

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Kollegialgericht – ein Rechtsproblem?

### I. Bestandsaufnahme

Verbreiteter Auffassung nach besteht bei zahlreichen Landgerichten die Übung, die mündliche Verhandlung in Zivilsachen in der Weise vorzubereiten, daß ein Berichterstatter bestimmt wird. Dieser arbeitet die Akten durch und trägt unter der Leitung des grundsätzlich ebenfalls aktenkundigen Vorsitzenden den Fall in der Beratung vor. Der andere Beisitzer bekommt die Akten im Regelfall nicht zu Gesicht; er ist darauf beschränkt, sich auf der Basis der ihm mitgeteilten Tatsachen eine Meinung zu bilden<sup>1</sup>.

Dies wäre dann relativ unbedenklich, wenn wie in Strafsachen alle entscheidungsrelevanten Tatsachen in die mündliche Verhandlung eingeführt würden. Auf der Basis des § 137 Abs. 3 ZPO wird das Prinzip der Mündlichkeit in Zivilsachen jedoch faktisch weithin außer Kraft gesetzt: Die Parteivertre-

ter nehmen auf ihr schriftsätzliches Vorbringen Bezug, die mündliche Verhandlung bringt allenfalls einzelne Ergänzungen sowie die hier nicht weiter interessierenden Gespräche über eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits. Für den nicht-aktenkundigen Beisitzer bedeutet dies, daß der Grundsatz der Unmittelbarkeit durchbrochen ist: Er ist nicht aus erster, sondern eben nur aus zweiter Hand informiert. Als Person befindet er sich in einer ähnlichen Situation wie ein Gericht, das nicht auf Tatzeugen, sondern nur auf Zeugen vom Hörensagen zurückgreift. Ein sicherlich nicht unwesentlicher Unterschied besteht darin, daß seine „Gewährsleute“ sich um ein Höchstmaß an Neutralität und Objektivität bemühen<sup>2</sup>, ein Unterschied besteht auch insoweit, als er de iure jederzeit die Aushändigung der Akten verlangen kann.

Dennoch bleibt ein Informationsproblem. Auch ein einzelner Berichterstatter kann im Einzelfall bestimmte Aspekte übersehen; das Kollegialitätsprinzip steht und fällt mit der Annahme, daß sechs Augen mehr sehen als zwei. Dem regelmäßigen Verlangen nach Akteneinsicht steht als psychologisches Hindernis die Verwunderung der Kollegen entgegen, die ein solches Abweichen vom Üblichen leicht als Mißtrauen

<sup>1</sup> Vgl. *BGH* MDR 1980, 843 sowie *Doehring* NJW 1983, 851 ff.; *von Stackelberg* MDR 1983, 364 ff. *Herr* (NJW 1983, 2131 und MDR 1983, 634) bezeichnet diese Vorgehensweise als „einhellige Praxis“; *Schultz* (MDR 1983, 633) verweist darauf, es gäbe diese Praxis, doch sei eine „allgemeine Übung“ nicht belegt. Vgl. auch *Wieczorek*, ZPO und Nebengesetze, 5. Bd., 2. Aufl., Berlin-New York 1980, § 197 GVG Anm. A, wonach der Vorsitzende „die Akten besser zu kennen pflegt“ als der nicht berichterstattende Beisitzer.

<sup>2</sup> Richtig *Schultz* MDR 1983, 633 re. Sp.

oder Eigenbrötelei werten können; auch würde sich der Arbeitstag eines solchen Richters erheblich über das im Gesetz vorgesehene Maß hinaus verlängern. An der praktischen Wirksamkeit dieser Schranken ist schwerlich zu zweifeln. Die dadurch aufgeworfenen Probleme werden noch gravierender, wenn nach § 128 Abs. 2 oder 3 ZPO im schriftlichen Verfahren entschieden wird, also auch noch jenes Minimum an Mündlichkeit wegfällt, das den normalen Zivilprozeß kennzeichnet.

Ob die hier skizzierte Praxis auch bei höheren Instanzen und in anderen Gerichtsbarkeiten dem Üblichen entspricht, ist – soweit ersichtlich – empirisch nicht ausreichend erfaßt. Nach Kenntnis des Verfassers ist grundsätzlich auch dort mit einer vergleichbaren Arbeitsteilung zu rechnen.

Rechtsprechung und Literatur haben das „Berichterstattersystem“ bisher unbeanstandet gelassen. Der *BGH* ist der Frage nachgegangen, ob die Bestimmung des Berichterstatters dem Gebot des gesetzlichen Richters unterliege, und hat sie verneint: Auch der andere Beisitzer sei „vollwertiges Richtermitglied“, er nehme mit vollem Stimmrecht an der Urteilsfällung teil<sup>3</sup>. Auf das Problem möglicher Informationsdefizite wurde nicht eingegangen.

Das *BAG* war mit der Frage konfrontiert, ob ein bei ihm selbst tätiger ehrenamtlicher Richter zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung in Kassel anreisen und die Akten durchstudieren darf<sup>4</sup>. Das Ergebnis war negativ. Zwar habe der ehrenamtliche Richter Anspruch darauf, über die Prozeßvorgänge so eingehend wie nur irgend notwendig und möglich unterrichtet zu werden. Dem sei aber dadurch Rechnung getragen, daß er rechtzeitig vor dem Termin außer dem Sachbericht des Berichterstatters eine Abschrift der angefochtenen Entscheidung und der in dritter Instanz gewechselten Schriftsätze erhalte; auch seien am Tage vor der Sitzung die Voten zugänglich. Weiter seien die Berichterstatter und Vorsitzenden nach pflichtgemäßem Ermessen gehalten, Abschriften sonstiger für die Rechtsfindung wichtiger Unterlagen übersenden zu lassen oder auf Verlangen zu übersenden. Eine Anreise am Tage vor dem Termin reiche daher aus, nur die dadurch entstandenen Kosten seien dem Richter zu erstatten.

In einer neueren Entscheidung ging es um die Frage, ob das Recht auf den gesetzlichen Richter dadurch verletzt sei, daß die beiden ehrenamtlichen Richter in der Vorinstanz, d. h. beim *LAG*, lediglich unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter zehn Minuten lang in den Streitstoff eingeführt worden waren<sup>5</sup>. Das *BAG* stellte zunächst fest, die ehrenamtlichen Richter stünden „in quantitativer und qualitativer Beziehung“ dem Berufsrichter gleich. Da im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren der Grundsatz der Unmittelbarkeit Beschränkungen unterliege und eine weitgehende Bezugnahme auf schriftsätzlichen Vortrag möglich sei, bedürfe es einer vorherigen Unterrichtung der mitwirkenden ehrenamtlichen Richter, damit sie in der Lage seien, ihr Amt nach Maßgabe des Gesetzes wahrzunehmen. Dazu reiche freilich eine Information über den unstreitigen Sachverhalt, das beiderseitige Parteivorbringen und etwa stattgefundene frühere Beweisaufnahmen aus. Art, Umfang und Methode der vorherigen Information lägen im pflichtgemäßen Ermessen des jeweiligen Berufsrichters; da der Fall verhältnismäßig einfach gelagert sei, hätten zehn Minuten Vorinformation ausgereicht<sup>6</sup>. Dies könnte über die Arbeitsgerichtsbarkeit hinaus von Bedeutung sein, da sich die Rechtsstellung der ehrenamtlichen Richter gem. § 53 Abs. 2

ArbGG nach der eines Beisitzers in der Zivilkammer beim *LG* bestimmt. Die Frage der „Mediatisierung“ des Informationsflusses blieb ausgespart; daß die Sicht des Vorsitzenden Richters unbewußt auch in die Art und Weise des Berichts und in die inhaltlichen Schwerpunkte einfließen könnte, wurde nicht als mögliche Gefahr erkannt.

Die Literatur hat das Problem bis vor kurzem nicht über die vorliegenden Urteile hinaus vertieft. *Kern-Wolf* rechtfertigen das Berichterstattersystem als „interne Arbeitsteilung“, betonen aber gleichzeitig, der Beisitzer sei „vollwertiges“ Richtermitglied<sup>7</sup>. *Kissel* unterstützt nachhaltig die Auffassung des *BGH*, der Vorsitzende sei bei der Auswahl des Berichterstatters frei; § 16 GVG und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG würden kein Recht auf einen „gesetzlichen“ Berichterstatter begründen. Die Aufgabenverteilung könne daher vom Vorsitzenden auch jederzeit geändert werden<sup>8</sup>. Nur am Rande angesprochen wird das Informationsproblem auch bei *Laum*, auf den sich der *BGH* in der o. g. Entscheidung<sup>9</sup> ausdrücklich bezieht. Der Berichterstatter habe keine höhere Verantwortung als die übrigen Richter, so daß seine Auswahl vom Zweck des gesetzlichen Richters her nicht abstrakt vorausbestimmt sein müsse<sup>10</sup>. Im einzelnen führt er aus: „Dies (d. h. die gleiche Verantwortung – W. D.) gilt in seinem Verhältnis zum Vorsitzenden, in gleicher Weise aber auch gegenüber den bloßen Beisitzern, die nicht Berichterstatter sind. Diese werden zwar in der Regel die Akten nicht selbst gelesen haben; sie haben aber die Pflicht, sich aus der mündlichen Verhandlung und aus dem Vortrag des Berichterstatters ein umfassendes Bild über die Sachlage zu machen und die entscheidungserheblichen Rechtsfragen selbst zu durchdenken und vor der Abstimmung zu entscheiden. Niemand kann ihm überdies das Recht streitig machen, vor dem Termin ein eigenes Votum vorzulegen.“

Auch die Rechtsprechung des *BAG* hat in der Literatur Zustimmung gefunden. Zwar wird auf der einen Seite durchweg die Gleichberechtigung von Berufsrichtern und ehrenamtlichen Richtern betont<sup>11</sup>, doch wird gleichzeitig die Information durch den Berufsrichter als ausreichend angesehen<sup>12</sup>.

Der Gesetzgeber hat bei der Novellierung des Jahres 1979 die Frage zwar nicht ausdrücklich geregelt, doch hat sich der Bundestag in einer Entschließung dazu bekannt, den ehrenamtlichen Richtern komme im Verfahren entscheidende Bedeutung zu; ihre volle Mitwirkung stehe nicht im Widerspruch zum Beschleunigungsgrundsatz. Die Bundesregierung wurde gebeten, zu prüfen, ob eine noch stärkere Beteiligung der ehrenamtlichen Richter möglich ist<sup>13</sup>.

Das eigentliche Sachproblem wurde erst in zwei neueren Beiträgen durch *von Stackelberg*<sup>14</sup> und *Doehring*<sup>15</sup> angesprochen. Beide sehen in der beschriebenen Praxis einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, gegen die Garantie des gesetzlichen Richters nach

<sup>7</sup> *Kern-Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, 5. Aufl., München 1975, § 14 V 1: „Der Berichterstatter arbeitet in einer Art interner Arbeitsteilung die Rechtssache durch und bereitet sie vor, so daß er die anderen Mitglieder als Beisitzer z. B. einer Kammer am Landgericht (§ 75 GVG) unterrichten kann. Der Beisitzer wirkt aber im Anschluß an die mündliche Verhandlung, an der er teilnehmen muß, mit vollem Stimmrecht an der Urteilsfällung mit. Der Berichterstatter setzt auch das von der gesamten Kammer gefällte Urteil schriftlich auf. Der Beisitzer ist vollwertiges Richtermitglied.“

<sup>8</sup> *Kissel*, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz, München 1981, § 21g Rn. 14.

<sup>9</sup> S. oben FN 3.

<sup>10</sup> *Laum* DRiZ 1969, 80.

<sup>11</sup> *Grunsky*, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1981, § 16 Rn. 6; *Joachim-Ostheimer-Wiegand*, Der ehrenamtliche Richter beim Arbeits- und Sozialgericht, 3. Aufl., Freiburg 1977, S. 28; *Schaub*, Das Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Aufl., München 1977, S. 268.

<sup>12</sup> So insbesondere *Rohlfing-Rewolle-Bader*, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, Loseblatt (Stand: Mai 1983), Frankfurt/M., § 16 Anm. 3 c.

<sup>13</sup> Vgl. BT-Drucksache 8/2535 S. 3; dazu auch *Dütz* RdA 1980, 86 f.

<sup>14</sup> MDR 1983, 364 f.

<sup>15</sup> NJW 1983, 851 ff.

<sup>3</sup> *BGH* MDR 1980, 843: „Soweit die Bestellung eines Berichterstatters bei Kollegialgerichten aus Gründen der Zweckmäßigkeit gleichwohl üblich und zulässig ist, fällt sie nicht unter das Gebot des gesetzlichen Richters ...“

<sup>4</sup> *BAG* AP Nr. 3 zu § 43 ArbGG 1953. Der Streit ging um Tage- und Übernachtungsgeld.

<sup>5</sup> *BAG* AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse.

<sup>6</sup> *BAG* AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse Bl. 4.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sowie gegen die in Art. 97 Abs. 1 GG garantierte sachliche Unabhängigkeit der Richter. Ihre Position hat die Zustimmung *Hartmanns* gefunden<sup>16</sup>; bei *Schultz* ist sie dagegen auf eingehende inhaltliche Kritik gestoßen<sup>17</sup>. *Herr* ist ihr mit drei kurzen Beiträgen entgegengetreten<sup>18</sup>, von denen zwei im wesentlichen identisch sind<sup>19</sup>. Sie gipfeln in dem Vorwurf, die Auffassung von *Stackelbergs* und *Doehbrings* sei „letztlich revolutionärer als alle Angriffe, denen sich die Justiz seit 1968 ausgesetzt sah“<sup>20</sup> – ein bemerkenswert großzügiger Umgang mit dem Etikett des „Systemveränders“. Die Wogen scheinen hochzugehen – im Folgenden soll nicht noch mehr Öl ins Feuer gegossen, sondern der Versuch unternommen werden, die aufgeworfenen Fragen einer verfassungsrechtlichen Analyse zuzuführen.

## II. Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG.

Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* umfaßt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht nur die den Beteiligten eröffnete Möglichkeit, alle von ihnen für relevant erachteten Tatsachen und Rechts Erwägungen vorzutragen, sondern auch die Pflicht des Gerichts, „die Ausführungen der Prozeßbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen“<sup>21</sup>. Vorbringen kann nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn das Prozeßrecht dies ausdrücklich zuläßt<sup>22</sup>. Ob das Vorbringen wirklich „in Erwägung gezogen“ wurde, läßt sich nicht immer aus den Gründen rekonstruieren, da keine Pflicht des Gerichts besteht, sich mit allen, auch den im Ergebnis irrelevanten Erwägungen auseinanderzusetzen. Art. 103 Abs. 1 ist aber beispielsweise dann verletzt, wenn einer Partei in den Gründen ein Vorbringen unterstellt wird, das dem tatsächlich Vorgetragenen diametral widerspricht<sup>23</sup>. Auch reicht es, wenn sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles „deutlich“ ergibt, daß das Gericht ein tatsächliches Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen hat<sup>24</sup>.

Die Frage, ob beim Kollegialgericht alle Richter die Ausführungen „zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen“ haben, ist – soweit ersichtlich – bis vor kurzem nicht ausdrücklich behandelt worden. Eine Reihe von Gründen spricht jedoch für eine positive Antwort.

Die Formulierungen des *BVerfG* legen den Schluß zumindest nahe, daß die aus Art. 103 Abs. 1 GG folgenden Pflichten alle Richter gleichermaßen treffen. So ist an einer Stelle davon die Rede, das „entscheidende Gericht“ müsse das Vorbringen berücksichtigen<sup>25</sup>, und in einer neueren Entscheidung heißt es, das Gericht sei „insgesamt dafür verantwortlich“, daß das Gebot des rechtlichen Gehörs eingehalten werde<sup>26</sup>.

Zum zweiten ist auf die Rechtsprechung zu verweisen, die bei beschränkter Wahrnehmungsfähigkeit einzelner Richter dann einen schweren Verfahrensverstoß annimmt, wenn es im

konkreten Zusammenhang gerade auf diesen Umstand ankam. So ist ein blinder Richter von der Entscheidung ausgeschlossen, wenn es auf die visuelle Erfassung bestimmter Zusammenhänge, z. B. einer Skizze, oder auf Farbvergleiche ankommt, und dasselbe gilt von einem gehörlosen Richter, sofern ihm die Ausführungen der Beteiligten nicht auf andere Weise, z. B. durch einen Gehörlosen-Dolmetscher, in vollem Umfang zugänglich gemacht werden können<sup>27</sup>.

Eine Entscheidung wird weiter erst recht dann als fehlerhaft betrachtet, wenn ein Richter durch Schlaf, Übermüdung oder ähnliches vorübergehend nicht in der Lage war, dem Geschehen in der Verhandlung zu folgen<sup>28</sup>. Eine relevante Wahrnehmungsschranke liegt schließlich auch dann vor, wenn ein Richter überlastet ist<sup>29</sup> – wobei die Frage zunächst dahinstehen kann, wann diese Schwelle überschritten wird.

Alle diese Grundsätze wären unverständlich, würde auch die Berücksichtigung des Parteivorbringens durch einen Richter oder die Mehrheit der Kammer bzw. des Senats ausreichen.

Für die Einbeziehung aller richterlichen Mitglieder des Spruchkörpers spricht schließlich die verfassungsrechtliche Verankerung des rechtlichen Gehörs<sup>30</sup>. Dieses findet seine letzte Rechtfertigung in der Menschenwürde, insbesondere also in dem Verbot, den Einzelnen zum Objekt eines staatlichen Verfahrens zu machen. Damit ließe es sich schwerlich vereinbaren, wollte man einem Richter gestatten, Teile des Vorbringens von vornherein nicht in Erwägung zu ziehen und dem Prozeßbeteiligten so mit Gleichgültigkeit zu begegnen. Überdies steckt in Art. 103 Abs. 1 GG auch ein egalitäres Moment: Jedem Rechtsuchenden soll im Prinzip dasselbe Maß an Gerechtigkeit widerfahren, es soll nicht vom Zufall abhängen, ob seine Ausführungen voll oder nur teilweise zur Kenntnis genommen werden.

Für das Kollegialgericht bedeutet dies, daß die richterliche Arbeitsteilung nicht so weit gehen darf, daß das Vorbringen nicht mehr allen Richtern zur Kenntnis kommt und von ihnen erwogen werden kann. Im Verhältnis zum nicht berichterstattenden Beisitzer ist danach das rechtliche Gehör nicht gewahrt: Es besteht keine Garantie dafür, daß sämtliches Vorbringen bis zu ihm gelangt, das die einzelnen Prozeßbeteiligten für relevant halten<sup>31</sup>.

Ohne Bedeutung ist, daß durch mangelhafte Arbeitsweise im Einzelfall dasselbe Defizit entstehen kann – so wenn ein Richter etwa die Akten nur oberflächlich studiert<sup>32</sup> oder wenn er den neuesten Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung außer acht läßt<sup>33</sup>. Menschliche Unzulänglichkeiten dieser Art sind nie völlig zu vermeiden; sie führen nur dann zu einem

<sup>27</sup> Zum blinden Richter s. insbes. *BVerfGE* 20, 52 (55); *BVerwG* DVBl. 1982, 1144; zum Ganzen weiter *Kissel*, aaO, Rn. 45 und *Rüping*, Bonner Kommentar Art. 103 Abs. 1 Rn. 53. Die Frage wird außer bei *Rüping* im Zusammenhang mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter diskutiert, doch gilt für den vergleichsweise geringeren Vorstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nichts anderes.

<sup>28</sup> So *Kissel* § 16 Rn. 45. Vgl. auch die Schmunzeln erregende Formulierung des *BVerwG* (DVBl. 1982, 1144): „So hat der Senat im Urteil vom 16. 12. 1980 in einem Falle, in dem ein ehrenamtlicher Richter während der Vernehmung des Klägers etwa 20 Minuten lang die Augen geschlossen, den Kopf auf eine Hand gestützt und das Gesicht zum Fenster gewandt hatte, angenommen, daß der Richter diesem bedeutenden Teil der Verhandlung nicht mit der gebührenden Aufmerksamkeit gefolgt sei.“

<sup>29</sup> *Düing*, in: Maunz-Düing-Herzog-Scholz, Grundgesetz, München 1958 ff., Art. 103 Abs. 1 Rn. 41; *Kissel* § 16 Rn. 47 (letzterer zum Recht auf den gesetzlichen Richter).

<sup>30</sup> S. insbesondere auch *Baumbach-Hartmann*, Grundzüge § 128 Anm. 4 A: „Das rechtliche Gehör ist ein Eckpfeiler des gesamten Zivilprozeßrechts und jedes geordneten Verfahrens. . . . Dieser Grundsatz wird in der Praxis vielfach noch zu wenig beachtet. Er durchzieht jede einzelne Verfahrensvorschrift und hat ihr gegenüber den Verfassungsvorrang.“

<sup>31</sup> Ebenso im Ergebnis *Baumbach-Hartmann*, Einl. Anm. III 3 A; *Doehring* NJW 1983, 851 und *von Stackelberg* MDR 1983, 364 f. Anders *Herr* NJW 1983, 2131, MDR 1983, 635; *Schultz* MDR 1983, 634.

<sup>32</sup> Vgl. *Schultz* MDR 1983, 633 f.

<sup>33</sup> Vgl. *Herr* MDR 1983, 635.

<sup>16</sup> *Baumbach-Hartmann*, ZPO, 42. Aufl., München 1984, Einl. III 3 A.

<sup>17</sup> *Schultz* MDR 1983, 633. Keine inhaltliche Auseinandersetzung findet sich bei *Stein-Jonas-Leipold*, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl., Tübingen 1983 vor § 128, B II, Rn. 36.

<sup>18</sup> *Herr* MDR 1983, 634; *ders.*, NJW 1983, 2131; *ders.*, DRB-Informationen 11/1983 S. I 68 (DRiZ-Beilage).

<sup>19</sup> MDR 1983, 634 und NJW 1983, 2131.

<sup>20</sup> MDR 1983, 635 a. E. und NJW 1983, 2132 a. E.

<sup>21</sup> So die Standardformulierung in *BVerfGE* 11, 218 (220); ebenso *BVerfGE* 18, 380 (383); 42, 364 (367) = JZ 77, 20; 50, 32 (35) = JZ 79, 23; 53, 219 (222). In der Literatur ebenso *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., Heidelberg 1982, Rn. 557; *Heyde*, Die Rechtsprechung, in: *Benda-Maibhofer-Vogel* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin-New York 1983, S. 1225; *Rüping*, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, Art. 103 Abs. 1 Rn. 52; *Schultz* MDR 1983, 633.

<sup>22</sup> So *BVerfGE* 18, 380 (383); 50, 32 (35).

<sup>23</sup> *BVerfGE* 42, 364 (368).

<sup>24</sup> *BVerfG* MDR 1970, 826; *Schultz* MDR 1983, 634.

<sup>25</sup> So *BVerfGE* 11, 218 (220).

<sup>26</sup> So *BVerfGE* 53, 219 (223).

Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn in concreto entscheidungserhebliches Vorbringen unter den Tisch fiel; „Schlamperei“ kann, muß aber nicht zu einem Verfassungsverstoß führen<sup>34</sup>. Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um individuelles Fehlverhalten, sondern um die Praktizierung einer Regel, wonach der nicht berichterstattende Beisitzer einen mehr oder weniger großen Teil des Streitstoffes nur in filtrierter Form zur Kenntnis bekommt. Die darin liegenden Gefahren für die Betroffenen sind nicht nur sehr viel größer, sondern auch korrigierbar; menschliche Schwächen lassen sich nicht verbieten, die beschriebene Regel läßt sich sehr wohl ändern<sup>35</sup>. Daß man insoweit einen deutlichen Unterschied macht, wird an der Präsenzpflicht in der mündlichen Verhandlung deutlich: Würde sich der nicht berichterstattende Richter für eine halbe Stunde entfernen und die Verhandlung den beiden übrigen Kammermitgliedern überlassen, so würde niemand an einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG zweifeln, obwohl es keineswegs unwahrscheinlich ist, daß im Urteil dennoch das gesamte entscheidungserhebliche Vorbringen umfassend gewürdigt wird<sup>36</sup>.

### III. Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter?

Das in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG garantierte Recht auf den gesetzlichen Richter verlangt zum einen, daß sich die Personen der im Einzelfall zur Entscheidung berufenen Richter möglichst eindeutig aus einer allgemeinen Norm ergeben. Der Begriff „gesetzlicher Richter“ meint nicht nur das einzelne Gericht und den jeweiligen Spruchkörper, sondern die mit der Sache befaßten konkreten Personen<sup>37</sup>. Auf diese Weise soll schon der entfernten Möglichkeit einer Manipulation, d. h. der Auswahl eines mit einem bestimmten „Vorverständnis“ versehenen Richters vorgebeugt werden.

„Gesetzlicher Richter“ ist zum zweiten aber nur derjenige, der zur Entscheidung der Streitsache „geeignet“ ist. Dies trifft etwa für einen befangenen oder für einen nach § 41 ZPO von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter nicht zu. Würde er gleichwohl in einem Verfahren mitwirken, wäre Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, was ggf. mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden könnte<sup>38</sup>. „Ungeeignet“ ist ein Richter aber auch dann, wenn er – etwa wegen bestimmter Gebrechen – nicht in vollem Umfang zur Wahrnehmung seiner Aufgaben in der Lage ist. Dies gilt etwa für den tauben und den blinden Richter in all den Fällen, in denen diese Behinderung praktisch relevant wird. Insofern gelten dieselben Grundsätze wie im Rahmen des rechtlichen Gehörs<sup>39</sup>.

Können auch hier die durch das Berichterstattersystem aufgerichteten „Erkenntnissschranken“ den Fällen der nicht vollen Funktionsfähigkeit gleichgesetzt werden? Für eine andere Beurteilung sind keine Gesichtspunkte ersichtlich. Im Gegenteil: Die Regelung des § 42 Abs. 2 ZPO und die vergleichbaren Bestimmungen anderer Prozeßordnungen, wonach bereits die „Besorgnis“ der Befangenheit einen Ablehnungsgrund darstellt, sprechen dafür, daß schon die Gefahr, das schriftsätzliche Vorbringen könne nicht jedes Mitglied des Gerichts erreichen, völlig ausreichen muß<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> So auch *BGH WM* 1983, 866 für den Fall mangelhafter Aktenkenntnis des Vorsitzenden. Übereinstimmend *Schultz MDR* 1983, 634, der diesen Grundsatz aber auf den vorliegenden Fall überträgt. Dazu sogleich im Text.

<sup>35</sup> Zu den Folgewirkungen s. unten V.

<sup>36</sup> Diese Unterschiede werden nicht bedacht bei *Herr MDR* 1983, 635; vgl. auch *Schultz MDR* 1983, 634.

<sup>37</sup> *BVerfGE* 17, 294 (298 f.) = *JZ* 65, 57 (Kern).

<sup>38</sup> Vgl. *Maunz*, in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, aaO, Art. 101 Rn. 58.

<sup>39</sup> Dazu oben II. Die Frage des blinden und des gehörlosen Richters wird sogar vorwiegend im hier relevanten Zusammenhang diskutiert: S. *BVerwG DVBl.* 1982, 1144; *Kissel* § 16 Rn. 45 m. w. N.

<sup>40</sup> Im Ergebnis wie hier *Doehring NJW* 1983, 852; *von Stackelberg MDR* 1983, 365.

Der Gesetzgeber hat auch nicht von der eventuell gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, als „gesetzlichen Richter“ eine asymmetrisch zusammengesetzte Kammer vorzusehen. In Rechtsprechung und Literatur besteht vielmehr Einigkeit darüber, daß die Mitglieder des erkennenden Gerichts völlig gleichberechtigt sind, was sich nicht nur in der Abstimmung, sondern auch im Fragerecht während der mündlichen Verhandlung und in der Beratung zeigt<sup>41</sup>. Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des *BVerwG* zur Mitwirkung eines blinden Richters in Verfahren über die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer, bei denen es in besonderem Maße auf die Glaubwürdigkeit des Klägers ankommt. Obwohl der visuelle Eindruck für die Entscheidung nicht wesentlich und der blinde Richter deshalb nicht von vornherein von der Mitwirkung ausgeschlossen ist, können doch Situationen eintreten, bei denen es auf die optische Wahrnehmung bestimmter Vorgänge ankommt. Gibt etwa der Prozeßvertreter in bestimmten Situationen dem Kläger ein Zeichen, so kann dies ein wichtiger Hinweis für die Echtheit oder Unechtheit der Gewissensentscheidung sein, der dem behinderten Richter der Natur der Sache nach entgeht. Dies sei – so das *BVerwG* – im Ergebnis unerheblich, da der blinde Richter „umgekehrt Umstände, die nur er (etwa infolge seines gesteigerten oder besser differenzierenden Hörvermögens) wahrgenommen hat, seinen sehenden Kollegen mitteilen kann“<sup>42</sup>.

Eine asymmetrische Erkenntnisfähigkeit wird daher gerade ausgeschlossen; das Gericht läßt sich ersichtlich von der Erwägung leiten, daß ohne jede Kompensation des Wahrnehmungsmangels zumindest erhebliche Bedenken gegen die Mitwirkung des blinden Richters sprechen würden. Die vom Gesetzgeber angeordnete und allgemein akzeptierte Gleichheit zwischen den Mitgliedern des Kollegialgerichts erstreckt sich somit auch auf den Informationsstand. Andernfalls würde zudem der Grundsatz der Unmittelbarkeit ausgehöhlt; mangels gesetzlicher Fixierung des Berichterstattersystems fehlt anders als beim beauftragten oder ersuchten Richter jede Grundlage für eine Durchbrechung dieses Prinzips. Selbst wenn eine entsprechende Vorschrift existieren würde, wäre ihre Verfassungskonformität im übrigen alles andere als gesichert: Im Recht auf den gesetzlichen Richter kommt – ähnlich wie beim rechtlichen Gehör – auch der Gedanke eines sehr strikt gehandhabten Gleichheitssatzes zum Ausdruck: Dieser wäre aber verletzt, würde der „Zufall“, auf einen engagierten oder einen weniger engagierten Beisitzer zu treffen, darüber entscheiden, ob über das eigene Rechtsschutzbegehren zwei oder drei voll informierte Richter befinden. Eine Gleichbehandlung wäre im Grunde nur dann erreicht, wenn alle nicht berichterstattenden Beisitzer zwingend von der Aktenlektüre ausgenommen wären – eine Lösung, die im höchsten Maße unpraktikabel und bei der die Frage zu stellen wäre, ob dann das gleiche Stimmrecht in der Beratung eigentlich noch auf einem sachlichen Grund beruht<sup>43</sup>.

### IV. Verstoß gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit

*Von Stackelberg*<sup>44</sup> und *Doehring*<sup>45</sup> haben weiter darauf hingewiesen, daß durch die geschilderte Arbeitsteilung innerhalb eines Kollegialgerichts auch die richterliche Unabhängigkeit verletzt werde. Im Ergebnis mache es letztlich keinen Unter-

<sup>41</sup> Zur „gleichen Verantwortung“ aller Mitglieder des Spruchkörpers s. *BGH MDR* 1980, 843; *BAG AP* Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: *Presse; Kissel* § 105 Rn. 5 (für die Kammer für Handelsachen).

<sup>42</sup> So *BVerwG DVBl.* 1982, 1144.

<sup>43</sup> Sieht man in den Vorschriften der §§ 36 h Abs. 3, 41 b Abs. 2 Satz 1 und 41 e Abs. 2 PatG eine Festschreibung des Berichterstattersystems, so kommen diese Bedenken zum Tragen.

<sup>44</sup> *MDR* 1983, 365 re. Sp.

<sup>45</sup> *NJW* 1983, 852.

schied, ob ein Richter in bezug auf eine Einzelfrage Weisungen erhalte oder ob ihm bestimmte Tatsachen vorenthalten würden. In der Tat würde jedermann die Unabhängigkeit als tangiert ansehen, könnte ein anderer Richter oder eine dritte Person aufgrund irgendwelcher faktischer Einflußmöglichkeiten einen Richter dazu veranlassen, einen bestimmten Schriftsatz nicht zu berücksichtigen; der Effekt ist derselbe, wenn bei dem Vortrag des Berichterstatters ggf. gerade der wichtigste Gesichtspunkt unter den Tisch fällt. Der Einwand, die Unabhängigkeit schütze nur gegen Einflüsse von außen, könne daher durch Vorgänge innerhalb des Spruchkörpers nicht berührt sein<sup>46</sup>, überzeugt nicht. Gerade im Kollegialgericht ist die Unabhängigkeit die wichtigste Voraussetzung dafür, sich bei der Beratung ausschließlich von der Sache und nicht von der Erwägung leiten zu lassen, Irritationen beim Vorsitzenden oder bei den Kollegen zu vermeiden, die langfristig die eigene Stellung gefährden könnten. Kern-Wolf äußern deshalb erhebliche Bedenken dagegen, daß auch nach geltendem Recht die Beurteilung durch den Spruchkörpervorsitzenden wesentliche Bedeutung bei der Entscheidung über eine Beförderung besitzt<sup>47</sup>. Wenn das BVerfG die Verwendung von Richtern auf Probe nur in relativ engem Rahmen zuläßt<sup>48</sup>, so auch deshalb, weil die fehlende persönliche Unabhängigkeit zu einer gewissen „Anlehnung“ an die Auffassung jener Richter führen könnte, deren Beurteilung für die Ernennung zum Richter auf Lebenszeit von Bedeutung ist. Auch die Regel des § 197 GVG, wonach die Richter mit dem geringeren Dienstalter vor denen mit dem höheren Dienstalter abstimmen und der Vorsitzende erst als letzter seine Entscheidung kundtut, belegt, daß sehr wohl auch Abhängigkeiten innerhalb des erkennenden Gerichts im Rahmen des Möglichen ausgeschlossen werden sollen.

Ein Unterschied zum Fall der Weisungsabhängigkeit besteht allerdings insofern, als der nicht berichterstattende Beisitzer (mit Ausnahme der ehrenamtlichen Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit) jederzeit vollständige Akteneinsicht nehmen kann. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob auch die unter I beschriebenen *faktischen* Hindernisse, die einem Aktenstudium entgegenstehen, als Eingriff in die Unabhängigkeit gewertet werden können.

Das Problem, welchen faktischen Einflüssen das erkennende Gericht ausgesetzt sein darf, ohne daß seine Unabhängigkeit in Gefahr gerät, harret der umfassenden Aufarbeitung, Rechtsprechung und Literatur haben jedoch zu einer Reihe von Einzelfragen Stellung genommen, woraus sich auch für das vorliegende Problem Maßstäbe gewinnen lassen.

Keinen Eingriff in die Unabhängigkeit stellt es einmal dar, wenn ein Angehöriger des öffentlichen Dienstes keine oder nur eine beschränkte Aussagegenehmigung erhält; dem Richter wird zugemutet, aus der dadurch geschaffenen Informationslücke im Rahmen seiner Beweiswürdigung die nötigen Konsequenzen zu ziehen. Seinen Informationsmöglichkeiten wird durch das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung bestimmter Vorgänge eine – hier rechtspolitisch nicht zu diskutierende – Schranke gezogen.

Zum zweiten ist es hinnehmbar, daß einzelnen Richtern eines Kollegialgerichts die persönliche Unabhängigkeit fehlt, weil sie noch nicht auf Lebenszeit ernannt sind. Nach der Rechtsprechung des BVerfG dürfen allerdings Richter auf Probe nur in dem für die Heranbildung des Nachwuchses erforderlichen Umfang beschäftigt werden; auch sind sie möglichst gleichmäßig auf die Spruchkörper zu verteilen<sup>49</sup>. Daß man auf diese Weise immerhin gewisse potentielle Anpassungszwänge hinnimmt, liegt daran, daß als realistische

Alternative nur die sofortige Ernennung auf Lebenszeit zur Verfügung stünde, was sich möglicherweise aufs Ganze gesehen nachteiliger auf die Rechtsprechung auswirken würde.

Die Unabhängigkeit könnte weiter dadurch gefährdet sein, daß Vertreter gesellschaftlicher Gruppen in unausgewogener, einseitiger Weise im Spruchkörper repräsentiert sind. So hatte sich das BVerfG mit der Frage zu befassen, ob Landwirtschaftsgerichte in der Besetzung mit einem Berufsrichter und zwei Landwirten auch über Streitigkeiten zwischen Landwirten und Nicht-Landwirten entscheiden können. Im Ergebnis bejahte es die Frage, da die Interessenlage der landwirtschaftlichen Beisitzer „ähnlich differenziert (sei) wie die aller übrigen ehrenamtlichen Richter in den verschiedenen Gerichtsbarkeiten“<sup>50</sup>. Bei einheitlicher, gegen die Nicht-Landwirte gerichteter Interessenlage wäre wohl anders entschieden worden, obwohl auf rein normativer Ebene auch dann die ehrenamtlichen Richter zur Unparteilichkeit und Objektivität verpflichtet gewesen wären. Ähnliches wäre anzunehmen, wenn etwa die Arbeitsgerichte ausschließlich mit einem Berufsrichter und zwei Beisitzern der Arbeitgeber- oder der Arbeitnehmerseite besetzt wären. Das aus der sozialen Einbindung folgende „Vorverständnis“ könnte möglicherweise zu einer parteiischen, nicht mehr alle Gesichtspunkte aufnehmenden Rechtsfindung führen<sup>51</sup>. Auch hier geht es um eine Art „Vorfeldschutz“ der Unabhängigkeit gegenüber faktischen, im Einzelfall sehr schwer faßbaren Einflüssen.

Schließlich ist daran zu denken, daß Richter durch Meinungsäußerungen, insbesondere in den Massenmedien, oder durch Demonstrationen in ihrer Entscheidung beeinflusst werden könnten. Die Überlegung von Klaus Stern, Gerichte ähnlich wie Parlamente durch eine Bannmeile zu schützen, macht das Problem hinreichend deutlich<sup>52</sup>. Bei der Bestimmung der Grenze zwischen erlaubter öffentlicher Diskussion und unerlaubtem Eingriff in das Verfahren ist zu beachten, daß Kritik an staatlichen Organen und damit auch an der Rechtsprechung ein selbstverständlicher Bestandteil des demokratischen Prozesses ist, der durch die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG abgesichert wird. Dies gilt um so mehr, als die Gerichte aus hier nicht näher darzulegenden Gründen immer häufiger in die Situation geraten, kein vorgegebenes Normprogramm vollziehen zu können, sondern eigene Wertungen zum Ausdruck bringen zu müssen. Bei der Konkretisierung von Generalklauseln, wo dieser Prozeß am weitesten fortgeschritten ist, nehmen insbesondere die obersten Bundesgerichte de facto gesetzgeberische Aufgaben wahr – es wäre daher schwer erträglich, wollte man in solchen Fällen nicht auch jenes Maß an öffentlicher Auseinandersetzung akzeptieren, das im Vorfeld parlamentarischer Willensbildung als Selbstverständlichkeit angesehen wird<sup>53</sup>. Bei Beleidigungen oder massiven Einschüchterungen wäre die Grenze sicherlich überschritten.

Versucht man, die genannten Fälle faktischer Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit zu dem hier erörterten Problem in Beziehung zu setzen, so drängt sich der Schluß auf, daß die nur mittelbare Aktenkenntnis eine stärkere Beeinträchtigung der Unabhängigkeit darstellt als sie in den noch tolerierten Fällen zu verzeichnen war. Während die verweigerte Aussagegenehmigung in die Beweiswürdigung eingehen und damit bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden kann, ist es einem nur mittelbar informierten Beisitzer versagt, das Informationsdefizit als Erwägung zu benutzen und sich beispielsweise der Stimme zu enthalten<sup>54</sup>. Die Gefahr, als Richter

<sup>50</sup> BVerfGE 42, 206, 208.

<sup>51</sup> Näher dazu Däubler AuR 1976, 371; Gerhard Müller AuR 1978, 18.

<sup>52</sup> Stern, Staatsrecht, Bd. II, München 1980, S. 910.

<sup>53</sup> Vgl. näher dazu Bobke AuR 1982, 43; Däubler AuR 1982, 363; Kissel AuR 1982, 137 ff.; Niebler DRiZ 1981, 286.

<sup>54</sup> Ebenso Kissel § 194 Rn. 4. Umstritten ist die Frage nur bei der Abstimmung im Präsidium – s. die Nachweise bei Kissel § 21e Rn. 66 m. N.

<sup>46</sup> Schultz MDR 1983, 634 re. Sp.

<sup>47</sup> Kern-Wolf S. 139 f.

<sup>48</sup> BVerfGE 14, 156 ff.

<sup>49</sup> BVerfGE 14, 156, 165.

auf Probe wegen einer bestimmten Stellungnahme zu Sach- oder Rechtsfragen in Schwierigkeiten zu kommen, ist sehr viel geringer einzuschätzen als die Möglichkeit, daß bestimmte Aspekte des Falles unberücksichtigt bleiben. Weiter muß man davon ausgehen, daß auch Berufsrichter mit einem bestimmten Vorverständnis an die von ihnen zu entscheidenden Streit-sachen herangehen<sup>55</sup>. Das bedeutet aber, daß sich das Vorverständnis des Berichterstatters gewissermaßen „verdoppelt“, daß seine Sicht der Dinge letztlich auch die des anderen Beisitzers wird. Die Parteien befinden sich damit in einer ähnlichen Lage wie im Verfahren vor einem (fiktiven) Arbeitsgericht, dessen ehrenamtliche Beisitzer ausschließlich von einer Seite gestellt werden. Öffentliche Meinungsäußerungen sind schließlich Vorgänge, mit denen man sich bewußt auseinandersetzen kann und die den Kreis der in Betracht kommenden Argumente evtl. sogar erweitern. Sind sie unsachlicher oder polemischer Natur, so wird dies einen Richter in aller Regel ebensowenig voreingenommen machen wie persönliche Unzulänglichkeiten einer Partei, etwa Entgleisungen in der mündlichen Verhandlung. Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch gerade nicht um derartige faß- und verarbeitbare Vorgänge, sondern um eine unbewußte, ohne jede Manipulationsabsicht vorgenommene Nichtberücksichtigung bestimmter Tatsachen. Ist das Konzept des Berichterstatters schlüssig, ist dagegen keine „Gegenwehr“ möglich; es fehlt von vornherein die Chance inhaltlicher Auseinandersetzung. Die sachliche Unabhängigkeit des nicht berichterstattenden Beisitzers ist deshalb durch die beschriebene Praxis verletzt<sup>56</sup>.

## V. Mögliche Einwände

Die hier dargelegte Rechtsauffassung könnte Widerspruch in zwei Richtungen provozieren.

Zum einen wäre es denkbar, daß auf eine jahrzehntealte Tradition verwiesen wird; auch wenn empirische Untersuchungen fehlen, wird man sicherlich davon ausgehen können, daß die hier beschriebene Praxis schon bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bestand. Ein solcher Hinweis auf die Tradition ist jedoch ohne rechtliche Relevanz. Die vom Parlamentarischen Rat in den Verfassungstext geschriebenen Grundsätze über die richterliche Gewalt sind nicht in der Weise zu verstehen, daß damit alle Einzelheiten der Gerichtspraxis verfassungsrechtlich zementiert worden wären. Vielmehr geht es um Leitentscheidungen, die auf einem sehr viel höheren Abstraktionsniveau angesiedelt sind und die deshalb auch dort zu einer Revision des Bisherigen führen können, wo sich etwa die Formulierung nicht von der der Weimarer Verfassung unterscheidet. Dies folgt schon daraus, daß es schwer erträglich wäre, wollte man eine veränderte Problemsicht von vornherein abschneiden. Das *BVerfG* hat deshalb auch keinerlei Bedenken dieser Art artikuliert, als es die vergleichbar „alt-ehrwürdige“ Überbesetzung der Kammern und Senate korrigierte: Das Vorbringen der baden-württembergischen Landesregierung, die Überbesetzung einer Kammer sei „anerkannten Rechts“<sup>57</sup>, fand keine weitere Beachtung<sup>58</sup>.

Ein zweiter Einwand wird darauf gestützt, das Aktenstudium durch den nicht berichterstattenden Beisitzer könne die Verfahren unangemessen verlängern. Der Justizgewährlei-

stungspflicht des Staates gebühre jedoch ein mindestens ebenso hoher verfassungsrechtlicher Rang wie dem „gesetzlichen Richter“<sup>59</sup>. Eine Erweiterung der Richterstellen wird nicht diskutiert, sondern mit dem Ausruf „Fiat iustitia, preat fiscus“ abgetan<sup>60</sup>.

Eine solche Sicht verkürzt in doppelter Weise das Problem. Zum einen: Ein Vorrang eines „schnellen“ vor einem die prozessualen Grundrechte des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und des Art. 103 Abs. 1 GG sowie die richterliche Unabhängigkeit währenden Verfahrens existiert nicht. Dies würde bedeuten, die Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze unter einen allgemeinen Zweckmäßigkeitsvorbehalt zu stellen oder von der Zuweisung ausreichender Haushaltsmittel abhängig zu machen. Daß dies nicht angeht, wird beim Grundsatz des rechtlichen Gehörs besonders deutlich, dessen Verankerung in der Menschenwürde einer allzu vordergründigen Relativierung entgegensteht<sup>61</sup>. Mit Recht hat *Leisner* darauf hingewiesen, daß es im Rechtsstaat kein übergeordnetes Effizienzprinzip gibt; die von der Verfassung vorgeschriebenen Verfahrensformen müssen auch dann beachtet werden, wenn dadurch der verfolgte Zweck nicht voll oder nur nach entsprechender zeitlicher Verzögerung realisiert werden kann<sup>62</sup>. Die Rechtsstaatlichkeit steht nicht unter „Gemeinwohlvorbehalt“. Hinter dieser Entscheidung unserer Verfassung steckt die berechnete Erwägung, daß so nicht nur die Freiheit des einzelnen geschützt wird, sondern daß auch die bestehende Ordnung insgesamt an Legitimität gewinnt.

Die zweite Verengung liegt darin, daß die Auswirkungen eines rechtsstaatlich korrekten Verfahrens auf den Geschäftsanfall unnötig dramatisiert werden und daß als Lösung nur die Alternative „längere Verfahren“ oder „mehr Richterstellen“ erwogen wird. Die viel beklagte Überlastung der Gerichte hat primär andere, außerhalb des Verfahrensrechts liegende Gründe; als Beispiel sei die Tatsache genannt, daß der Gesetzgeber der Komplexität der zu regelnden Fragen wegen häufig keine eindeutige Leitlinie mehr zu liefern vermag und überdies in manchen Fällen aus politischen Gründen dazu neigt, bestimmte Fragen bewußt auszuklammern und sie der Rechtsprechung zu überlassen<sup>63</sup>. Wird eine umfassendere Bearbeitung des vorgetragenen Streitstoffs praktiziert, so kann dies insoweit sogar positive Wirkungen haben, als die höhere Entscheidungsqualität sich langfristig in einer Verringerung der anhängigen Verfahren niederschlagen kann. Doch davon ganz abgesehen: Vielleicht mag es helfen, Befürchtungen zu zerstreuen oder zumindest zu relativieren, wenn man in Erinnerung ruft, daß zahlreiche Landesarbeitsgerichte seit Jahren die Akten an die ehrenamtlichen Beisitzer versenden, ohne daß sich daraus Unzutraglichkeiten ergeben hätten<sup>64</sup>.

Ein Ausweg könnte weiter auch darin liegen, stärker als bisher danach zu fragen, ob die Komplexität des Falles wirklich eine Entscheidung durch die Kammer erfordert oder ob nicht die Einschaltung eines Einzelrichters ausreichen würde. § 348 ZPO muß in seiner heutigen Form kein Endpunkt einer Entwicklung sein. Dort wo der Gesetzgeber aber zu dem Ergebnis kommt, ein Kollegium sei zur Entscheidung berufen, müssen alle seine Mitglieder das Parteivorbringen<sup>65</sup> aufgrund eigenen Aktenstudiums kennen. Nur so wird schließlich eine irrationale Ungleichbehandlung von Zivil- und Strafverfahren vermieden: Wenn eine fünfminütige Abwesenheit eines Richters aus der Hauptverhandlung einen gravierenden Verfahrensmangel darstellt, warum sollte es dann hinnehmbar

<sup>55</sup> S. dazu statt aller *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M. 1972.

<sup>56</sup> Ebenso im Ergebnis *Doehring* NJW 1983, 853; von *Stackelberg* MDR 1983, 365. Vgl. auch *Stern* (Staatsrecht, Bd. II, aaO, S. 912), der den Interaktionsbereich der richterlichen Unabhängigkeit in der Weise bestimmt: „Einzubeziehen sind jedenfalls die mit der Rechtsfindung in unmittelbarem Zusammenhang stehenden prozeduralen Handlungen, die den Rechtsprechungsakt vorbereiten, begleiten oder vollstrecken. Auch diese Tätigkeiten muß der Richter frei von jeder Weisung, Empfehlung, Anregung und ähnlichen mildernden Formen der Einwirkung vollziehen können.“

<sup>57</sup> Mitgeteilt in *BVerfGE* 17, 294 (297).

<sup>58</sup> *BVerfGE* 17, 294 ff.

<sup>59</sup> So insbesondere *Herr* MDR 1983, 635.

<sup>60</sup> *Herr* MDR 1983, 635 a. E. und NJW 1983, 2132 a. E.

<sup>61</sup> Vgl. *Rüping*, Bonner Kommentar, Art. 103 Abs. 1 Rn. 63.

<sup>62</sup> Vgl. *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1971, S. 44 ff.

<sup>63</sup> Zu den Ursachen des Richterrechts s. näher *Däubler* AuR 1982, 363 ff. m. w. N.

<sup>64</sup> Die Praxis ist erwähnt in *BAG AP* Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse.

<sup>65</sup> Nicht den gesamten Akteninhalt!

sein, daß ein Mitglied einer Zivilkammer die Entscheidungsgrundlage nur vom „Hörensagen“ kennt? Der eigene Eindruck ist in beiden Fällen gleichermaßen entscheidend.

## VI. Ergebnis

Eine Praxis, wonach der nicht berichterstattende Beisitzer im Rahmen des normalen Geschäftsgangs keinen Einblick in die Akten nimmt, verstößt gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG, gegen das Recht auf den

gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und gegen die in Art. 97 Abs. 1 GG garantierte sachliche Unabhängigkeit. Entscheidungen, die auf einem derartigen Verfahren beruhen, sind fehlerhaft; soweit sie mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar sind, können sie nach näherer Maßgabe der §§ 90 ff. BVerfGG mit Hilfe einer Verfassungsbeschwerde korrigiert werden. Ist sichergestellt, daß der einzelne an der Entscheidung beteiligte Richter vom Akteninhalt Kenntnis genommen hat, bestehen gegen die üblichen Formen der Arbeitsteilung innerhalb des erkennenden Gerichts keinerlei rechtliche Bedenken.

stand der Urteilsfindung (§ 264 Abs. 1 StPO) „auf einer

einer Tonbandaufzeichnung bei der richterlichen Urteilsfindung