

# JURISTEN-JAHRBUCH

Unter Mitarbeit

des Deutschen Juristentages, des Deutschen Richterbundes,  
des Deutschen Anwaltvereins, der Bundesnotarkammer  
und von Angehörigen der juristischen Fakultäten und der Justizministerien

herausgegeben von

PROF. DR. GERHARD ERDSIEK

Ministerialdirektor a. D.

8. Band · 1967/68



VERLAG DR. OTTO SCHMIDT KG  
KÖLN-MARIENBURG

## DER VORSITZENDE DES KOLLEGIALGERICHTS

Werner Sarstedt

Man nennt den Vorsitzenden des Kollegialgerichts nicht selten einen „primus inter pares“. Das ist eine wenig klare Bezeichnung. Sie gibt keinen Begriff von den besonderen Aufgaben des Vorsitzenden, deren Regelung über das ganze Gesetz, sogar über mehrere Gesetze verstreut ist, und von denen manche überhaupt nicht gesetzlich niedergelegt sind.

Die Worte „primus inter pares“ machen nicht deutlich, daß der Vorsitzende eigene funktionelle Zuständigkeiten hat, bei denen er von den anderen Mitgliedern des Gerichts nicht einmal beraten, geschweige denn überstimmt werden kann. Der Vorsitzende, der etwa einen Pflichtverteidiger auswählt (§ 142 Abs. 1 StPO), einen Termin zur Hauptverhandlung anberaumt (§ 213 StPO), den „Antrag auf Ladung einer Person“ ablehnt (§ 220 Abs. 1 Satz 1 StPO), einen Berichterstatter bestimmt (§ 69 Abs. 1 GVG), hat dabei das Kollegium gar nicht zur Verfügung. Er ist hier kein primus inter pares, sondern er ist allein. Die Beisitzer können sich hier schon deshalb nicht beteiligen, weil sie von der Entscheidung erst nachträglich erfahren. Allenfalls können sie Änderungsvorschläge machen. Die Neigung dazu kann aber nicht groß sein, weil solche Vorschläge immer unverbindlich sind. Die Kammer kann nicht beschließen, daß statt des Beisitzers A der Beisitzer B oder der Vorsitzende Berichterstatter, statt des Rechtsanwalts M der Rechtsanwalt N Verteidiger sein solle; sie kann den Termin zwar in der Hauptverhandlung aussetzen, aber nicht außerhalb der Hauptverhandlung vor- oder zurückverlegen. Man kann auch nicht sagen, daß es sich hier nur um unwichtige Dinge handle. Das Schicksal des Angeklagten kann davon abhängen, daß er einen gerade für seine Sache geeigneten Verteidiger bekommt.

### I.

#### Vorbemerkung

Auch in der Hauptverhandlung selbst gibt es funktionelle Zuständigkeiten des Vorsitzenden, bei denen er nicht nur gleichsam als Sprecher des ganzen Gerichts, sondern aus eigenem Recht tätig wird (oder untätig bleibt!) und vom Kollegium nicht kontrolliert werden kann. Die Abgren-

## Der Vorsitzende des Kollegialgerichts

zung zwischen der Verhandlungsleitung, die seine alleinige Sache sein soll, und der Sachleitung, bei der das Kollegium zur Entscheidung berufen sein kann, ist bekanntlich umstritten und schwierig. Auch ist sie für Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Vorsitzenden nicht schlechthin, nicht allein entscheidend. Auch bei der Verhandlungsleitung, selbst bei der Handhabung der „Sitzungspolizei“ bedarf er manchmal der Mitwirkung des Kollegiums (etwa bei der Entfernung oder Festhaltung von Störern, § 177 GVG, oder bei Ordnungsstrafen wegen Ungebühr, § 178 GVG). Andererseits trifft es nicht zu, daß er bei der Sachleitung immer „nur vorläufig an Stelle des Gerichts“ tätig werde<sup>1)</sup>. Denn seine Anordnungen können — sei es aus der Mitte des Kollegiums, sei es von einem Prozeßbeteiligten — nur „als unzulässig“ beanstandet werden. Das bedeutet unter anderem, daß das Kollegium gegen die Unfähigkeit eines Vorsitzenden so gut wie machtlos wäre. Zwar kann jeder Beisitzer, jeder Prozeßbeteiligte die Initiative zu weiterer Aufklärung ergreifen und eine Abstimmung darüber erzwingen; aber gegen ungeschickte Reihenfolge der Vernehmungen, gegen aussichtslose Vorhaltungen, schlechte Zeitausnutzung, nervöse Gereiztheit, unkonzentrierte Verhandlungsführung, überflüssige Unterbrechungen, schwache Urteilsbegründung ist kaum etwas zu machen. Soweit das Gesetz dem Vorsitzenden nicht konkrete Pflichten auferlegt (wie zB in §§ 52 Abs. 2 Satz 1, 57, 59 ff., 63, 258 Abs. 3, 265 StPO), ist das Kollegium nur selten in der Lage, Unterlassungen zu beanstanden, den Vorsitzenden zum Handeln zu zwingen. Es kann niemals „unzulässig“ sein, wenn der Vorsitzende den sich endlos wiederholenden und vom Thema abschweifenden Angeklagten *nicht* unterbricht. Es ist nicht „unzulässig“, daß dem Vorsitzenden die passende Antwort auf eine ungehörige Bemerkung nicht einfällt, daß er sich bei der Vernehmung in den ungeeignetsten Augenblicken vom Verteidiger unterbrechen läßt, daß er Zeugen und Sachverständigen Ausführungen zum Strafmaß hingehen läßt. Selbst ein Verhalten, das die Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen würde, kann ein Mitglied des Kollegiums nicht aus diesem Grunde beanstanden.

### II.

#### Die besondere Qualifikation zum Vorsitz

Diese wenigen Andeutungen, die jeder erfahrene Praktiker mühelos zu einem stattlichen Katalog ausbauen könnte, zeigen noch etwas anderes.

<sup>1)</sup> wie Koeniger, Die Hauptverhandlung in Strafsachen, 1966, 214 sagt.

Jemand kann ein ausgezeichneter Jurist, ein tiefer Menschenkenner, ein gütiger und verständnisvoller Richter und trotzdem zum Vorsitzenden so ungeeignet sein wie nur möglich<sup>2)</sup>. Es gibt Richter, die das von sich selbst wissen und die deshalb ihren Ehrgeiz nicht auf die Stellung eines Vorsitzenden richten. Auf der anderen Seite gibt es Richter, denen solche Erfahrungen so fremd zu sein scheinen, daß sie vorgeschlagen haben, den Vorsitz unter den Mitgliedern des Kollegiums turnusmäßig umlaufen zu lassen. Stellenweise ist über solche Vorschläge sogar abgestimmt worden, und in einem mir bekannt gewordenen Falle bei einem großen Landgericht hat sich dafür eine Mehrheit gefunden, die sich zahlenmäßig zu der Minderheit fast genau so verhielt, wie die Zahl der Landgerichtsräte zu der Zahl der Landgerichtsdirektoren bei diesem Gericht. Das ist auffallend; irgend etwas ist hier nicht in Ordnung. Gewiß mögen die Begabungen zum Vorsitz dichter gesät sein als die Planstellen für Vorsitzende; und gewiß ist es hart, wenn jemand, der diese Begabung in sich fühlt, aus diesem Grunde fürchten muß, sich nie oder doch erst spät bewähren zu können. Zweifellos unterlaufen der Justizverwaltung auch Mißgriffe bei der Besetzung von Vorsitzendenstellen. Es muß eingeräumt werden, daß es für die Beisitzer eine Qual sein kann, unter einem für den Vorsitz wenig geeigneten Richter arbeiten zu müssen und kein Ende abzusehen. Es wäre deshalb zu verstehen, wenn vorgeschlagen würde, daß jedes Kollegium sich seinen Vorsitzenden selbst wählen solle, sei es auf die Dauer, sei es für bestimmte Zeiträume, wobei Wiederwahl zulässig sein müßte. So etwas gibt es ja in anderen Gremien, zum Beispiel im Parlament. Es hätte auch im Kollegialgericht manche Vorzüge. Im allgemeinen werden die Mitglieder des Kollegiums selbst ein richtigeres Urteil darüber haben können, wer von ihnen der Geeignetste ist, als die Justizverwaltung, die dabei — so etwas ist vorgekommen — auch noch andere Gesichtspunkte berücksichtigt als die Eignung. Es könnte vielleicht die kollegiale Zusammenarbeit verbessern, wenn der Vorsitzende den Beisitzern nicht von außen, von „oben“ her „vorgesetzt“ würde. Mancher Vorsitzende gäbe sich vielleicht auch größere Mühe und wäre rücksichtsvoller im Gedanken daran, daß er sonst das Vertrauen seiner Mitarbeiter und die Aussicht auf eine Wiederwahl einbüßen könnte. Gleiche Besoldung des jeweils vorsitzenden Richters und der anderen Mitglieder des Kollegiums würde ungesunden Ehrgeiz auf der einen, unter-

<sup>2)</sup> Vgl. die Kritik *Slings* an dem Vorsitzenden des Krantz-Prozesses, „Richter und Gerichtete“, 1929, 12 ff., 17 f., 22, 29 ff.

drückten Neid auf der anderen Seite wohl dämpfen. Um geeignete Vorsitzende zu finden, brauchte man sie kaum besser zu bezahlen; auch ohne das würden die Geeigneten wohl bereit sein. Gehört doch, wie die Erfahrung gezeigt hat, ein ganz erheblicher Besoldungsunterschied dazu, wenn man den Vorsitzenden eines niedrigeren Gerichts bewegen will, Beisitzer eines höheren Gerichts zu werden.

Über solche Veränderungen könnte man sich also unterhalten. Aber wer dafür eintritt, den Vorsitz unter den Mitgliedern des Kollegiums ohne Ansehen der Person umlaufen zu lassen, beweist damit, daß gerade er von den Erfordernissen des Vorsitzens nicht genug weiß. Ihr etwaiges Fehlen zeigt sich freilich nicht in allen Kollegien mit gleicher Schärfe. In der ruhigen Atmosphäre eines Zivilgerichts oder auch eines Revisionsgerichts braucht die mangelnde Eignung eines Vorsitzenden nicht gleich schwere Folgen zu haben. Oft genügt hier schon eine gewisse Zurückhaltung, um sie weniger in Erscheinung treten zu lassen. Aber unsere Strafprozeßordnung macht in der tatrichterlichen Verhandlung dem Vorsitzenden (übrigens auch dem Einzelrichter) solche Zurückhaltung unmöglich. Wir stellen es hier vor allem auf den Schwurgerichts- und Strafkammervorsitzenden ab, weil sein Amt das schwerste ist. Es geht hier fast immer um Schicksale. Der Zusammenprall zwischen dem Einzelmenschen und dem Staat erzeugt schwerere Spannungen als eine Auseinandersetzung zwischen zwei Bürgern. Im Zivilprozeß können die Anwälte ausgleichend, vermittelnd, mindestens versachlichend wirken; im Strafprozeß ist das vielfach nicht möglich, weil hier der unmittelbare Kontakt zwischen dem Angeklagten und dem Gericht erhalten bleiben muß. Die Öffentlichkeit ist am Strafprozeß weit stärker interessiert als am Zivilprozeß. Vom Strafrichter zum Angeklagten ist es ein sehr steiler Abhang. Darüber hinweg Verständnis fühlen zu lassen, freundlich zu sein und doch Abstand zu wahren, über einen Mitmenschen Leiden zu verhängen, ohne dessen Würde zu verletzen — das ist nicht jedem gegeben, mindestens nicht dem einen so gut wie dem anderen, und es ist nicht über bescheidene Anfänge hinaus erlernbar.

Wenige haben sich darüber so oft und so eingehend Gedanken gemacht wie Sling (Paul Schlesinger), der Gerichtsberichterstatter der Vossischen Zeitung in den zwanziger Jahren. Er nennt einen Vorsitzenden „sehr verbindlich, sehr gutherzig, einen ganz besonders befähigten Justizverwaltungsbeamten, einen vortrefflichen Mann“, der „alle ethischen und juristischen Voraussetzungen erfüllt“, er sagt ihm „besten Willen, aus-

gesprochenes Verantwortungsgefühl, weites Verständnis für unsere Zeit und ihre Nöte“ nach, findet sogar sein Urteil „nicht nur im materiellen Sinne vernünftig“; und dann spricht er „nicht leichten Herzens“ sein eigenes Urteil über ihn: „Aber zum Schwurgerichtsvorsitzenden eignet er sich nun mal nicht“<sup>3)</sup>. Was hat er eigentlich an ihm auszusetzen? Er sagt darüber wenig. Einmal nennt er ihn „sprachlich gehemmt“<sup>4)</sup>, ein anderemal spricht er von seinem „schwachmütigen Aufbrausen“<sup>5)</sup>. Auch der Verteidiger, der mit diesem Vorsitzenden einen schweren Zusammenstoß hatte, hebt dessen gute Seiten hervor<sup>6)</sup>: „Die ruhige väterliche Art“, „die vornehme Gesinnung“<sup>7)</sup>.

Die Durchsicht der beiden Darstellungen ergibt zunächst eine gewisse Ungeschicklichkeit des Vorsitzenden. Während er den Angeklagten zur Person vernimmt, stellt er ihm — offenbar nur aus Versehen — eine Falle: „Diese Schule besuchten Sie noch, als Sie im Anschluß an Ihre Tat (!) verhaftet wurden?“<sup>8)</sup>. Die Antwort war: „An meine Tat? Ich habe nichts begangen.“ Ein solcher Zwischenfall mag für ein Ablehnungsgesuch vielleicht nicht ausreichen; aber er sollte völlig unmöglich sein. Gerade daß der Vorsitzende sich erkennbar absichtslos anmerken läßt, er halte den bestreitenden Angeklagten für schuldig, muß die Atmosphäre vergiften. So gedankenlos darf man einfach nicht sein. Später zeigt sich ein Mangel an Selbstbeherrschung. Zweifellos steht es dem Vorsitzenden verfahrensrechtlich zu, den Verteidiger — oder wen auch immer — jederzeit zu unterbrechen. Das gehört zur Verhandlungsleitung. Aber wenn er ihm gerade das Wort zu einer Frage an einen Zeugen erteilt hat, ist es ganz schlechte Form, ihn mitten in dieser Frage zu unterbrechen<sup>9)</sup>. Es ist zwar nicht korrekt, aber höchst verständlich, daß nunmehr der Verteidiger ausfallend wird („Ich verbitte mir . . .“) <sup>9)</sup>. Und nun kommt es zu einem faux pas nicht allein des Vorsitzenden, sondern des ganzen Gerichts, für den mE aber der Vorsitzende die eigentliche Verantwortung trägt, und zwar nicht nur gegenüber dem Verteidiger und der Öffentlichkeit, sondern vor allem auch gegenüber seinen eigenen Beisitzern. Der Vorsitzende verkündet den Beschluß: „Das Gericht läßt die Frage nicht

<sup>3)</sup> aaO, 31.

<sup>4)</sup> aaO, 22.

<sup>5)</sup> aaO, 33.

<sup>6)</sup> Frey, Ich beantrage Freispruch, 1959, 303.

<sup>7)</sup> aaO, 308.

<sup>8)</sup> aaO, 303.

<sup>9)</sup> aaO, 362.

zu, da sie nicht zur Sache gehört. Außerdem ermächtigt mich das Gericht, zu erklären, daß es über das Benehmen des Verteidigers empört ist“<sup>10)</sup>. Der erste dieser beiden Sätze ist wenigstens der Form nach korrekt. Ob die Frage wirklich nicht zur Sache gehörte, hätte das Reichsgericht nachzuprüfen gehabt, wenn der Angeklagte verurteilt worden wäre, Revision eingelegt und dies gerügt hätte. Der zweite Satz dagegen ist eine Entgleisung, vor der der Vorsitzende das Gericht hätte bewahren müssen und können. Man kann ihm nicht zugutehalten, daß es sich um einen „Gerichtsbeschluß“ handle, den er nur als Sprecher des ganzen Gerichts verkündet habe und habe verkünden müssen, selbst wenn er ihm nicht gefallen haben sollte. Dabei ist noch nicht einmal entscheidend, daß es sich nach dem Wortlaut um eine „Ermächtigung“ handelt, von der der Vorsitzende keinen Gebrauch hätte zu machen brauchen. Ein Gericht hat nicht empört zu sein, und vor allem hat es nicht zu beschließen, daß es empört sei. Zu solchen „Entscheidungen“ ermächtigt das Verfahrensrecht das Gericht nicht. Es wäre Recht und Pflicht jedes Mitglieds, und vor allem des Vorsitzenden, gewesen, zu erklären: „Bei diesem Beschluß tue ich nicht mit, ich stimme noch nicht einmal dagegen. Sollte jemand von uns empört sein, so ist er dienstlich verpflichtet, sich zu beherrschen und sein Gefühl zu überwinden. Wir sind nicht berufen, einem Verteidiger schlechte oder auch gute Zensuren für sein ‚Benehmen‘ zu erteilen, zumal dann nicht, wenn daraus keine verfahrensrechtlichen Folgerungen gezogen werden können oder sollen.“ In dieser Lage wäre dem Vorsitzenden wirklich einmal die Rolle des „primus inter pares“ zugekommen; ihm hätte das als erstem einfallen müssen. Ebenso wäre es, nachdem ein solcher Zwischenfall einmal geschehen war, Sache des Vorsitzenden gewesen, von sich aus eine Verständigung anzubahnen. Wenn man die Beschreibung der Szene liest<sup>11)</sup>, in der auf Initiative des Verteidigers ein etwas fauler Kompromiß geschlossen wurde, dann versteht man, was Sling<sup>12)</sup> meint, wenn er in diesem Zusammenhang *anderen* Vorsitzenden Vorzüge nachrühmt wie „die Begabung, sich mit den einfachsten und doch oft so komplizierten Persönlichkeiten vom Richterstuhl herab zu verständigen, Einfühlung, Schlagfertigkeit und eine gewisse weltmännische Überlegenheit — will sagen: natürliche Autorität“. Dazu gehört sicherlich auch die Fähigkeit, einen Fehler, der jedem unterlaufen kann,

<sup>10)</sup> aaO, 363.

<sup>11)</sup> aaO, 372.

<sup>12)</sup> Richter und Gerichtete, 1929, 34.

sofort und unbefangen zuzugeben und gutzumachen. Wenn der Vorsitzende, nachdem er in der Hitze der Verhandlung den Verteidiger einmal zur Unzeit unterbrochen hatte, auf dessen Ausbruch geantwortet hätte: „Sie haben recht. Ich bitte Sie um Verzeihung. Könnten Sie Ihre Frage noch einmal stellen?“, so hätte er ihn gewiß völlig entwaffnet, ohne sich im geringsten etwas zu vergeben.

### III.

#### *Das Problem der Vertretung des Vorsitzenden*

In derartigen Fällen tut die Öffentlichkeit gewiß recht daran, in erster Linie den Vorsitzenden für das Auftreten des Gerichts verantwortlich zu machen, zu tadeln oder auch zu loben. Vielfach aber geschieht dies zu Unrecht. Schuld- und Strafausspruch sind Sache des ganzen Gerichts; es entspricht nicht dem Verfahrensrecht, wenn, wie so oft, in der Zeitung berichtet wird: „Der Vorsitzende vertrat bei der Urteilsbegründung die Ansicht . . .“ Es muß ja nicht seine Ansicht, es kann die Ansicht einer Mehrheit oder gar — bei Freisprüchen oder anderen Entscheidungen zugunsten des Angeklagten — nur die Ansicht einer Minderheit sein. Aber trotzdem entspräche es, im Guten wie im Schlimmen, nicht ganz der Wirklichkeit, wenn man immer nur von der Möglichkeit ausginge, daß der Vorsitzende in der Minderheit gewesen und deshalb nicht verantwortlich sei. Als Revisionsrichter, also doch auch, wie die Presse, als ein Außenstehender, macht man nämlich im Lauf der Jahre die Beobachtung, daß es gewisse Fehler (sowohl bei verfahrensrechtlichen Beschlüssen als auch bei der sachlichrechtlichen Beurteilung) gibt, die zwar an sich häufig und typisch sind, unter bestimmten Schwurgerichts- und Strafkammervorsitzenden aber niemals vorkommen. Es sind dann meist nicht die Kammern, die den Fehler vermeiden; es sind die Vorsitzenden. Kaum ist der Vorsitzende im Urlaub, dann passiert es: Unverlesbare Urkunden werden verlesen, Beweisanträge werden aus Gründen abgelehnt, die nicht im Gesetz stehen, oder die Urteilsgründe enthalten gewisse „klassische“ Subsumtionsfehler, die bei dieser Kammer sonst nicht vorkommen. Es ist nicht anzunehmen, daß so etwas an den Mehrheitsverhältnissen im Kollegium läge, daß also die Vermeidung dieser Fehler jeweils nur mit knappster Mehrheit einschließlich der Stimme des ordentlichen Vorsitzenden beschlossen würde, und daß, sobald der Vorsitzende ausscheidet und dafür ein anderer Richter eintritt, dessen Stimme die bisherige Minderheit in eine Mehrheit verwandelte. Vielmehr handelt es sich offenbar

nur um die Wachsamkeit und um die Erfahrungen des Vorsitzenden, die der Kammer auf einmal fehlen. Wenn der Vorsitzende auf einen Beweisantrag die Ladung des Zeugen anordnet oder wenn er vorschlägt, den Beweisantrag mit der Begründung abzulehnen, daß die behauptete Tatsache für die Entscheidung ohne Bedeutung sei, wird kein Beisitzer widersprechen und vorschlagen, die Ablehnung damit zu begründen, daß das Gegenteil schon erwiesen sei. Außerstenfalls hätte jemand, der seine Augen offen hat, es in solchen Fragen, bei denen zwischen „richtig“ und „falsch“ so einfach zu entscheiden ist, keine Schwierigkeiten, sich durchzusetzen. Auch solche revisionsrichterlichen Beobachtungen und (zugegebenermaßen) Vermutungen lassen den Vorschlag, der Vorsitz möge umlaufen, als ausgesprochen schädlich, als Sand in der Maschine erscheinen. Vielmehr führen sie zu einer geradezu entgegengesetzten Forderung. Der ordentliche Vorsitzende sollte öfter vorsitzen, seltener vertreten werden, als es jetzt vielfach geschieht. Die gegenwärtige Rechtsprechung erscheint bei dem Umfang, in dem sie die Vertretung des ordentlichen Vorsitzenden gestattet, zu nachsichtig.

Nach § 66 Abs. 1 Satz 1 GVG führt bei Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden der Vertreter den Vorsitz. Vertretung setzt also eine „Verhinderung“ voraus. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Hier sollte also die rechtliche und tatsächliche Prüfung einsetzen, wenn ein Revisionsführer einen Verfahrensverstoß darin erblickt, daß statt des ordentlichen Vorsitzenden dessen Stellvertreter den Vorsitz geführt hat. Diese Rüge wird sehr oft erhoben. Beim gegenwärtigen Stande der Rechtsprechung ist es oft sehr schwer, mit einiger Sicherheit vorauszusagen, ob sie Erfolg haben wird. Das ist ein Mißstand. Gerade für eine solche Frage bedürfte es einigermaßen fester Regeln. Daß sie bisher nicht gefunden und erst recht nicht überzeugend begründet worden sind, liegt vor allem daran, daß man vielfach von einer unrichtigen, nicht dem Gesetz entnommenen Fragestellung ausgegangen ist. In vielen Fällen hat man nämlich nicht, wie es dem Gesetz entsprochen hätte, gefragt: „War der ordentliche Vorsitzende überhaupt verhindert, und wodurch?“, sondern man hat gefragt: „Wie oft darf er sich vertreten lassen?“ oder anders ausgedrückt: „Einen wie großen Teil seiner Arbeit muß er selbst tun?“

So ließe sich die Frage freilich dann stellen, wenn hier der § 69 Abs. 1 GVG anwendbar wäre, wonach der Vorsitzende innerhalb der Kammer (des Senats) die Geschäfte auf die Mitglieder verteilt. Aber in § 69 GVG

sind nicht *die* Geschäfte gemeint, für die der Vorsitzende als solcher funktionell zuständig ist. Die Vorschrift ermächtigt den Vorsitzenden zweifellos nicht, ein von ihm ausgewähltes Mitglied seines Kollegiums mit den Terminbestimmungen (§ 213 StPO), mit Anordnungen gemäß §§ 125 Abs. 2 Satz 2, 147 Abs. 5, 221, 231, mit der Auswahl eines Verteidigers (§ 142 StPO) zu betrauen. Er kann auch seine auf § 69 GVG selbst beruhenden Aufgaben nicht delegieren. Das alles ergibt sich schon daraus, daß ihm § 69 GVG die „Verteilung“ der Geschäfte aufträgt. Die Vorsitzendengeschäfte werden nach § 66 Abs. 1 GVG eben nicht „verteilt“, sondern sie treffen bei Verhinderung ohne weiteres den — nicht vom Vorsitzenden, sondern vom Präsidium bestellten oder vom Gesetz bestimmten — Vertreter. Das wird auch, mit einer sogleich zu erörternden Ausnahme, im allgemeinen nicht verkannt.

Die Ausnahme ist der „Turnus“ der Teilnahme an den Sitzungen in „überbesetzten“ Kammern und Senaten. Hat ein Kammervorsitzender nicht zwei, sondern drei Beisitzer, so ergibt sich die Notwendigkeit eines Turnus so gut wie zwangsläufig aus § 192 Abs. 1 GVG in Verbindung mit dem Erfordernis der Sachlichkeit und Billigkeit, die Geschäfte *gleichmäßig* auf die Mitglieder zu verteilen; das war auch schon vor Einführung des (eben aus diesem Grunde überflüssigen) § 69 Abs. 2 GVG so. Aber es gilt eben nur für die Geschäfte der Beisitzer. Die des Vorsitzenden sind ihm vom Gesetz zugewiesen; er teilt sie sich nicht etwa in Anwendung des § 69 ~~VG~~ selbst zu (abgesehen davon, daß er sich in einzelnen Sachen selbst zum Berichterstatter bestellen kann), und es gibt auch keine Gleichmäßigkeit der Verteilung zwischen Vorsitzenden- und Beisitzergeschäften; dafür sind sie zu verschieden. Wenn er also drei Beisitzer hat, so ist *von ihnen* immer einer überzählig, weil er nach § 192 Abs. 1 GVG nicht mitwirken darf. Das gilt aber nur für die Beisitzer, nicht für den Vorsitzenden. Nach dem Gesetz muß jedes Kollegium einen, und es darf *nur* einen ordentlichen Vorsitzenden haben. Für diese Rolle gibt es also keine „Überbesetzung“, und deshalb darf der Vorsitzende niemals allein um deswillen ausscheiden, weil er der vierte Mann und deshalb „überzählig“ wäre. So etwas kommt aber in der Praxis vor. Es gibt Vorsitzende, die sich in den Turnus der sitzungsfreien Tage eingliedern. Sie scheiden dann also etwa, wenn sie drei Beisitzer haben, jeden vierten Sitzungstag aus (nach dem Schema: V A B, V B C, V A C, A B C). Damit genügen sie zwar sowohl dem § 69 Abs. 2 GVG

als auch den Anforderungen des Großen Zivilsenats des Bundesgerichtshofs<sup>18)</sup>; nach der hier zu entwickelnden Ansicht führt das aber meist zu einer fehlerhaften Besetzung an *den* Sitzungstagen, an denen der Vorsitzende nicht teilnimmt, weil „Turnus“ zwar für die Beisitzer, nicht aber für den Vorsitzenden ein „Verhinderungs“-Grund ist.

Da nach dem Gesetz eine „Verhinderung“ des Vorsitzenden erforderlich und genügend ist, um seine Vertretung zulässig zu machen, ist jeder Versuch, den zulässigen Umfang der Vertretung allgemein in Prozenten der Gesamtarbeit des Vorsitzenden auszudrücken, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Ein Vorsitzender, der das ganze Geschäftsjahr hindurch, soweit Sitzungen stattfinden, niemals verhindert wäre, darf sich niemals vertreten lassen, nicht einmal in einer einzigen von tausend Sachen, die bei seiner Kammer anfallen; sonst ist das Gericht in dieser einen Sache nicht vorschriftsmäßig besetzt. Nicht weil 99,9 % kein ausreichender Prozentsatz wäre, sondern weil es an den gesetzlichen Voraussetzungen der Vertretung fehlt. Ich sage das nicht als Theoretiker; es hat während meiner bisher elfjährigen Vorsitzendenzeit (mit sechs Beisitzern) mehrfach ganze Jahre gegeben, in denen ich mich nach dieser meiner Rechtsansicht niemals vertreten lassen konnte, nicht in einer einzigen Sache. Wenn andererseits ein Vorsitzender in den ersten zwei Monaten des Geschäftsjahrs in allen Sachen gemäß § 22 Nr. 4 StPO ausgeschlossen ist (etwa weil er gerade vom Staatsanwalt zum Landgerichtsdirektor an demselben kleinen Gericht befördert worden ist), wenn er dann zwei Monate lang krank ist, dann einen Monat Urlaub hat, dann in dem Monstreprozeß, der die nächsten drei Monate in Anspruch nimmt, als Zeuge vernommen oder mit Erfolg abgelehnt wird, wenn er also praktisch nur in vier Monaten dieses Jahres zum Vorsitzen kommt, was eine prozentuale Beteiligung von nur  $33\frac{1}{3}\%$  bedeutet, dann ist gar nichts dagegen einzuwenden. (Das heißt nicht, daß er während der ersten zwei Monate oder während des Monstreprozesses ohne Arbeit sein müßte; er kann durch das Präsidium überlasteten Kammern zugeteilt oder vom Landgerichtspräsidenten gemäß § 67 GVG von Fall zu Fall einer Kammer zugeteilt werden; er ist nur in der Kammer verhindert, deren ordentlicher Vorsitzender er ist.)

<sup>18)</sup> BGHZ 37, 210.

## IV.

*Die Verhinderung als alleiniger Vertretungsgrund*

Die allein entscheidende Frage ist also: was ist eine „Verhinderung“ iS des § 66 Abs. 1 GVG? Da die Anerkennung eines Verhinderungsgrundes zu einer Änderung der Person des gesetzlichen Richters führt, sollte, soweit irgend angängig, darauf gesehen werden, daß die Annahme einer „Verhinderung“ möglichst keine Wege des Manipulierens eröffnet. Das Ideal bleibt, daß jede einzelne Sache „blindlings“ an den Richter kommt, der sie zu bearbeiten hat. Ganz läßt sich dieses Ideal freilich niemals erreichen. Immer bleiben (auch von den Verhinderungsfällen abgesehen) gewisse entfernte Möglichkeiten des „Manipulierens“ offen. Diese Möglichkeiten werden übrigens, entgegen der Ansicht mancher, durch eine maßvolle „Überbesetzung“ der Kammern und Senate nicht vermehrt, sondern eher vermindert. Je leichter der Vorsitzende bei Verhinderungen innerhalb des Kollegiums selbst helfen kann, desto weiter ist der Weg zur Anwendung des § 67 GVG, bei dem die Auswahl plötzlich viel größer wird. Man sollte sich hier vom Perfektionismus ebenso fernhalten wie von vorzeitiger Resignation. Hier den richtigen Mittelweg zu finden, erfordert eine gewisse Erfahrung. Ich würde mich nicht getrauen, meinen von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stark abweichenden Vorschlag zur öffentlichen Diskussion zu stellen, wenn ich ihn nicht über ein Jahrzehnt lang in meinem eigenen Senat verwirklicht hätte, ohne auch nur in einem einzigen Fall zu einer Abweichung genötigt gewesen zu sein.

*1. Weniger problematische Verhinderungsfälle*

Um einen gewissen Überblick zu gewinnen, seien die weniger problematischen Verhinderungsfälle vorweg erörtert. Der glatteste Fall ist der der *gesetzlichen Ausschließung* (§§ 22, 23 StPO). Mit ihr läßt sich so gut wie überhaupt nicht manipulieren, abgesehen etwa von der ziemlich fernliegenden Möglichkeit, eine Vernehmung des Vorsitzenden als Zeugen (§ 22 Nr. 5 StPO) künstlich herbeizuführen oder künstlich zu umgehen. Auch die *Ablehnung* bietet, trotz des bei der Entscheidung über sie obwaltenden Ermessens, keine wesentlichen Schwierigkeiten. Sie ist an ein Gesuch oder an eine Selbstanzeige (§ 30 StPO) gebunden; dabei müssen Tatsachen behauptet werden. Darüber, wann eine Ablehnung begründet ist, hat sich eine ziemlich feststehende Rechtsprechung gebildet; wer sie kennt, braucht kaum mit Überraschungen zu rechnen.

Gering sind weiterhin die Gefahren für die Bestimmtheit des gesetzlichen Richters, die vom *Urlaub* ausgehen. Die Länge des dem Vorsitzenden zustehenden Erholungsurlaubs steht fest. Bei der Frage, wann der Urlaub genommen werden soll, pflegen ganz andere, privatere Überlegungen im Vordergrund zu stehen als der Wunsch, bei einer bestimmten Sache vorzusitzen oder nicht vorzusitzen. Auch müssen die Urlaubswünsche aller Mitglieder der Kammer oder des Senats, bisweilen sogar des ganzen Gerichts, miteinander abgestimmt werden. Das ist eine so verwickelte und schwierige Sache, daß den, der den Urlaubsplan entwirft, kaum die Lust anwandeln wird, dabei auch noch an die Besetzung des Gerichts für bestimmte Prozesse zu denken. Auch die Möglichkeit, sich einige Urlaubstage aufzusparen, um notfalls der Mitwirkung an einer lästigen Sache zu entgehen, ist praktisch gering. Das würde dem Richter gar zu leicht den Vorwurf der Unkollegialität einbringen, den er scheuen muß, schon um sich nicht einer Retorsion auszusetzen.

Rein theoretisch, kaum jemals praktisch ist die Möglichkeit des Manipulierens mit *Krankheit*. Auch wenn man die Wirksamkeit einer Kontrolle mittels ärztlicher Zeugnisse niedrig veranschlagt, darf man um so fester darauf rechnen, daß sich kein Richter krank meldet, der nicht wirklich dienstunfähig ist. Der Verfasser hat bisweilen eher in der entgegengesetzten Richtung Bedenken gehabt, daß sich nämlich Richter in elendem, kaum noch arbeitsfähigem Zustand zur Sitzung eingefunden haben.

Wie lange die *Vakanz* einer Vorsitzendenstelle einer „Verhinderung“ gleichzusetzen ist, wird allmählich zum Gegenstand fester Regeln. Wenn der Vorsitzende stirbt, werden seine Geschäfte bis zu etwa drei Monaten von seinem bisherigen Vertreter weitergeführt werden können. Gewiß ist das im strengen Sinne des Wortes keine „Vertretung“, weil es an einem Vertretenen fehlt; indessen bestehen gegen entsprechende Anwendung der Vertretungsvorschrift keine Bedenken. Daß der Vorsitzende in den Ruhestand tritt oder versetzt wird, ist dagegen mE kein Vertretungsfall; das weiß man vorher, und deshalb braucht hier keine Vakanz einzutreten. Ähnlich ist es bei Versetzungen und Beförderungen. Bei der Schaffung neuer Stellen wird wegen der Notwendigkeit des Ausschreibens *nach* Bewilligung eine gewisse Frist zur Besetzung gelassen werden müssen.

Ferner kann der Vorsitzende durch *Abordnung* an ein anderes Gericht oder an eine andere Dienststelle verhindert sein. Auch soweit das nur mit

seinem Einverständnis möglich ist, lassen sich hier gewisse Befürchtungen schwerer unterdrücken als in den bisher erörterten Fällen. Denn solche Abordnungen können entweder selbst Besserstellungen sein (Ministerialzulage!) oder doch als Vorbereitung (Erprobung) zu einer Beförderung erscheinen. Hier könnte also die Justizverwaltung auf den Gedanken kommen, den Vorsitzenden von einem bestimmten Prozeß „fortzulocken“. Wenngleich das im allgemeinen durch die verschiedensten Rücksichten erschwert sein wird, hat mE der Bundesgerichtshof<sup>14)</sup> doch gut daran getan, hier wenigstens Klarheit über die Dauer der Abordnung zu verlangen.

Sodann gibt es *Einzelfälle* der Verhinderung, die teils wegen ihrer Klarheit, teils wegen ihrer Seltenheit wenig Anlaß zur Sorge geben. Wehrdienst, eine Ladung als Zeuge, Teilnahme an der Hochzeit oder der Beerdigung eines nahen Verwandten gehen ganz allgemein der Berufarbeit und so auch dem Richterdienst vor. Im Ernst läßt sich so etwas nicht mit Rücksicht auf einzelne Prozesse manipulieren. Der Vorsitz im Schwurgericht geht dem Vorsitz in einer Kammer oder einem Senat vor. Auch Teilnahme des Vorsitzenden an einer Präsidialsitzung wird man wegen ihres Ranges und ihrer Seltenheit vorgehen lassen; aus den gleichen Gründen bei einem Mitglied eines großen Senats die Teilnahme an dessen Beratungen.

## 2. Zu starke Arbeitsbelastung als Verhinderungsgrund

Bis hierhin scheint mir die Rechtsprechung durchweg auf dem richtigen Wege zu sein. Nun aber sind Fälle zu erörtern, in denen sie die „Verhinderung“, die eine Vertretung des ordentlichen Vorsitzenden rechtfertigen soll, mE zu Unrecht annimmt. Es handelt sich um die Fälle, in denen der Vorsitzende deshalb nicht vorsitzt, weil er überhaupt zu viel zu tun hat; sei es infolge einer richterlichen oder nichtrichterlichen Haupt- oder Nebentätigkeit (als Landgerichts- oder Oberlandesgerichtspräsident, ordentlicher Professor, Mitglied des Prüfungsamts), sei es infolge von Überlastung gerade in seinem Amt als Vorsitzender dieses Kollegiums. Wo man das als Verhinderungsgrund gelten läßt, werden die einzelnen Sachen davon meist nicht mehr „blindlings“ betroffen. Vielmehr erwächst hier dem Vorsitzenden die Aufgabe, mindestens die naheliegende Versuchung, fortwährend — gewöhnlich jahrein jahraus — bestimmte einzelne Sachen für sich selbst, bestimmte einzelne Sachen für seinen

<sup>14)</sup> BGHZ 16, 254.

Vertreter herauszusuchen oder auch durch eben diesen Vertreter heraussuchen zu lassen. Der Vorsitzende (oder sein Vertreter) wird hier also gleichzeitig als Subjekt und als Adressat solcher Entscheidungen tätig. Das ist etwas grundsätzlich anderes und etwas bei weitem Gefährlicheres als alle bisher erörterten Verhinderungsfälle zusammengenommen.

In dem Fall, der dem Beschluß BGHZ 37, 210 zugrunde lag, war der Vorsitzende seinem Senat nur zur Hälfte seiner Arbeitskraft zugeteilt; zur anderen Hälfte war er stellvertretender Vorsitzender des Justizprüfungsamts. Er hat 1959 an 26 von 50 Sitzungstagen den Vorsitz geführt, an 72 von 136 streitigen und an 5 von 17 sonstigen Urteilen mitgewirkt. Das ist zahlenmäßig ziemlich genau die Hälfte der angefallenen Arbeit. Für den Außenstehenden, der weiter nichts weiß, ergeben sich daraus zwei Möglichkeiten:

Entweder war der Vorsitzende selbst der Ansicht, der Vorsitz in diesem Senat erfordere eine ganze Richterkraft, und da er dem Senat nur zur Hälfte zugeteilt war, übernahm er auch die Hälfte der Arbeit; schließlich hat auch die größte Arbeitskraft nicht mehr als zwei Hälften. Aber wodurch unterscheidet sich eigentlich der Fall, daß ein ganzer Senat nur einen halben Vorsitzenden hat, von dem Fall<sup>15)</sup>, daß ein Landgericht für vier Strafkammern und vier Zivilkammern nur den Präsidenten und drei Direktoren hat?

Oder die Zahlen täuschen; vielleicht hat der Vorsitzende die schwierigere Hälfte der Sachen übernommen; sehr aufopfernd von ihm, möglich aber nur mittels gezielter Steuerung jeder einzelnen Sache.

Es überzeugt nicht, wie der Große Zivilsenat dieses Dilemmas Herr zu werden sucht. Er geht von den Fähigkeiten und Eigenschaften aus, die er von einem Vorsitzenden erwartet: von dessen größerer Sachkunde, reiferen Erfahrung und besseren Menschenkenntnis. Schon in diesen Punkten wird man ganz anderer Meinung sein können. Sachkunde, Erfahrung und Menschenkenntnis sind bei jedem Richter in hohem Maße erwünscht, aber es sind kaum spezifische Vorsitzendeneigenschaften; es ist durchaus nicht erforderlich, daß der Vorsitzende davon mehr hat als seine Beisitzer, und hat er mehr davon, so ist es nicht das, was ihn zum Vorsitzenden qualifiziert. Sachkunde kann ein Ergebnis der Spezialisierung sein, die beim Vorsitzenden eher stört. Er braucht eher die Fähigkeit, überlegene, speziellere Sachkunde seiner Beisitzer zu entdecken, zur Geltung kommen zu lassen und neidlos anzuerkennen, ohne deshalb von

<sup>15)</sup> BGHSt. 2, 71.

Minderwertigkeitsgefühlen und von Zweifeln in seine eigene Eignung zum Vorsitz befallen zu werden. Aber selbst diese Fähigkeit braucht er nicht im Komparativ; es schadet nichts, wenn alle Mitglieder des Kollegiums sie in gleichem Maße haben wie er. Reifere Erfahrung sollte man, da es sich ja ohnehin nur um ein Postulat, nicht um eine stets notwendig gegebene Tatsache handelt, im Zweifel bei dem Dienstältesten suchen; woher nimmt ein vierzigjähriger Landgerichtsdirektor bei aller Tüchtigkeit reifere Erfahrung als sein sechzigjähriger Beisitzer? Menschenkenntnis vollends ist ein Charisma, dessen Vorhandensein und gar dessen Grad zu ermitteln, die Möglichkeiten einer Anstellungsbehörde doch wohl bedeutend überfordern würde. Was der Vorsitzende nach meiner Ansicht viel nötiger brauchte, wären Eigenschaften wie Kontaktfähigkeit, ungebrochene Arbeitskraft, Selbstsicherheit, die auch andere Menschen so gelten läßt wie sie sind, die Fähigkeit des Zuhörens, freundliche Energie verbunden mit einer Bescheidenheit, die ihn vor der Illusion bewahrt, größere Sachkenntnis, reifere Erfahrung und bessere Menschenkenntnis als seine Beisitzer zu haben oder doch heucheln zu müssen und deshalb der geborene Besserwisser seines Kollegiums zu sein. Wäre es wirklich die sachliche Überlegenheit, die den guten Vorsitzenden ausmachte, so wäre es ein Mißgriff, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit vorgesehen hat, den Vorsitzenden zu überstimmen. Und weiter wäre gerade die Ansicht, der Vorsitzende sei überhaupt der beste Richter seines Kollegiums, doch wohl ein entscheidender Grund, ihn nicht von vornherein von einem bestimmten Prozentsatz der Vorsitzendengeschäfte zu dispensieren. Gerade bei diesem Ausgangspunkt sollte man doch erst recht Zustimmung zu unserer Forderung erwarten, daß ein solcher Vorsitzender nur aus ganz zwingenden, konkreten Gründen ausnahmsweise ausscheiden dürfe, nicht ohne weiteres in 25 % aller Fälle. Woraus sich gerade diese Zahl ergibt, entzieht sich vollends meinem Verständnis, zumal der Beschluß es ausdrücklich ablehnt zu sagen, *wovon* diese 25 % gerechnet werden sollen. Warum sollen die Rechtsuchenden bei 25 % der Kammer- oder Senatsarbeit auf die Mitwirkung des besten Richters verzichten müssen? Haben sie nicht das Recht auf ebenso gute Rechtsprechung wie die anderen?

## V.

*Belastbarkeit des Vorsitzenden gleich Belastbarkeit des Kollegiums*

Man wende nicht ein, es lasse sich praktisch gar nicht vermeiden, daß der Vorsitzende häufiger ausscheide, als es hier zugelassen werden soll. Wo

sich das praktisch nicht vermeiden läßt, hat das betreffende Kollegium zu viel Arbeit, und es kann sie dann nur deshalb bewältigen, weil es zu viele Beisitzer hat. Die Frage, ob und in welchem Umfange eine Kammer, ein Senat „überbesetzt“ sein darf, hängt auf das engste mit unserer Frage zusammen, wann ein Vorsitzender wegen Verhinderung ausscheiden kann. Da jedes Kollegium einen ordentlichen Vorsitzenden haben muß und nicht mehr als diesen einen haben darf, ergibt sich aus unseren Erörterungen, daß dem Kollegium auch nicht mehr Arbeit zugeteilt werden darf, als dieser eine Vorsitzende bewältigen kann, ohne sich normalerweise vertreten zu lassen. Und es darf und muß dann auch so viele Beisitzer haben, wie nötig sind, um mit dieser Arbeit fertig zu werden, und zwar ohne daß — im Regelfall — einer der Beisitzer auch noch Vorsitzendengeschäfte verrichtet. Wie viele Beisitzer die Kammer oder der Senat haben darf, läßt sich also nicht — wie man das versucht hat — in abstracto mit einem Zahlenwerk beantworten, sondern es muß für jedes Kollegium konkret nach der Belastbarkeit seines Vorsitzenden entschieden werden. Bei Präsidentenkammern oder -senaten ist also die erste Frage, wieviel Zeit und Kraft dem Präsidenten dieses Gerichts für seine richterliche, dh. für seine Vorsitzendentätigkeit zur Verfügung steht. Mehr Sachen, als er bearbeiten kann, dürfen der Präsidentenkammer, dem Präsidentensenat nicht zugeteilt werden. Wenn damit die Arbeitskraft von zwei oder vier Beisitzern nicht ausgelastet ist, müssen diese Richter gleichzeitig noch anderen Kollegien zugeteilt werden. Freilich müßte der Gesetzgeber dann darauf verzichten, seinerseits den Präsidenten des Gerichts (wie er das beim Präsidenten des Bundesgerichtshofs getan hat) zum geborenen Vorsitzenden für diese oder jene Angelegenheiten zu bestellen. Ein solcher Verzicht sollte ihm auch nicht schwerfallen; denn da ein Präsident des Bundesgerichtshofs in jedem Falle ein sehr beschäftigter Mann ist, läßt sich ohnehin auch durch ein gesetzliches Gebot nicht erreichen, daß er bestimmte Sachen (zB Anwaltssachen) stets in eigener Person bearbeitet.

Eines ist freilich gewiß: die Verwirklichung unserer Ansicht macht eine Vermehrung der Vorsitzendenstellen im Verhältnis zu den Beisitzerstellen erforderlich. Folgte die Rechtsprechung der hier vertretenen Meinung, so würde sie diese Vermehrung erzwingen. Ist das ein Einwand?