

## Scherbenhaufen im BGH?

Am 11.01.2012 hat der 2. *Strafsenat* (*StS*) des *BGH* in zwei verschiedenen Sitzgruppen einander widersprechende Entscheidungen zu seiner eigenen ordnungsmäßigen Besetzung bezüglich der Person des Vorsitzenden getroffen. Sitz des Problems ist die Entscheidung des *BGH-Präsidiums* für das Geschäftsjahr 2012, dem Vorsitzenden des 4. *StS* auch den Vorsitz im 2. *StS* zu übertragen. Sollte hierdurch die Garantie des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt worden sein, dürften bei entsprechender Rüge alle vom 2. und 4. *StS* bis zum altersbedingten Ausscheiden des Vorsitzenden Richters Ende Mai gefällten Entscheidungen vom *BVerfG* aufzuheben sein.

Paradoxerweise ist diese Sackgasse durch zwei je für sich höchst begrüßenswerte Schärfungen des rechtsstaatlichen Profils der deutschen Rechtspflege entstanden, die zu einem schwer auflösbaren Antagonismus geführt haben: Auf der einen Seite steht die enorme Intensivierung der richterlichen Kontrolle der Beamten- und Richterernennung anhand von Art. 33 Abs. 2 GG, die vom *BVerfG* entscheidend gestützt und vom *BVerwG* in seinem Urt. v. 04.11.2010 (*BVerwGE* 138, 102) durch die Aufhebung der Ernennung des Präsidenten des *OLG Koblenz* zu einem spektakulären Höhepunkt geführt worden ist. Nachdem die Wiederbesetzung der seit dem 01.02.2011 vakanten Vorsitzendenstelle am 2. *StS* durch den Beschluss des *VG Karlsruhe* vom 24.10.2011 (4 K 2146/11, *juris*) vorläufig blockiert worden ist, wurde für das Präsidium des *BGH* die im Vergleich zu Art. 33 Abs. 2 GG nicht weniger fundamentale rechtsstaatliche Garantie des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu einer auf den ersten Blick schier ausweglosen Falle: Die Wahrnehmung der Aufgaben des Vorsitzenden durch dessen Stellvertreter, die in § 21f Abs. 2 GVG für (scil.) vorübergehende Verhinderungen vorgesehen ist, soll nach verschiedenen höchst-richterlichen Entscheidungen (die allerdings keinen Fall der Vakanz wegen erfolgreicher Konkurrentenklage betrafen) nur für einen begrenzten Zeitraum zulässig sein. Der offenbar deshalb nunmehr vom *BGH-Präsidium* gewählte Ausweg, dem Vorsitzenden des 4. auch den Vorsitz im 2. *StS* zu übertragen, verträgt sich aber nicht mit dem vom *Großen Zivilsenat* in *BGHZ* 23, 210 formulierten Prinzip, dass der Vorsitzende mindestens 75 % der Vorsitzendenaufgaben selbst wahrnehmen müsse (= in 2 Senaten 150%). Und die hinter den Äußerlichkeiten dieser Prozentrechnung stehende materielle Garantie wird noch deutlicher beeinträchtigt, denn ein in der Sorgfalt und Intensität seiner Mitwirkung im Einzelfall institutionell behinderter Vorsitzender kann erst recht nicht »gesetzlicher Richter« sein.

Ein Ausweg aus diesem Dilemma ist deshalb nur in der Weise vorstellbar, dass man die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den gesetzlichen Richter nicht auf den richterrechtlichen Status, sondern die Funktion bezieht, dergestalt, dass der in *BGHZ* 23, 210 geforderte ominöse »richtungsgebende Einfluss« des Vorsitzenden immerhin und nur verlangt, dass *ein* Richter des Spruchkörpers dessen *gesamte* Spruchtätigkeit überblickt und koordiniert. Diese Person kann, solange die förmliche Vorsitzendenstelle aus zwingenden rechtlichen Gründen vakant ist, für diesen Zeitraum von dem im Geschäftsverteilungsplan zu bestimmenden Stellvertreter als »funktionalem Vorsitzenden« wahrgenommen werden (was übrigens auch mit dem Wortlaut des § 21f GVG, der ja von einer zeitlichen Begrenzung gar nichts weiß, ohne weiteres zu vereinbaren ist).

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