel 97 des Grundgesetzes folgende Gebot, möglichst wenige Beförderungsämtler vorzusehen¹⁴¹, in seinem wahren Kern auch mit Blick auf die Gewaltenteilung als durchaus ernst gemeinter und zu nehmender für die Gesetzgeber und die Exekutive verbindlich zu sein hat¹⁴².

aa) Dies gibt Gelegenheit, noch einmal gedanklich einzuhalten und sich über die Richtigkeit und den Sinn und Zweck dieser Forderung zu vergewissern.

Warum hat es – erstens – etwas mit der richterlichen Unabhängigkeit zu tun, wenn mehr oder weniger Beförderungsämtler vorgesehen werden? Ist dies auch eine Frage der Gewaltenteilung?

Ist bedenklich – zweitens – das hierarchische System als solches, welches zwangsläufig damit verbunden ist, dass Beförderungsämtler vorgesehen werden? Oder ist es die Art und Weise der Besetzung solcher Beförderungsämtler, die verfassungsrechtliche Bedenken wecken kann?

Meine jetzt endgültig abschließende Antwort lautet wie folgt: Es ist jeweils *beides*. Schlimmer noch: das hierarchische System und die Art und Weise der Besetzung der Beförderungsämter verstärken sich gewissermaßen gegenseitig und führen unter Unabhängigkeits- und Gewaltenteilungsgesichtspunkten zum Gegenteil dessen, was ich eingangs bei der Vorstellung der Überlegungen von Adolf Arndt als verfassungsrechtlich erwünscht betont habe:

bb) Während man nämlich mit guten Gründen sagen kann, dass der gewaltenteilige Rechtsstaat desto besser gelingt, je unabhängiger die Richter rechtlich *sowie* in Wirklichkeit sind, weil ein solches System die besten Richter anlockt, hervorbringt und „bei der Stange hält“, birgt das hierarchische System in Verbindung mit der herkömmlichen Beförderungspraxis zumindest die große Gefahr, dass die in den Gerichtsbarkeiten wirkenden richterlichen und exekutivischen Kräfte sich gegenseitig hemmen bis blockieren und Gerichte sowie Gerichtsbarkeiten zum Nachteil der Rechtsschutz Suchenden von „Technokraten“ dominiert und erstickt werden, die die kreativeren Kräfte im Rennen um die sogenannten „Spitzenämter“ hinter sich gelassen¹⁴³ haben.

Mit anderen Worten:

Während sich der innerlich wahrhaft unabhängige Richter bereitwillig einer selbstbestimmten Spruchkörperregelung unterwirft, die bezogen auf die Gesichtspunkte Arbeitsplanung, Vorbereitung der Beratungen und mündlichen Verhandlungen, Berichterstattungen, Verhandlungsführung sowie Art und Weise der Absetzung von Entscheidungen die Aufgaben schwerpunktmäßig so auf diejenigen Personen verteilt, die hierfür nach Talenten und Erfahrungen am besten geeignet erscheinen, wovon im nächsten Geschäftsjahr auch wieder abgewichen werden kann, ist es nahezu unvermeidlich, dass gerade die wahrhaft unabhängigen Richter in Konflikte mit von außen oktroyierten und „fest installierten“ Vorsitzenden geraten, wenn diese der Versuchung nicht widerstehen können, ihre gesetzlichen und tatsächlichen Befugnisse anders als nur im Sinne der Gewährleistung effektiven und befriedenden Rechtsschutzes zu gebrauchen.

Die Folgen hiervon sind immer wieder zu beobachtende Versuche von Präsidien, die hervorgetretenen Unzuträglichkeiten, die sich vor allem in mangelhaften Erledigungsergebnissen auszudrücken pflegen, durch personelle und sächliche „Umverteilungen“ auszugleichen, was wiederum zu an sich vermeidbaren Reibungsverlusten führt. Nimmt hingegen ein Präsidium auf Unzuträglichkeiten innerhalb eines Spruchkörpers keine Rücksicht und belässt es bei der Spruchkörperzusammensetzung, so führt dies erfahrungsgemäß entweder zum „Krieg“, zum allmählichen „innerlichen Rückzug“ oder bei sensiblen Richtern sogar¹⁴⁴ zu tödlichen Krankheiten oder Selbsttötungen. Präsidenten kann man nämlich als Richter regelmäßig im Alltagsgeschäft „ausweichen“, seinem Vorsitzenden nicht.

Mit nochmals anderen Worten: Nur derjenige Richter kann Vorsitzender Richter sein, der den anderen Richtern nicht *vorgesetzt* wird, weil unabhängige richterliche Tätigkeit und Vorgesetztenverhältnisse inkompatibel sind.

All das ist in dem unscheinbaren Satz des Bundesverfassungsgerichts über die Beförderungsämtel enthalten!

3. Wenn man wie ich¹⁴⁵ der Überzeugung ist, dass die gesamte Gerichtsbarkeit¹⁴⁶ gut mit Einheitsrichtern funktionieren würde, so hat man von vornherein keine Probleme, sich die Einhaltung des Gebots vorzustellen, wonach bereits abstrakt allenfalls wenige Beförderungsämtel vorzusehen sind.

Geht man indessen von dem derzeitigen Zustand des Richter- und Gerichtsverfassungsrechts aus, welches gekennzeichnet ist durch eine Fülle gesetzlich vorgesehener richterlicher Beförderungsämtel, so muss zu meiner Überzeugung der vom Bundesverfassungsgericht erkannten, mit der „Vergabe“ von Beförderungsämteln verbundenen Gefahr für die Unabhängigkeit der Gerichte und Richter auf andere Art und Weise vorgebeugt und Rechnung getragen werden. Dann ist – und hier wiederhole ich mich – insbesondere der Erkenntnis nicht auszuweichen, dass mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz¹⁴⁷ die Justizverwaltung die Vergabe insbesondere von Präsidenten- und Vorsitzendenämtern allenfalls verwalten, nicht aber maßgeblich *selbst* durchführen darf.

Zur Verdeutlichung meines Anliegens stelle man sich beispielsweise vor, die Exekutive und die Judikative wünschten oder forderten beteiligt zu werden bei den – ausschließlich der Autonomie des Parlaments vorbehalten – Vergaben der Ämtel der Parlamentspräsidenten oder Ausschuss-Vorsitzenden. Ebenso absurd erschiene mir die Vorstellung, Legislative und Rechtsprechung dürften maßgeblich auf die – der Personalgewalt der Exekutive vorbehaltenen – Besetzung etwa des Postens eines Regierungspräsidenten oder eines Abteilungsleiters in einem Ministerium einwirken. Entsprechendes lassen wir Richter uns und lässt sich das Volk unter anderen Vorzeichen aber ohne weiteres gefallen.

Sie werden jetzt fragen, was stattdessen geschehen soll.

a) Hierfür habe ich eine Haupt- und eine Hilfslösung. Nach längerem inneren Schwanken bin ich von der hilfsweise von mir vertretenen Denkmöglichkeit eines erweiterten Selbstverwaltungsmodells abgekommen, wonach ausschließlich die betroffenen Richter eines Gerichts bzw. ein übergeordneter, vom Parlament gewählter Richterrat selbst bestimmen, welche Richter Vorsitz führen und welche sie als Präsidenten nach Außen repräsentieren und vertreten.

Allerdings halte ich dieses Modell nach wie vor für das sachgerechteste und der Verfassung am besten entsprechende, wenn man – wie ich – von der Voraussetzung ausgeht, dass alle Richter gleichen Rang haben sollten und deswegen solche Ämtel immer nur auf Zeit vergeben werden dürfen. Denn nach aller Erfahrung weiß man vor allem in den betroffenen Gerichten selbst am besten, mit welchen Aufgaben man die dem Gericht angehörenden Richter betrauen sollte, um die effektivsten Rechtsprechungsergebnisse – und darum geht es – zu erzielen.

Geht man von dem derzeitigen – allerdings, wie nochmals zu betonen ist, verfassungsrechtlich *nicht gebotenen* – Gesetzesstand aus, wonach Beförderungsämter auf Richter-Lebenszeit vergeben werden, so sehe ich inzwischen keine andere vertretbare Möglichkeit als diejenige, dass auch und gerade insoweit das Volk, von dem gemäß Artikel 20 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes alle Staatsgewalt ausgeht, in Form von Richterwahlausschüssen die maßgeblichen Entscheidungen trifft.

Insoweit bin ich zwar nicht festgelegt, zu welchen Anteilen solche Richterwahlausschüsse aus Abgeordneten, gewählten Richtern, Rechtsanwälten und Laien zusammengesetzt werden sollten und zu welchen Anteilen die Rechtsprechung selbst und/oder die Justizverwaltung Vorschläge zu unterbreiten hätten¹⁴⁸.

Die Entscheidungsgewalt *muss* aber bei solchen Richterwahlausschüssen liegen. *Nur* damit wird nämlich *zugleich* der richterlichen Unabhängigkeit, dem Gewaltenteilungsgrundsatz und dem Erfordernis einer hinreichenden demokratischen Legitimation der Richter – auf das ich noch im Einzelnen zu sprechen kommen werde – genügt.

Denn wenn es richtig ist, dass, wie es das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1968 in der Entscheidung BVerfGE 24, 268 (276) formuliert hat, „die Aufgaben eines Richteramts und damit die Frage der Eignung eines Bewerbers vom Vertreter des Parlaments legitimer Weise anders beurteilt werden können als von dem der Regierung, vom Vertreter der Richterschaft anders als von dem der Anwaltschaft“ - und es ist so richtig -, so zerplatzen damit zugleich - erstens - die Vorstellung einer einzigen richtigen Entscheidung und - zweitens - diejenige eines natürlichen Vorrangs der Exekutive, die mit ersterer verbunden sein mag. Dann kann es - wie vom Bundesverfassungsgericht im Jahre 1984 in der Entscheidung BVerfGE 68,1 (84 ff) sinngemäß formuliert - nur darauf ankommen, welche der Gewalten und durch welche Organe diese schwierige Aufgabe am besten und vor allem am „verfassungsnächsten“ erfüllen kann. Und dann sträuben sich gewissermaßen alle Haare bei dem Gedanken, die Exekutive in Form eines Ministers sei diejenige Gewalt, die in Gerichtsangelegenheiten allein oder jedenfalls besser als beim Parlament angesiedelte Wahlausschüsse in der Lage sei, in personeller Hinsicht *dem Parlament* verantwortlich sein und getroffene Entscheidungen rechtfertigen zu können.

b) Sie werden jetzt fragen, wie unter diesen Voraussetzungen dem Gebot in Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes genügt werden kann, wonach jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat; diese Frage ist bekanntlich vor einigen Jahren im Zusammenhang mit

Richterwahlen (zum Bundesgerichtshof) aufgeworfen worden, und die beteiligten Verwaltungsgerichte haben sich mit dieser Frage sehr abgeplagt¹⁴⁹.

Entgegen der ganz herrschenden Meinung¹⁵⁰ bin ich der Auffassung, dass Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes im vorliegenden Zusammenhang nicht heranzuziehen ist.

aa) Zur Verdeutlichung stelle man sich zunächst den Fall vor, dass etwa zwei Bundesrichter oder zwei Staatsrechtslehrer um das Amt eines Richters des Bundesverfassungsgerichts konkurrieren. Ich muss hier nicht betonen, dass allein die Vorstellung, hierüber *müssten* die Mitglieder des nach Artikel 94 des Grundgesetzes gebildeten Ausschusses in einer strengen Bindung an Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes befinden und könnten letztlich Gerichte entscheiden, absurd ist. Ähnlich befremdlich ist aber auch der Vorwurf an einen Bundesrichter-Wahlausschuss, die von ihm getroffene Entscheidung verfehle Artikel 33 Absatz 2 des Grundgesetzes, wobei mir durchaus bewusst ist, dass ein Oberstes Bundesgericht im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht kein Verfassungsorgan ist.

Ebenso wie es sogar bei der Wahl von Bundesverfassungsrichtern jedenfalls nichts schaden, sondern durchaus nützlich sein kann, wenn der in Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes enthaltene Gedanke auch bei einem solchen Wahlakt Berücksichtigung findet¹⁵¹, verhält es sich auch bei sonstigen Richterwahlen. Es ist nämlich wegen der Eigentümlichkeit von Wahlakten, insbesondere wegen der fehlenden Begründungsbedürftigkeit durch die Wählenden, weder bei den durch das Grundgesetz¹⁵² vorgesehenen Wahlausschüssen für Bundesrichter noch bei den in den einzelnen Bundesländern entsprechend Artikel 98 Abs. 4 des Grundgesetzes eingerichteten Richterwahl-Ausschüssen sowie deren Mitgliedern möglich, diesen sie zwingende Vorgaben zu machen¹⁵³.

Zur Verdeutlichung meines Anliegens noch ein weiterer Blick auf eine andere Gewalt als die Dritte:

Ob zu den Ämtern im Sinne des Absatzes 2 von Artikel 33 des Grundgesetzes auch die Mitgliedschaft in einer aus allgemeinen Wahlen hervorgehenden Vertretung des Volkes¹⁵⁴ gehört, hat das Bundesverfassungsgericht in einer frühen Entscheidung zwar noch offen gehalten¹⁵⁵. Aber allein die Vorstellung, ein nichtgewählter Wahlbewerber etwa für den Bundestag dürfe zulässig eine Wahl eines Mitbewerbers anfechten mit der Begründung, er sei der für das Wahlamt besser geeignete Bewerber, ließe eine unmissverständliche Beantwortung dieser Frage zu; selbstverständlich hat jeder Bürger das Recht, sich um ein Wahlamt¹⁵⁶ zu bewerben und hierfür ungehindert Werbung machen zu dürfen, aber es kann keinen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch dagegen geben, dass die Wählenden mehrheitlich andere Bewerber bevorzugen, und seien diese auch tatsächlich oder nur anscheinend bzw. scheinbar „ungeeignete“. Nicht anderes gilt insoweit für Richterwahlen.

Nun versteht es sich von selbst, dass die verfassungsrechtlichen Vorzüge von Richter-Wahlverfahren nicht dadurch begründet werden können, dass man deren gerichtliche Unüberprüfbarkeit hervorhebt bzw. behauptet. Deshalb liegt mir daran, an dieser Stelle festzuhalten, dass die verfassungsrechtliche Vorzugswürdigkeit des Richterwahl-Modells in seiner verfahrensmäßigen „Richtigkeitsgewähr“ begründet liegt und von der Frage der richterlichen Überprüfbarkeit unabhängig ist:

Insoweit geht die Verfassung, wie Artikel 95 Abs. 2 des Grundgesetzes für die Bundesrichter zeigt, davon aus, dass die *Zusammensetzung* der Ausschüsse in Verbindung mit einem sachgerechten Vorschlagswesen eine größtmögliche Gewähr dafür bietet, dass in der Tat diejenigen Richterpersönlichkeiten gewählt werden, die nach einer sorgfältigen Prognose aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit und ihrer Eigenschaften das in Rede stehende Richteramt bestmöglich ausfüllen werden; mehr Gewissheit ist ohnehin nicht zu erreichen.

Wenn ich gleichwohl hier auf entsprechende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes zu sprechen komme, so nur, um zu belegen, dass es mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbar wäre, Richterwahl-Verfahren auch als sachgerechte Auswahlverfahren für sogenannte Beförderungsämter vorzusehen, so lange diese in der herkömmlichen Ausgestaltung gesetzlich vorgesehen werden:

bb) Mir sind zwar viele Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht untergekommen, in denen es Aussagen getroffen hat zur entsprechenden Anwendbarkeit von Artikel 33 Abs. 5 des Grundgesetzes¹⁵⁷ auf das Richterrecht. Ist insoweit schon eine deutliche Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts spürbar¹⁵⁸, so ist mir nur eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bekannt, die man mit einer gewissen Mühe als Ausdruck einer verfassungsgerichtlichen Annahme interpretieren könnte, die Grundsätze von Artikel 33 Abs. 2 des Grundgesetzes seien bei „Richter-Beförderungen“ entsprechend anzuwenden¹⁵⁹. Unter Wiederholung der bereits sinngemäß von mir dargestellten Aussage, wonach die in den gerichtsverfassungsrechtlichen Regelungen vorgesehene, *vom Grundgesetz akzeptierte* Gerichtsorganisation Beförderungs- bzw. ansonsten herausgehobene Richterämter kennt, hat es lediglich verlangt, dass diese „in einem sachgerechten Auswahlverfahren zu besetzen sind.“¹⁶⁰

cc) *Wie* es sich ein solches sachgerechtes Auswahlverfahren vorstellt, hat das Grundgesetz für Verfassungsrichter in Artikel 94 und – wie ich finde, in deutlicher Weise – für „einfache Richter“ in Artikel 95 Abs. 2 sowie in Artikel 98 Abs. 4 des Grundgesetzes gezeigt. Damit hat es unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass derjenige von vornherein zu kurz greift, der Richterauswahl als bloßen gesetzesvollziehenden Akt ansieht. Dass es dabei „Beförderungsfragen“ nicht (ausdrücklich) angesprochen hat, ist zwanglos damit zu erklären, dass es damit das auf Beförderungsämtern beruhende herkömmliche *hierarchische* (beamtenähnliche) Modell der Gerichte und Gerichtsbarkeiten geradezu „festgeschrieben“ und damit andere¹⁶¹ verfassungsrechtlich zulässige Modelle *verhindert* hätte, was das Bundesverfassungsgericht nicht wollte oder nicht wollen konnte.

Unter systematischen Gesichtspunkten – und dies ist für mich hier der aussagekräftigste – wäre es nämlich nur schwer verständlich, wenn das Grundgesetz zwar in den Artikeln 92 ff. des Grundgesetzes ganz maßgebliche Fragen der Organisation der Rechtsprechung und des Richterrechts geregelt hätte, aber ausgerechnet diese durchaus wesentliche Frage nicht in diesem Abschnitt IX, sondern *abschließend* in dem Abschnitt II über den Bund und die Länder mitgeregelt hätte, wo Artikel 33 seinen Platz hat.

4. Damit erweitere ich das Blickfeld. Während ich bisher die Vorsitzenden- und Präsidenten-Ämter im Blick hatte, als es mir darum ging, deren Vergabe aus den Händen der Exekutive zu nehmen und in diejenigen von Richterwahlausschüssen zu legen, gilt mein Augenmerk nunmehr auch den Beförderungsämtern hin zu höheren Gerichten sowie der erstmaligen Betrauung mit einem Richteramt.

a) Bereits mehrfach habe ich das Wahlmodell für Bundesrichter in Artikel 95 Abs. 2 des Grundgesetzes vergleichend herangezogen. Ich denke, dass es gute Gründe gibt, die hierin enthaltenen verfassungsrechtlichen Vorgaben und Vorstellungen auch auf die Fälle zu übertragen, in denen es beispielsweise darum geht, ob jemand auf die herkömmliche Weise oder vermittels eines in Artikel 98 Abs. 4 des Grundgesetzes vorgesehenen Verfahrens zum Richter am Oberlandesgericht oder durch einen noch zu schaffenden Wahlausschuss zum Richter am Bundespatentgericht „hochbefördert“ wird.

Entgegen der herrschenden Auffassung¹⁶² vertrete ich auch insoweit den Standpunkt, dass *nur* eine vom Parlament mit Hilfe von Richterwahlausschüssen verliehene Legitimation¹⁶³ ausreicht und die „Umweglegitimation“ über die Regierung¹⁶⁴ hier unzureichend ist. Die Vorstellung nämlich, dass das Volk etwa bei einer Landtagswahl zugleich nicht nur das Gesetzgebungsorgan und damit (mittelbar und auf Zeit) die Regierung wählt, sondern auch seine Richter „mit demokratischen Ölen salbt“, indem das Parlament den jeweiligen Justizminister und über diesen dessen Personalreferenten ermächtigt, geeignete Proberichter einzustellen, diese nach einer gewissen Bewährungszeit zu Lebenszeitrichtern und schließlich zu hervorgehobenen Richtern zu ernennen, war für mich nie recht nachvollziehbar, auch wenn die herrschende Meinung die notwendige demokratische Legitimation von Richtern unverändert so herleitet¹⁶⁵. Denn sie setzt das voraus, was sie begründen will, dass nämlich von der demokratischen Legitimation eines Justizministers *auch* als „mitlegitimierte“ Aufgabe umfasst wird die Tätigkeit der Auswahl und der Beförderung der Richter¹⁶⁶.

Noch weniger verständlich ist mir diese Herleitung dann, wenn das Justizwesen sogar durch ein anderes Ressort¹⁶⁷ mitverwaltet wird.

Selbstverständlich muss eine sachgerechte Organisation vorgesehen werden, die eine bestmögliche Gewähr dafür bietet, dass alle zu Recht in Betracht zu ziehenden Bewerber dem Wahlgremium vorgestellt werden, welches über die Vergabe des jeweiligen Richteramts entscheidet. Aber eine solche Organisation kann gut entweder durch das Gericht selbst oder durch eine Justizverwaltung geleistet werden, welche sich auf die Vorbereitung beschränkt¹⁶⁸. Auch beim Parlament, bei welchem Richterwahlausschüsse anzusiedeln sind, könnten diese vorbereitenden Handlungen sachgerecht geleistet werden. Die womöglich zu befürchtende Fülle von anstehenden Fällen allein dürfte jedenfalls kein tragendes Argument gegen solche Befassungen sein, berücksichtigt man, welche Bedeutung solche Beförderungen für das Funktionieren des Rechtsstaates haben können.

b) Mit der Fülle von Fällen bin ich zugleich und endlich auch bei den Berufsanfängern.

aa) Weil¹⁶⁹ Artikel 97 des Grundgesetzes nicht eine Anstellung der Richter auf Lebenszeit verlangt¹⁷⁰, steht auch dem Proberichter vom ersten Tag seiner richterlichen Tätigkeit an die hierfür erforderliche Unabhängigkeit zu. Zugleich bedarf er, weil er tagtäglich Staatsgewalt ausübt, indem er amtliche Handlungen mit Entscheidungscharakter vornimmt¹⁷¹, vom ersten Tage an einer demokratischen Legitimation, die Artikel 20 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes entspricht.

bb) Spätestens mit der Ernennung zum Richter auf Lebenszeit und der damit verbundenen Zuweisung in eine Planstelle sind sodann regelmäßig¹⁷² „die Würfel gefallen“. Erfüllt ein Richter über Jahrzehnte hin das ihm entgegengebrachte Vertrauen, kann seine Rechtsfrieden stiftende Tätigkeit nicht hoch genug eingeschätzt werden. Erfüllt er das Vertrauen nicht, können die hierdurch wegen der grundgesetzlich verbürgten Unversetzbarkeit und Unabsetzbarkeit hervorgerufenen Nachteile und Schäden für die Rechtsschutzsuchenden (aber auch für seine Kollegen) ebenfalls nicht hoch genug eingeschätzt werden.

Deshalb sollte in zweifelhaften Fällen der berechtigte Zweifel hervorrufenden Persönlichkeit ein Richteramt eher *nicht* übertragen werden, was natürlich für den Betroffenen bitter sein kann, aber vor dem Hintergrund der angerissenen Nachteile und Gefahren hingenommen werden muss.

cc) Nur am Rande möchte ich in diesen Zusammenhang erwähnen, dass mir die hergebrachte Praxis, Proberichter mit den Aufgaben vornehmlich eines Amtsrichters zu betrauen und ihnen damit sogleich das (regelmäßig viel schwierigere als ein Spruchrichteramt) Einzelrichteramt anzuvertrauen, höchst zweifelhaft erscheint, zumal oft noch hinzukommt, dass den Proberichtern ausgerechnet solche Dezernate zugeteilt werden, die in der Vergangenheit vernachlässigt worden sind.

Zwar genießen solche Richter, wie dargelegt, selbstverständlich richterliche Unabhängigkeit und auch das ihnen von der Verfassung entgegengebrachte Vertrauen, sie zeigen sich auch in der Regel dem Amt gewachsen. Aber weil es unter den dann gegebenen Verhältnissen äußerst schwierig ist, sich bei Richterkollegen über eine richtige und sachgerechte Rechtsprechungspraxis sowie entsprechende Zweifel auszutauschen, hat die geübte Praxis Anteile von *Unverantwortlichkeit*.

Überdies ist es nach einigen Jahren einer Tätigkeit als Proberichter in einem Spruchkörper erfahrungsgemäß viel besser möglich, sachgerecht prognostizieren zu können, ob diesem Proberichter das Vertrauen ausgesprochen werden kann, das notwendig ist, um ihn zum Lebenszeit-Richter ernennen zu können.

Alle Erfahrung lehrt nämlich, dass es zwar bisweilen, durchaus aber nicht immer diejenigen sind, die sich mit den besten Examensnoten oder mit den besten Vorbeurteilungen um die Ausübung eines Richteramtes bewerben, die den gesetzten und zu Recht zu setzenden Erwartungen am besten genügen; eine zugleich fördernde und vorurteilslose, wenngleich kritische längere Beobachtung eines Richters oder Richteranwärters in normalen und kritischen Situationen innerhalb eines Spruchkörpers, verbunden mit einer guten Menschenkenntnis, verhilft oft zu

einer besseren Prognoseentscheidung als das Festklammern an Examensnoten oder offiziellen Präsidenten-Beurteilungen.

c) Hier spätestens kommt eine Vorschrift des Grundgesetzes ins Spiel, die im vorliegenden Zusammenhang meist wenig beachtet wird und die *zumindest* zur Bestätigung und Abrundung des von mir bisher gefundenen Ergebnisses äußerst nützlich ist sowie darüber hinaus¹⁷³ Auswirkungen auf Fragen der Richteraufsicht hat.

Ich spreche von Artikel 92 (Halbsatz 1) des Grundgesetzes, wonach die rechtsprechende Gewalt den Richtern *anvertraut* ist. Er bietet in Verbindung mit den Artikeln 94 Abs. 1, 95 Abs. 2 und 97 des Grundgesetzes eine Antwort auf die Fragen an, wie – erstens – sich die Verfassung die personelle Zusammensetzung der „besonderen Organe“ vorstellt, die im Sinne von Artikel 20 Abs. 2 (und Abs. 3) des Grundgesetzes „Rechtsprechung“ ausüben, und wie und worin sich demzufolge – zweitens – die verfassungsbedingten Rechtsstellungen der Träger der drei Teil-Staatsgewalten, der Abgeordneten, Beamten (Minister) und Richter, unterscheiden und gleichen:

Ein Staatsrechtslehrer¹⁷⁴ hat „die Schlichtheit und Kraft der in Artikel 92 GG getroffenen Aussage“ gerühmt, ein anderer Staatsrechtslehrer und langjähriger Bundesrichter versteht Artikel 97 Abs. 1 des Grundgesetzes (lediglich) als partielle Konkretisierung von Artikel 92 des Grundgesetzes, welchen er als „Grundsatznorm, ... Zentralnorm für das gesamte richterliche Statusrecht ... und zugleich ... umfassende Maßstabnorm für das Dienstrecht und Amtsrecht der Richter“ begreift¹⁷⁵, und auch das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahre 1987¹⁷⁶ aus dem Wort „anvertraut“ Maßgebliches abgeleitet.

aa) Vom Bundesverfassungsgericht wird die Vorschrift vor allem in einem organisatorischen Sinne verstanden, nämlich dass die materielle Rechtssprechung den Richtern und Gerichten *vorbehalten* sei¹⁷⁷. Selbstverständlich hat diese Bestimmung diesen Gehalt ebenso wie denjenigen, dass mit der Vorschrift bereits eine Zuweisung bestimmter Aufgaben an die rechtsprechende Gewalt vollzogen ist¹⁷⁸. Es ist auch nicht zu bezweifeln, dass die Hervorhebung der rechtsprechenden Gewalt in Artikel 92 (erster Halbsatz) des Grundgesetzes gegenüber den nur formalen Kriterien des Artikels 103 der Weimarer Reichsverfassung ein *Mehr* an verfassungsrechtlichen Garantien der rechtsprechenden Gewalt enthält¹⁷⁹. Aber all dies erklärt nicht hinreichend die Wortwahl des Verfassungsgebers in dieser dreibegrifflichen Aussage.

Während der Begriff „richterliche Gewalt“ geklärt ist, darf bei der Bestimmung des Gehalts der Vorschrift nicht aus dem Blick verloren werden, dass nach Artikel 92 (erster Halbsatz) des Grundgesetzes diese - erstens - *den Richtern* – zweitens – *anvertraut ist*.

bb) Im zweiten Halbsatz von Artikel 92 bestimmt die Verfassung, dass die rechtsprechende Gewalt durch die dort aufgeführten *Gerichte* ausgeübt wird. Deshalb hätte es nahegelegen, sie auch im ersten Halbsatz *den Gerichten* anzuvertrauen; statt dessen hat man sie den *Richtern* anvertraut. Insoweit sind die einzelnen Richter¹⁸⁰ in den

Blick genommen; jedem einzelnen Richter obliegt es inhaltlich uneingeschränkt, die mit Rechtsprechung verbundenen Lasten zu tragen, wofür ihm im Gegenzug auch die hierfür erforderlichen Richter-Privilegien zuzugestehen sind, und folgerichtig enthält die nachfolgende Bestimmung des Artikels 97 des Grundgesetzes¹⁸¹ den Grundsatz der *richterlichen* Unabhängigkeit.

cc) Den Richtern ist darüber hinaus die rechtsprechende Gewalt nicht nur vorbehalten, sie *ist* ihnen auch *anvertraut*.

Dass in Artikel 92 des Grundgesetzes die richterliche Gewalt den Richtern anvertraut *ist*, hängt damit zusammen, dass das Grundgesetz von einem vorzufindenden Bestand an Richtern und Gerichten auszugehen hatte, denen die Verfassung ohne weiteren bestätigenden Akt die richterliche Gewalt anvertraut hat. Deshalb muss Artikel 92 des Grundgesetzes mit Blick auf neue Vergaben von Richterämtern *auch* so gelesen werden, dass die richterliche Gewalt jedem einzelnen Richter für jedes auf Dauer anvertraute Amt¹⁸² anvertraut *wird*.

In der Verwendung des Wortes „anvertraut“ kann nichts anderes als der Ausdruck der Erkenntnis des Verfassungsgebers¹⁸³ sowie des Verfassungswillens gesehen werden, eine Erwartung, dass auch in schwierigen Zeiten Richtern und der Rechtsprechung insgesamt in rechtsstaatlicher Hinsicht getraut werden kann, könne nur berechtigt sein, wenn dieses kostbare Gut des effektiven Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit ausdrücklich und mit den hierfür notwendigen Sicherungen und Bevorrechtigungen *anvertraut* wird und die Richter damit eher den ihrem Gewissen verpflichteten Abgeordneten ähneln sollen als den weisungsgebunden Beamten.

Zwar haben gerade in der Zeit des Dritten Reichs neben Abgeordneten und der Richterschaft¹⁸⁴ auch die Beamten in vielerlei Hinsicht versagt, aber insoweit hat sich die Verfassung dafür entschieden, erneutem Versagen nicht durch einen Gewissensappell oder durch die Betonung eines besonderen Vertrauens, sondern dadurch vorzubeugen, dass die Exekutive und ihre Beamten zum einen zwar wie die Richter an die Verfassung und die Gesetze gebunden werden, zum anderen aber das Volk einem „Aus-dem-Ruder-Laufen“ der Exekutive durch Auswechslung der Regierung spätestens nach den nächsten Wahlen entgegenwirken kann, so dass mit Hilfe des Weisungsrechts auch einzelne Beamte trotz ihrer Lebenszeit-Stellung auf die verfassungsrechtlich und gesetzlich vorgesehenen Wege zurückgebracht werden können. Und auch Abgeordnete, die sich als ihres Amtes nicht würdig erweisen, können dieses bei der nächsten Wahl verlieren.

Bei den Richtern und Gerichten hat das Volk bzw. seine Volksvertretung diesen fortdauernden Einfluss nicht. Nur weil Richter und Gerichte selbstverständlich ebenso wie Beamte an die Verfassung und das Gesetz gebunden sind, kann das Volk mittelbaren Einfluss auf die Rechtsprechung dadurch nehmen, dass durch die Volksvertretung die Verfassung und die Gesetze, auf deren Grundlage Richter und Gerichte entscheiden, geändert oder klargestellt werden; die personelle Zusammensetzung der Gerichte bleibt hiervon aber unberührt. Die „Lücke“, die sich hinsichtlich der demokratischen Legitimation hier auftut, schließt die Verfassung mit Artikel 92.

Darin liegt meines Erachtens die eigentliche Aussage im ersten Halbsatz von Artikel 92 des Grundgesetzes: In einem entsprechenden Wahlakt, der nach meinen bisherigen Ausführungen jeder Betrauung mit einem Richteramt vom Proberichter bis hin zum Amt des Präsi-

ten des Bundesverfassungsgerichtes zugrunde liegt bzw. zugrunde zu liegen hätte, steckt damit zu einem erheblichen Anteil ein Vertrauensvorschuss, der dem Umstand geschuldet ist, dass den Richtern ihr Amt zur Sicherung ihrer Unabhängigkeit regelmäßig für viele Jahrzehnte verliehen zu werden pflegt. Die Richterämter *bleiben* daher nach dieser Lesart von Artikel 92 des Grundgesetzes grundsätzlich *anvertraut*.

Daraus folgt bei einem vergleichenden Blick auf die Abgeordneten, die Beamten (Minister) und Richter:

Die Verfassung hält für die vom Volk bestimmten Träger der Staatsgewalt im Sinne von Artikel 20 Abs. 2 des Grundgesetzes, was ihre Bestellung, Amtszeit und Abhängigkeit/Unabhängigkeit anlangt, drei verschiedene Modelle bereit, die sich zwar teilweise überschneiden (etwa: im Grundsatz Lebenszeitstellung von Beamten und Richtern, Abwählbarkeit von Abgeordneten und Ministern (Spitzenbeamten), Weisungsfreiheit von Abgeordneten und Richtern), aber doch im Interesse der Kontrollierbarkeit unterschiedlich ausgestaltet sind.

Kennzeichnend für die Richterschaft (und zugleich Abgrenzungsmerkmal) ist die Kumulation von langer Amtszeit (Nichtabwählbarkeit) *und* Weisungsfreiheit (Unabhängigkeit), was nur mit einem besonderen anvertrauenden Wahlakt zu rechtfertigen ist, der deswegen über die Volksvertretung auf das Volk zurückzuführen sein muss.

dd) Vor diesem Hintergrund vertrete ich im Übrigen die Auffassung, dass man Richtern, Gerichten und Gerichtsbarkeiten auch mehr als bisher die Verwaltung von schwierigen Situationen („Verwaltung des Mangels“) anvertrauen könnte, soweit solche schwierigen Situationen nicht anders zu bewältigen sein sollten.

Wenn nämlich nach einem überlieferten Wort Dahrendorfs die Richter tatsächlich Fachleute bei der Bewältigung komplexer Probleme sein sollten, so könnte man ihnen seitens der Gesetzgeber durchaus *zutrauen*, dass sie beispielsweise zulässige Wege finden, wenn es darum geht, dass ein Zweig der Gerichtsbarkeit deutlich überlastet und ein anderer deutlich unterbelastet ist, so dass es sich geradezu anbietet, zumindest auf Zeit Richter mit anderen Aufgaben zu betrauen als den bisher von ihnen ausgeübten. Ich hielte dies, ohne es hier im Einzelnen ausführen zu können, im Grundsatz auch mit der Unversetzbarkeit der Richter für vereinbar. Man bräuchte daher solcher Erscheinungen wegen nicht ganze Gerichtszweige zusammenzulegen, wie es derzeit offenbar nur mit Blick auf die Befürchtung vorgesehen wird, „daumendrehende“ Richter könnten nicht veranlasst werden, ihren unter Überlast ächzenden Kollegen einer benachbarten Gerichtsbarkeit zur Hilfe zu kommen.

ee) Zusammenfassend denke ich, dass nach den Erfahrungen der letzten fünfzig Jahre die Bundesrepublik Deutschland mit diesem grundgesetzlichen „Vertrauensmodell“ im Ansatz nicht schlecht gefahren ist. Gleichwohl ist es an der Zeit, neben den von mir bislang geforderten Befreiungen der Rechtsprechung von den exekutivischen Einflüssen auf Ernennungen und Beförderungen auch über weitere Verbesserungen nachzudenken:

d) Entgegengebrachtes Vertrauen kann *enttäuscht* werden; dies gilt auch für verfassungsrechtlich entgegengebrachtes Vertrauen. Deshalb ist hier der Ort, nochmals auf die Fragen einzugehen, die sich mit dem Begriff der (Dienst-)Aufsicht verbinden.

aa) Es ist zu meiner Überzeugung der Erkenntnis nicht auszuweichen, dass in einer bestimmten Anzahl¹⁸⁵ von Einzelfällen Richter das ihnen entgegengebrachte Vertrauen enttäuscht haben und enttäuschen. Wohl jeder von uns kennt aus Erfahrung den Zustand, dass in einem Gericht¹⁸⁶ nebeneinander Richter tätig sind, die zum einen ihre Aufgaben, was Zahl, Sorgfalt und Inhalt der Entscheidungen¹⁸⁷ anlangt, deutlich über – und zum anderen deutlich untererfüllen.

Hiergegen wäre zwar nichts zu erinnern, wenn es nachvollziehbare unvertretbare Gründe wären, die bei der zweitgenannten Gruppe hierfür maßgeblich sind¹⁸⁸. Oft sind es aber auch andere, nicht nachvollziehbare und nicht vertretbare Gründe für solches Verhalten. Ohne hier auf Einzelheiten eingehen und mich damit dem Vorwurf der ungerechtfertigten, insbesondere der pauschalen Kollegenbeschimpfung aussetzen zu wollen, liegt mir hier nur daran, darauf hinzuweisen, dass meines Erachtens unser „Dienstaufsichtswesen“ gerade mit Blick auf die Unabhängigkeit der Richter gründlich der Umgestaltung bedarf.

bb) Im Ausgangspunkt ist klar: Richteraufsicht ist verfassungsrechtlich zulässig (wenn nicht sogar verfassungsrechtlich geboten)¹⁸⁹. Ihr sind - im Interesse der richterlichen Unabhängigkeit - Grenzen dort gesetzt, wo sie sich als Maßregelung konkreter richterlicher Entscheidungen darstellen¹⁹⁰. Weil der hierdurch geschützte sog. „Kernbereich“ nach allgemeiner Auffassung im Zweifel weit gesteckt bzw. auszulegen ist¹⁹¹, mag zwar im Einzelfall Streit über die Zulässigkeit entsprechender Maßnahmen möglich sein, aber nicht geschützt ist jegliche Missachtung der Gebote der Gewährung effektiven Rechtsschutzes durch Richter.

Hält man sich vor Augen, was in den fünfziger, sechziger und siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts als Gefährdungen der richterlichen Unabhängigkeit im Einzelnen diskutiert worden ist¹⁹², so dürfte die Bewertung gerechtfertigt sein, dass die früheren Auseinandersetzungen über Kern und Umfang der richterlichen Unabhängigkeit beendet sind und damit über die Grenzen einwirkender Maßnahmen kein ernsthafter Streit mehr besteht. Es ist nicht mein Anliegen, Sie insoweit mit Einzelheiten zu langweilen.

Die für manchen Richter fast wichtigste Frage, ob und inwieweit Richtern Ort und Zeit ihrer Diensttätigkeit im Einzelnen vorgeschrieben werden darf, ist ebenfalls geklärt. Nach der insoweit übereinstimmenden Auffassung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Richter – mit Blick auf seine sachliche Unabhängigkeit – nicht an allgemein festgesetzte Dienststunden gebunden¹⁹³; unberührt hiervon bleibt selbstverständlich die Verpflichtung, Beratungen und Sitzungen sowie Bereitschaft für Eilsachen wahrzunehmen. Ich halte die hierfür gegebene Begründung, freilich nur mit Blick auf Effektivitätsgesichtspunkte für im Wesentlichen richtig, auch wenn die Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, dass einzelne Richter von der insoweit bestehenden Freiheit unzulässigen Gebrauch machen. Notfalls muss die Richteraufsicht eingreifen, wenn den Behauptungen eines Richters, er habe sich außerhalb des Gerichtsgebäudes durchaus intensiv um seine Fälle gekümmert, keine greifbaren Resultate entsprechen.

Mehr als solche Fragen interessieren mich und sind auch für die Zukunft bedeutsam, wie und durch wen Richteraufsicht verfassungsrechtlich zulässig durchgeführt werden kann bzw. sollte:

cc) Es dürfte sich von meinem Ausgangspunkt her von selbst verstehen, dass es von Verfassungs wegen zumindest näher liegt, die Richteraufsicht nicht – wie bisher – zu großen Anteilen der Exekutive zu überlassen, sondern vielmehr von Anfang an (und nicht erst bei der Befassung der Richter-Dienstgerichte¹⁹⁴) eine wirksame *rechtsprechungsinterne* Kontrolle gesetzlich vorzusehen. Dafür sprechen auch und gerade Effektivitätsgesichtspunkte.

Die Erfahrung lehrt nämlich, dass richterliches Fehlverhalten dann oft zu einer falsch verstandenen Richter-Solidarität führt, wenn dem Fehlverhalten unter Einschaltung des jeweiligen Präsidenten durch die Justizverwaltung nachgegangen wird. In dieser Ausgangslage, die von dem Bild eines Gerichts als einer „nachgeordneten Behörde“ eines Ministeriums geprägt wird und in der der einzelne Richter sich mit guten Gründen wie ein weisungsabhängiger Beamter behandelt verstehen kann, besteht bei Kollegen, die diesen Vorgang beobachten und bewerten, selten eine Bereitschaft, auch nur die *Möglichkeit* in den Blick zu nehmen, dass der betroffene Kollege seinen Aufgaben ungenügend nachgekommen sein könnte. Die Folge ist dann oft auf der einen Seite eine unangemessene Nachsicht, die sich vor allem in unangemessenen „Entlastungen“ durch Präsidien ausdrückt. Es kommt auf der anderen Seite hinzu, dass letztlich kein Außenstehender hinreichend sicher beurteilen kann, inwieweit beispielsweise eine auf das Jahr bezogene Richter-Leistung berechtigter Weise gehegten Erwartungen und insbesondere den Geboten effektiven Rechtsschutz entsprechenden Forderungen entspricht.

Demgegenüber kann man meist seinen eigenen Kollegen zum einen kein X für ein U vormachen und zum anderen nachvollziehbar erläutern, welche beachtlichen Hindernisse etwa einer früheren Erledigung einer seit längerem anhängigen Sache entgegenstehen.

Deshalb wären die Gesetzgeber gut beraten, die Richteraufsicht, die als solche unentbehrlich und das notwendige Gegenstück zur richterlichen Unabhängigkeit ist, von Anfang an in die Hand von Richtergermien zu legen, die ihrerseits ausschließlich oder zumindest zu einem erheblichen Anteil durch Richter gewählt werden.

Vor diesem Hintergrund könnte *ich* mir auch vorstellen, dass der seinerseits unabhängige Rechnungshof über Richter Aufsicht übt.

dd) Nachsicht mit Kollegen, die sich beharrlich der Einsicht verweigern, dass ihnen die richterliche Unabhängigkeit nicht um ihrer selbst bzw. sonstigen Selbstverwirklichung wegen zuerkannt wird, sondern um des hohen Gutes der Verwirklichung des Rechtsstaats und insbesondere des Gebots des effektiven Rechtsschutzes willen, erscheint mir nicht angezeigt. Nach entsprechenden Ermahnungen sind von Verfassungs wegen empfindliche Gehaltseinbußen bis hin zur Entfernung aus dem Richteramt unter weitestgehendem Wegfall von Bezügen und Ruhegehalt durch Artikel 97 Absatz 2 des Grundgesetzes nicht von vornherein ausgeschlossen. Es bedarf keiner besonderen Betonung, dass mit solchen „ultima-ratio-

Maßnahmen“ selbstverständlich nicht auf den Inhalt der Rechtsprechung des jeweiligen Kollegen Einfluss genommen werden darf.

Eine abstrakt und im Einzelfall *effektive* Richteraufsicht ist notwendige aber auch ausreichende Bedingung dafür, dass die Gerichtsbarkeiten ihrer gegenüber den Volksvertretungen zweifelsfrei geschuldeten Verantwortung vor allem in finanzieller Hinsicht gerecht werden. Damit entfällt das einzige einigermaßen tragfähige Argument dafür, dass um der parlamentarischen Verantwortung willen zwischen Rechtsprechung und Volksvertretung die Exekutive implantiert bleiben müsse, weil angeblich auch in Rechtsprechungszusammenhängen nur die Exekutive (Regierung) parlamentarisch verantwortlich sein bzw. gemacht werden könne.

IV.

Ich habe eingangs meine Erwartung zum Ausdruck gebracht, dass Sie die meisten meiner Befürchtungen und Vorschläge für übertrieben halten werden. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre ich höchst zufrieden. Anderenfalls, also dann, wenn Sie meine Ausführungen für übertrieben und zu scharf formuliert halten, bitte ich Sie, sich abschließend einige Darlegungen aus dem Jahre 1951 anzuhören, die ein damals hoch geachteter und „hervorgehobener“ Richter geäußert hat, nämlich der Präsident des Verfassungsgerichtshofes für das Land Nordrhein-Westfalen und Präsident dessen Oberverwaltungsgerichts, Dr. Paulus van Husen:

„Wie soll ein Richter unabhängig sein, der sein ganzes Leben lang hinsichtlich der Beförderung in Aufrückestellen von der Exekutive abhängt. Die richterliche Unabhängigkeit ist eine verlogene Angelegenheit, solange dieses System besteht Ein ganz böses Kapitel ist die sogenannte Dienstaufsicht der Exekutive, die tausend Hände hat, um den Richter abhängig zu machen und die Rechtsprechung zu beeinflussen Eine ganz böse Fessel liegt ferner in dem Umstand, dass die Gerichte nicht selbst ihre Haushaltsmittel bei der Legislative beantragen, ihre Forderungen dort begründen und nur ihr gegenüber für die Verwendung verantwortlich sind, dass all das vielmehr in der Hand der Exekutive ist Den Gerichten kann also von der Exekutive der Brotkorb nach Belieben je nach Wohl- oder Schlechtverhalten höher gehängt werden. Dass man trotzdem von unabhängigen Gerichten spricht, ist einfach eine Verletzung der Wahrheit. Um so grotesker wirkt sich das alles bei den Verwaltungsgerichten aus. ... Der Kontrollierte sucht sich die Richter aus, hält sie durch Beförderungsaussichten und Dienstaufsichtsmittel in Atem, misst ihnen jährlich die sachlichen Bedürfnisse zu“¹⁹⁵

¹ A. Arndt, Die Innenminister und das Richtergesetz, DRiZ 1956, 56 ff.; vgl. auch D. Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S. 167 „...die Bedeutung der Unabhängigkeit (kann) nur in Verbindung mit der Funktion der Justiz sachgemäß erörtert werden.“

² ich kann ihm nur eingeschränkt zustimmen, was aber nichts mit schlechten *eigenen* Erfahrungen zu tun hat

³ in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Dritter Band 2. Halbband, 2. unveränderte Auflage 1972, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, S. 523 ff.

⁴ BVerfGE 38, 1 und 38, 139

⁵ BVerfGE 38, 139

⁶ a. a. O. S. 151 f.

⁷ vgl. Püttner, in: Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, 3. Aufl. 2001, Stichworte „Dienstaufsicht“ und „Aufsicht über nachgeordnete Behörden“, dort B. 3., S. 369; vgl. ebendort auch Kisker, Stichwort „Dienstaufsicht über Richter“: Sache der Justizverwaltung

⁸ a. a. O. S. 1088

⁹ a. a. O. S. 152 f.

¹⁰ a. a. O. S. 151

¹¹ a. a. O. S. 151

¹² BVerfGE 38, 1

¹³ BGBl. I S. 841

¹⁴ a. a. O. S. 17

¹⁵ a. a. O. S. 12

¹⁶ a. a. O. S. 21

¹⁷ a. a. O. S. 525 ff.

¹⁸ a. a. O. S. 527

¹⁹ a. a. O. S. 528

²⁰ a. a. O. S. 529

²¹ a. a. O. S. 530 f. und S. 637 f; vgl. auch D. Simon, a. a. O. S. 177, dort allerdings auch die Aussage über die „historische Erfahrung, .. wonach die Unabhängigkeit des Urteilers keine inhaltlichen Gutscheine liefert.“, ähnlich S. 57

²² a. a. O. S. 531; vgl. auch die Richtigstellungen bei Papier, NJW 2001, 1089, 1090 f.

²³ Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? Korreferat zum 40. Deutschen Juristentag 1953, hier zitiert aus Arndt, Gesammelte juristische Schriften, 1976, 367 ff.

²⁴ a. a. O. S. 370

²⁵ a. a. O. S. 375

²⁶ a. a. O. S. 385

²⁷ a. a. O. S. 385

²⁸ a. a. O. S. 378

²⁹ vgl. insbesondere a. a. O. S. 373 f.

³⁰ a. a. O. S. 385

³¹ der Exekutiveinfluss erscheint mir unverhältnismäßig stark, und die „Richteranteile“ sind allenfalls mit einer Lupe zu erblicken

³² vgl. Richter, Gericht und Rechtsweg in der Verfassung. Zugleich ein Betrag zur Lehre der Trennung von Justiz und Verwaltung, in: Archiv des öffentlichen Rechts NF 21, 1932, S. 183 ff.

³³ a. a. O. S. 372

³⁴ a. a. O. S. 372 f.; vgl. zwei Jahrzehnte später: D. Simon, a. a. O. insbes. S. 104 ff.

³⁵ a. a. O. S. 373 f.: vgl. auch D. Simon, a. a. O. S. 25 „...mehr oder weniger verschwiegenes Laufbahn- und Beförderungssystem“, welches das Beurteilungsproblem „unlösbar“ macht

³⁶ D. Simon, a.a.O. S. 180

³⁷ im Zusammenhang mit der Schaffung des Grundgesetzes, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie im staatsrechtlichen Schrifttum; vgl. Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, n.F. Band 1, 1951, S. 716, BVerfGE 26, 186 [198] sowie etwa Bernsdorff, in: Umbach/Clemens MK-GG, 2002, Artikel 97 Rdnr. 14 m. w. N.

³⁸ so ist wohl auch BVerfGE 17, 252 [259 f.] zu verstehen

³⁹ haupt- und ehrenamtlich tätigen, auch Probe- und Richtern kraft Auftrags

⁴⁰ Justizverwaltungen, Präsidenten etc.

⁴¹ vgl. BVerfGE 27, 211 [217]; 48, 246 [263]; vgl. aber den prozessualen „Umweg“ in BVerfGE 17, 252 [256 ff.]

⁴² vgl. Papier, NJW 1990, S. 9

⁴³ vgl. hierzu BVerfGE 12, 81 [88]; 55, 372 [391 f]; dort auch zur – im vorliegenden Zusammenhang weniger interessierenden – „angemessenen“ Richterbesoldung

-
- ⁴⁴ vgl. Detterbeck in: Sachs, GG, 3. Aufl., Artikel 97 Rd.-Nr. 7
- ⁴⁵ vgl. BVerfGE 73, 339 [373]
- ⁴⁶ BVerfGE 103, 111 [137]
- ⁴⁷ gerade ansatzweise umrissen
- ⁴⁸ vgl. etwa BVerfGE 26, 79 [93 f.] und 26, 186 [198]
- ⁴⁹ BVerfGE 55, 372 [389 f.]
- ⁵⁰ neben immer noch *vereinzelt* Versuchen einzelner Haushaltsgesetzgeber, über Haushaltsgesetze auf Rechtsprechung Einfluss zu nehmen, sowie äußerst bedauerlicher und zu Recht entsprechend geahndeter Versuche von Präsidenten oder Vorsitzenden, Richter zu beeinflussen
- ⁵¹ von Fach- oder Justizministern bis hin zu Behördenleitern
- ⁵² BVerfGE 26, 79 [93 f.]
- ⁵³ unter Umständen sogar mit Hilfe eines „gutgläubigen“ Gesetzgebers
- ⁵⁴ in der Erwartung deren „Dankbarkeit“
- ⁵⁵ BVerfGE 55, 372
- ⁵⁶ vgl. BVerfGE 26, 79 [92 ff.]
- ⁵⁷ a.a.O. S. 389
- ⁵⁸ vgl. BVerfGE 12, 81 [96 ff., insbesondere 97 f. „... kann freilich nicht ausgeschlossen werden, dass die Justizverwaltung ... bei Beförderungen Einflüssen Raum gibt, die eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit bedeuten können.“]
- ⁵⁹ a.a.O. S. 386
- ⁶⁰ a.a.O. S. 387 f.
- ⁶¹ als bspw. Präsident etc.
- ⁶² a.a.O. S. 387
- ⁶³ a. a. O. S. 388; vgl. auch die nachfolgend noch abgehandelte Entscheidung BVerfGE 56, 146 [165 f.]
- ⁶⁴ und dies erscheint mir bereits für den Ist-Zustand ganz wesentlich
- ⁶⁵ zwar meines Erachtens sich aufdrängende und eindeutig zu beantwortende, aber im neueren Schrifttum (vgl. Groß, ZRP 1999, S. 361, 363) „stiefmütterlich“ behandelte
- ⁶⁶ meist in Gestalt der Justizminister bzw. –Senatoren und deren Personal-Abteilungsleiter
- ⁶⁷ entsprechend den vorherigen Ausführungen
- ⁶⁸ nachfolgend unter 2.
- ⁶⁹ Bettermann, a. a. O. S. 605
- ⁷⁰ a. a. O. S. 605 ff.
- ⁷¹ a. a. O. S. 610
- ⁷² wie er und sich ihm anschließend ich
- ⁷³ wie ich bereits eingangs betont habe und worauf im Grunde die gesamte Argumentation von Ehlers (Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl, 1998, S. 36 f.) hinausläuft, wenn man von einem auf S. 16 untergebrachten, in diesem Zusammenhang nicht weiterführenden Hinweis auf BVerfGE 41,1 [10] absieht.
- ⁷⁴ entgegen der bislang herrschenden Meinung zu dieser Frage (vgl. Groß, ZRP 1999, S. 361, 363; vgl. aber BVerfGE 56, 146 [166]: „Die Übertragung eines herausgehobenen Richteramtes bewirkt daher eine wesentliche statusrechtliche Veränderung.“
- ⁷⁵ gegenüber Parlament und Justizverwaltung
- ⁷⁶ auch in den Fällen einer Beförderung eines dem Gericht bereits angehörenden Vorsitzenden
- ⁷⁷ Gerichtsbarkeit, Rechtsunterworfenen allgemein und insbesondere potenzielle Verfahrensbeteiligte
- ⁷⁸ weil ich auch schon einmal zwei Jahre Vorsitzender war, weiß ich bei kritischer Selbsteinschätzung, wovon ich rede; vgl. auch D. Simon, a.a.O. S. 29: Segeln „zwischen der Scylla des Sitzenbleibens und der Charybdis der Anpassung“
- ⁷⁹ unter 2.
- ⁸⁰ vgl. Betrifft Justiz 2003, S. 196 ff.; vgl. auch D. Simon, a.a.O., S. 169, der hinsichtlich der Richter des Bundesverfassungsgerichts deren begrenzte Amtsdauer und die Unmöglichkeit der Wiederwahl als Garantie der inneren Unabhängigkeit „in dem auf diesem Feld erreichbaren Umfang“ ansieht
- ⁸¹ BVerfGE 70, 251
- ⁸² Vf. 15 – VII – 01
- ⁸³ vgl. BVerfGE 10, 285 (295)
- ⁸⁴ vgl. BVerfGE 54, 277 (291)
- ⁸⁵ wie ich meine:
- ⁸⁶ vgl. auch die Nachweise bei D. Simon, a.a.O., S. 37 über die „Hierarchie im Richterkollegium“
- ⁸⁷ abgeordneten Richtern
- ⁸⁸ salopp gesprochen
- ⁸⁹ vgl. nochmals BVerfGE 12, 81 [96 f.] mit beifällig zitierter und äußerst lesenswerter Äußerung Adickes; vgl. zu diesem auch DRiZ 1965, 255 ff.; vgl. ferner die Nachweise bei D. Simon, a.a.O., S. 33 über schon seit 1830

unternommene Versuche im Schrifttum, Hindernisse für eine „echte“ Unabhängigkeit auszuräumen, die mit Beamtenstellung, Beurteilung und Beförderung zusammenhängen

⁹⁰ wie ausgeführt

⁹¹ vgl. von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Artikel 95 Anmerkung 4., S. 520

⁹² vgl. Classen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl., Art. 98 Rdnr. 9 und 11; vgl. auch BVerwGE 70, 270 [274]

⁹³ BVerfGE 2, 307 [320]

⁹⁴ vgl. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF Band 6 (1957), S. 194 ff., 204 (Fußn. 29)

⁹⁵ vgl. BVerfGE 3, 225 [247]; 34, 52 [59]

⁹⁶ vgl. BVerfGE 9, 268 [279 f.] st.Rspr.

⁹⁷ vgl. BVerfGE 95, 1 [15]

⁹⁸ vgl. bereits BVerfGE 4, 331 [346 f.]; 4, 387 [399 f.]; 7, 183 [188 f.]; neuerdings noch BVerfGE 105, 61 [68]

⁹⁹ vgl. BVerfGE 4, 331 [346]

¹⁰⁰ vgl. BVerfGE 10, 200 [216]; vgl. auch BVerfGE 7, 183 [188]: „... gegen Einwirkungen stärker abgeschirmt als die anderen Gewalten.“

¹⁰¹ BVerfGE 4, 331 [346]

¹⁰² wie schon ausführlich belegt

¹⁰³ vgl. Hülle, DRiZ 1976, 18 f. sowie die Hinweise in DRiZ 1975, 341 f.

¹⁰⁴ und dies erscheint mir noch bedeutsamer

¹⁰⁵ vgl. nochmals BVerfGE 4, 331 [346 „Mißtrauen“] sowie BVerfGE 103, 111 [139 f. „...Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten..“]

¹⁰⁶ Stichwort: „botmäßiges Verhalten“

¹⁰⁷ unter dem Stichwort „Dankbarkeit“

¹⁰⁸ hier nur *unterstellte*

¹⁰⁹ zwar nicht im zitierten Arndt'schen Verständnis, sondern in einem allgemeineren

¹¹⁰ BVerwGE 70, 270

¹¹¹ a. a. O. S. 272

¹¹² a. a. O. S. 274 ; vgl. auch BVerwGE 102, 168 [170 „...Personalhoheit der Exekutive als Grundlage der parlamentarischen Verantwortlichkeit des zuständigen Ministers für die personelle Besetzung der zu seinem Geschäftsbereich gehörenden Gerichte.“]

¹¹³ vgl. BVerfGE 91, 228 [245]

¹¹⁴ vgl. Lecheler, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, § 72 Rdnrn. 71 f.

¹¹⁵ vgl. BVerfGE 9, 268

¹¹⁶ a. a. O. S. 282; bekräftigt in BVerfGE 93, 37 [73 „...allein die ihm vorgesetzten Dienstbehörden entscheiden, die in einem hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnis stehen..“]

¹¹⁷ neben der Sachentscheidungs-, Organisations- sowie der Finanzgewalt

¹¹⁸ vgl. etwa Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band 3, 5. Aufl. 2004, § 81 IV 2, Rdnrn. 197 ff.

¹¹⁹ vgl. die gleichnamige Schrift von Lecheler, 1977

¹²⁰ a. a. O. § 72 Rdnr. 72

¹²¹ a. a. O. § 72 Rdnr. 76

¹²² Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 47

¹²³ im Anschluss an Adolf Arndt

¹²⁴ a. a. O. S. 101 ff., insbesondere S. 102 und 106

¹²⁵ und fast verschämt

¹²⁶ durch die Verwendung des auf Beamtenverhältnisse zugeschnittenen Begriffs „Verleihung eines anderen Amtes mit anderem Endgrundgehalt“

¹²⁷ Schmidt-Räntsch, 5. Aufl.

¹²⁸ Kissel/Mayer, GVG, 4. Aufl.

¹²⁹ a. a. O. § 1 Rdnr. 36

¹³⁰ a. a. O. § 1 Rdnr. 152

¹³¹ Band III, 1988, § 74

¹³² a. a. O. Rdnrn. 68 ff.

¹³³ a. a. O. Rdnr. 68

¹³⁴ a. a. O. Rdnr. 70

¹³⁵ Ich will mich davon nicht ausnehmen, weil meine erstmalige R 2-Beförderung (Patentgericht) ebenso wie meine Versetzung auf einen erstinstanzlichen Vorsitzendenposten durch die jeweilige Exekutive – ohne Beteiligung von Richterwahlausschüssen – erfolgte und selbst bei meiner Richterwahl exekutivische Einflüsse nicht zu leugnen wären.

¹³⁶ vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band 1, 11. Aufl. 1999, § 20 I 7 Rdnr. 11

- ¹³⁷ a. a. O.; so ist wohl auch die Bemerkung in BVerfGE 41, 1 [9] zu verstehen, wo gerichtliche Vertretungsorgane als solche begriffen werden, die „zur Kontrolle der im gewaltenteiligen Rechtsstaat unvermeidbaren personellen Einflußnahme der Exekutive auf die rechtsprechende Gewalt“ dienen können
- ¹³⁸ vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band 1, 11. Aufl. 1999, § 20 I 7 Rdnrn. 9, m. w. N.
- ¹³⁹ vgl. Voßkuhle, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl., Art. 95 Rdnr. 31 m. w. N.
- ¹⁴⁰ BVerfGE 55, 372
- ¹⁴¹ a.a.O. S. 389
- ¹⁴² zu sein hätte
- ¹⁴³ „ausgebootet“
- ¹⁴⁴ wie man weiß
- ¹⁴⁵ entgegen der ganz herrschenden Meinung
- ¹⁴⁶ sogar einschließlich der Obersten Bundesgerichte
- ¹⁴⁷ Artikel 20 Abs. 2 des Grundgesetzes
- ¹⁴⁸ vgl. umfassend Voßkuhle, a. a. O., Art. 95 Rdnr. 30 und Classen, a. a. O. Art. 98 Rdnrn. 15 ff.; vgl. auch D. Simon, a.a.O., S. 110
- ¹⁴⁹ vgl. OVG Schleswig, NJW 2001, 3495
- ¹⁵⁰ vgl. Voßkuhle, a. a. O., Art. 95 Rdnrn. 37 ff. m. w. N.
- ¹⁵¹ aber nicht eingefordert werden darf
- ¹⁵² in Artikel 95 Abs. 2
- ¹⁵³ ähnlich Achterberg, BK-GG, Art. 95 Rdnr. 268; vgl. nochmals BVerfGE 24, 268 [276 „...wertlos.“]
- ¹⁵⁴ Artikel 28 Abs. 1 Satz 2 GG
- ¹⁵⁵ vgl. BVerfGE 6, 376 [384 f.]
- ¹⁵⁶ als Abgeordneter, Bürgermeister, Landrat etc.
- ¹⁵⁷ hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums
- ¹⁵⁸ vgl. etwa BVerfGE 26, 72 [78]; 26, 79 [93]; 26, 141 [158 ff.]; 56, 87 [95,99]
- ¹⁵⁹ vgl. BVerfGE 56, 146
- ¹⁶⁰ a.a.O. S. 165 f.
- ¹⁶¹ nach meinen vorherigen Darlegungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ohne Weiteres
- ¹⁶² vgl. etwa Ehlers, Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl, 1998, S. 40 ff.; grundlegend Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 71 ff.
- ¹⁶³ ausführlich für Exekutive: BVerfGE 93, 37 [66 ff.]
- ¹⁶⁴ sog, ununterbrochene Legitimationskette, vgl. BVerfGE a.a.O., S. 67 m. w. N.
- ¹⁶⁵ vgl. Voßkuhle, a. a. O., Art. 95 Rdnr. 30
- ¹⁶⁶ vgl. BVerfGE a.a.O., S. 68 („der demokratische Legitimationszusammenhang... bezieht sich jeweils auf das im Wege solcher Legitimation verliehene Amt, geht nicht darüber hinaus...; der Amtswalter handelt in diesem Bereich persönlich,...“); vgl. auch D. Simon, a.a.O., S. 134 „... nur eine dünne demokratische Legitimation.“
- ¹⁶⁷ Innenministerium oder Ministerpräsident – Staatskanzlei –
- ¹⁶⁸ und nicht im Anschluss an die Vorbereitung selbst entscheidet
- ¹⁶⁹ insoweit abweichend von Artikel 104 der Weimarer Reichsverfassung
- ¹⁷⁰ vgl. BVerfGE 4, 331 [345]
- ¹⁷¹ vgl. BVerfGE 83, 60 [72 f.]
- ¹⁷² salopp gesprochen
- ¹⁷³ nachfolgend unter d)
- ¹⁷⁴ Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 66
- ¹⁷⁵ vgl. Barbey, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch, Band III, 1988, § 74 Rdnrn. 26 ff. mit äußerst lesenwerter Begründung und einzelnen Ableitungen
- ¹⁷⁶ BVerfGE 78, 216 [219]
- ¹⁷⁷ vgl. etwa BVerfGE 22, 49 [73 ff.]; vgl. auch nochmals BVerfGE 7, 183 [188 „...abgeschirmt.“]
- ¹⁷⁸ vgl. a. a. O. S. 76 f
- ¹⁷⁹ a. a. O. S. 73 ff
- ¹⁸⁰ jeder einzelne Richter
- ¹⁸¹ wie dargelegt
- ¹⁸² Eingangs- und Beförderungsamts
- ¹⁸³ vgl. Zinn, 37. Sitzung des Hauptausschusses des Parl. Rates, Sten. Ber., S. 465 „Vertrauensbasis“; vgl. auch die äußerst lesenswerten Ausführungen Böttchers, in: Umbach/Clemens, MK-GG, 2002, Vor Art. 92 ff. Rdnr. 4 ff.
- ¹⁸⁴ und sonstigen „Eliten“
- ¹⁸⁵ vielleicht sogar in einer Vielzahl
- ¹⁸⁶ meist betrifft dies größere Gerichte
- ¹⁸⁷ und damit den notwendigen Zeitaufwand
- ¹⁸⁸ Krankheiten, auf familiären und sonstigen Umständen beruhende Leistungstiefs, gerichtsinterne Behinderungen etc.; vgl. auch BVerfGE 17, 252 [259 ff.]

¹⁸⁹ vgl. D. Simon, a.a.O., S. 22; Papier, NJW 2001, 1089,1091 „Justizgewährleistungspflicht“

¹⁹⁰ vgl. BVerfGE 38, 139 [152]

¹⁹¹ vgl. etwa BGH, DRiZ 1977, 56

¹⁹² vgl. etwa Herbert Arndt, Die Unabhängigkeit des Richters – insbesondere ihre Bedeutung für die Beurteilung -, DRiZ 1971, S. 254 mit vielen Beispielen und weiteren Nachweisen; neuerdings Papier, NJW 2001, 1089, 1091 ff.

¹⁹³ vgl. BGHZ 113, 36 und BVerwGE 78, 211

¹⁹⁴ vgl. zu deren vornehmsten Aufgaben BVerfGE 87, 68 [85 f.]

¹⁹⁵ vgl. van Husen, Die Entfesselung der Dritten Gewalt, AöR 78 (1952), S. 49 ff.