Christoph Sowada
Der gesetzliche Richter im Strafverfahren

Christoph Sowada

Der gesetzliche Richter im Strafverfahren

2002

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin gedruckt mit Unterstützung
der Deutschen Forschungsgemeinschaft

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Sowada, Christoph:
Der gesetzliche Richter im Strafverfahren / Christoph Sowada. –
Berlin ; New York : de Gruyter, 2002
Zugl.: Berlin, Freie Univ., Habil.-Schr., 2000
ISBN 3-11-017066-3

© Copyright 2002 by Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Datenkonvertierung/Satz: Dörlemann Satz, Lemförde

Vorwort

Die im Januar 2000 abgeschlossene Arbeit wurde im Sommersemester 2000 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Für die Drucklegung ist das Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Richter und Gerichte vom 22. 12. 1999 (BGBl. I, S. 2598) in den Text eingearbeitet worden. Im übrigen konnten neuere Rechtsprechung und Literatur nur noch teilweise (insbesondere in den Fußnoten) berücksichtigt werden; das gilt auch bezüglich der Kölner Dissertation von Thomas Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter.

Der Rückblick auf eine mehrere Jahre umfassende Arbeit gibt in mehrfacher Hinsicht Anlaß zu danken. Ganz besonders herzlicher Dank gebührt meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Klaus Geppert, der das Thema der vorliegenden Arbeit angeregt und ihre Entstehung maßgeblich gefördert hat. Vor allem verdanke ich ihm den Wunsch, den Beruf des Hochschullehrers zu ergreifen, und vielfältige Unterstützung auf dem Weg zu diesem Ziel. Herrn Professor Dr. Axel Montenbruck danke ich für die sehr zügige Erstattung seines Zweitgutachtens.

Großen Dank schulde ich ferner der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die mir durch ein zweijähriges Habilitationsstipendium die Fertigstellung dieser Arbeit er möglicht und ihre Veröffentlichung durch einen großzügigen Druckkostenzuschuß wesentlich erleichtert hat. Schließlich möchte ich dem Verlag Walter de Gruyter, und hier namentlich Frau Dr. Dorothee Walther, für die Aufnahme des Buches in das Verlagsprogramm sowie für die kompetente und freundliche verlegerische Betreuung danken.

Gewidmet ist dieses Buch meiner Lebensgefährtin Martina Zebisch, die mich in all den Jahren mit ihrer Heiterkeit und Zuversicht begleitet und unterstützt hat.

Berlin/Rostock, im Januar 2002 Christoph Sowada

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XXIII

1. Kapitel: Einleitung 1

ERSTER TEIL:
Die Grundlagen

ERSTER ABSCHNITT:
Die historischen Wurzeln

2. Kapitel: Die Justiz im Zeitalter des (aufgeklärten) Absolutismus 33
3. Kapitel: Die Entwicklung seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts 55

ZWEITER ABSCHNITT:
Die ideelle Bedeutung des Prinzips des gesetzlichen Richters im heutigen Justizsystem

4. Kapitel: Die Auseinandersetzung zwischen „Pragmatikern" und „Puristen" als Symptom für eine schleichende Sinnkrise 82
5. Kapitel: Rechtsphilosophische und rechtsvergleichende Aspekte 105
6. Kapitel: Zusammenfassende Betrachtung zum idealtypischen Stellenwert des Prinzips des gesetzlichen Richters 130

ZWEITER TEIL:
Der verfassungsrechtliche Gehalt des Art. 101 GG

7. Kapitel: Die verfassungssystematische Einordnung und der personale Schutzbereich des Art. 101 GG 136
8. Kapitel: Der sachliche Schutzbereich des Art. 101 I 2 GG 168
9. Kapitel: Die Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle durch die sog. „Willkürformel" 202

DRITTER TEIL:
Gesetzlicher Richter und Gerichtsverfassungsrecht –
Probleme der Organisation des Gerichtsaufbaus

ERSTER ABSCHNITT:
Die gerichtsinterne Geschäftsverteilung (§ 21e GVG)

10. Kapitel: Allgemeine Überlegungen zur gerichtinternen Geschäftsverteilung 241
11. Kapitel: Die Besetzung der Spruchkörper (personelle Geschäftsverteilung) 260
12. Kapitel: Die Verteilung der Rechtsprechungsaufgaben (sachliche Geschäftsverteilung) 311
13. Kapitel: Die Regelung des Vertretungssystems 334

ZWEITER ABSCHNITT:
Die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung (§ 21g GVG)

14. Kapitel: Der Anschauungswandel zur Bedeutung des § 21g II GVG 373
15. Kapitel: Justizpolitische Überlegungen zur Organisations- und Kommunikationsstruktur im Spruchkörper 405
16. Kapitel: Dogmatische Aspekte der Auslegung des § 21g II GVG 434

VIERTER TEIL:
Gesetzlicher Richter und Strafverfahrensrecht –
Probleme der Organisation des Verfahrensablaufs im Strafprozeß

ERSTER ABSCHNITT:
Die Ermittlung des erstinstanzlich zuständigen Gerichts

17. Kapitel: Grundlagen zur Problematik der „beweglichen" Zuständigkeit im Strafprozeß 466
18. Kapitel: Allgemeines zur „beweglichen" sachlichen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Amtsgericht und Landgericht (§ 24 GVG) 499
19. Kapitel: Das Merkmal der „besonderen Bedeutung des Falles" (§ 24 I Nr. 3 GVG) 527
20. Kapitel: Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Strafrichter und Schöffengericht (§ 25 GVG) 592
21. Kapitel: Das Wahlrecht der Staatsanwaltschaft bezüglich der örtlichen Zuständigkeit (§§ 7 ff. StPO) 631
22. Kapitel: Weitere „Wahlmöglichkeiten" der Staatsanwaltschaft bezüglich der Zuständigkeit des Eingangsgerichts 649
23. Kapitel: Sonstige Gefährdungen des gesetzlichen Richters im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Hauptverfahren 707

ZWEITER ABSCHNITT:
Die Tätigkeit der Revisionsgerichte

24. Kapitel: Die Aufgabenteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht als Problem des Art. 101 I 2 GG 740
25. Kapitel: Das Ermessen der Revisionsgerichte im Zusammenhang mit der Zurückverweisung der Sache (§ 354 II, III StPO) 760
26. Kapitel: Rückblick und Ausblick 807

Literaturverzeichnis 843
Sachregister 931

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XXIII

1. Kapitel: Einleitung 1
I. Sinnkrise versus Anschauungswandel 2
1. Einfachgesetzliche Streitfragen als Krisensymptome 2
2. Verständnisprobleme bezüglich des Art. 101 I 2 GG 4
a) Sprachliche Unbestimmtheit des „gesetzlichen" Richters 4
b) Der Verlust des „historischen Feindbildes" 5
c) Der Zielkonflikt zwischen Formenstrenge und Flexibilität 5
d) Die „Materialisierung" des Grundsatzes des gesetzlichen Richters 7
II. Methodische Probleme 9
1. Der verfassungsrechtliche Sinngehalt als eigenständiger Untersuchungsgegenstand 9
2. Die Wahl des richtigen Blickwinkels 10
III. Gegenstand der Untersuchung 13
1. Die breite Anlage einer auf die Strafjustiz bezogenen Untersuchung als Ausgangspunkt 13
2. Thematische Begrenzungen 15
a) Die Beschränkung auf die innerstaatliche Gerichtsbarkeit unter Ausklammerung der Personalgewinnung und der Laienbeteiligung 15
b) Die weitgehende Ausblendung rechtsschutzspezifischer Besonderheiten 17
IV. Die rollenspezifische Polarisierung als psychologisches Grundproblem .. 20
V. Gang der weiteren Untersuchung 23

ERSTER TEIL:
Die Grundlagen

ERSTER ABSCHNITT:
Die historischen Wurzeln

2. Kapitel: Die Justiz im Zeitalter des (aufgeklärten) Absolutismus 33
I. Die Herausbildung der Kabinettsjustiz im absolutistischen Staat (unter besonderer Berücksichtigung Brandenburg-Preußens) 33
1. Die Theorie: Der absolutistische Herrscher als Träger uneingeschränkter Souveränität 33
2. Die Praxis: Der Kampf um die Zurückdrängung der Stände 33
3. Machtspruch und Bestätigungsrecht als Instrumente landesherrlicher Rechtsprechungsmacht 34

4. Das Supplikenwesen als Anreiz zur Ausübung landesherrlicher Kabinettsjustiz ... 37
II. Der Bedeutungswandel des Machtspruchs im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus ... 39
1. Der theoretische Machtspruchverzicht *Friedrichs des Großen* als Folge eines aufgeklärten Staatsverständnisses ... 39
2. Der Müller-*Arnold*-Prozeß als „Justizkatastrophe" (?) ... 41
a) Darstellung der historischen Ereignisse ... 41
b) Die Beurteilung des königlichen Eingreifens in die Justiz ... 43
3. Die Entwicklung bis zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 ... 47
a) Die Normierung des Machtspruchverbots in § 6 der Einleitung des Allgemeinen Gesetzbuchs von 1791 ... 47
b) Die Begründung des Machtspruchverbots in *Svarez'* Kronprinzenvorträgen ... 48
c) Die Streichung des Machtspruchverbots im Allgemeinen Landrecht von 1794 ... 49
d) Ansätze für einen Grundsatz des gesetzlichen Richters ... 50
4. Zwischenbilanz: Preußische Justizpolitik an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert ... 51
3. Kapitel: Die Entwicklung seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts ... 55
I. Die Entwicklung in Deutschland bis zur Paulskirchenverfassung von 1848 55
1. Der süddeutsche Konstitutionalismus und die Lehre vom monarchischen Prinzip ... 55
2. Die Demagogenverfolgung als Ausdruck des Kampfes zwischen Restauration und Liberalismus ... 56
3. Bürgertum und Justiz ... 58
4. Absicherungen der sachlichen Unabhängigkeit des Richters ... 60
II. Von der Frankfurter Reichsverfassung zum Grundgesetz ... 67
III. Erträge der historischen Betrachtung ... 71
1. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters als Verstärkung der richterlichen Unabhängigkeit ... 71
2. Das Prinzip des gesetzlichen Richters und der Gedanke der Gewaltenteilung ... 74
3. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters als Ausprägung des Willkürverbots ... 77

ZWEITER ABSCHNITT:
Die ideelle Bedeutung des Prinzips des gesetzlichen Richters im heutigen Justizsystem

4. Kapitel: Die Auseinandersetzung zwischen „Pragmatikern" und „Puristen" als Symptom für eine schleichende Sinnkrise ... 82
I. Der Wandel der Justiz ... 83
II. Die Alternative zwischen Vertrauen und Mißtrauen in die Justiz ... 86
1. Die Auswirkungen der emotionalen Grundhaltung auf die Reichweite des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter ... 86
2. Konkrete Anhaltspunkte für manipulative Eingriffe ... 89

III. Argumente für eine Perspektive des Mißtrauens ... 91
1. Mißtrauen als die dem Rechtsstaatsgedanken adäquate Grundhaltung ... 91
2. Die Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts ... 93
IV. Argumente für die Position des Vertrauens in die Justiz ... 95
1. „Gleichwertigkeit" aller Richter? ... 95
2. Ausreichender Schutz durch Ablehnungsregeln? ... 98
V. Gewachsene Anforderungen an die „Unabhängigkeit" der Richter ... 99
5. Kapitel: Rechtsphilosophische und rechtsvergleichende Aspekte ... 105
I. Der Eigenwert des Verfahrens ... 105
1. Der Funktionswandel des Verfahrensrechts ... 105
2. Die legitimierende Wirkung des Verfahrens ... 108
3. Verstärkungen der politischen Argumentation durch Aspekte der Verfahrensgerechtigkeit ... 112
II. Die Stellung des Prinzips des gesetzlichen Richters im Konzept der Verfahrensgerechtigkeit ... 114
1. Absicherung der richterlichen Unabhängigkeit ... 114
2. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters als Ausprägung formaler Gleichheit ... 117
3. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters als bereichsspezifisches Bestimmtheitsgebot ... 120
III. Die eingeschränkte Aussagekraft rechtsvergleichender Betrachtungen .. 124
1. England als „Rechtsstaat ohne gesetzlichen Richter" ... 125
2. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung nationaler Besonderheiten bei der Interpretation des Rechtsstaatsprinzips ... 127
6. Kapitel: Zusammenfassende Betrachtung zum idealtypischen Stellenwert des Prinzips des gesetzlichen Richters ... 130

ZWEITER TEIL:
Der verfassungsrechtliche Gehalt des Art. 101 GG

7. Kapitel: Die verfassungssystematische Einordnung und der personale Schutzbereich des Art. 101 GG ... 136
I. Der systematische Aufbau des Art. 101 GG ... 136
1. Das Verhältnis zwischen dem Verbot der Ausnahmegerichte (Art. 101 I 1 GG) und dem Prinzip des gesetzlichen Richters ... 136
2. Die Abgrenzung zwischen Ausnahmegerichten (Art. 101 I 1 GG) und Sondergerichten (Art. 101 II GG) ... 138
a) Der Begriff des Ausnahmegerichts ... 139
aa) Das Problem des Willkürerfordernisses ... 140
bb) Präzisierungen des formalen Ausgangspunktes ... 141
cc) Verbleibende Unschärfen im Randbereich ... 143
b) Der Begriff des Sondergerichts ... 145
II. Die Garantieebenen des Art. 101 I 2 GG ... 146
1. Das Prinzip des gesetzlichen Richters als grundrechtsgleiches Recht . 146
2. Das Prinzip des gesetzlichen Richters als institutionelle Garantie 149
a) Die Begriffsmerkmale der „institutionellen Garantie" ... 150

b) Das in Art. 101 I 2 GG enthaltene „Strukturprinzip" als Gegenstand einer institutionellen Garantie ... 152
III. Der personale Schutzbereich des Art. 101 I 2 GG im Hinblick auf das Strafverfahren ... 155
1. Beschuldigte, Verletzte, Verteidiger, Zeugen, Sachverständige, Richter 155
2. Staatsanwaltschaft ... 158
IV. Zur (Un-)Verzichtbarkeit des grundrechtsgleichen Schutzes ... 163
8. Kapitel: Der sachliche Schutzbereich des Art. 101 I 2 GG ... 168
I. Der Prozeß der „Intensivierung" und „Extensivierung" des Prinzips des gesetzlichen Richters ... 169
II. Die Erstreckung des Art. 101 I 2 GG auf die Dritte Gewalt als unproblematische Sinnerweiterung ... 172
III. Die „Materialisierung" des Grundsatzes des gesetzlichen Richters ... 174
1. Die von der herrschenden Meinung befürwortete Sinnerweiterung des Art. 101 I 2 GG ... 175
a) Der fortschreitende Ausbau des Art. 101 I 2 GG durch das BVerfG 175
b) Dogmatische Verstärkungen dieser Position durch das Schrifttum 178
2. Dogmatische Bedenken gegen die „Materialisierung" des Art. 101 I 2 GG ... 179
a) Der hinreichende Eigenwert eines formellen Verständnisses des Art. 101 I 2 GG ... 180
b) Das systematische Verhältnis zwischen Art. 101 I 2 GG und Art. 97 GG ... 181
c) Das Verhältnis zwischen Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Richters ... 182
d) Das Verhältnis zwischen Abwehr- und Leistungsaspekt bei Art. 101 I 2 GG ... 184
3. Anderweitige Möglichkeiten einer verfassungsrechtlichen Verankerung der Unparteilichkeit des Richters ... 187
a) Rechtsstaatsprinzip (fair trial) ... 188
b) Art. 103 I GG und Art. 3 I GG ... 190
4. Dogmatische Konsequenzen einer rein formalen Interpretation des Art. 101 I 2 GG ... 192
a) Das systematische Verhältnis der §§ 22 ff. StPO zur Garantie des gesetzlichen Richters ... 193
b) Die Auslegung der Befangenheitsnormen ... 196
5. Der Streit um die sog. „Blindlingstheorie" ... 198
9. Kapitel: Die Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle durch die sog. „Willkürformel" ... 202
I. Die Gegenüberstellung von willkürlicher Richterentziehung und unbeachtlichem „error in procedendo" durch das BVerfG ... 202
II. Zur materiell-rechtlichen Ableitbarkeit der Willkürformel aus Art. 101 I 2 GG ... 206
1. Erfolgs- oder verhaltensbezogene Interpretation des „Entziehens"? .. 206
2. Das Verhältnis von Irrtum und Willkür ... 208
3. Die Willkürformel als Irrtumsprivileg rechtsanwendender Richtertätigkeit ... 210

III. Der funktionell-rechtliche Ansatz zur Begründung der Willkürformel ... 213
1. Die allgemeine Willkürformel als Maßstab verfassungsgerichtlicher Prüfung ... 213
2. Allgemeine Bedenken gegen das Willkürkriterium als Maßstab der Kompetenzabgrenzung ... 216
3. Spezielle Bedenken bezüglich einer Anwendbarkeit der Willkürformel im Rahmen des Art. 101 I 2 GG ... 223
a) Die besonders enge Verflechtung mit dem einfachen Gesetzesrecht 224
b) Intensivierung der Prüfung unter Beibehaltung der Willkürformel? . 225

DRITTER TEIL:
Gesetzlicher Richter und Gerichtsverfassungsrecht –
Probleme der Organisation des Gerichtsaufbaus

ERSTER ABSCHNITT:
Die gerichtsinterne Geschäftsverteilung (§ 21e GVG)

10. Kapitel: Allgemeine Überlegungen zur gerichtsinternen Geschäftsverteilung ... 241
I. Die Bedeutung der Geschäftsverteilung für die Garantie des gesetzlichen Richters ... 241
1. Die historische Entwicklung der Geschäftsverteilung als Bestandteil der gerichtlichen Selbstverwaltung ... 241
2. Funktionelle Zusammenhänge ... 243
3. Argumentative Parallelen ... 245
4. Thematische Begrenzungen ... 247
II. Allgemeine Grundsätze der inhaltlichen Gestaltung des Geschäftsverteilungsplans ... 249
1. Der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit als Ausgangspunkt ... 249
2. Der Umfang der Geschäftsverteilung ... 251
a) Vollständigkeitsprinzip ... 251
b) Gesetzliche Geschäftsverteilung ... 252
3. Weitere Grundsätze bei der Aufstellung des Geschäftsverteilungsplanes 255
a) Festlegungen zur Geltungsdauer ... 255
b) Abstraktionsprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz ... 256
4. Einbruchstellen in das Sicherungssystem ... 256
11. Kapitel: Die Besetzung der Spruchkörper (personelle Geschäftsverteilung) ... 260
I. Das Problem der Überbesetzung kollegialer Spruchkörper ... 260
1. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Überbesetzung ... 260
2. Die Grenzen der Überbesetzung ... 263
a) Die verfassungsrechtliche Bedeutung des § 21g II GVG ... 263
b) Die „Unvermeidbarkeit" der Überbesetzung als überholtes Restriktionskriterium ... 266
c) Die Beibehaltung absoluter Obergrenzen zulässiger Überbesetzung 267
d) Die Einbeziehung von Teilkräften (insbesondere Hochschullehrern) 269
3. Die Überbesetzung in reduzierten Spruchkörpern ... 271
a) Die reduzierte Richterbank als Sonderfall der Überbesetzung ... 271

b) Argumentationsansätze für eine erweiterte Überbesetzung 272
aa) Das Abstellen auf den „Normalfall" 273
bb) Die Parallele zu § 15a BVerfGG 275
cc) Faktische Zwänge 276
dd) Konsequenzen einer praxisorientierten Fundierung 277
ee) Besonderheiten bezüglich der Überbesetzung der großen Strafkammer und des erstinstanzlich tätigen Strafsenats beim Oberlandesgericht 279
4. Zusammenfassung 282
II. Weitere Aspekte bei der Erstellung des Besetzungsplanes 283
1. Die Behandlung vakanter Stellen („N.N.") und das Problem haushaltsrechtlicher Wiederbesetzungssperren 284
a) Die Berücksichtigung vakanter Stellen im Geschäftsverteilungsplan 284
b) Zur Zulässigkeit von Vakanzen als Folge haushaltsrechtlicher Wiederbesetzungssperren 286
aa) Die besondere Problematik haushaltsrechtlich bedingter Vakanzen 286
bb) Die Bejahung der Zulässigkeit von Haushaltssperren durch den Bayerischen Verfassungsgerichtshof 288
cc) Argumente der Gegenansicht 289
dd) Stellungnahme 291
2. Das Verbot disziplinierender Geschäftsverteilung 295
a) Ermessen und Macht des Präsidiums 295
b) Der „Fall *Orlet*" 299
aa) Darstellung der Ereignisse 299
bb) Zur Änderung des Geschäftsverteilungsplans infolge vehementer Urteilskritik 301
cc) Zur Änderungsbefugnis bezüglich des nächsten Jahresgeschäftsverteilungsplanes 308
12. Kapitel: Die Verteilung der Rechtsprechungsaufgaben (sachliche Geschäftsverteilung) 311
I. Modelle der sachlichen Geschäftsverteilung 311
1. Das Rotationsprinzip 313
a) Die gegensätzliche Beurteilung durch BGH und BAG 313
b) Das Erfordernis zusätzlicher Sicherungsvorkehrungen 318
2. Die Verteilung nach Buchstaben 320
3. Die Verteilung nach Sachgebieten 322
II. Weitere Zuständigkeitsregelungen in Geschäftsverteilungsplänen 326
1. Zuständigkeitsperpetuierende Klauseln 326
2. Bindende Wirkung von Abgaben 330
3. Einstimmigkeitserfordernis und Zweckmäßigkeitsvorbehalt 331
13. Kapitel: Die Regelung des Vertretungssystems 334
I. Ringvertretung oder ad-hoc-Vertreterbestellung 334
1. Die Rechtslage zu § 67 GVG (a.F.) 334
2. Der gegenwärtige Meinungsstreit 335
a) Die analoge Anwendung des § 22b II GVG 336
b) Die Unzulässigkeit einer ad-hoc-Vertreterbestellung bei unzulänglicher Vertretungsregelung 337

c) Das Modell der Ringvertretung 338
II. Hilfsspruchkörper 342
1. Der Hilfsspruchkörper als Vertretungsfall 342
2. Die Dauer des Bestehens von Hilfsspruchkörpern 344
a) Die Restriktionsbemühungen der neueren Judikatur und die noch strengere Position von *Frisch* 344
b) Stellungnahme 345
c) Vermittelnde Lösungsansätze 350
3. Der Vorsitz in der Hilfsstrafkammer 351
a) Dogmatische und praxisbezogene Argumente der herrschenden Meinung 352
b) § 21f II GVG als Argument mit zeitlich beschränkter Legitimationswirkung 353
c) Der Widerstreit zwischen dogmatischen und praxisbezogenen Gesichtspunkten 355
4. Die Geschäftsverteilung zwischen Haupt- und Hilfsspruchkörper ... 359
5. Abschließende Beurteilung 362
III. Ergänzungsrichter 363
1. Zulässigkeit einer ad-hoc-Bestellung der Ergänzungsrichter (herrschende Meinung) 363
2. Argumente für eine Vorausbestimmung durch den Geschäftsverteilungsplan 364
3. Folgerungen aus dem Verbot der ad-hoc-Bestellung 367

ZWEITER ABSCHNITT:
Die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung (§ 21g GVG)

14. Kapitel: Der Anschauungswandel zur Bedeutung des § 21g II GVG 373
I. Erste Phase: Die Einführung des § 8 II VwGO (a.F.) 374
1. Stellungnahmen der Präsidenten der obersten Gerichtshöfe des Bundes . 374
2. Kritische Würdigung 379
II. Zweite Phase: Der „Aufstand der Praktiker" in der Mitte der 60er Jahre . 382
III. Dritte Phase: Die „Palastrevolution" am BGH in den 90er Jahren 385
1. Die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung als Gegenstand öffentlicher Diskussion 385
a) Kontinuität der höchstrichterlichen Argumentation 387
b) Kritische Stellungnahme 389
2. Der Beschluß der Vereinigten Großen Senate des BGH vom 5.5.1994 392
IV. Die Entscheidungen des BVerfG als „vierte Phase" 397
V. Die Neugestaltung des § 21g GVG durch das Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Richter und Gerichte vom 22.12.1999 403
15. Kapitel: Justizpolitische Überlegungen zur Organisations- und Kommunikationsstruktur im Spruchkörper 405
I. Die Rolle des Vorsitzenden im Spruchkörper 407
1. Die Formel vom „richtunggebenden Einfluß des Vorsitzenden" 407
2. Die Gleichberechtigung der Mitglieder als Element des Kollegialprinzips 410

a) Der Wert des Kollegialsystems für die Rechtsfindung 410
b) Verfassungsrechtliche Bezüge des Kollegialprinzips 414
3. Die faktische Dominanz des Vorsitzenden als strukturelles Problem . 416
4. Allgemeine Konsequenzen für das normative Leitbild vom Vorsitzenden 419
II. Die Stärkung der gerichts- und spruchkörperinternen Demokratie durch die Reform der Präsidialverfassung im Jahre 1999 421
1. Die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung als Aufgabe des Berufsrichterkollegiums 421
2. Exkurs: Zur Richteröffentlichkeit von Präsidiumssitzungen 425
a) Die Gefahr von ad-hoc-Bestellungen durch das Präsidium 425
b) Die Zulassung der Richteröffentlichkeit als Ermessensentscheidung des Präsidiums 427
16. Kapitel: Dogmatische Aspekte der Auslegung des § 21g II GVG 434
I. Die an den Mitwirkungsplan zu stellenden Bestimmtheitsanforderungen 434
1. Der Geschäftsverteilungsplan als dogmatisches Vorbild 434
2. Die Bestimmbarkeit der Richterbank unter Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe 437
3. Einzelne Mitwirkungsmodelle und Anknüpfungsmerkmale 440
4. Änderungen des Mitwirkungsplans 443
II. Die Bestellung des Berichterstatters 445
1. Die Bestellung des Berichterstatters als Mittel zur Bestimmung des konkreten Entscheidungsträgers 446
2. Zur Frage eines „gesetzlichen Berichterstatters" auf dem Boden des § 21g GVG a.F. 448
a) Die faktische Bedeutung des Berichterstatters 449
b) Dogmatische Gesichtspunkte 452
aa) Die Interpretation des § 21g GVG a.F. 452
bb) Zur verfassungskonformen Auslegung des § 21g GVG 453
3. Die Bedeutung der Neuregelung des § 21g GVG für die Frage der Bestellung des Berichterstatters 456

VIERTER TEIL:
Gesetzlicher Richter und Strafverfahrensrecht – Probleme der Organisation des Verfahrensablaufs im Strafprozeß

ERSTER ABSCHNITT:
Die Ermittlung des erstinstanzlich zuständigen Gerichts

17. Kapitel: Grundlagen zur Problematik der „beweglichen" Zuständigkeit im Strafprozeß 466
I. Überblick über die aktuelle Bedeutung des Problems 466
1. Die Arten der Zuständigkeit 466
2. Die Auffächerung der möglichen Eingangsspruchkörper 468
3. Die modellartige Gegenüberstellung von abstrakter und konkreter Zuständigkeitsbestimmung 472
II. Die historische Entwicklung der Zuständigkeitsnormen 474

1. Die Entwicklung von der Schaffung der Reichsjustizgesetze (1877) bis zum Jahr 1915 ... 474
2. Die Entwicklung von 1915 bis 1932 ... 477
a) Die Entwicklung bis zur *Emminger*-Verordnung vom 4. Januar 1924 ... 477
b) Die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924 (*Emminger*-VO) ... 481
c) Die Notverordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung vom 14. Juni 1932 ... 484
3. Die Entwicklung von 1933 bis 1945 ... 487
4. Die Entwicklung seit 1945 ... 491
III. Ergebnisse der historischen Betrachtung ... 494
1. Das Vordringen der konkreten Methode und der Machtzuwachs der Staatsanwaltschaft ... 494
2. Die Entwicklung der örtlichen Zuständigkeit ... 495
3. Zuständigkeitsreformen als Reaktion auf staatliche Finanznot ... 495

18. Kapitel: Allgemeines zur „beweglichen" sachlichen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Amtsgericht und Landgericht (§ 24 GVG) ... 499
I. Die ursprüngliche Position des BGH und die Leitentscheidung des BVerfG vom 19. 3. 1959 ... 500
II. Kritische Würdigung der allgemein für eine bewegliche Zuständigkeitsregelung angeführten Argumente ... 502
1. Die gesetzliche Verankerung der beweglichen Zuständigkeit ... 503
2. Die These von der gesetzgeberischen Bestätigung der beweglichen Zuständigkeit ... 505
3. Die Stellung der Staatsanwaltschaft und das Vertrauen in den Rechtsstaat ... 509
4. Kontrollbedarf und Kontrollmöglichkeit ... 512
III. Die konkrete Straferwartung als Abgrenzungskriterium (§ 24 I Nr. 2 GVG) ... 516
1. Der Zusammenhang zwischen weiten Strafrahmen und konkreter Zuständigkeitsbestimmung ... 516
2. Die grundsätzliche Kritik an den weiten Strafrahmen ... 519
3. Die Verfassungsmäßigkeit des § 24 I Nr. 2 GVG ... 523

19. Kapitel: Das Merkmal der „besonderen Bedeutung des Falles" (§ 24 I Nr. 3 GVG) ... 527
I. Die „besondere Bedeutung" im Spannungsfeld zwischen Ermessen, unbestimmtem Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum ... 527
1. Die Pflicht zur umfassenden gerichtlichen Prüfung der „besonderen Bedeutung" des Falles ... 527
2. Anhaltspunkte für eine unzulängliche Umsetzung in der Rechtspraxis ... 531
II. Das Problem der hinreichenden Bestimmtheit des Merkmals der „besonderen Bedeutung" ... 538
1. Die Auslegung des Merkmals der „besonderen Bedeutung" im allgemeinen ... 539
2. Die einzelnen zur Konkretisierung der „besonderen Bedeutung" herangezogenen Merkmale (mit Fallbeispielen) ... 544

a) Das Ausmaß der Rechtsverletzung und die Auswirkungen der Tat auf die Allgemeinheit ... 544
aa) Die (positive) Generalprävention als Bezugspunkt ... 547
bb) Die Kategorie des „(besonderen) öffentlichen Interesses" als prozessuale Ausprägung generalpräventiver Gesichtspunkte . 551
cc) Bedenken gegen eine generalklauselartige Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte im Zuständigkeitskontext ... 552
b) Die herausgehobene Stellung des Täters oder Tatopfers in der Öffentlichkeit ... 557
c) Der Umfang der Strafsache ... 562
d) Gesteigertes Bedürfnis nach einer möglichst baldigen Grundsatzentscheidung des BGH ... 566
e) Die Bejahung der „besonderen Bedeutung des Falles" als Maßnahme des Zeugenschutzes ... 574
f) Der vom Beschuldigten hergestellte Öffentlichkeitsbezug ... 582
III. Die Verfassungswidrigkeit des § 24 I Nr. 3 GVG ... 585
20. Kapitel: Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Strafrichter und Schöffengericht (§ 25 GVG) ... 592
I. Der Streit um die Fortgeltung des ungeschriebenen Merkmals der „minderen Bedeutung des Falles" ... 592
1. Gründe für den Wegfall ... 593
2. Auseinandersetzung mit den für eine Fortgeltung der „minderen Bedeutung" vorgetragenen Argumenten ... 594
3. Konsequenzen bezüglich des Willkürmerkmals ... 602
a) Der Meinungsstreit zwischen dem BGH und den Oberlandesgerichten ... 603
b) Argumente des Schrifttums zur Verneinung einer willkürlichen Richterentziehung ... 606
aa) Die mangelnde Beschwer (arg. § 269 StPO) ... 606
bb) Die subsidiäre Zuständigkeit des Schöffengerichts (arg. § 28 GVG) ... 608
II. Die Willkürprüfung bezüglich des Merkmals der Straferwartung ... 612
1. Statistische Anhaltspunkte für die Handhabung der Strafprognose als Ausweichstrategie ... 612
2. Kasuistische Befunde ... 618
3. Nähere Bestimmung des Willkürmaßstabes ... 621
a) Der gesicherte Bereich einer willkürlichen Zuständigkeitsanmaßung ... 621
b) Der ungesicherte Bereich einer willkürlich fehlerhaften Strafprognose ... 622
4. Rechtspolitische Konsequenzen ... 627
III. Zusammenfassung ... 630
21. Kapitel: Das Wahlrecht der Staatsanwaltschaft bezüglich der örtlichen Zuständigkeit (§§ 7 ff. StPO) ... 631
I. Das staatsanwaltschaftliche Wahlrecht zwischen mehreren Gerichtsständen im Lichte des Art. 101 I 2 GG ... 632
II. Zur Forderung nach einer Vorrangregelung ... 636

1. Das Verhältnis zwischen den Gerichtsständen des Tatorts und des Wohnsitzes ... 637
2. Der Gerichtsstand des Ergreifungsortes ... 638
III. Die gerichtliche Nachprüfung der staatsanwaltschaftlichen Wahl des Gerichtsstands ... 641
1. Die Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle ... 641
2. Umfang und Form der Kontrolle ... 643
IV. Zusammenfassung ... 647
22. Kapitel: Weitere „Wahlmöglichkeiten" der Staatsanwaltschaft bezüglich der Zuständigkeit des Eingangsgerichts ... 649
I. Zuständigkeitsprobleme im Zusammenhang mit gesetzlich vorgesehenen Spezialspruchkörpern ... 649
1. Die Zuständigkeit in Jugendschutzsachen (§§ 26, 74b GVG) ... 650
2. Die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer (§ 74c GVG) ... 653
II. Die Zuständigkeit in Staatsschutzsachen (§§ 74a, 120 GVG) ... 656
1. Überblick über die Entwicklung und Systematik der §§ 74a, 120 GVG 656
2. Die hinreichende Bestimmtheit der „beweglichen" Zuständigkeit ... 660
a) Die dogmatische Eigenständigkeit der „besonderen Bedeutung des Falles" im Rahmen des § 120 II GVG ... 661
b) „Beweglichkeitsklauseln" als einzelfallbezogene Begrenzung gesetzlich normierter Spezialzuständigkeiten ... 662
c) Konzentration und Flexibilität im Staatsschutzstrafrecht ... 664
3. Die gerichtliche Nachprüfung einer Verneinung der „besonderen Bedeutung" durch den Generalbundesanwalt ... 669
a) Darstellung des Problems und Streitstand ... 669
b) Vergleich mit der parallelen Problematik in § 24 I Nr. 3 GVG ... 670
c) Die Vorlagemöglichkeit gemäß § 209 II StPO ... 671
d) Die Erweiterung des revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs als unzureichende Kompensation ... 673
III. Weitere gesetzlich vorgesehene Einwirkungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Anklageerhebung ... 675
1. Das beschleunigte Verfahren (§§ 417ff. StPO) ... 675
a) Die Verfassungsmäßigkeit der Einrichtung ständiger Spezialabteilungen für die Aburteilung im beschleunigten Verfahren ... 677
b) Einzelne Organisationsbeispiele ... 680
c) Das Problem einer hinreichenden gerichtlichen Kontrolle ... 683
aa) Die Verneinung der Eignung durch das erstinstanzliche Gericht ... 683
bb) Fehlender Antrag der Staatsanwaltschaft ... 686
cc) Kontrolle im Rahmen des Rechtsweges ... 687
2. Das erweiterte Schöffengericht (§ 29 II GVG) ... 688
a) Die verfassungsrechtliche Beurteilung des § 29 II GVG ... 689
b) Die Bildung ständiger erweiterter Schöffengerichte im Wege der Geschäftsverteilung ... 693
3. Das Recht zur Klagerücknahme (§ 156 StPO) ... 696
4. Die Beschränkung der Verfolgung (§ 154a StPO) ... 700
a) Auswirkungen des § 154a StPO auf die gerichtliche Zuständigkeit 701

b) Die Verfassungsmäßigkeit der durch § 154a StPO eröffneten Gestaltungsspielräume ... 704
23. Kapitel: Sonstige Gefährdungen des gesetzlichen Richters im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Hauptverfahren ... 707
I. Verbindung und Trennung von Verfahren ... 707
1. Überblick über die gesetzliche Systematik ... 707
2. Die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Vorschriften ... 709
3. Gesetzlich nicht geregelte Konstellationen ... 714
a) Verbindung von Verfahren vor gleichrangigen Spruchkörpern desselben Gerichts ... 715
b) Die Verbindung von in unterschiedlichen Instanzen bei demselben Gericht anhängigen Verfahren ... 717
c) Die Interpretation des § 237 StPO ... 721
d) Zusammenfassende Betrachtung ... 722
II. Das Terminierungsermessen des Vorsitzenden ... 724
1. Auswirkungen der Terminierung auf die Gerichtsbesetzung ... 724
2. Die besondere Problemlage bezüglich der Schöffenmitwirkung ... 729
III. Zusammenfassende Betrachtung des ersten Abschnitts ... 731

ZWEITER ABSCHNITT:
Die Tätigkeit der Revisionsgerichte

24. Kapitel: Die Aufgabenteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht als Problem des Art. 101 I 2 GG ... 740
I. Die Ausdehnung der Prüfungskompetenzen durch die Revisionsgerichte 740
II. Die Schuldspruchberichtigung analog § 354 I StPO ... 746
1. Die Reichweite der Sachentscheidungskompetenz des Revisionsgerichts ... 746
2. Die Judikatur des BVerfG ... 750
3. Stellungnahme zur Reichweite der verfassungsgerichtlichen Kontrolle 754
25. Kapitel: Das Ermessen der Revisionsgerichte im Zusammenhang mit der Zurückverweisung der Sache (§§ 354 II, III StPO) ... 760
I. Die Entscheidungsalternative zwischen der Zurückverweisung an das Ausgangsgericht und der Weiterverweisung an ein anderes Gericht ... 762
1. Allgemeine Argumentationsansätze ... 762
2. Die These von der „Steuerungsaufgabe der Revisionsgerichte" ... 764
3. Zur Frage unabweisbarer Bedürfnisse für die Befassung eines anderen Gerichts ... 770
a) Justizorganisatorische Gründe ... 770
b) Umfassende Absicherung der richterlichen Unvoreingenommenheit 776
4. Abschließende Beurteilung ... 782
II. Das Ermessen bezüglich der Auswahl des „anderen" Gerichts ... 783
III. Revisionsgerichtlich herbeigeführte Verschiebungen im Bereich der sachlichen Zuständigkeit (§§ 354 III, 355 StPO) ... 789
1. Der Anwendungsbereich der beiden Vorschriften ... 789
2. Ermessensschranken im Rahmen des § 354 III StPO ... 791

a) Die Heranziehung des § 269 StPO zur Begründung eines revisionsgerichtlichen Freiraums ... 792
b) § 354 III StPO als „Kann"-Bestimmung ... 797
IV. Exkurs: Die Zurückverweisungsbefugnis des Beschwerdegerichts gemäß § 210 III StPO ... 800
26. Kapitel: Rückblick und Ausblick ... 807
I. Der Sinngehalt des Art. 101 I 2 GG als zentrale Grundfrage ... 807
1. Das Modell der „hermeneutischen Spirale" ... 807
2. Die Notwendigkeit eines Dialogs zwischen Theorie und Praxis ... 808
3. Die „Blindlingstheorie" als „Wahrsager" ... 811
a) Der zweispurige Begründungsansatz: Manipulationsabwehr und Regulativ zur Steuerung der konstitutionell bedingten Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung ... 812
b) Denkbare Einwände gegen diese Konzeption ... 813
aa) Übertriebenes Mißtrauen ... 813
bb) Überhöhung des Bestimmtheitsgebots ... 816
4. Der Zusammenhang zwischen Richterentziehung und Willkürformel 818
II. Die Umsetzung des Art. 101 I 2 GG in der Strafrechtspflege ... 820
1. Der gesetzliche Richter und die Legislative ... 821
a) Gesetzgeberische Ausgestaltungsfreiheit und verfassungsrechtliche Bindung ... 821
b) Die Verfassungswidrigkeit einzelner „beweglicher" Zuständigkeitsregelungen ... 822
aa) Die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts wegen der „besonderen Bedeutung des Falles" (§§ 24 I Nr. 3, 74 I 2 GVG) 822
bb) Das Auswahlermessen bei der Zurückverweisung durch das Revisions- bzw. Beschwerdegericht (§ 354 II und § 210 III StPO) ... 824
cc) Keine generelle Verfassungswidrigkeit „beweglicher" Zuständigkeitsregelungen ... 826
c) Weitere Felder gesetzgeberischer Verantwortung ... 827
2. Der gesetzliche Richter und die Exekutive ... 830
3. Der gesetzliche Richter und die Judikative ... 832
a) Die Aufstellung konkretisierender Regelungen ... 832
b) Die Rechtsanwendung der Eingangsgerichte ... 834
aa) Die unzureichende Prüfung der Zuständigkeitsmerkmale ... 834
bb) Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem Strafrichter und dem Schöffengericht ... 836
c) Die Tätigkeit der Revisionsgerichte ... 837
III. Ausblick auf die künftige Entwicklung des Prinzips des gesetzlichen Richters ... 838

Literaturverzeichnis ... 843
Sachregister ... 931

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.D.	außer Dienst
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abg.	Abgeordneter
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AE-ZVR	Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
AK/GG	Kommentar zum Grundgesetz in der Reihe Alternativkommentare
AK/StPO	Kommentar zur Strafprozeßordnung in der Reihe Alternativkommentare
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
arg.	argumentum
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BA	Blutalkohol
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayJMBl.	Bayerisches Justizministerialblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen

BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung in Strafsachen
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitteilungen	Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen
BR-Drucks	Drucksachen des Bundesrates
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heißt
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung

Dr.	Doktor
DRB	Deutscher Richterbund
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStrZ	Deutsche Strafrechtszeitung
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift
DuR	Demokratie und Recht
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E	Entwurf
ebd.	ebenda
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EinigungsV	Einigungsvertrag
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Erl.	Erläuterung
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FBPG	Forschungen zur Brandenburgischen und Preußischen Geschichte
ff.	folgende
FG	Festgabe, Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn	Fußnote
FR	Finanzrundschau, Frankfurter Rundschau
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

ggf.	gegebenenfalls
GGK	GG-Kommentar
GO-BVerfG	Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts
Grdl.	Grundlagen
GS	Gedächtnisschrift, Gerichtssaal
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVVO	Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HessDGH	Hessischer Dienstgerichtshof
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HK	Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
IKV	Internationale Kriminalistische Vereinigung
insb.	insbesondere
IRG	Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBlRhPf	Justizblatt Rheinland-Pfalz
Jg.	Jahrgang
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JK	Jura-Rechtsprechungskartei, Beilage der Zeitschrift Jura
JMBlNRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBl.	Juristische Blätter (Österreich)
JuS	Juristische Schulung
Justiz	Die Justiz (Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg)
JVA	Justizvollzugsanstalt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung

KK/OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
KMR	Loseblattkommentar zur Strafprozeßordnung (begründet von Kleinknecht/Müller/Reitberger)
KO	Konkursordnung
KÖSDI	Kölner Steuerdialog
KrimJ	Kriminologisches Journal
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LM	Lindenmaier/Möhring (Nachschlagewerk zu Entscheidungen des Bundesgerichtshofs)
LR	Löwe/Rosenberg (Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz)
LS	Leitsatz
LSG	Landessozialgericht
LVerfGH	Landesverfassungsgerichtshof
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	MultiMedia und Recht
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MschrKrimBiol.	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
Müko/ZPO	Münchener Kommentar zur ZPO
NF	Neue Folge
n.F.	neue Fassung
N.N.	nomen nominandum
n.v.	nicht veröffentlicht
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-MietR	NJW Entscheidungsdienst Miet- und Wohnungsrecht
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NotVO	Notverordnung
Nr.	Nummer
NS	Nationalsozialismus
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o. ä.	oder ähnliche
o. Verf.	ohne Verfasser
ÖJT	Österreichischer Juristentag
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt.	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Pf/M.	Pfeiffer/Miebach, Aus der (vom BGH nicht veröffentlichten) Rechtsprechung des BGH in Strafsachen zum Verfahrensrecht
RdA	Recht der Arbeit
Reg.Bl.	Regierungsblatt
RepSchuG	Gesetz zum Schutz der Republik
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Das Recht im Amt
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn	Randnummer
ROW	Recht in Ost und West
RpflAnpG	Rechtspflege-Anpassungsgesetz
RuP	Recht und Politik
S.	Satz, Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
S.K.M.	Seine Königliche Majestät
s. o.	siehe oben
S/S	Schönke/Schröder (Kommentar zum Strafgesetzbuch)
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
scil.	scilicet
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK/StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch

SK/StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
sog.	sogenannte(r/s)
SozVers	Die Sozialversicherung
Sp.	Spalte
Sr.K.M.	Seiner Königlichen Majestät
StGB	Strafgesetzbuch
StJ	Steuerliches Journal
StPÄG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19. 12. 1964
StPO	Strafprozeßordnung
StraFO	Strafverteidiger Forum
StrafRÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StRK	Steuerrechtsprechung in Karteiform
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVRG	Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts
SZ	Süddeutsche Zeitung
Tab.	Tabelle
ThürOLG	Thüringisches Oberlandesgericht
Tit.	Titel
u.a.	unter anderem
US	United States
VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VGS	Vereinigte Große Senate des Bundesgerichtshofs
VO	Verordnung
VRiaBFH	Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WahlO	Wahlordnung
WBO	Wehrbeschwerdeordnung
WGO-MfOR	Monatshefte für osteuropäisches Recht
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung)
Z.ärztl.Fortbild.	Zeitschrift für ärztliche Fortbildung
z.B.	zum Beispiel

z. T.	zum Teil
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZAP	Zeitschrift für Anwaltspraxis
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZblJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte vom 30. 4. 1998 (Zeugenschutzgesetz)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
ZustVO	Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften vom 21. 2. 1940
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

1. Kapitel: Einleitung

„Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden." Mit dieser scheinbar eindeutigen Forderung normiert das Gesetz – wortgleich in Art. 101 I 2 GG und in § 16 S. 2 GVG – das Prinzip des gesetzlichen Richters. Dieser Grundsatz soll der Gefahr vorbeugen, daß die rechtsprechenden Organe durch eine Manipulierung sachfremden Einflüssen ausgesetzt werden.[1] Aus diesem Anliegen erwächst das Gebot, daß sich der für den Einzelfall zuständige Richter möglichst eindeutig aus einer allgemeinen Norm ergeben muß.[2]

Bei formaler Betrachtung kommt dem Prinzip des gesetzlichen Richters ein herausgehobener Stellenwert in unserer Rechtsordnung zu. Die besondere Bedeutung zeigt sich vor allem in der normativen Verstärkung, die dieser 1791 erstmals ausdrücklich niedergelegte Grundsatz[3] durch die Aufnahme in die Verfassung[4] erfahren hat. Das Postulat des gesetzlichen Richters gilt heute als ein „Kernstück des Rechtsstaats"[5] bzw. als ein „Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt",[6] dessen Verletzung im Einzelfall mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann und das im Hinblick auf seine die Rechtsstaatlichkeit des gerichtlichen Verfahrens schlechthin sichernde Funktion zum

---

[1] So das BVerfG in ständiger Rechtsprechung; vgl. BVerfGE 17, 294 (299); 82, 286 (296) sowie die Nachweise bei *Leibholz/Rinck/Hesselberger*, GG, Art. 101 Rn 2.

[2] Auch dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG; vgl. BVerfGE 17, 294 (298 f.); 63, 77 (79) sowie die Nachweise bei *Leibholz/Rinck/Hesselberger*, GG, Art. 101 Anm. 4 (= S. 838/1).

[3] In der französischen Verfassung vom 3. 9. 1791 heißt es in Chap. V Art. IV: „Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune commission ni par d'autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées à la loi." Vgl. hierzu *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 31 f. In der Folgezeit kehrte das Verbot der Richterentziehung (wenngleich in unterschiedlichen Ausgestaltungen) in allen konstitutionellen Verfassungen des 19. Jahrhunderts wieder; vgl. *Kern* a.a.O. S. 146 ff. (148); *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 60 ff.

[4] Die einzelstaatenübergreifende verfassungsrechtliche Verankerung erfolgte in Art. 105 WRV vom 11. 8. 1918. Zu Vorläufern der Jahre 1848/49, die schließlich nicht Gesetz wurden, vgl. unten 3. Kap. I.4 (a.E.).

[5] KK-*Pfeiffer*, Einl. Rn 25; Vgl. auch BGH, NJW 1997, 1452 („Eckpfeiler des rechtsstaatlichen Prozessierens"); *Joachim*, DRiZ 1965, 181 („Säule des Rechtsstaats"); *H. Schiedermair*, in: Wadle, Recht und Gesetz, S. 16 („Fundamentalgarantie") und *v. Stackelberg*, NJW 1959, 471 („Grundpfeiler des Rechtsstaats"). Anknüpfend an die Feststellung, daß „eine unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtspflege ... eine unentbehrliche Bürgschaft des Rechtsstaates" sei, rechnet der Herrenchiemseer Konvent (in der Einleitung seiner Beratungen über Art. 101 GG) das Prinzip des gesetzlichen Richters zu jenen alten bewährten Grundsätzen, die nach der Zerstörung des großen Vertrauenskapitals durch das nationalsozialistische Regime wieder zu Ehren kommen sollen; vgl. BK-*Dennewitz*, Art. 101 Anm. I.

[6] *Arndt*, JZ 1956, 633; s. auch *Bethge*, KritV 73 (1990), 19; *Joachim*, DRiZ 1965, 183; *Marx*, Gesetzlicher Richter, S. 59; *Reichl*, Gesetzlicher Richter, S. 38 und AK/GG-*Wassermann*, Art. 101 Rn 10. Sachlich entsprechend bezeichnet *v. Winterfeld* (NJW 1972, 1401) den Grundsatz der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters als ein „Systemanliegen des GG".

Kreis der gemäß Art. 79 III GG unabänderbaren Vorschriften des Grundgesetzes gerechnet wird.[7]

Allerdings stellt diese Charakterisierung die „Schokoladenseite" des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter dar. Dem früheren Bundesminister *Hermann Höcherl* wird das Bonmot zugeschrieben, daß Prinzipien so hoch gehalten werden, damit man besser unter ihnen hindurchschlüpfen kann. Dieses Bild lenkt den Blick auf das mit der vorliegenden Arbeit verfolgte Anliegen: Es soll untersucht werden, welcher Stellenwert dem Prinzip des gesetzlichen Richters im Bereich der Strafrechtspflege gegenwärtig tatsächlich zukommt. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß dieser Grundsatz seine Bewährungsprobe nicht im Olymp des Verfassungsrechts, sondern auf dem harten Boden des Gerichtsorganisations- und Verfahrensrechts zu bestehen hat. Im Justizalltag muß sich erweisen, ob das Prinzip des gesetzlichen Richters nur als eine liebgewordene und in Ehren gehaltene Tradition erscheint, die Eingang in das Grundgesetz gefunden hat und in Festreden mit salbungsvollen Worten gepriesen wird, oder ob es sich hierbei tatsächlich um eine auch im Denken der Rechtsanwender lebendige „conditio sine qua non für die Verwirklichung des Rechtsstaats"[8] handelt.

I. Sinnkrise versus Anschauungswandel

Erscheint es bereits ganz allgemein reizvoll, der Übereinstimmung zwischen abstraktem Anspruch und konkreter Wirklichkeit eines Verfassungsprinzips nachzuspüren, so kommt bezüglich des vorliegenden Problemgegenstandes hinzu, daß die Vorstellung vom Grundsatz des gesetzlichen Richters als traditionsreichem und allseits anerkannten Fundamentalprinzip des rechtsstaatlichen Justizwesens nur die glatte Oberfläche beschreibt, unter der bei näherem Hinsehen deutliche Risse erkennbar werden. Freilich fordert niemand offen die Abschaffung des Art. 101 I 2 GG; eben diese formale Unangefochtenheit macht ja die glattpolierte Oberfläche dieses Rechtsprinzips aus. Die Schwierigkeiten im Umgang mit dem Grundsatz des gesetzlichen Richters treten vielmehr anläßlich diverser einfachgesetzlicher Fragestellungen zutage.

1. Einfachgesetzliche Streitfragen als Krisensymptome

Als beredte Zeugnisse für die erheblichen Spannungen, unter denen dieses Verfassungspostulat steht, lassen sich insbesondere Stellungnahmen zur strafprozessualen Besetzungsrüge anführen, die als absoluter Revisionsgrund (§ 338 Nr. 1 StPO) ausgestaltet ist und der Durchsetzung des Prinzips des gesetzlichen Richters dient. Ein solches Rechtsmittel wird bisweilen abschätzig als „letzte Zuflucht von Quenglern"[9] oder als ein „pu-

---

[7] Vgl. dazu *Even*, Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie, S. 242, 276; *Marx*, Gesetzlicher Richter, S. 65, 118; *Scupin*, Gesetzlicher Richter, S. 87; *Sobota*, Prinzip, S. 509; *Stern*, Staatsrecht III/2, § 89 V 3 (= S. 1125); kritisch insoweit *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, GGK, Art. 20 Rn 24 und *Austerhoff*, Gerichte, S. 73 ff.; einschränkend *Leisner*, NJW 1989, 2446.

[8] *Ogris*, FS Hermann Krause (1975), S. 187; s. auch *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 148.

[9] So bezüglich des Verwaltungsprozeßrechts *Eyermann/Fröhler/Kormann*, VwGO, Anh. zu § 4, dort zu § 21e GVG Rn 17 (allgemein zum Recht auf den gesetzlichen Richter).

re(s) Revisions-Vehikel"[10] bezeichnet, mit dem der Verteidiger versucht, seinem Mandanten eine weitere, ansonsten gerade nicht gegebene Tatsacheninstanz zu eröffnen. Bei einer solchen Betrachtung haften an der Rüge einer Verletzung des Prinzips des gesetzlichen Richters „regelmäßig das Unziemliche des Hintereingangs und der Makel der falschen Flagge, mehr noch gar der eines kleinlichen Formalismus, der großzügig weitreichende, ärgerliche, kostspielige und insgesamt oft als unverhältnismäßig empfundene Folgen in Kauf nimmt, die Strafrechtspflege aufhält und einen möglicherweise ‚großen justiziellen Aufwand' sinnlos werden lassen kann, ohne selbst prima facie als sinnvoll zu erscheinen".[11] Es griffe zu kurz, wollte man eine solche Kritik ausschließlich auf das Verhalten von Verteidigern beziehen. Hier gerät der Grundsatz des gesetzlichen Richters selbst in die Schußlinie, der eine solche (vermeintlich) billige Instrumentalisierung zuläßt. Diese größere, auf die Reichweite des Verfassungsgebots abzielende Dimension wird deutlich in der Frage angesprochen, ob wir den Grundgedanken des gesetzlichen Richters „in weltweit einsamer Perfektion" überstrapazieren.[12]

Weiteres Anschauungsmaterial für die Feststellung, daß sich hinter einfachgesetzlichen Meinungsverschiedenheiten grundlegende Divergenzen bezüglich des dem Art. 101 I 2 GG beizulegenden Sinnverständnisses verbergen, bietet die Kontroverse um die Zulässigkeit der bei den obersten Bundesgerichten praktizierten spruchkörperinternen Geschäftsverteilung. In dieser zwischen „Puristen" und „Pragmatikern"[13] mit hoher Emotionalität geführten Debatte wurde gewarnt, „(m)an sollte das Prinzip des gesetzlichen Richters nicht zu Tode reiten".[14] Andererseits trägt der zu dieser Problematik ergangene Beschluß des Plenums des BVerfG[15] (anknüpfend an eine Entscheidung der Vereinigten Großen Senate des BGH)[16] der Tatsache Rechnung, „daß sich die Vorstellungen von den Anforderungen an den gesetzlichen Richter im Laufe der Zeit allmählich verfeinert haben und im Zuge dieser Entwicklung die Forderung nach einer möglichst präzisen Vorherbestimmung auch der im Einzelfall an der Entscheidung mitwirkenden Richter zunehmend stärkeres Gewicht gewonnen hat".

Vor dem Hintergrund dieses Anschauungswandels besteht zugleich Anlaß, auch andere Teilbereiche des Art. 101 I 2 GG einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der umstrittenen Frage, inwieweit die gesetzlichen Bestimmungen über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Strafgerichte mit dem Verfassungsgrundsatz des gesetzlichen Richters in Einklang stehen.[17] Sind diese Überlegungen tendenziell auf eine strengere Beurteilung gerichtet, so gibt es andere Indizien, die in die entgegengesetzte Richtung weisen. So verfolgte der Gesetzgeber mit der Einführung der in § 338 Nr. 1 in Verbindung mit § 222b StPO normierten Präklusionsregelung durch das

---

[10] *Kissel*, StV 1993, 398.

[11] *Seebode*, JR 1986, 475.

[12] *Kissel*, StV 1993, 398 f.; ähnlich auch *Bertram*, NJW 1994, 2190. S. ferner *Kissel*, JZ 1994, 1179 und *Salger*, zitiert bei Sangmeister, DStZ 1994, 38.

[13] Vgl. zu dieser Charakterisierung *Lamprecht*, BB 1992, 2153.

[14] *Foth*, JZ 1993, 942; s. auch bereits *Schalscha*, DRiZ 1960, 16.

[15] BVerfG(Plenum)E 95, 322 (333).

[16] BGH(VGS)Z 126, 63 (85).

[17] Vgl. *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GGK, Art. 101 Rn 28 Stichwort „Bewegliche Zuständigkeiten"; *Achenbach*, FS Wassermann (1985), S. 849 ff., 855 ff.

Strafverfahrensänderungsgesetz 1979[18] erklärtermaßen das Ziel, die Zahl der auf die fehlerhafte Besetzung des Gerichts gestützten Revisionen zurückzudrängen.[19] Neuere Gesetze ermöglichen teilweise eine Spruchtätigkeit in unterschiedlicher Besetzung.[20] Zwischen den Strafsenaten des BGH besteht lebhafter Streit darüber, ob eine Verkennung der sachlichen Zuständigkeit als Prozeßvoraussetzung von Amts wegen oder nur auf eine substantiierte Verfahrensrüge gemäß §§ 338 Nr. 4, 344 II StPO zu prüfen ist.[21] Die zunehmende Strenge ist also keine durchgängig zu konstatierende „Einbahnstraße", sondern dem Betrachter bietet sich ein durchaus buntscheckiges Bild unterschiedlicher Strömungen.

Die angesprochenen Streitfragen betreffen (zumindest in ihrer Gesamtheit) den Verfassungssatz vom gesetzlichen Richter nicht nur punktuell, sondern prinzipiell. Die skizzierten Befunde können als Symptome einer Sinnkrise dieses Prinzips gedeutet werden, die nur deshalb nicht unmittelbar wahrgenommen wird, weil die aus der verfassungsrechtlichen Verankerung resultierende Unantastbarkeit dieses Postulats die einzelnen Konfliktherde wie eine schützende Patina überzieht.

2. Verständnisprobleme bezüglich des Art. 101 I 2 GG

Die soeben angeführten Einzelpunkte sind indirekte Fingerzeige auf das Bestehen gravierender Meinungsverschiedenheiten über den Sinngehalt des Prinzips des gesetzlichen Richters. Doch auch eine diesen Verfassungsgrundsatz direkt ins Visier nehmende Betrachtung fördert Umstände zutage, die eine eindeutige Inhaltsbestimmung erschweren.

a) Sprachliche Unbestimmtheit des „gesetzlichen" Richters

Der erste in diesem Zusammenhang zu nennende Aspekt ist die inhaltliche Unbestimmtheit des Art. 101 I 2 GG. Insbesondere läßt sich dieser Vorschrift nicht entnehmen, wer der „gesetzliche" Richter ist, dem niemand entzogen werden darf.[22] In dieser Formulierung eine pauschale Verweisung auf die Normen des einfachen Gesetzesrechts zu sehen, erscheint deshalb unzureichend, weil auch der Gesetzgeber selbst an die Verfassungs-

---

[18] Gesetz vom 5.10.1978 (BGBl. I, S. 1645).

[19] BT-Drucks 8/976, S. 24 ff.

[20] Das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.1.1993 (BGBl. I, S. 50) hat die Möglichkeit der Besetzungsreduzierung für Hauptverhandlungen der großen Strafkammer (§ 76 II GVG) und der Jugendkammer (§ 33b II JGG) sowie eine unterschiedliche Besetzung der Strafvollstreckungskammer (§ 78b I GVG) eingeführt. Vgl. ferner zur Besetzung der Bußgeldsenate des Oberlandesgerichts § 80a OWiG (eingeführt durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und anderer Gesetze vom 26.1.1998 [BGBl. I, S. 156]).

[21] Für eine Prüfung von Amts wegen der 4. Strafsenat; vgl. BGHSt. 40, 120 (122 ff.) mit Anm. *Engelhardt*, JZ 1995, 262 f. und *Sowada*, JR 1995, 257 ff.; BGH, NJW 1999, 2604 (m.w.N.); für das Rügeerfordernis der 1. Strafsenat; vgl. BGHSt. 43, 53 (56 ff.) mit (abl.) Anm. *Bernsmann*, JZ 1998, 629 ff.; BGH, NJW 1993, 1607 f. Vgl. auch zur entsprechenden Problematik einer Verletzung des § 328 II StPO seitens des Berufungsgerichts BGH(5. Senat)St. 42, 205 ff. mit Anm. *Gollwitzer*, JR 1997, 432 ff; Brandenbg. OLG, NStZ 2001, 611 f. mit Anm. *Meyer-Goßner* sowie *Hegmann*, NStz 2000, 574 ff.

[22] BGHSt. 9, 367 (369); BVerwGE 1, 60 (63).

norm gebunden ist[23] und überdies nicht alle Zuständigkeitsfragen einer Regelung durch ein formelles Gesetz zugänglich sind. Um einen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab zu gewinnen, muß der Wesensgehalt des Prinzips des „gesetzlichen" Richters losgelöst von den konkreten Einzelregelungen ermittelt werden. Das gilt ungeachtet der Tatsache, daß für die Rechtsanwendung die Ausfüllung der verfassungsrechtlichen Vorgabe durch Regelungen des einfachen Rechts maßgebliche Bedeutung erlangt.

Die insoweit zu konstatierende Unbestimmtheit ist zwar keine Besonderheit des Art. 101 I 2 GG. Vielmehr wird in bewußter Zuspitzung allgemein darauf verwiesen, eine Verfassung müsse „kurz und dunkel" sein und sie könne „noch weniger als irgendein anderes Gesetz die Hoffnung auf wasserdichte Rechtssicherheit erfüllen".[24] In der Tat kann „Offenheit" geradezu als Wesensmerkmal verfassungsrechtlicher Bestimmungen angesehen werden.[25] Das ändert jedoch nichts an der Schwierigkeit, daß ein festumrissenes Substrat des Art. 101 I 2 GG nicht zur Verfügung steht.

b) Der Verlust des „historischen Feindbildes"

Ein zweiter Grund, der die Ermittlung des dem Grundsatz vom gesetzlichen Richter zukommenden Sinngehalts erschwert, ist darin zu sehen, daß die historische Ausgangslage, die zur Aufnahme dieses Prinzips in die Verfassungen des späten 18. und 19. Jahrhunderts geführt hat, inzwischen entfallen ist. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters wird heute ganz überwiegend als Errungenschaft des Liberalismus im Kampf gegen die zur Zeit des Absolutismus geübte sog. „Kabinettsjustiz" angesehen.[26] Die Gefahren, die von einem sich in die Belange der Rechtsprechung einmischenden Monarchen ausgingen, waren den Menschen der damaligen Zeit präsent; die Hauptschwierigkeit bestand darin, die gegen eine solche Einflußnahme gerichteten Vorstellungen unter den machtpolitischen Gegebenheiten tatsächlich durchzusetzen. Heute fehlt demgegenüber nicht nur der verfassungswidrig intervenierende König als personifizierter Gegenspieler, sondern auch die Gefahr einer unmittelbaren, ergebnisorientierten Einflußnahme der Exekutive auf die Entscheidungen der Judikative erscheint eher theoretischer Natur. Der Verlust des „Feindbildes" in Gestalt des Alleinherrschers[27] hat somit zu einem Verblassen des Gefährdungsbewußtseins geführt und die Notwendigkeit begründet, den Aussagegehalt des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter in einer allgemeineren, an komplexen Organisationsstrukturen ausgerichteten Weise neu zu definieren.

c) Der Zielkonflikt zwischen Formenstrenge und Flexibilität

Eine weitere Schwierigkeit resultiert aus dem Umstand, daß die Zuständigkeitsregelungen des einfachen Rechts regelmäßig nicht allein an dem Postulat des gesetzlichen Rich-

---

[23] BVerfGE 6, 45 (59 ff.); 9, 223 (226); 10, 200 (213); 22, 49 (73); *Degenhardt*, in: Sachs, GG, Rn 10 ff.; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Rn 19 ff. jeweils zu Art. 101.

[24] So *Hassemer*, in: „Der Spiegel", Nr. 1/1998 S. 50 (54); s. auch *Böckenförde*, NJW 1976, 2091, 2099; *Sendler*, FS Kriele (1997), S. 461 f.

[25] Vgl. hierzu *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 76 ff.; s. auch *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 80 ff. (89 ff.), 267 ff. (268); *Larenz*, Methodenlehre, S. 360 ff. (363 f.).

[26] Vgl. nur *Kellermann*, Gesetzlicher Richter, S. 50 ff.

[27] Vgl. *Voßkuhle*, Rechtsschutz, S. 121 („Wandel der Feindbilder"); s. auch *Ermacora*, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Grundrechte I/1, S. 171 f.

ters ausgerichtet sind, sondern zugleich anderen Zielen – insbesondere der effektiven Gestaltung der justiziellen Arbeitsabläufe – dienen sollen. Wenn der Gesetzgeber mehrere örtliche Gerichtsstände zuläßt oder wenn er durch die Einrichtung eigenständiger Spruchkörper für besondere Sachgebiete (Staatsschutzkammern, Wirtschaftsstrafkammern) dem Spezialisierungsgedanken Rechnung trägt, wenn er unter der ausdrücklichen Zielsetzung der Zurückdrängung der Revisionen eine Präklusionsregelung für die Besetzungsrüge einführt oder wenn er zur Entlastung der Rechtspflege die Möglichkeit einer Verhandlung mit reduzierter Richterbank eröffnet, so handelt es sich um legislatorische Entscheidungen, die dem Gedanken der Funktionalität Rechnung tragen, aber zugleich Abstriche am Idealbild eines möglichst klar und einfach strukturierten Zuordnungssystems bedingen. Die Forderung nach dem gesetzlichen Richter wird mithin nicht nur infolge verblassender historischer Anschauung diffuser, sondern sie tritt zugleich in ein normatives Spannungsverhältnis zu anderen Zielvorgaben bei der Festlegung von Organisationsstrukturen und Arbeitsabläufen in der Justiz. Hierbei ist unschwer absehbar, daß mit zunehmendem Geschäftsanfall und mit wachsendem ökonomischen Druck das Bestreben steigt, die vorhandenen Kapazitäten möglichst flexibel einzusetzen. Als spiegelbildliche Verkehrung wächst damit tendenziell die Gefahr, daß der Grundsatz des gesetzlichen Richters von der Kraft justizfiskalischer Sachzwänge mehr und mehr an den Rand gedrängt wird. Diese Spannungslage kommt auch in der Forderung des BVerfG[28] zum Ausdruck, daß „effektiver Rechtsschutz und gesetzlicher Richter ... nicht gegeneinander ausgespielt werden (dürfen)", weil „das Grundgesetz ... den effektiven Rechtsschutz durch den gesetzlichen Richter (gebietet)".

Obwohl der Zielkonflikt zwischen einer möglichst eindeutigen Festlegung des gesetzlichen Richters und der Schaffung von Gestaltungsspielräumen für einen möglichst effektiven Einsatz knapper Ressourcen grundsätzlich alle Gerichtszweige gleichermaßen betrifft, kommt diesem Gegensatz im Kontext des Strafverfahrens eine herausragende Bedeutung insofern zu, als mit der Frage nach der Reichweite des Prinzips vom gesetzlichen Richter zugleich der Grundsatz von der Formenstrenge des Strafverfahrens in einem zentralen Teilbereich auf den Prüfstand gestellt ist. Hatte *Rudolf v. Ihering*[29] die Form vor 100 Jahren noch als „die geschworene Feindin der Willkür" und als „Zwillingsschwester der Freiheit" bezeichnet, so sah *Eberhard Schmidt*[30] im Jahre 1953 die prozessualen Formen in einem „seltsamen Zwielicht". Es scheint, als sei das Nachlassen des Verständnisses für formelle Vorschriften unaufhaltsam vorangeschritten.[31] Das Spannungsverhältnis zwischen der Formenstrenge des Strafprozesses und den im Interesse einer effektiven und funktionstüchtigen Strafrechtspflege vorgenommenen Auflockerungen und Durchbrechungen hat das Gepräge des modernen Strafverfahrens nachhaltig

---

[28] BVerfG, NJW 1995, 2703 (2705).

[29] Geist, S. 497.

[30] ZStW 65 (1953), 161 (170).

[31] Vgl. dazu *Peters*, DJT-Gutachten, C 65 (Fn 21) und *Paeffgen*, NJW 1990, 545 („Die Gefahren, die sich aus der Geringachtung der [nicht nur individual-] schützenden Funktion der Form ergeben, werden allenthalben unterschätzt."). Speziell zum Grundsatz des gesetzlichen Richters vgl. *Eb. Schmidt*, Strafprozeßrecht, Rn 52: „... muß man leider feststellen, daß die *alte formale Strenge* des Satzes vom gesetzlichen Richter nicht mehr besteht" (Hervorhebung im Original); ferner *Brauns*, Besetzungsrüge, S. 229 ff. und *Hassemer*, Einführung, S. 158; s. auch bereits *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 176 f.

erschüttert.[32] Das Problem beschränkter Ressourcen zur Bekämpfung einer massenhaft anwachsenden Bagatellkriminalität hat nicht nur das Legalitätsprinzip in eine Legitimierungskrise gestürzt.[33] Noch eklatanter sind die unter dem Schlagwort der „Verständigung im Strafprozeß" ausgelösten Veränderungen, die sich nach den Worten von *Ellen Schlüchter*[34] als eine Art von „Soft Law" neben dem Bereich des (in der Strafprozeßordnung und im Gerichtsverfassungsgesetz geregelten) „Hard Law" etabliert haben.[35] Wenn die Devise „Funktionalität statt Formalismus"[36] zum Kampfruf für die Umgestaltung des Strafverfahrens wird, dann steht der gerade als Formalprinzip konzipierte Grundsatz des gesetzlichen Richters[37] mit dem Rücken zur Wand. Da sich die Uhren nicht einfach zurückdrehen lassen, ist es mit einer pauschalen Zurückweisung solcher Entwicklungstendenzen unter Hinweis auf die Verfassungsnorm des Art. 101 GG nicht getan. Vielmehr ist dieser zentralen Herausforderung für das Prinzip des gesetzlichen Richters in der Weise zu begegnen, daß der gegenwärtige Stellenwert dieses Verfassungsgrundsatzes überdacht wird, um zu erkennen, wo hypertrophe Entwicklungen im Interesse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege zurückgeschnitten werden können und an welchen Stellen wirkliche Gefährdungen des Prinzips des gesetzlichen Richters eine verstärkte Aufmerksamkeit verlangen.

d) Die „Materialisierung" des Grundsatzes des gesetzlichen Richters

Für den soeben erörterten Zielkonflikt ist es charakteristisch, daß der Grundsatz des gesetzlichen Richters in Widerstreit zu anderen Zwecken tritt. Es handelt sich also um Gegenkräfte, die von außen auf dieses Prinzip einwirken und seinen Geltungsbereich tendenziell einzuengen trachten. Hiervon läßt sich das Phänomen einer „Materialisierung" des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter unterscheiden. Mit diesem Begriff sollen Veränderungen bezeichnet werden, die den originären Sinngehalt des Art. 101 I 2 GG betreffen. Diese Materialisierung ist in unterschiedlichen Formen zu erkennen, die teils den Anwendungsbereich des Art. 101 I 2 GG ausdehnen, teils hingegen Einschränkungen des Kontrollsystems bewirken.

Durch die Judikatur des BVerfG hat der Schutzbereich des Art. 101 I 2 GG eine zweifache Erweiterung erfahren.[38] Zum einen kann dieser Verfassungssatz nach heute einhel-

---

[32] Vgl. auch im Hinblick auf die Beschränkung der strafprozessualen Revision durch die Einführung von Zwischenverfahren *Bohnert*, Beschränkungen, S. 191, 195 ff.

[33] Vgl. *Rieß*, NStZ 1981, 2 ff.

[34] Weniger ist mehr, S. 14; *dies.*, GS Karlheinz Meyer (1990), S. 445 ff.

[35] Nach einer Formulierung von *Hamm* ist der Deal der „Supergau der Form" (vgl. *Jungfer*, Berliner Anwaltsblatt 1996, 458).

[36] *Schlüchter*, Weniger ist mehr, S. 14; vgl. aber auch zum „Wert der Form im Strafprozeß" *dies.*, in: Wolter, Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts (1995), S. 205 ff. Auch bezüglich des Ausbaus der Subjektstellung des Beschuldigten konstatiert *Rieß* (in: Bundesministerium der Justiz, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz [1977], S. 434 f.; zustimmend *Fezer*, GS Schröder [1978], S. 414 [Fn 28]) in der Entwicklung der letzten 100 Jahre den Übergang von einer prinzipiell geprägten zu einer mehr funktionell geprägten Betrachtungsweise.

[37] Vgl. *I. Müller*, Rechtsstaat und Strafverfahren, S. 135: „Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 gehört zu den Normen, die nur bei strikt formaler Anwendung ihre Schutzfunktion entfalten können." S. auch *Achenbach*, FS Wassermann (1985), S. 849 ff.

[38] Vgl. zum Folgenden *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 f.

lig vertretener Auffassung auch durch richterliche Handlungen verletzt werden. Diese als „Intensivierung" des Prinzips des gesetzlichen Richters bezeichnete Erstreckung läßt den formalen Charakter dieses Grundsatzes unberührt. Daneben wird jedoch eine „Extensivierung" des Art. 101 I 2 GG in dem Sinne angenommen, daß als gesetzlicher Richter nicht mehr lediglich der „gesetzlich zuständige Richter" angesehen wird; vielmehr wird zusätzlich postuliert, daß „gesetzlicher" Richter nur ein solcher sein könne, der in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht und den Rechtsuchenden als neutraler, unbeteiligter Dritter entgegentritt.[39]

Eine materialisierende Einschränkung erfährt der Grundsatz des gesetzlichen Richters hingegen insofern, als eine Verletzung des Art. 101 I 2 GG durch fehlerhafte richterliche Rechtsanwendung nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG[40] nur bei einem objektiv willkürlichen Handeln, nicht hingegen bei einem sog. error in procedendo gegeben ist. Auf den ersten Blick könnte diese Verengung als nicht allzu bedeutsam erscheinen, da es sich insoweit lediglich um eine Gegenausnahme zu der als „Intensivierung" bezeichneten Ausdehnung handelt, die zudem eine inhaltliche Nähe zur Formel vom „spezifischen Verfassungsrecht" als verfassungsgerichtlichem Prüfungsmaßstab aufweist. Dennoch verdient auch diese Form der Materialisierung unter methodischen Gesichtspunkten Beachtung, zumal der BGH[41] die Willkürformel als Restriktionselement auf den Bereich der strafprozessualen Revision übertragen hat.

Betrachtet man die skizzierten Entwicklungen im Zusammenhang und berücksichtigt man ferner die bereits angesprochenen legislatorischen Maßnahmen zur effektiveren Gestaltung des Strafverfahrens (Rügepräklusion, flexiblere Spruchkörperbesetzung), so ergibt sich einerseits eine beständige Erweiterung des Schutzbereichs des Art. 101 I 2 GG durch „materialisierende" Anlagerungen,[42] andererseits hingegen ein partielles Nachgeben bezüglich der Bestimmtheitsanforderungen sowie Beschränkungen im Rechtsschutzbereich. Diese Veränderungen deuten darauf hin, daß sich der Verfassungssatz vom gesetzlichen Richter in einer Phase des normativen Umbaus befindet, den man mit der Formel „mehr Weite bei weniger Tiefe" charakterisieren könnte.[43] Auch vor dem Hintergrund einer solchen schleichenden Strukturveränderung[44] erscheint ein grundsätzliches Nachdenken über den gegenwärtigen Stellenwert des Verfassungsgrundsatzes vom gesetzlichen Richter lohnenswert.

---

[39] BVerfGE 10, 200 (213); 21, 139 (145f.); 27, 312 (319); 82, 286 (298); s. auch *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GGK, Art. 101 Rn 17.

[40] BVerfGE 3, 359 (364f.); 29, 198 (207); 82, 286 (299).

[41] BGHSt. 11, 106 (110); BGH, GA 1976, 141 („ständige Rechtsprechung").

[42] Nach einer Formulierung des BVerfG (NJW 1956, 545; s. auch BVerfGE 40, 356 [361]) dient der Grundsatz des gesetzlichen Richters „der Sicherung der Rechtsstaatlichkeit auf dem Gebiete der Gerichtsbarkeit schlechthin".

[43] Vgl. bezüglich zivilprozessualer Zuständigkeitsmängel auch *Gaede*, Zuständigkeitsmängel, S. 2 ff.

[44] Ohne speziellen Bezug auf Art. 101 I 2 GG ist nach Ansicht von *Schlink* (NJ 1994, 436) der „Trend zur Subjektivierung objektiver und zur Materialisierung formaler rechtlicher Befunde allgemein zu beobachten".

II. Methodische Probleme

1. Der verfassungsrechtliche Sinngehalt als eigenständiger Untersuchungsgegenstand

Aus den bisherigen Überlegungen läßt sich die für die Konzeption der vorliegenden Arbeit wichtige Erkenntnis ableiten, daß der verfassungsrechtliche Sinngehalt des Prinzips des gesetzlichen Richters einen eigenständigen Untersuchungsgegenstand bildet. Bei der Frage nach dem gegenwärtigen Stellenwert dieses Grundsatzes handelt es sich um eine Gleichung mit *zwei* Unbekannten. Es griffe zu kurz, die Thematik auf die Frage zu reduzieren, ob der Gesetzgeber und die Justizpraxis den verfassungsrechtlichen Anforderungen Genüge tun. Als erster Schritt der Untersuchung steht vielmehr der anzulegende Maßstab selbst zur Diskussion. Erst wenn man den Inhalt dieses Verfassungsprinzips geklärt hat, vermag man festzustellen, inwieweit die tatsächlichen Befunde dieser Vorgabe entsprechen oder von ihr abweichen.

Aus dieser Einsicht resultieren allerdings methodische Schwierigkeiten. Es kann nicht darum gehen, gleichsam bei „Null" anzufangen und das Rad noch einmal zu erfinden. Ferner ist zu berücksichtigen, daß es sich vorliegend um keine verfassungsdogmatische Arbeit im eigentlichen Sinne handelt; vielmehr bildet der Bedeutungsgehalt des Art. 101 I 2 GG nur eine – wenngleich zentrale – Vorfrage für das eigentliche, auf die Strafgerichtsbarkeit bezogene Anliegen der Untersuchung. Unbezweifelbar ist schließlich auch die beherrschende Bedeutung, die der Rechtsprechung des BVerfG in der Rechtswirklichkeit für das Verständnis der Verfassungsnormen zukommt.[45] Dennoch kann diese Judikatur nicht unbesehen als Prüfungsmaßstab übernommen werden. Denn die Entwicklung dieser Rechtsprechung hat sich anhand von Einzelfällen vollzogen, die teilweise mehrere Jahrzehnte zurückliegen. Vor diesem Hintergrund ist es denkbar, daß sich auch die Auffassung des BVerfG (in Einzelfragen oder auch im Grundsätzlichen) als inzwischen überholt oder verfehlt erweisen kann. Die Achtung vor der Autorität des BVerfG gebietet es zwar, sich mit den Ansichten dieses Gerichts eingehend auseinanderzusetzen; ein wissenschaftliches Denkverbot, das von der Meinung des BVerfG abweichende Positionen von vornherein ausschließt, folgt hieraus aber nicht.

In Wahrheit muß die Annäherung an das Prinzip des gesetzlichen Richters sogar bis in die dem Verfassungsrecht vorgelagerten Regionen erstreckt werden. Der Grund hierfür liegt darin, daß wir ein juristisches Problem nicht „an sich", sondern immer nur mit einem gewissen Vorverständnis erfassen.[46] Gerade die Normen des Verfassungsrechts laden angesichts ihres fragmentarischen und hochabstrakten Charakters in besonderer Weise zu vorpositiven Fragestellungen, Erwartungen und Sinnentwürfen ein.[47] Die eingangs angesprochenen einfachgesetzlichen Kontroversen begründen die Vermutung, daß es unter der Decke der gängigen verfassungsrechtlichen Grundaussagen kräftig brodelt.

---

[45] Vgl. *Smend*, in: Das Bundesverfassungsgericht (1971), S. 16: „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne."

[46] *Ehmke*, VVdStRL 20 (1963), S. 56.

[47] *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 77 f.; s. auch *ders.*, Jura 1994, 169 sowie allgemein zur Auslegung der Grundrechte *Stern*, Staatsrecht III/2, § 95, insbesondere IV.2 (= S. 1633 ff. [1694 ff.]).

Indiziert der nicht offen ausgetragene Dissens eine Sinnkrise des Prinzips des gesetzlichen Richters als solchem, so muß über den Sinn dieses Verfassungsgrundsatzes nachgedacht und geredet werden. Mit logischen Deduktionen und dogmatischen Ableitungen allein sind diese Schwierigkeiten nicht zu meistern, sondern es ist nach einer überzeugenden Erklärung dafür zu suchen, worin der Wert und die Funktion dieses Verfassungsgrundsatzes für unser heutiges Rechtssystem liegen.

Dieser weit ausgreifende gedankliche Ansatz ist schließlich aus einem weiteren Grund geboten. Die Einsicht, daß das Verstehen eines Textes (z. B. des Wortlauts des Art. 101 I 2 GG) auch vom Vorverständnis des Interpreten abhängt,[48] gilt unbezweifelbar auch für die vorliegende Arbeit. Die Erarbeitung der vorrechtlichen Grundlagen ist somit zugleich Ausdruck des Ringens um den eigenen Standpunkt. Hiermit verbindet sich das Bemühen, das auf diese Weise reflektierte Vorverständnis des Autors transparent zu machen und hierdurch einen Beitrag für einen offenen Dialog zu leisten.

2. Die Wahl des richtigen Blickwinkels

Der Forscher kann sich seinem Untersuchungsobjekt aus unterschiedlichen Richtungen nähern. Bisweilen ist es auch geboten, den Standort zu wechseln, um den zu beobachtenden Gegenstand bestmöglich zu erfassen. Ebenso verhält es sich bezüglich der vorliegend zu untersuchenden Thematik, Anspruch und Wirklichkeit („Sollen" und „Sein") des gesetzlichen Richters miteinander zu vergleichen.

Der erste Teil der Wegstrecke besteht darin, das Profil der normativen Anforderungen zu entfalten. Diese vorrechtlichen und verfassungsdogmatischen Überlegungen sind notwendigerweise abstrakt; sie bedingen eine Annäherung aus der Vogelperspektive, um aus der Distanz und (im wesentlichen) ohne Ablenkung durch die Besonderheiten einzelner Verfahrenskonstellationen oder Fallgestaltungen eine Vorstellung davon zu gewinnen, was dieser Grundsatz seinem Wesen nach besagt. Auf diese Folie sind anschließend die gerichtsorganisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausformungen des einfachen Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrechts aufzutragen. Hier wird gleichsam aus der Froschperspektive der Blick vom Justizalltag auf den Himmel des Verfassungsrechts gerichtet, um festzustellen, inwieweit die konkreten Erscheinungsformen des einfachen Rechts den abstrakten Vorgaben entsprechen, oder gegebenenfalls zu beurteilen, ob das Zurückbleiben hinter dem verfassungsrechtlichen Leitbild aus besonderen Gründen gerechtfertigt werden kann. Für den abschließenden Versuch, die Ergebnisse der Einzelbetrachtungen zu bündeln, ist hingegen wiederum eine die Gesamtheit umfassende Perspektive zu wählen.

Das Hin- und Herschalten zwischen dem Blick „von oben" und jenem „von unten" trägt dem Unterschied zwischen der verfassungsrechtlichen und der einfachgesetzlichen Ebene Rechnung. Hinsichtlich einer anderen Ausrichtung ist die Perspektive hingegen starr: Die Vorgänge in der Justiz können im Rahmen dieser Arbeit ausschließlich „von außen" beobachtet werden. Die Position des Externen bringt unbestreitbar Nachteile mit

[48] Vgl. zur Bedeutung des Vorverständnisses für die juristische Hermeneutik *Esser*, Vorverständnis, S. 136 ff.; *Hassemer*, ARSP 72 (1986), 207 ff.; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 46.

sich. Die Justiz gilt als eine „stille und wenig durchschaubare Gewalt",[49] über deren Arbeitsweise, interne Gepflogenheiten und Absprachen Außenstehende nur wenig erfahren.[50] Für die hier interessierende Problematik ist dieses Erfahrungsdefizit insofern mißlich, als sich die Beurteilung des dem Prinzip des gesetzlichen Richters tatsächlich zukommenden Stellenwertes nicht auf eine Analyse des „toten" Buchstabens des Gesetzes zurückziehen kann, sondern auch die Lebenswirklichkeit im Umgang mit diesen Normen in den Blick nehmen muß. Dient das Prinzip des gesetzlichen Richters ganz allgemein der Vermeidung von Manipulationen und kommen nach inzwischen einhelliger Ansicht auch justizinterne Vorgänge als Verstöße gegen Art. 101 I 2 GG in Betracht, so ist es naturgemäß von Interesse, wie die einzelnen Zuständigkeitsnormen gehandhabt werden und welche Motive diese Handhabung bestimmen. Es kommt hinzu, daß der Forderung nach größerer Strenge prinzipiell der Einwand entgegengehalten werden kann, die bestehenden Spielräume seien im Interesse der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege unverzichtbar. Ob diese Argumentation berechtigt ist, oder ob sie nur vorgeschoben wird, um jede Schmälerung der mit den Entscheidungsspielräumen einhergehenden Machtbefugnisse abzuwehren, ist bisweilen schwer zu sagen. Das gilt insbesondere dann, wenn einem die Arbeitsabläufe der Justiz nicht aus eigenem Erleben vertraut sind.

Lassen sich die mit der Position des Außenseiters verbundenen Nachteile auch nicht in Abrede stellen, so sind sie andererseits auch nicht von solchem Gewicht, daß sie die Sinnhaftigkeit des Untersuchungsvorhabens überhaupt in Zweifel ziehen könnten. Der Hinweis, daß der „Theoretiker ... immer leicht in Gefahr (ist), dem Perfektionismus zu erliegen",[51] ist ebenso wohlfeil wie der gegen den Wissenschaftler denkbare „Vorwurf eines praxisfernen rechtsstaatlichen Ästhetizismus".[52] Die Feststellung, daß „die Justiz gegen Außenkritik weitgehend immun und Selbstkritik nicht jedermanns Sache ist",[53] ist gewiß nicht so zu verstehen, daß hiermit die Justiz als Dritte Staatsgewalt generell jeglicher Kritik enthoben sein soll. Damit ist die grundsätzliche Schwierigkeit jedoch vorgezeichnet: Sofern der Untersuchende „von außen kommt, wird ihm die Legitimation oder das Vermögen abgesprochen, etwas Triftiges zu sagen. Sofern er von innen heraus arbeitet, wird er als ‚Nestbeschmutzer' (mit der Attributierung entsprechender Motive) geächtet, seine Unbefangenheit in Frage gestellt – zusammengenommen implizierte das, eine wissenschaftliche Forschung auf diesem Feld auszuschließen."[54] Die Alternative eines der Justiz angehörenden Forschers ist schon deshalb wenig realistisch, weil die Bewältigung der Alltagsarbeit wohl kaum hinreichend Zeit lassen würde, den Stellenwert des gesetzlichen Richters in der erforderlichen Breite auszuloten. Hiervon abgesehen bliebe ein noch so profunder Werkstattbericht aus dem Innenleben der Justiz dem Vorbehalt ausgesetzt, daß es sich um individuelle Erfahrungen handelte, die nicht ohne weiteres als allgemeingültig angesehen werden könnten. Ist eine „ideale" Forscherperson, die in gleichem Maße über den wissenschaftlichen Weitblick des Theoretikers und über die intime Kenntnis des Strafrechtspraktikers verfügt, hiernach kaum vorstellbar, so führt

---

[49] *Limbach*, DRiZ 1995, 170.

[50] *Lilie*, Obiter dictum, S. 17.

[51] Diese (auf die Vorlagepflicht bezogene) Äußerung stammt von *Sarstedt*, Revision[4], Rn 52 (in der folgenden Auflage des Werkes von *Sarstedt/Hamm* ist sie nicht mehr enthalten).

[52] Vgl. (bezüglich der Zugangshürden zum BVerfG) *Schlink*, NJW 1984, 94.

[53] Vgl. *Wassermann*, NJW 1994, 2196.

[54] *Fabricius*, Selbst-Gerechtigkeit, S. 34.

kein Weg daran vorbei, die unterschiedlichen Denkweisen und Erfahrungshorizonte als Chance für einen Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis zu begreifen. Überdies ist das Manko, nicht über eigene Justizerfahrungen zu verfügen, keineswegs gleichbedeutend mit der Sorge, die Belange der Justizpraxis blieben vollständig außer Betracht. Denn neben einschlägigen Gerichtsentscheidungen gewähren sowohl die weithin von Justizpraktikern verfaßten Kommentierungen zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz als auch zahlreiche aus der Feder von Angehörigen des Justizstabes stammende Einzelbeiträge einen Einblick in die praktischen Zusammenhänge der Strafjustiz.

Ein weiterer Aspekt des „Außenseiter"-Problems soll anhand einer persönlichen Begebenheit dargestellt werden. Als ich am Anfang meiner Überlegungen stand, erklärte mir ein erfahrener Oberstaatsanwalt sinngemäß, natürlich werde in der Praxis bisweilen „getrickst", doch würde dies gewiß niemand in einer Weise eingestehen, die für meine Veröffentlichung verwertbar wäre. Auf bloße Mutmaßungen und Spekulationen, die leicht als haltlose Verdächtigungen und Unterstellungen zurückgewiesen werden könnten, ließe sich aber kaum ein fundiertes Werk gründen. Hinter dieser Äußerung stand nicht die Arroganz des „Täters", der weiß, daß ihm seine Verfehlungen nicht nachzuweisen sind, sondern es handelte sich durchaus um einen wohlmeinenden Hinweis, der mir die Schwierigkeit meines Unterfangens vor Augen führen sollte. Im ersten Moment wirkte der Vorhalt entmutigend, beim nochmaligen Überdenken bestätigte er hingegen die Notwendigkeit, sich mit diesem Thema auseinanderzusetzen; denn die Konsequenz, sich resignativ mit möglichen Manipulationen abzufinden, weil viele Fälle unerkannt bleiben und der Einzelfallnachweis regelmäßig nicht zu führen ist, stellt keine akzeptable Alternative dar.

Die geschilderte Begebenheit bietet zugleich Gelegenheit, die Perspektive im Verhältnis von konkreten Einzelfällen und abstrakten Überlegungen zurechtzurücken. Die vorliegende Untersuchung ist kein „Tribunal", das mit einer „manipulativen" Justiz ins Gericht geht, und das vorliegende Buch ist kein „Sensationsreport", der darauf angelegt ist, möglichst viele Justizskandale zusammenzutragen. Angesichts der Tatsache, daß das Prinzip des gesetzlichen Richters jeglicher Manipulations*gefahr vorbeugen* will, ist eine auf die Strukturen der Gerichtsorganisation und der Zuständigkeitsregelungen gerichtete Betrachtung geboten. Hierbei sind spektakuläre Einzelfälle nicht ohne Wert; denn sie erhellen schlaglichtartig mögliche Gefährdungslagen. Letzlich sind derartige Vorkommnisse aber nur Mittel zum Zweck. Das zeigt sich bereits daran, daß selbst der wasserdichte Nachweis von 50 Manipulationsfällen die Argumentation zuließe, derartige singuläre Erscheinungen blieben vor dem Hintergrund der immensen Zahl der jährlich bearbeiteten Fälle seltene „Ausreißer", die nicht auf den Justizbetrieb als solchen übertragen werden dürften. Eine solche Sichtweise führt am Kern des Problems vorbei. Läßt sich einerseits auf dem Wege der Einzelfallbetrachtung nicht zwingend der Nachweis erbringen, daß es strengerer Zuständigkeitsregelungen bedarf, so ist der Befund, daß die Staatsanwaltschaft nach dem gegenwärtigen Zuständigkeitsmodell im Extremfall zwischen mehr als zehn verschiedenen Gerichten oder Spruchkörpern wählen kann,[55] unter dem Gesichtspunkt des Prinzips des gesetzlichen Richters auch dann zu thematisieren, wenn

[55] *Achenbach*, FS Wassermann (1985), S. 860; *Bettermann*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Grundrechte III/2, S. 564.

sich überhaupt kein Fall manipulativer Steuerung nachweisen ließe. Im Hinblick auf die prophylaktische Zielsetzung dieses Grundsatzes ist es unerheblich, Manipulationen nicht beweisen zu können; maßgeblich ist vielmehr, Manipulationsmöglichkeiten zu erkennen und sie zum Anlaß für die Frage zu nehmen, welches Gefahrenmaß als noch tolerabel angesehen werden kann.

Die Betonung der strukturellen Zusammenhänge (bei gleichzeitiger Zurückdrängung der individuellen Momente) erleichtert die Diskussion insofern, als es möglich wird, die Probleme zu erörtern, ohne jeden Staatsanwalt oder Richter als potentiellen „Justizverbrecher" auf eine imaginäre Anklagebank zu setzen. Hierdurch verringern sich zugleich die Nachteile des außenstehenden Beobachters. Er muß nicht durch das Schlüsselloch starren, um die Justiz bei ihrem „manipulativen Treiben" zu überführen, sondern es reicht aus, typische Gefahrenkonstellationen plausibel zu machen und nach Möglichkeiten Ausschau zu halten, ihnen wirksam zu begegnen. Auf dieser Ebene ist der justizexterne Diskussionsteilnehmer nicht unmündiger Zuschauer, sondern gleichberechtigter Gesprächspartner. Das schließt nicht aus, daß es infolge unterschiedlicher Interessenlagen oder voneinander abweichender Gefahrbeurteilungen zu divergierenden Grundpositionen kommen kann. Solche Auseinandersetzungen müßten gegebenenfalls geführt werden. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß es nicht allein um einen Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis geht. Das Thema des gesetzlichen Richters betrifft ebenso den Gesetzgeber und den rechtsuchenden Bürger. Auch diese Parteien des idealtypischen Diskurses verfügen lediglich über eine Außenansicht der Justiz, ohne daß hierdurch ihre Legitimation zur Mitsprache entfiele.

III. Gegenstand der Untersuchung

1. Die breite Anlage einer auf die Strafjustiz bezogenen Untersuchung als Ausgangspunkt

Als Verfassungsnorm gilt das Prinzip des gesetzlichen Richters für alle Gerichtszweige in gleichem Maße. Dennoch erscheint es aus mehreren Gründen gerechtfertigt, die Untersuchung dieses Grundsatzes auf den Bereich des Strafrechts zu konzentrieren. Ganz allgemein ist die Strafrechtspflege „staatliche Machtausübung par excellence",[56] bei der es „um die brutalsten Rechtsfolgen überhaupt"[57] geht. Deshalb kann die Strafjustiz mit Recht als diejenige Erscheinung bezeichnet werden, in der sich das politische Verhältnis des Staates zum Einzelnen und umgekehrt in seiner ganzen höchst empfindlichen Problematik offenbart, da hier der nach Gerechtigkeit verlangende und der Staatsmacht ausgelieferte Bürger besonders deutlich die Gefahren sieht, die vom politischen Zweckdenken, von Staatsräson und Machtwillen für Freiheit und Existenz drohen.[58] Hiermit stimmt es überein, wenn die „Gesetzlichkeit" des Strafrichters als historischer Ausgangs-

[56] *Gössel*, GA 1980, 328.

[57] *Schünemann*, StV 2000, 159. Dies gilt nicht allein im Hinblick auf Art und Höhe der verhängten Sanktion, sondern es folgt bereits aus dem im Schuldspruch als solchem liegenden Unwerturteil; vgl. auch BVerfG, NJW 1998, 443 f.

[58] *Eb. Schmidt*, SchwZStrR 73 (1958), 342.

punkt dieser Verfassungsgarantie angesehen wird.[59] Die enge Beziehung zwischen dem Strafprozeßrecht und dem Verfassungsrecht ist aber nicht nur eine historische Reminiszenz, sondern auch heute gilt das Strafverfahrensrecht als „Seismograph der Staatsverfassung".[60] Zudem hat auch das einfache Recht für den Strafprozeß in vielfältiger Weise stärkere Sicherungen eingebaut als bei anderen Verfahrensarten.[61] Hebt sich das Strafverfahrensrecht somit von den übrigen Prozeßordnungen durch ein höheres Maß an formaler Strenge ab, so erscheint es auch insoweit in besonderer Weise als Untersuchungsgegenstand für das Prinzip des gesetzlichen Richters prädestiniert.

Auch bei einer Beschränkung auf den Bereich der Strafjustiz verbleibt allerdings ein allzu weites Themenfeld. Das gilt um so mehr, als aus den dargelegten Gründen weder von einem allgemeinen Konsens bezüglich des Prinzips des gesetzlichen Richters ausgegangen noch die Rechtsprechung des BVerfG ungeprüft als verfassungsrechtliche Grundlage übernommen werden kann. Darüber hinaus ist das den Art. 101 I 2 GG konkretisierende Normensystem überaus komplex und kompliziert. Um den „gesetzlichen" Strafrichter im Einzelfall bestimmen zu können, sind zahlreiche unterschiedliche Gesetzesnormen heranzuziehen, die die Organisation der Gerichte, die Ernennung von Berufs- und Laienrichtern sowie die sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit zum Gegenstand haben. Selbst dies genügt nicht; denn der betreffende Spruchkörper wird sich regelmäßig erst aus dem Geschäftsverteilungsplan ergeben. Ist überdies der so ermittelte Spruchkörper mit mehr Richtern besetzt, als das Gesetz für die zu treffende Entscheidung vorsieht, so sind für die konkrete Zusammensetzung der Richterbank weiterhin die Grundsätze der jeweiligen spruchkörperinternen Geschäftsverteilung sowie die sich aus der Schöffenliste ergebenden Festlegungen zu beachten. Die Vielzahl der soeben angesprochenen Regelungen markiert jedoch nur den Kernbestand der auf dem Weg zur Konkretisierung des gesetzlichen Richters zurückzulegenden Wegstrecke. Die „Checkliste" verlängert sich bei der Berücksichtigung des Instanzenzuges sowie bei der Einbeziehung von „Störfällen" (Verhinderung oder Ausschluß eines Richters) oder sonstigen Komplikationen (z.B. Verfahren mit mehreren Beschuldigten).

Trotz der hiermit verbundenen Stoffmenge und der Heterogenität der einzelnen Problembereiche (für die Zulässigkeit der Einrichtung von Hilfsstrafkammern sind beispielsweise völlig andere Erwägungen maßgeblich als für das staatsanwaltschaftliche „Wahlrecht" zwischen mehreren Gerichtsständen) soll die vorliegende Untersuchung breit angelegt werden. Hierfür spricht zum einen das Anliegen, eine Bestandsaufnahme über die dem Prinzip des gesetzlichen Richters beigemessene Bedeutung zu erstellen. Dieses Ziel geht über die Untersuchung eines einzelnen Problemsegments (etwa der sachlichen und/oder örtlichen Zuständigkeit der strafgerichtlichen Eingangsinstanz) hinaus; denn die auf einen vergleichsweise engen Ausschnitt begrenzte Betrachtung ließe notwendi-

---

[59] *J. Henkel*, Gesetzlicher Richter, S. 13 (Fn 4); *Kellermann*, Gesetzlicher Richter, S. 51.

[60] *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 2 Rn 1 ff.; s. auch *Rieß*, StraFo 1995, 94 ff.

[61] Beispielhaft sind insoweit zu nennen: die qualifizierte Stimmenmehrheit (§ 263 StPO; vgl. *Kern*, DJ 1938, 1386 ff.; *v. Danwitz*, JZ 1996, 485); keine Zurückweisung von Beweisanträgen allein wegen Verspätung (vgl. § 246 I StPO im Gegensatz zu § 295 ZPO; s. auch *ter Veen*, Beweisumfang, S. 253 ff.); Besetzungsreduzierung auf zwei Berufsrichter beim Landgericht gegenüber dem Einzelrichterprinzip im Zivil- und Verwaltungsprozeßrecht (vgl. *Kl. Weber*, ZRP 1997, 134); strengere Regelungen bezüglich der Mitwirkung ehrenamtlicher Richter (vgl. *Reichl*, Gesetzlicher Richter, S. 148); grundsätzlich keine Zulassungs- oder Annahmerechtsmittel im Strafprozeß (Ausnahme: § 313 StPO).

gerweise die Frage offen, ob die in diesem Teilbereich gewonnenen Erkenntnisse tatsächlich symptomatisch für den Umgang mit dem Prinzip des gesetzlichen Richters sind oder ob die ermittelten Befunde durch die bereichsspezifischen Besonderheiten bedingt sind. Noch wichtiger ist ein weiterer Gesichtspunkt. Der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Richter ergibt sich aus dem Zusammenspiel zahlreicher Regelungen. Für die Verwirklichung des Postulats, daß der Entscheidungsträger möglichst eindeutig durch abstrakt-generelle Regelungen im voraus bestimmt sein muß, gilt der Satz, daß jede Kette so stark ist wie ihr schwächstes Glied. Wäre z.B. zwar die innergerichtliche Organisation starr festgelegt, so würde gleichwohl der mit Art. 101 I 2 GG intendierte Zweck verfehlt, wenn die Zuständigkeitsnormen so weit gefaßt wären, daß sie ein einzelfallbezogenes Heraussuchen des zuständigen Spruchkörpers zuließen. Umgekehrt wäre mit einer strengen Normierung allein der Zuständigkeitsvorschriften wenig gewonnen, wenn der Geschäftsverteilungsplan leichthin geändert werden dürfte oder die Heranziehung der dem zuständigen Spruchkörper angehörenden Richter nach dem Gutdünken des Vorsitzenden erfolgte. Je nachdem, wo sich die jeweilige Schwachstelle befände, würde zwar anderen Personen oder Institutionen (Staatsanwalt, Präsidium, Vorsitzender) die Möglichkeit einer steuernden Einflußnahme eingeräumt. Gemessen an dem mit Art. 101 I 2 GG verfolgten Ziel ist dieser Unterschied jedoch ohne Belang; denn dieser Verfassungssatz soll der Gefahr sachfremder Einflüsse vorbeugen, „gleichgültig, von welcher Seite die Manipulierung ausgeht".[62] Würde sich die Untersuchung nur einem exemplarisch ausgewählten Problembereich zuwenden, so liefe sie Gefahr, das Postulat des gesetzlichen Richters allgemein für erfüllt zu halten, obwohl sich an anderer Stelle Einbruchsfelder zeigen könnten, angesichts derer eine so positive Gesamtbeurteilung unberechtigt erschiene.

2. Thematische Begrenzungen

a) *Die Beschränkung auf die innerstaatliche Gerichtsbarkeit unter Ausklammerung der Personalgewinnung und der Laienbeteiligung*

Ist hiernach eine breit angelegte Untersuchung erforderlich, so sind andererseits thematische Beschränkungen unumgänglich. Vollständig auszuscheiden ist insoweit zunächst der Bereich des Völkerstrafrechts[63] sowie die Tätigkeit nichtstaatlicher Institutionen (z.B. Schiedsgerichte).[64] Auch die Spezialmaterien des Jugendstrafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts müssen grundsätzlich ausgeblendet werden; das schließt allerdings nicht aus, daß einzelne Aspekte im jeweiligen Problemzusammenhang angesprochen werden.

---

[62] BVerfGE 17, 294 (299); 30, 149 (152); s. auch BVerfGE 95, 322 (327 m.w.N.).

[63] Vgl. zur Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs durch das sog. Rom-Statut vom 17./18.7.1998, insbesondere zur Organisation und Zuständigkeit dieses Gerichtshofs, *Ambos*, NJW 1998, 3743 ff.; *Jarasch*, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1999, 10 ff.; *Pick*, RuP 1999, 117 ff. Vgl. auch speziell zum Problem des gesetzlichen Richters bezüglich des Internationalen Strafgerichtshofs der Vereinten Nationen zur Verfolgung der Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien (vgl. hierzu *Roggemann*, ZRP 1994, 297 ff.) *Trautwein*, ZRP 1995, 88; s. auch *Roggemann*, NJW 1994, 1438.

[64] Vgl. *Kissel*, GVG, § 16 Rn 72 ff.

Für die darüber hinaus erforderlichen Restriktionen bildet die Besinnung auf den Grundgedanken der Manipulationsvermeidung die maßgebliche Leitlinie. Je näher der konkrete Fall und die zu seiner Aburteilung berufenen Personen zusammenrücken, um so drängender stellt sich unter dem Aspekt etwaiger Manipulationsgefahren die Frage nach einer normativ hinreichend vorausbestimmten Festlegung der Zuständigkeit. Indiziert hiernach die „Nähe zum Einzelfall"[65] den Grad der potentiellen Gefahr, der das Prinzip des gesetzlichen Richters entgegenwirken soll, so verdient die Frage, unter welchen Umständen jemand in sein Richteramt berufen worden ist, grundsätzlich nur nachrangiges Interesse. Unter Rückgriff auf die Terminologie des materiellen Strafrechts betrifft diese Phase nicht nur das straflose Vorbereitungsstadium, sondern in diesem frühen Zeitpunkt erscheint bereits ein auf eine nachfolgende Zuständigkeitsmanipulation gerichteter Tatentschluß regelmäßig ausgeschlossen.

Diese Überlegung rechtfertigt es, den Komplex der Personal*gewinnung* von der nachfolgenden Personal*verteilung* abzuspalten und aus dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung herauszunehmen.[66] Zwar kann eine Person, die nicht wirksam zum Richter ernannt oder bestellt worden ist, auch nicht als „gesetzlicher" Richter im Sinne des Art. 101 I 2 GG anerkannt werden.[67] Ferner hat das BVerfG[68] anläßlich der Errichtung ärztlicher Berufsgerichte aus Art. 101 I 2 GG die Forderung abgeleitet, daß die Fragen, wer die Richter auswählt, welche Voraussetzungen sie erfüllen müssen und von wem sie ernannt und bestätigt werden, angesichts ihrer grundlegenden Bedeutung für den Charakter einer Gerichtsbarkeit vom Gesetzgeber selbst geregelt werden müssen. Solche gesetzlichen Bestimmungen sind sowohl auf Bundes- als auch (wenngleich im einzelnen divergierend) auf Länderebene vorhanden.[69] Konzeptionelle Unterschiede zwischen den zum Teil erheblich voneinander abweichenden Modellen betreffen vor allem die Zusammensetzung und Funktionsbestimmung von Richterwahlausschüssen.[70] Die diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Probleme sind im Spannungsverhältnis zwischen Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip,[71] nicht jedoch in Art. 101 I 2 GG angesiedelt. Durch eine (sehr seltene) unwirksame Richterernennung im Einzelfall wird diese Verfassungsnorm eher reflexartig betroffen als in ihrem eigentlichen Sinngehalt in Frage gestellt.

Rechtfertigt dies die Ausgrenzung der Richterernennung aus dem Untersuchungsprogramm, so liegen die Dinge bezüglich der Richterbeförderung komplizierter. Bei der Besetzung hoher Richterämter ist die Gefahr einer (wenngleich vorrangig nicht auf spezielle Einzelfälle bezogenen) richtungsorientierten Steuerung schon eher vorstellbar. Überdies

---

65 Vgl. *Schilken*, Lexikon des Rechts 18/140, S. 5.

66 *Brandt* (Selbstverwaltung, S. 33) unterscheidet zwischen Personalgewinnung, Personalzuteilung und Personalverteilung; für die Personalgewinnung soll Art. 101 I 2 GG nicht gelten (a.a.O. S. 42).

67 Vgl. BVerfGE 3, 255 (257 ff.); 31, 181 (184); BGHSt. 33, 41 (43); *Katholnigg*, Strafgerichtsverfassungsrecht, Rn 7 (m.w.N.); *Kissel*, GVG, Rn 28 jeweils zu § 16.

68 BVerfGE 18, 241 (257).

69 Vgl. ausführlich *Teubner*, Die Bestellung zum Berufsrichter in Bund und Ländern (1984); ferner *Schmidt-Räntsch*, DRiG, vor § 8 Rn 4 ff.

70 Vgl. hierzu *Gündisch*, in: Albers u.a., Recht und Juristen in Hamburg (1994), S. 113 ff. (120 ff.); s. auch *Meißner*, Organisation, S. 113 ff.

71 *Böckenförde*, Verfassungsfragen, S. 59 ff.; *Groß*, ZRP 1999, 361 ff.; s. auch *Ehlers*, Fragen, S. 15 ff. (43 f., 55) sowie zur Letztverantwortung des Justizministers für die Richterernennung BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), NJW 1998, 2590 (2592).

können sich das richterliche Karrierestreben und die hiermit verknüpften Instrumente der dienstlichen Beurteilung und der Abordnung an das Obergericht zum Zwecke der Erprobung auf die richterliche Unabhängigkeit und auf die Kräfteverteilung im Spruchkörper auswirken. Die hieraus resultierenden Möglichkeiten einer Einflußnahme sind als Randfaktoren auch im Kontext des Prinzips des gesetzlichen Richters zu beachten.

Eine bedeutsame Restriktion des Untersuchungsgegenstandes besteht in der Ausblendung der Laienbeteiligung. Ganz allgemein richtet sich das Hauptaugenmerk der vorliegenden Untersuchung auf die Gruppe der Berufsrichter, die das „Rückgrat der Justiz"[72] bilden und wegen ihres im Vergleich zu den Laienrichtern größeren faktischen Einflusses auf das Entscheidungsergebnis besonders attraktive Zielobjekte für etwaige Manipulationsversuche darstellen. Hiervon abgesehen handelt es sich bei dem Komplex der Schöffenwahl um das auf die ehrenamtlichen Richter bezogene Gegenstück zur Richterernennung; auch hier geht es also um den der eigentlichen Rechtsprechungstätigkeit vorgelagerten Bereich der Personalgewinnung. Mangels eines hinreichenden Anreizes zur manipulativen Steuerung ist ferner die im Losverfahren vorzunehmende Aufstellung der Schöffenlisten[73] aus dem Kreis der zu untersuchenden Fragen auszuschließen. Ergeben sich hiernach im Hinblick auf die Nähe zum Einzelfall relevante Manipulationsgefahren erst bezüglich der Heranziehung der Schöffen zu den einzelnen Sitzungen,[74] so ist auch dieser Themenausschnitt vorliegend beiseite zu lassen. Denn für eine angemessene Behandlung dieses Problems bedürfte es einer grundsätzlichen Aufhellung der normativen Funktion und der faktischen Stellung der Schöffen im Strafprozeß; eine solche eingehende Betrachtung würde aber den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.

b) Die weitgehende Ausblendung rechtsschutzspezifischer Besonderheiten

Eine weitere thematische Verengung betrifft den Bereich des Revisionsrechts. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Urteil aufzuheben ist, bildet die in § 337 StPO enthaltene Regelung den Normalstandard. Hiernach ist eine Gesetzesverletzung erforderlich, auf der das angefochtene Urteil (möglicherweise)[75] beruht. Soweit das Rechtsmittel auf einen Verfahrensfehler gestützt wird, bedarf es überdies einer hinreichend substantiierten Verfahrensrüge (vgl. § 344 II 2 StPO).

Von diesem Normalprogramm gibt es bezüglich des Prinzips des gesetzlichen Richters mannigfache Abweichungen, die zudem in gegenläufige Richtungen weisen. So erfährt der Schutz des Angeklagten eine Verstärkung insofern, als die absoluten Revisionsgründe des § 338 StPO (hier: Nr. 1 und Nr. 4) von einer gesonderten Prüfung des Beruhenserfordernisses entbinden;[76] noch stärker ist die Kontrolle ausgestaltet, wenn man das Fehlen der sachlichen Zuständigkeit als Verfahrenshindernis ansieht, das auch ohne ausdrückliche Rüge von Amts wegen zu berücksichtigen ist.[77] Andererseits werden die

---

[72] *Doerr*, AöR 41. Bd. (= N.F. Bd. 2) 1921, 81.

[73] Vgl. hierzu *Meinen*, Heranziehung, S. 24 ff., 94.

[74] Vgl. näher zur Problematik unten 23. Kap. II.2.

[75] Vgl. LR-*Hanack*, Rn 254 f.; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Rn 37 jeweils zu § 337.

[76] *Bloy*, JuS 1986, 595 f.; AK/StPO-*Maiwald*, § 338 Rn 1 ff.; s. zur unwiderlegbaren Vermutung des Beruhens in § 338 StPO auch BGHSt. 27, 96 (98); LR-*Hanack*, Rn 1; KK-*Kuckein*, Rn 1 jeweils zu § 338 (beide m.w.N.); *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 53 Rn 34.

[77] Vgl. hierzu oben I.1 zu Fn 21.

Kontrollmaßstäbe erheblich gelockert, indem nach verbreiteter Ansicht[78] nicht – wie es der Vorgabe des § 337 StPO entspräche – jede Gesetzesverletzung, sondern in weiten Bereichen nur der objektiv willkürliche Zuständigkeitsverstoß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen soll. Auch der gesetzlich installierte Filter der Präklusionsregelungen (§§ 6a S. 3, 16 S. 3 sowie 338 Nr. 1 in Verbindung mit §§ 222a, 222b StPO) bedeutet eine tendenzielle Erschwerung der Erfolgsaussichten einer Zuständigkeitsmängel bzw. Besetzungsfehler geltend machenden Revision.

Es ist nicht zu leugnen, daß diese Besonderheiten den Stellenwert des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter nachhaltig berühren. Das zeigt sich unter anderem daran, daß gegen die Verfassungsmäßigkeit der Präklusionsnormen gerade unter Hinweis auf Art. 101 I 2 GG Bedenken erhoben werden.[79] Vor allem die nicht im Gesetz verankerte Beschränkung des Prüfungsmaßstabes in Gestalt der sog. „Willkürformel" ist methodisch und dogmatisch äußerst zweifelhaft.[80] Findet nach ständiger Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg lediglich eine Evidenzkontrolle statt, dann besteht ernster Grund zu der Sorge, daß sich die Instanzgerichte auf diesen Zustand einstellen und daß sich hierdurch eine gewisse Nachlässigkeit im Umgang mit diesem Verfassungsprinzip ergibt.[81]

Diese Überlegungen sind starke Argumente für eine Einbeziehung dieses Problembereichs in die vorliegende Untersuchung. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß diese Abweichungen vom Normalmaß des § 337 StPO ausgesprochen komplex sind; man denke insoweit allein an die Klärung der Frage, ob die sachliche Zuständigkeit zum Kreis der Prozeßvoraussetzungen zu rechnen und inwieweit hieraus eine Pflicht zur Prüfung von Amts wegen abzuleiten ist.[82] Selbst wenn man die Untersuchung nur auf die Abschwächungen des Kontrollsystems (Präklusion, Willkürformel) erstrecken wollte, würde dies einen erheblichen Arbeitsaufwand bedingen. Es kommt hinzu, daß diese Erscheinungsformen zwar einerseits klar auf die Thematik des gesetzlichen Richters bezogen sind, andererseits aber enge Verzahnungen mit anderen Entwicklungen im Revisionsrecht aufweisen. Stichwortartig sind in diesem Zusammenhang die Beschränkungen der Revision durch Zwischenverfahren[83] sowie die Ausdünnung der Kontrolle durch die

---

[78] Vgl. z.B. BGHSt. 11, 106 (110); 12, 227 (234); 38, 376 (380); BGH, JR 1999, 302 (303) mit Anm. *Katholnigg*; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 338 Rn 6 (m.w.N.); ausführlich zur strafgerichtlichen Judikatur *Brauns*, Besetzungsrüge, S. 219 ff.; *Niemöller*, StV 1987, 311 ff.; *Rieß*, GA 1976, 133 ff. (s. auch a.a.O. S. 135 ff. zur Unterscheidung zwischen dem „normierten" und dem „nicht voll durchnormierten Bereich" der Richterzuordnung).

[79] *Brauns*, Besetzungsrüge, S. 249 ff.; *Ranft*, NJW 1981, 1473 ff.; *ders.*, Strafprozeßrecht, Rn 1418 (m.w.N.); die Verfassungsmäßigkeit der §§ 222a, 222b und 338 Nr. 1 StPO bejahend hingegen BVerfG (Vorprüfungsausschuß), NStZ 1984, 370 f.; BGHSt. 33, 126 (129); AK/StPO-*Keller*, Rn 1; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Rn 1 jeweils zu § 222a; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 41 Rn 8; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn 729.3.

[80] Kritisch insbesondere *Dahs*, GA 1976, 353 ff.; *Mehle*, StV 1987, 94 ff.; *Meinen*, Heranziehung, S. 166 ff. (168 ff.); *Kh. Meyer*, JR 1978, 211 f.; s. auch *Bohnert*, Beschränkungen, S. 51 f. und *Brauns*, Besetzungsrüge, S. 222 ff. (226 ff.).

[81] Vgl. auch *Thomas/Richter II*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV, Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofes (1988), S. 99 f.

[82] Vgl. hierzu ausführlich (die Einordnung der Zuständigkeiten als Prozeßvoraussetzung letztlich ablehnend) *Hinrichsen*, Zuständigkeitsfragen, S. 33 ff. (102).

[83] Hierzu eingehend *Bohnert*, Beschränkungen der strafprozessualen Revision durch Zwischenverfahren (1983), insbesondere S. 11 ff., 34 ff., 197 ff.

umstrittenen Kategorien der „Rechtskreistheorie" und der „Ordnungsvorschriften" zu nennen.[84] Zumindest unter Berücksichtigung dieser Implikationen würden die Aussparungen und Einschränkungen der revisionsgerichtlichen Prüfung bezüglich des Prinzips des gesetzlichen Richters ein weites Problemfeld eröffnen, das eine eigenständige monographische Bearbeitung verdienen würde.[85]

Da eine weitere Ausdehnung des Untersuchungsgegenstandes auch aus arbeitsökonomischen Gründen nicht in Betracht kommt, muß auf eine grundlegende Behandlung dieses Fragenkreises verzichtet werden. Dieser Schnitt läßt sich zusätzlich mit der Überlegung abstützen, daß diese Thematik konzeptionell als das Gegenstück zur Personalgewinnung erscheint. Würde dort die Prüfung zu früh ansetzen, weil eine wirkliche Manipulationsgefahr noch nicht gegeben ist, so betrifft der Rechtsmittelkontext (trotz der psychologischen Ausstrahlungswirkung) die Reaktion auf einen bereits eingetretenen Zuständigkeits- oder Besetzungsmangel. Fordert aber die zentrale Frage, welche normativen Vorkehrungen zu treffen sind, um eine Verletzung des Art. 101 I 2 GG zu vermeiden, eine breitgefächerte Erörterung unterschiedlicher Problemstände, so erscheint es konsequent, sowohl die das Vorfeld markierende Frühphase als auch die der nachträglichen Korrektur dienende Spätphase aus der Betrachtung auszublenden.

Ungeachtet des Verzichts auf eine geschlossene Darstellung der Rechtsschutzproblematik ist im Verlauf dieser Arbeit zumindest die Willkürformel in einzelnen Zusammenhängen anzusprechen. Das gilt insbesondere bezüglich der grundsätzlichen Frage, ob sich dieses zuerst im verfassungsrechtlichen Kontext entwickelte Restriktionsinstrument überzeugend aus dem materiellen Gehalt des Art. 101 I 2 GG ableiten läßt.[86] Auch im Zusammenhang mit der sachlichen Zuständigkeit des Strafrichters (§ 25 GVG) ist darüber nachzudenken, inwieweit abzulehnende Rechtsauffassungen unter dem Schutzschild der Willkürformel ihre Vertretbarkeit behaupten können und welche Maßstäbe für die revisionsgerichtliche Willkürprüfung bezüglich der Strafprognose anzunehmen sind.[87]

Bezüglich der Präklusionsvorschriften soll an dieser Stelle zumindest die eigene Grundposition kurz skizziert werden. Das mit diesem Instrument verfolgte Anliegen einer möglichst frühzeitigen abschließenden Klärung von Zuständigkeitsproblemen[88] verdient grundsätzlich Zustimmung. Der Einwand, daß die Präklusion zu einem Zeitpunkt greife, in dem der Angeklagte über die Person des Richters nicht mehr als ihren Namen kennt und insbesondere nicht weiß, ob dieses Gericht mit Objektivität und Fairneß verhandeln und mit welchem Ergebnis die Instanz entschieden wird,[89] vermag nicht zu überzeugen. Die Rechtsordnung muß sicherstellen, daß der gesetzlich zuständige

---

[84] Vgl. zu diesem Themenkreis *Frisch*, in: Wolter, Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts (1995), S. 173 ff.; *Weber-Petras*, Ordnungs- und Sollvorschriften im Strafprozeßrecht (1992); LR-*Hanack*, § 337 Rn 15 ff., 95 ff. (m.w.N.); ferner zu den „von der Rechtsprechung aufgestellte(n) Rügebarrieren" *Sarstedt/Hamm*, Revision, Rn 242 ff.

[85] Vgl. außer den in den vorigen Fn angegebenen Nachweisen die Dissertation von *Brauns*, Die Besetzungsrüge und ihre Präklusion im Strafprozeß (1983).

[86] S. hierzu unten 9. Kap. II. und III.

[87] Vgl. unten 20. Kap. I.3 und II.

[88] Vgl. zur Vorgeschichte und zur Entstehung dieser Regelung eingehend *Brauns*, Besetzungsrüge, S. 36 ff. Vgl. ferner *Rieß*, NJW 1978, 2266 ff., 2268 f.

[89] *Hamm*, NJW 1979, 138.

Richter tätig wird. Dem Angeklagten, über den zu befinden ein anderer Richter sich anschickt, darüber hinaus die Möglichkeit einzuräumen, erst einmal das falsche Gericht zu „beschnuppern" oder es sogar entscheiden zu lassen, um dann bei Nichtgefallen des Urteils (unter dem Schutz des § 358 II StPO) eine Wiederholung des Verfahrens erzwingen zu können, ist nicht geboten;[90] es wäre überdies eine ungerechtfertigte Bevorzugung gegenüber jenen Angeklagten, die bei fehlerfreier Rechtsanwendung sogleich an ihren gesetzlichen Richter geraten sind. Als Anknüpfungspunkt für Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Präklusion kommt somit allenfalls die Erwägung in Betracht, daß der Angeklagte mangels eines an ihn gerichteten Hinweises auf den drohenden Rügeverlust „auf Gedeih und Verderb seinem Verteidiger, dessen Einsatzbereitschaft und fachlicher Qualifikation ausgeliefert" ist.[91] Ob diese (auch anderweitig in mannigfaltiger Weise bestehende)[92] Abhängigkeit vom Verteidiger das Zwischenverfahren bereits zu einem verfassungswidrigen „Geheimverfahren" macht, „in dem der Rechtsunkundige sein Recht verliert, ohne daß er jemals davon erfahren hat und ohne daß ihn ein Verschulden daran treffen müßte",[93] ist zweifelhaft. Jedenfalls bestünde die hieraus zu ziehende Konsequenz nicht in einer Aufhebung oder Lockerung der Präklusionsfristen, sondern darin, dem Angeklagten eine Durchschrift der Besetzungsmitteilung zu übersenden, der eine formularmäßige Belehrung über die Präklusionsregelung beigefügt ist.[94]

IV. Die rollenspezifische Polarisierung als psychologisches Grundproblem

Der mittels der vorgenannten thematischen Beschränkungen abgesteckte Untersuchungsgegenstand ist nicht völlig deckungsgleich mit jenen Fragestellungen, die in der Praxis mit dem Begriff des gesetzlichen Richters assoziiert und als problematisch angesehen werden.[95] Hinter dieser partiellen Divergenz verbirgt sich ein weiterer zentraler Gedanke, der ein besseres Verständnis der grundsätzlichen Problematik ermöglicht.

Im Rechtsalltag werden die Probleme des gesetzlichen Richters vor allem aus dem Blickwinkel der Revision wahrgenommen. Hier (bzw. bei der rügeerhaltenden Geltendmachung eines Zuständigkeits- oder Besetzungseinwandes in der Hauptverhandlung) prallen die unterschiedlichen Sichtweisen aufeinander. Gewiß wird auch in dieser Situation über den Zuschnitt unserer Rechtsordnung verhandelt. Dennoch unterscheidet sich die Konfrontation im Gerichtssaal grundlegend von der Diskussion in einem juristischen Seminar. In foro geht es (fast) nie nur um das Prinzip, sondern stets auch um den kon-

---

90 *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn 729.3; s. auch bereits *Kohlhaas*, NJW 1958, 1428 f.; 1959, 471.

91 *Brauns*, Besetzungsrüge, S. 260.

92 Vgl. zur (rechtspolitisch nicht unproblematischen) Tendenz einer immer stärkeren faktischen Zurechnung von Verteidigungsfehlern zu Lasten des Beschuldigten *Feigen*, in: Wolter, Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts (1995), S. 161 ff.

93 *Brauns* a.a.O.; s. auch *Ranft*, NJW 1981, 1478 f.

94 *Brauns* a.a.O. S. 265 f., 280 ff. (284 f.).

95 So hat z. B. der Komplex der Schöffenwahl die höchstrichterliche Rechtsprechung (insbesondere in der zweiten Hälfte der 80er Jahre) wiederholt beschäftigt; vgl. BGHSt. 33, 41 ff.; 35, 190 ff.; *Meinen*, Heranziehung, S. 138 ff.; *Rennig*, Entscheidungsfindung, S. 104 ff.; s. auch LR-*Hanack*, Rn 29 ff.; KK-*Kuckein*, Rn 39 jeweils zu § 338 (beide m.w.N.).

kreten Fall. Auch wenn sich alle Beteiligten um Objektivität bemühen, haben sie in der gerichtlichen Interaktion eine spezifische Rolle inne, deren Inhalt auch die Beurteilung des abstrakten Rechtsproblems überlagert.

So ist es aus der Position des Verteidigers legitim, ja geradezu geboten, ein Urteil mit der Besetzungsrüge zu Fall zu bringen, das (ihm) aus anderen, revisionsrechtlich unbeachtlichen Gründen fehlerhaft erscheint.[96] Gleichwohl ist der Grundsatz des gesetzlichen Richters hier nicht prinzipiell, sondern eher „zufällig" betroffen; denn auf die Frage, ob die verletzte Besetzungsvorschrift gerade Fehlurteile der vorliegenden Art verhindern will, kommt es nicht an, und jeder andere zur Urteilsaufhebung führende Formmangel wäre zur Herbeiführung des angestrebten Erfolges ebensogut geeignet gewesen. Die Besetzungsrüge ist aus Verteidigersicht vorrangig von instrumentellem Wert. Hierbei beschränkt sich der Nutzen nicht darauf, gegebenenfalls mit einer späteren Revision durchzudringen, sondern das Damoklesschwert einer drohenden Urteilsaufhebung kann sich bereits in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung als psychologisch günstig erweisen, indem es die Bereitschaft des Gerichts zu etwaigen Absprachen erhöht.[97] Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, daß mit der Materie vertraute Strafverteidiger nicht selten in akribischer Kleinarbeit „Suchaktionen" zum Aufspüren von Besetzungsfehlern starten[98] (und hierbei erlangte Informationen möglicherweise sogar an Kollegen veräußern).

Das Problem einer rollengeprägten Grundhaltung stellt sich jedoch auch auf der Seite der Justiz. Mit entsprechenden Rügen der Verteidiger konfrontiert, sieht sie sich in der Defensive. Aus ihrer Sicht erscheinen die Besetzungs- und Zuständigkeitseinwände vielfach als formale Spitzfindigkeiten, die allein dem Ziel dienen, die Kammer „weichzukochen" oder sich die Chance auf einen späteren Revisionserfolg zu erhalten. Daß Fehler bei der Schöffenwahl die Richtigkeit der späteren Entscheidung beeinträchtigt haben könnten, ist schwer vorstellbar. Die Aufhebung eines (ihrer Meinung nach) sachgerechten Urteils bedeutet für die Justiz die Belastung mit einer unnützen Doppelarbeit.[99] Würde sogar eine gesamte Schöffenwahl für ungültig erklärt, so brächte dies die Strafjustiz des betreffenden Gerichts in erhebliche Unordnung.[100] Hieraus erklären sich die intensiven Bestrebungen der Revisionsgerichte, insbesondere die im Vorfeld der eigentlichen Wahlentscheidung unterlaufenen Fehler für irrevisibel zu erklären und den Schöffenwahlen zur Vermeidung drohender „Folgeschäden" eine weitestgehende Bestandskraft zu verleihen.[101]

---

[96] Vgl. insoweit die Fallschilderung bei *Thiele*, Menschen - Mörder, S. 131 ff. (140, 151 f.).

[97] Die psychologische Komponente wird auch in dem Ratschlag eines erfahrenen Strafverteidigers deutlich, sich das Aufsuchen der Schöffengeschäftsstelle (auch bei auswärtigen Prozessen) zur Regel zu machen. Dieser Ort entspreche der früheren „Dorflinde", wo man viel in Erfahrung bringen und zugleich Präsenz zeigen („Duftmarken setzen") könne, da durchaus davon auszugehen sei, daß das Gericht von der Einsichtnahme durch den Verteidiger Kenntnis erlangt.

[98] *Dahs/Dahs*, Revision, Rn 120; *Hahn*, DRiZ 1985, 407.

[99] In diesem Sinne bezeichnet *Rieß* (DRiZ 1977, 289) die auf einer erfolgreichen Besetzungsrüge beruhenden Urteilsaufhebungen als „regelmäßig besonders ärgerlich". S. auch *Seebode*, NStZ 1985, 424 sowie oben zu Fn 11.

[100] Vgl. bezüglich des (durch BGHSt. 33, 41 ff. ausglösten) sog. „Frankfurter Schöffenroulettes" *Kissel*, NStZ 1985, 490 ff.

[101] Vgl. hierzu kritisch *Rennig*, Entscheidungsfindung, S. 105 ff. (128 f.); s. ferner *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 40 GVG Rn 7, § 42 GVG Rn 5 ff.; LR-*K. Schäfer*, § 40 GVG Rn 9 ff.; *Schlüchter*, Strafver-

Die rollenspezifischen Deutungsmuster erschweren die Diskussion über das rechte Verständnis der einschlägigen Gesetzesnormen. Das kann sich z. B. darin äußern, daß bereits die Prioritäten bezüglich des Wertes der die Schöffenwahl betreffenden Vorschriften unterschiedlich gesetzt werden.[102] Für die Justizpraxis konzentriert sich die Betrachtung vornehmlich darauf, daß überhaupt irgendwelche Schöffen zur Verfügung stehen. Diese weitgehend auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Position läuft letztlich auf die These zu, Laienrichter seien beliebig austauschbar. Demgegenüber werden Verteidiger – nicht weniger zweckgerichtet als die Justiz – stärkeren Wert darauf legen, ob die demokratisch legitimierten Kommunalvertretungen ihre Funktion regelgerecht wahrnehmen, ob die unterbreiteten Wahlvorschläge einen quantitativ ausreichenden, sozial und geographisch repräsentativen Bevölkerungsquerschnitt darstellen und ob der Wahlausschuß tatsächlich eine personenbezogene Auswahlentscheidung vornimmt. Solche Aspekte zu thematisieren, fällt in der Rolle des angreifenden Verteidigers leicht. Für die Justiz ist es ungleich schwieriger, sich diesen Fragen zu öffnen, da ihr stets der neu zu verhandelnde Einzelfall (und eine drohende Kaskade weiterer Fälle) wie ein Mühlstein am Halse hängt. Die Crux besteht darin, daß eine Erörterung dieser Probleme erst in den jeweiligen Strafverfahren und damit zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem eine Verbesserung nur unter Inkaufnahme gravierender Nebenfolgen möglich ist. Angesichts der Unmöglichkeit, in der Hauptverhandlung einen konstruktiven Dialog zur Erarbeitung einer adäquaten Problemlösung zu führen, sind die Strategien vorgezeichnet: Clevere Verteidiger (er)finden immer neue Konstruktionen, um auch die abgelegensten Fehler bei der Schöffenwahl aufs Tapet zu bringen,[103] und die Rechtsprechung hält unbeirrbar an ihrer Linie fest, diese Angriffe soweit wie irgend möglich abzuwehren.

Die mit einer rollenspezifischen Betrachtungsweise verbundenen Gefahren belasten aber nicht allein die Auseinandersetzung um die jeweils betroffene Einzelnorm, sondern sie drohen auf die allgemeine Grundhaltung zum Prinzip des gesetzlichen Richters durchzuschlagen. Dieser bereits aufgrund seiner Abstraktheit schwer zu fassende Grundsatz beschäftigt die Justiz weniger in seiner Reinform als vielmehr in den ihn konkretisierenden Ausprägungen. Diese mittelbare Form der Wahrnehmung erfolgt nicht zuletzt über die Besetzungsrüge. Der Umstand, daß einer solchen Rüge in weitem Umfang nur unter der Voraussetzung objektiver Willkür Erfolg beschieden ist,[104] verstärkt den Eindruck, daß es sich hier um einen praxisrelevanten Anwendungsfall dieses Verfassungsprinzips handelt. Verfestigt sich auf der Grundlage der eigenen beruflichen Erfahrungen die Meinung, das Prinzip des gesetzlichen Richters diene vornehmlich dem Zweck, durch formale Spitzfindigkeiten Urteilsaufhebungsgründe zu konstruieren, so besteht die Gefahr der psychologischen Verselbständigung dieser Anschauung in dem Sinne, daß dieser Grundsatz selbst als sinnentleerte Form begriffen wird.

Dieser Mechanismus droht sich selbst zu bestätigen oder sogar zu verstärken, ver-

---

fahren, Rn 728 (mit Fn 473) sowie (zur Schöffenberufung in den neuen Bundesländern) BGHSt. 39, 353 (364 ff.).

[102] Vgl. zum Folgenden *Rennig*, Entscheidungsfindung, S. 129.

[103] Beispielsweise wurde eine Schöffenwahl seitens der Verteidigung für unwirksam erachtet, weil die Vorschlagslisten in einigen Gemeinden entgegen § 36 III 1 GVG nicht „eine Woche lang zu jedermanns Einsicht" ausgelegen hatten; denn hierfür sei ein Zeitraum von sieben aufeinanderfolgenden *Werk*tagen erforderlich; vgl. hierzu BayObLG, StV 1998, 8 f. mit (abl.) Anm. *Bockemühl*.

[104] S. hierzu (kritisch) LR-*Hanack*, § 338 Rn 29 ff. (m.w.N.).

gleichbar dem Phänomen des Pendels, das um so stärker in die Gegenrichtung zurückschwingt, je größer der vorausgegangene Anstoß war. Ist dem Verteidiger jedes legale Mittel recht, um ein seiner Meinung nach ungerechtes (oder auch nur für den Mandanten ungünstiges) Urteil zu kippen, so wird er nicht davor zurückschrecken, die sich in Gestalt des Art. 101 I 2 GG bietenden Möglichkeiten voll auszureizen. Droht der Anwendungsbereich dieses Verfassungsprinzips hierdurch tendenziell überdehnt zu werden, so geht die gegenläufige Befürchtung dahin, die Justiz könnte aus einer psychologisch verfestigten Abwehrhaltung den Wert des gesetzlichen Richters zu gering handeln, weil sie zum einen die unnütze Wiederholung eines ihr gerecht erscheinenden Urteils tunlichst vermeiden will und weil ihre Funktionsträger sich zum anderen zu einem solchen harten Kurs dadurch als moralisch legitimiert ansehen, daß das Prinzip des gesetzlichen Richters ihnen ganz allgemein als Hort überzogener Erwartungen und eines kleinlichen Formalismus erscheint. Diese „Mauertaktik" mag ihrerseits Verteidiger anstacheln, die ungenügende Beachtung des Prinzips des gesetzlichen Richters durch die Rechtsprechung mit Verve anzuprangern.

In diesem Wechselspiel zwischen Überhöhung und Geringachtung droht die wirkliche Bedeutung des Prinzips des gesetzlichen Richters aufgerieben zu werden. Um dem entgegenzuwirken, war die ursprüngliche Konzeption der vorliegenden Arbeit darauf gerichtet, Gefährdungen und Übertreibungen des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter gleichermaßen zum Gegenstand der Untersuchung zu machen. Als Konsequenz dieser Spannungslage bedurfte es eines langen inneren Ringens, um in dem Hin- und Hergerissensein zwischen Mißachtung und Hypertrophie der aus diesem Verfassungssatz resultierenden Forderungen mittels einer stabilen (eher strengen) Grundeinstellung festen Boden unter die Füße zu bekommen. Nachdem diese Phase durchschritten war, erwiesen sich so viele Regelungen als problematisch, daß es aus arbeitsökonomischen Gründen geboten schien, die für die Thematik des gesetzlichen Richters „ungefährlichen" Segmente von vornherein beiseite zu lassen. Dennoch ist zu Beginn dieser Arbeit das Problem der gegenläufigen rollenspezifischen Verzerrungen zumindest in seiner allgemeinen Dimension anzusprechen. Denn erstens bietet sich hier ein Erklärungsansatz für das Entstehen der latent zu beobachtenden Sinnkrise; zweitens erfährt die vorliegende Untersuchung eine partielle Emanzipation von den Erwartungen, die seitens der Rechtspraxis an das Thema herangetragen werden. Drittens schließlich erweist sich die (in anderer Hinsicht nachteilige) Position des justizfremden Beobachters insofern als vorteilhaft, als es (ungeachtet bestehender Vorverständnisse) keines Ankämpfens gegen ein durch langjährige Tätigkeit gefestigten rollenspezifischen Deutungsmusters bedarf.

V. Gang der weiteren Untersuchung

Anknüpfend an die bisherigen Überlegungen läßt sich nunmehr der weitere Gang der vier Teile umfassenden Untersuchung skizzieren. Hierbei folgt die Konzeption der Arbeit dem Grundgedanken der in mehreren Stufen fortschreitenden Konkretisierung.

Der *erste Teil* befaßt sich mit den *Grundlagen* des Prinzips des gesetzlichen Richters. Hier geht es darum, gleichsam den Kompaß für die anstehende Expedition zu eichen, d.h. das der Arbeit zugrunde liegende Vorverständnis zu entwickeln. Zu diesem Zweck erfolgt eine Annäherung an diesen Grundsatz aus unterschiedlichen Richtungen. Zu-

nächst sind die historischen Wurzeln dieses Verfassungsprinzips freizulegen; anschließend ist danach zu fragen, inwieweit die im Zuge dieser Betrachtung gewonnenen Erkenntnisse auch für unser gegenwärtiges Rechtssystem von Bedeutung sind. In diesem Zusammenhang ist der Grundsatz des gesetzlichen Richters vor allem unter dem rechtsphilosophischen Topos der Verfahrensgerechtigkeit zu beleuchten. Schließlich ist der Frage nachzugehen, inwieweit rechtsvergleichende Beobachtungen zu einem besseren Verständnis dieses Prinzips beitragen können.

Auf diesem Fundament beschäftigt sich der *zweite Teil* mit dem *verfassungsrechtlichen Gehalt* des Art. 101 GG. Neben Überlegungen zum systematischen Aufbau dieser Verfassungsnorm und ihrer Einordnung in das Regelungsgefüge des Grundgesetzes ist der personale Schutzbereich dieses Grundsatzes mit Blick auf das Strafverfahren abzustecken. Vor allem ist aber der sachliche Schutzbereich des Art. 101 I 2 GG zu entfalten; hierbei ist neben den unproblematischen Sinnerweiterungen besonderes Augenmerk auf die „Materialisierung" dieses Verfassungsprinzips zu richten. Näherer Erörterung bedarf ferner die vom BVerfG zum Maßstab für die verfassungsgerichtliche Prüfung richterlicher Rechtsanwendungsfehler erhobene sog. „Willkürformel".

In gleicher Weise, in der die verfassungsrechtliche Interpretation auf die vorrechtlichen Überlegungen zurückgreift und diese konkretisierend fortentwickelt, bilden die verfassungsrechtlichen Ausführungen ihrerseits die Basis für die nachfolgenden Betrachtungen. Dort werden die vergleichsweise abstrakten Erkenntnisse des Verfassungsrechts auf die Ebene des einfachen Gesetzesrechts projeziert, um zu überprüfen, inwieweit die konkreten Erscheinungsformen des Alltags der Strafjustiz mit den Vorgaben des Art. 101 I 2 GG übereinstimmen. Der *dritte Teil* der Arbeit bezieht sich auf das Gebiet des Gerichtsverfassungsrechts; er behandelt die mit der *Organisation des Gerichtsaufbaus* zusammenhängenden Probleme unter zwei thematischen Schwerpunkten: Der erste Komplex betrifft die vom Präsidium vorzunehmende gerichtsinterne Geschäftsverteilung (§ 21e GVG). In diesem Zusammenhang sind sowohl die personelle Besetzung der Spruchkörper (einschließlich des Problems der sog. Überbesetzung) als auch die Verteilung der Rechtsprechungsaufgaben auf die einzelnen Spruchkörper sowie die Regelung des Vertretungssystems zu beleuchten. Den zweiten Themenschwerpunkt bildet die dem Vorsitzenden obliegende spruchkörperinterne Geschäftsverteilung (§ 21g GVG). Dieser Bereich, der in den letzten Jahren Gegenstand heftiger (auch öffentlicher) Kontroversen gewesen ist, thematisiert die Organisations- und Kommunikationsstrukturen im Spruchkörper und damit zugleich das Machtgefälle zwischen dem Vorsitzenden und den Beisitzern. In dieser Auseinandersetzung ist ein bemerkenswertes Festhalten an traditionellen Argumentationsmustern zu konstatieren; diese Kontinuität steht in einem auffälligen Kontrast dazu, daß höchstrichterliche Entscheidungen gerade an diesem Streitpunkt den in der Beurteilung des Prinzips des gesetzlichen Richters (vermeintlich oder tatsächlich) zu verzeichnenden Anschauungswandel festmachen. Die Gestaltungsmacht sowohl des Präsidiums (bei der gerichtsinternen Geschäftsverteilung) als auch jene des Vorsitzenden (hinsichtlich der Aufgabenverteilung im Spruchkörper) ist weniger eine reine Rechtsfrage als vielmehr auch ein Problem informeller Strukturen. Vor diesem Hintergrund ist neben dem formalen Prinzip des gesetzlichen Richters auch an Lösungsmöglichkeiten zu denken, die auf eine Stärkung demokratischer Strukturen in der Justiz abzielen.

Im *vierten Teil* schließlich werden die strafprozessualen Probleme bezüglich der *Organisation des Verfahrensablaufs* erörtert. Im Zentrum dieser Ausführungen steht zunächst

die Ermittlung des erstinstanzlich zuständigen Gerichts. Hierbei bedarf vor allem die an das Merkmal der „besonderen Bedeutung des Falles" (vgl. § 24 I Nr. 3 GVG) geknüpfte „bewegliche" Zuständigkeit einer eingehenden Überprüfung. Neben einer Analyse der sachlichen Zuständigkeit des Strafrichters (§ 25 GVG) sowie der die örtliche Zuständigkeit betreffenden Vorschriften (§§ 7 ff. StPO) sind weitere Konstellationen zu untersuchen, in denen die Staatsanwaltschaft über eine „Wahlmöglichkeit" bezüglich des Eingangsgerichts verfügt. Im Gesamtkontext des erstinstanzlichen Verfahrens sind ferner die Verbindung und Trennung von Verfahren sowie das Terminierungsermessen des Vorsitzenden als potentielle Gefahrenquellen für das Prinzip des gesetzlichen Richters anzusprechen. In einem weiteren Abschnitt ist das Augenmerk auf die Revisionsgerichte zu lenken. Zwar ist die revisionsgerichtliche Tätigkeit aus der vorliegenden Arbeit weitgehend ausgeklammert worden, soweit es um die Korrektur vorinstanzlicher Zuständigkeits- und Besetzungsfehler geht. Hiervon zu trennen ist jedoch die Frage, inwieweit sich das Wirken der Revisionsgerichte als selbständige Richterentziehung darstellen kann. Unter diesem Gesichtspunkt ist zum einen die Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgerichten (insbesondere bezüglich der von den Revisionsgerichten in analoger Anwendung des § 354 I StPO praktizierten sog. Schuldspruchberichtigung) zu beleuchten; zum anderen ist die Frage zu klären, ob das den Revisionsgerichten hinsichtlich der Zurückverweisung eingeräumte Ermessen (vgl. § 354 II StPO) mit Art. 101 I 2 GG in Einklang steht.

Im *abschließenden Kapitel* sollen die erhobenen Einzelbefunde wiederum aus einem generalisierenden Blickwinkel gewürdigt werden. Hier schließt sich der Kreis, indem danach gefragt wird, ob der an den Anfang der Untersuchung gestellte abstrakte Ausgangspunkt durch die Ergebnisse der Einzelbetrachtung eine Bestätigung erfährt oder ob unter dem Eindruck der praktischen Erkenntnisse eine Veränderung der Grundposition angezeigt ist. Im Zuge dieser Rückbindung an den allgemeinen Bedeutungsgehalt des Prinzips des gesetzlichen Richters soll erkennbar werden, wo die Problemzonen dieses Grundsatzes in der heutigen Strafjustiz liegen. Auf der Grundlage dieser Bestandsaufnahme endet die Untersuchung mit einem Ausblick zu der Frage, welche Prognose sich für die künftige Entwicklung des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter stellen läßt.

Erster Teil:
Die Grundlagen

Das Bemühen, den verfassungsrechtlichen Gehalt des Prinzips vom gesetzlichen Richter zu klären und hierdurch einen Maßstab für den in den Prozeßgesetzen geregelten normativen Unterbau zu erlangen, stößt auf eine besondere Schwierigkeit, die aus der hochgradigen Normativität des Gesetzestextes resultiert. Wer „gesetzlicher Richter" ist, kann nicht bereits im Wege der rein sprachlichen Analyse des Art. 101 I 2 GG erschlossen werden. Denn entweder verweist der Terminus „gesetzlich" auf andere Normen, oder die „Gesetzlichkeit" des Richters ist in einem maßstabbildenden Sinne zu verstehen, der freilich ebenfalls normativ zu bestimmen wäre.[1] Diese „nahezu ausschließliche Rechtserzeugtheit"[2] der Formel vom „gesetzlichen Richter" läßt jede Definition als „mißlich"[3] erscheinen.

Ebenso unergiebig wie der Normtext ist die systematische Einbindung des Prinzips des gesetzlichen Richters in den Kontext der die Gerichtsbarkeit allgemein betreffenden Regelungen. Eine teleologisch orientierte Sichtweise vermag ebenfalls keinen Aufschluß über den Sinngehalt dieses Grundsatzes zu bieten; denn sie würde umgekehrt eine Vorstellung vom materiellen Substrat dieser Verfassungsnorm gerade voraussetzen. Hiernach verbleibt für die in diesem Frühstadium der Untersuchung vordringliche Aufgabe, dem Gebilde des „gesetzlichen Richters" erste Konturen zu verleihen, die Annäherung aus der historischen Perspektive.

Erster Abschnitt:
Die historischen Wurzeln

Die historische Betrachtung ist an dem Ziel auszurichten, einen Zugang zum Sinngehalt des Prinzips des gesetzlichen Richters zu bahnen. Hierbei geht es weniger um ein der historischen Auslegungsmethode entsprechendes Vorgehen, das unter Rückgriff auf Ge-

---

[1] Zu den unterschiedlichen Deutungsmöglichkeiten des Begriffs „gesetzlich" vgl. *Gerleit,* Gesetzlicher Richter, S. 97 ff.

[2] So – bezüglich der Justizgrundrechte (Art. 101 bis 104 GG) allgemein – *Höfling,* JZ 1991, 955 (962); s. auch *Majewski,* Auslegung, S. 101 f. und *Grimm,* in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, S. 39 (44).

[3] *Eb. Schmidt,* Lehrkommentar I, Rn 560b; s. auch *Menzel,* Gesetzlicher Richter, S. 16. Noch rigoroser („Eine Definition des ‚gesetzlichen Richters' ist überhaupt nicht möglich.") *J. Henkel,* Gesetzlicher Richter, S. 16 (Fn 1).

setzentwürfe und Gesetzesmaterialien die konkrete Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm verfolgt, um hierdurch Aufschluß über die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen zu gewinnen. Im vorliegenden Zusammenhang ist vielmehr in einem allgemeineren Sinne der „historische Wurzelboden"[4] zu ergründen, der zur Herausbildung des Satzes vom gesetzlichen Richter geführt hat. Eine solche Perspektive wird von der Überlegung getragen, daß zahlreiche Verfassungsnormen der Regelung politischer Konflikte dienen.[5] Handelt es sich bei den Normen des Verfassungsrechts aber in einem historischen Sinne um Antworten auf gesellschaftliche und politische Auseinandersetzungen, dann eröffnet die Offenlegung des historischen Grundkonflikts den Blick zumindest auf die ursprüngliche Schutzrichtung des betreffenden Verfassungssatzes, die zugleich einen wertvollen Anhaltspunkt[6] für die gegenwärtige Interpretation bietet.

Aus dieser Zielsetzung folgt umgekehrt, daß es vorliegend nicht darum geht, eine umfassende rechtshistorische Studie zu erstellen, die die Entwicklung des Prinzips vom gesetzlichen Richter vollständig und lückenlos nachzeichnet. Der auch aus arbeitsökonomischen Gesichtspunkten gebotene Verzicht auf eine minutiöse Darstellung, die alle historischen Zuflüsse in feingliedriger Verästelung abbildet, fällt um so leichter, als die Genese des Prinzips des gesetzlichen Richters – insbesondere durch eine von *Eduard Kern* im Jahre 1927 vorgelegte Monographie[7] – eine gründliche Untersuchung erfahren hat und insoweit als vergleichsweise gut erforscht gelten kann.

Die Konzentration auf die Entstehung des Prinzips des gesetzlichen Richters impliziert zudem zwei thematische Beschränkungen: Erstens geht es an dieser Stelle allein um den *Grundsatz* des gesetzlichen Richters als solchen; das bedeutet, daß die Entstehungsgeschichte von Einzelregelungen oder Rechtsinstituten, die zur Absicherung oder Umsetzung des Prinzips des gesetzlichen Richters geschaffen wurden, gegebenenfalls im jeweiligen Sachkontext dargestellt werden.[8] Indem sich das Augenmerk vorrangig auf die *Entstehung* dieses Verfassungspostulats richtet, tritt – zweitens – die weitere Entwicklung dieses Prinzips eher an den Rand, so daß sich die Ausführungen insoweit auf eine grobe Skizze beschränken.

Diese Restriktion schlägt sich insbesondere im Hinblick auf die Zeit des Nationalsozialismus[9] sowie auf die Justiz in der DDR nieder.[10] Zwar läßt sich allgemein „aus

---

4 *Engisch*, Einführung, S. 87; s. auch *Kellermann*, Gesetzlicher Richter, S. 214 f.

5 AK/GG-*Stein*, Einl. II Rn 57. S. auch *Mahrenholz*, in: Schneider/Steinberg, Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst (1990), S. 58: „Das historische Element in der Grundrechtsauslegung ist ... nicht die Entstehungsgeschichte des Textes, sondern des Grundrechts. Als solches ist es wichtig, weil es die geschichtliche Erfahrung, die das Grundrecht geboren hat, und damit auch seine eigentümliche Mächtigkeit widerspiegelt."

6 Vgl. allerdings zur prinzipiellen Möglichkeit einer inhaltsändernden Verfassungsentwicklung AK/GG-*Stein*, Einl. II Rn 62 f. sowie ausführlich *Bryde*, Verfassungsentwicklung (1982).

7 Der gesetzliche Richter, insbesondere S. 11–153; vgl. ferner *Menzel*, Gesetzlicher Richter, S. 26–74 sowie *Scupin*, Gesetzlicher Richter, S. 1–20.

8 Vgl. unten 10. Kap. I.1 sowie 17. Kap. II. und III.

9 Vgl. hierzu aber auch unten 3. Kap. II.

10 Die Nennung in einem Atemzug erfordert die Klarstellung, daß die Staatssysteme der NS-Zeit und der DDR nicht gleichgestellt werden sollen; vgl. *Roggemann*, Rechtseinheit, S. 49 ff.; s. auch BGHSt. 40, 113 (117); BGH, StV 1996, 34 (36). Auch die (stark politisch und emotional eingefärbte und daher einen wissenschaftlichen Umgang erschwerende) Kontroverse darüber, ob die DDR als „Un-

schlechten Vorbildern am besten lernen; denn an ihnen werden die Tücken eines Systems überdeutlich".[11] Es ist jedoch zu bedenken, daß eine angemessene Untersuchung dieser Problemfelder auf die formellen und informellen Justizstrukturen (gegebenenfalls in unterschiedlichen zeitlichen Abschnitten) Bedacht nehmen müßte[12] und damit den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde. Hiervon abgesehen wäre zudem fraglich, ob die negativen Vorbilder aus der Geschichte tatsächlich als Verdeutlichung struktureller Gefährdungslagen für unser Rechtssystem begriffen würden oder ob sie im Gegenteil gerade dazu verwandt würden, die gegenwärtigen Probleme unter Hinweis auf die ungleich größeren Mißstände früherer Zeiten zu bagatellisieren.[13]

Bedeutung erlangt die thematische Verengung überdies im Hinblick auf die Frage, in welchem Zeitpunkt die historische Betrachtung einsetzen soll. Angesichts der (wortgleichen) historischen Vorläufer des Art. 101 I 2 GG in Art. 105 der Weimarer Reichsverfassung und in § 175 der Frankfurter Reichsverfassung von 1848 wäre es sicher verfehlt, insoweit auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes abzustellen; denn zu diesem Zeitpunkt waren die für die Herausbildung dieses Verfassungsgrundsatzes maßgeblichen politischen Schlachten bereits geschlagen. Da im Anschluß an die Untersuchung von *Kern* das Prinzip des gesetzlichen Richters überwiegend[14] als Errungenschaft des Liberalismus im Kampf gegen den absolutistischen Staat und die in diesem geübte „Kabinettsjustiz" angesehen wird, erscheint es naheliegend, diesen historischen Konflikt zum Ausgangspunkt der Untersuchung zu wählen.

---

rechtsstaat" zu klassifizieren ist, soll hier nicht entschieden werden. Überzeugende Gründe gegen die (für eine „radikale" Kritik an den Justizverhältnissen in der DDR auch nicht erforderliche) Verwendung des Begriffs „Unrechtsstaat" nennt *Rottleuthner*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 16 (1995), 55 ff.

[11] *Limbach*, NJ 1995, 283 (bezüglich der richterlichen Unabhängigkeit). Zum Grundproblem der Möglichkeit eines „Lernens aus der Geschichte" vgl. mit Blick auf die Rechtswissenschaft *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 11 f. (= Vorwort der Taschenbuchausgabe); s. auch a.a.O. S. 213 ff. Vgl. ferner zu den Schwierigkeiten eines angemessenen rechtshistorischen Umgangs mit dem Nationalsozialismus *Stolleis*, in: Stolleis/Simon, Vorurteile (in: NS-Recht in historischer Perspektive [1981]), S. 13 ff.

[12] Vgl. zu den grundsätzlichen Schwierigkeiten einer Untersuchung der DDR-Justiz *Rottleuthner*, in: Drobnig, Strafrechtsjustiz, S. 25 ff. Zur politischen „Steuerung der Justiz in der DDR" vgl. den von *Rottleuthner* unter diesem Titel herausgegebenen Sammelband (1994); s. ferner *ders.*, in: Bundesministerium der Justiz, Im Namen des Volkes? (1994), S. 221 ff.; *R. Schröder*, FS Gitter (1995), S. 875 ff. (885 ff.); speziell zum Strafrecht vgl. auch *Kintzi*, DRiZ 1992, 415 ff. und *Werkentin*, NJ 1991, 479 ff. Zum Prinzip des gesetzlichen Richters im Recht der DDR vgl. *R. Herrmann*, NJ 1990, 250 ff.; *Scheugenpflug*, Überleitung, S. 53 f.

[13] Vgl. *Rottleuthner*, in: Drobnig, Strafrechtsjustiz, S. 26: „Inwieweit sieht man auch die Balken im bundesdeutschen Auge oder betont man nur unsere von der Realität unangekränkelten rechtsstaatlichen Prinzipien?". S. auch a.a.O. S. 29: „Man sollte die rechtsstaatlichen Prinzipien der BRD nicht frontal als Meßlatte für die Analyse der DDR-Justiz nehmen (sondern zunächst einmal auf die BRD selbst anwenden)." Vgl. ferner zum gegenwärtigen Selbstverständnis der deutschen Richterschaft, das sich geradezu als Gegenmythos zum totalitären Terrorrichter definiert, *Scholderer*, Rechtsbeugung, S. 130, 615 ff.

[14] *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 152; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Rn 1; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Rn 8; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GGK, Rn 2; AK/GG-*Wassermann*, Rn 1 jeweils zu Art. 101; *Baader*, Gesetzlicher Richter, S. 2; *J. Henkel*, Gesetzlicher Richter, S. 2 f.; *Knauer*, in: HRG, Stichwort „Gesetzlicher Richter"; *Rinck*, NJW 1964, 1649; *Wipfelder*, VBlBW 1982, 33; s. auch BVerfGE 4, 412 (416) sowie BGHZ 20, 355 (356).

Allerdings finden sich auch Stimmen[15], nach denen es sich beim Prinzip des gesetzlichen Richters um einen sehr viel älteren Grundsatz handelt, dessen Wurzeln bis in das römische und germanische Recht zurückreichen. So wird das Verlangen des Apostels Paulus, als Bürger Roms von einem römischen Gericht abgeurteilt zu werden,[16] als das „wohl bekannteste antike Beispiel einer Berufung auf den gesetzlichen Richter" bezeichnet.[17] Ebenso wie die Forderung nach dem Richter der eigenen Nation soll auch das „iudicium parium", also die Aburteilung durch Standesgenossen, eine frühe Erscheinungsform des Rechts auf den gesetzlichen Richter darstellen.[18] Ferner wird bereits für die Zeit vor der Aufklärung ein Grundsatz der Ständigkeit der Gerichte postuliert, der gleichfalls das Anliegen des Prinzips des gesetzlichen Richters verkörpern soll.[19]

Die genannten Erscheinungsformen weisen eine gewisse Nähe zum Prinzip des gesetzlichen Richters insofern auf, als sie eine beliebige Auswahl des zur Entscheidung berufenen Richters verhindern oder doch zumindest erschweren. Allerdings gründet sich diese Verwandtschaft nur auf die Vergleichbarkeit der Wirkungsweisen; es fehlt hingegen sowohl an einer historischen Kontinuität als auch an einer ideengeschichtlichen Konnexität zu dem heutigen Verfassungsgrundsatz des gesetzlichen Richters. So ging nicht allein der Grundsatz der Aburteilung durch standesgleiche Urteiler verloren,[20] sondern durch die Rezeption des römischen Rechts wurden tiefgreifende Wandlungen des Strafverfahrens ausgelöst, die unter gleichzeitiger Verdrängung der Laienrichter zur Herausbildung des rechtsgelehrten (beamteten) Richters geführt haben.[21] Auch gegen die Bezugnahme auf das Postulat der Ständigkeit der Gerichte bestehen Bedenken: Zwar kann man die Reichskammergerichtsordnung aus dem Jahre 1495 als erstes deutsches Gerichtsverfassungsgesetz ansehen,[22] doch gilt es zu beachten, daß die Einrichtung des Reichskammergerichts nicht im Interesse der Untertanen erfolgte, sondern durch das politische Bestreben der Landesfürsten motiviert war, sich der Jurisdiktion des Kaisers zu entziehen.[23]

Bei den fraglichen Erscheinungsformen handelt es sich somit nicht um echte Wurzeln

---

[15] So insbesondere *Oehler*, ZStW 64 (1952), 292 (297 ff.); s. auch *Menzel*, Gesetzlicher Richter, S. 26 ff.; *Gerleit*, Gesetzlicher Richter, S. 19 ff. und *Reichl*, Gesetzlicher Richter, S. 10 ff. (40 f.).

[16] Apostelgeschichte, Kap. 22, Vers 25–28; s. auch a.a.O. 16, 37 und 23, 27.

[17] *Gerleit*, Gesetzlicher Richter, S. 19.

[18] *Menzel*, Gesetzlicher Richter, S. 27 ff. (33).

[19] *Oehler*, ZStW 64 (1952), 292 (298 f.).

[20] *Döhring*, Geschichte, S. 15.

[21] Vgl. *Benz*, Laienrichter, S. 44; *Kern*, Geschichte, S. 41 f.; *ders.*, Gesetzlicher Richter, S. 54; *Rennig*, Entscheidungsfindung, S. 33; *Stölzel*, Richtertum, S. 137 ff.; *Tigges*, Stellung, S. 9 ff. Dazu, daß das iudicium parium und der Grundsatz des gesetzlichen Richters nicht zwangsläufig miteinander verknüpft sind, vgl. *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 14 f.

[22] So *Kern*, Geschichte, S. 28. Zur Organisation des Reichskammergerichts vgl. *Helmut Müller*, Ständigkeit, S. 13 ff. und *Kern* a.a.O. S. 27 ff.; *ders.*, Gesetzlicher Richter, S. 47 ff.

[23] *Scupin*, Gesetzlicher Richter, S. 3; s. auch *Tigges*, Stellung, S. 13 f. Vgl. überdies zum Nebeneinander von Reichskammergericht und dem (vom Kaiser dominierten) Reichshofrat *Conrad*, Rechtsgeschichte II, S. 158 ff. sowie ausführlich *Sellert*, Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht (1965), insbesondere S. 73 ff. Auch die in mehreren Reichs- und Landtagsabschieden verwandte Formel, wonach dem Recht sein „stracker und unverhinderter Lauff" gelassen werde, ist aus der Konfrontation zwischen dem Kaiser und mithin nicht als Anerkennung des gesetzlichen Richters in seinem liberal-konstitutionellen Sinne zu begreifen; vgl. *Grünhut*, in: Aschaffenburg/v. Hentig, Rechtsstaatsidee und Erziehungsstrafe, S. 1 (4 f.); s. auch *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 51 ff. (53), 60 f. und *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 82 (86 f.).

des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter, sondern um Spuren, die in der Folgezeit weithin versandet sind und die als „in etwa unbewußt"[24] den Anforderungen dieses Prinzips entsprechend angesehen werden können. Dem Zeitalter des Absolutismus kommt eine unterbrechende Wirkung sowohl hinsichtlich der zeitlichen als auch bezüglich der intentionalen Kontinuität zu. Das Justizverständnis dieser Epoche bestimmte die Ausgangslage des Kampfes um den Liberalismus in so nachhaltiger Weise, daß übereinstimmende Wirkungen zwischen den aus dieser Auseinandersetzung hervorgegangenen und antiken bzw. altgermanischen Gestaltungsformen eher in den Hintergrund treten.

Hinter der These, die historischen Wurzeln des Satzes vom gesetzlichen Richter seien bereits vor der Zeit der Aufklärung anzusiedeln, steht möglicherweise das Bestreben, den rechtsstaatlichen Charakter dieses Prinzips in besonderer Weise zu betonen, indem man seine Entstehung vom Kampf des Liberalismus ablöst und es auf eine gleichsam zeitlose ideengeschichtliche Grundlage stellt.[25] Die Hoffnung, mittels einer solchermaßen verlängerten Tradition die Unverbrüchlichkeit dieses Rechtsgedankens nachhaltig zu befestigen, ist möglicherweise als Reaktion darauf zu verstehen, daß die nationalsozialistische Rechtsideologie die Beseitigung rechtsstaatlicher Garantien in der Weise zu legitimieren versuchte, daß diese Rechtsinstitute Früchte des Liberalismus und als solche ebenso wie dieser geschichtlich überwunden seien.[26] Unserem heutigen Verständnis ist eine derartige abwertende Bezugnahme auf das Gedankengut des Liberalismus hingegen fremd. Mit der Einsicht, daß wichtige Bestandteile des Rechtsstaats – insbesondere das Prinzip der Gewaltenteilung – gerade im Kampf gegen den Absolutismus durchgesetzt worden sind,[27] entfällt der Anlaß für eine polarisierende Gegenüberstellung von Rechtsstaatlichkeit und Liberalismus.[28] Im Gegenteil: Erscheint der Liberalismus geradezu als Initialzündung zur Durchsetzung des Rechtsstaatsgedankens, so verbindet sich hiermit die Erwartung, an den politischen Umwälzungen jener Epoche ein besonders deutlich konturiertes Bild vom Bedeutungsgehalt des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter ablesen zu können. Zugleich vermeidet eine Perspektive, die sich nicht mit parallelen Wirkungsweisen begnügt, sondern die politische Dimension der Entstehungsbedingungen mit in den Blick nimmt, den Vorwurf, Erscheinungsformen früherer Epochen in anachronistischer

---

[24] *Helmut Müller*, Ständigkeit, S. 13.

[25] Deutlich zur Polarisierung zwischen liberalem und rechtsstaatlichem Gedankengut *Gerleit*, Gesetzlicher Richter, S. 19 (Fn 1).

[26] Vgl. (aus dem Jahre 1935) *Tigges*, Stellung, S. 166ff.; s. auch *R. Schiedermair*, DÖV 1960, 6 (8f.).

[27] Zur Geschichte des Rechtsstaatsprinzips vgl. *Raether*, Rechtsstaat, S. 5 ff. *Conrad* (Rechtsgeschichte II, S. 376) bezeichnet *John Locke* (1632–1704) als den „Vater des modernen Rechts- und Verfassungsstaates". Obwohl die Elemente des Rechtsstaatsprinzips „eine in die Antike zurückreichende gedankliche Ahnenreihe" haben, stellt *Stolleis* (in: HRG, Stichwort „Rechtsstaat") vorrangig auf den politischen Aspekt der Zurückdrängung des absolutistischen Interventionsstaates ab; ähnlich auch *Stern*, Staatsrecht I, § 20 I 2 (= S. 768ff.) und *Weber-Fas*, Rechtsstaat, S. 11 ff. Vgl. ferner ausführlich *Sobota*, Prinzip, S. 263 ff.

[28] Vgl. auch *Marx*, Gesetzlicher Richter, S. 130: „Der Grundsatz des Verbots der Richterentziehung gehört zwar zu jedem Rechtsstaat und ist ... nicht etwa erst eine Frucht liberaler Gedanken; aber die entscheidenden Impulse zu seiner endgültigen Anerkennung gingen in der neueren Geschichte doch vom Freiheitskampf gegen den Absolutismus aus." Ähnlich *Reichl*, Gesetzlicher Richter, S. 10, 14 und *G. Kröger*, Gesetzlicher Richter, S. 6 f.

Weise mit erst später entwickelten Maßstäben zu messen.[29] Die historische Betrachtung muß mithin bei jenen Bedingungen einsetzen, die den Entwicklungsprozeß der Herausbildung des Verfassungssatzes vom gesetzlichen Richter in Gang gesetzt haben. Bei der hiermit angesprochenen Frage nach dem Erscheinungsbild der Justiz im absolutistischen Staat soll das Hauptaugenmerk auf die Verhältnisse in Brandenburg-Preußen gelenkt werden, dem eine zentrale Stellung sowohl hinsichtlich der absolutistischen Verfassungsentwicklung im deutschen Reich als auch bezüglich der Entwicklung zum Rechtsstaat beigemessen wird.[30]

---

[29] Vgl. *Helmut Müller*, Ständigkeit, S. 16; s. auch *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 106 f.

[30] Vgl. *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, S. 157 ff.; *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 56 und *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 247; s. auch *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 22 f. Einen Überblick über die „Rechtsentwicklung in Preußen" vermittelt die so betitelte Untersuchung von *Eb. Schmidt*, in: ders., Beiträge, S. 65 ff.

2. Kapitel: Die Justiz im Zeitalter des (aufgeklärten) Absolutismus

I. Die Herausbildung der Kabinettsjustiz im absolutistischen Staat (unter besonderer Berücksichtigung Brandenburg-Preußens)

1. Die Theorie: Der absolutistische Herrscher als Träger uneingeschränkter Souveränität

Die staatstheoretische Konzeption des Absolutismus basiert maßgeblich auf dem insbesondere von *Jean Bodin* (1530–1596) entwickelten Gedanken der Souveränität.[31] Hiernach vereinigt der Regent in seiner Hand alle Herrschaftsmacht;[32] er ist somit Gesetzgeber und oberster Richter zugleich. Im Hinblick auf diese uneingeschränkte Machtvollkommenheit ist der Herrscher nach *Bodin* „legibus solutus",[33] also dem geschriebenen (von ihm jederzeit änderbaren) Gesetz gegenüber frei und lediglich den sich aus dem göttlichen Recht und aus dem Naturrecht ergebenden Bindungen unterworfen.[34] In einem derartigen Modell unterscheiden sich das Gesetz und der Befehl des Monarchen ausschließlich hinsichtlich der Form, nicht hingegen bezüglich der allein auf die Autorität des Souveräns gegründeten Beachtlichkeit des Herrscherwillens.[35] Es versteht sich von selbst, daß ein solches System, in dem der Landesherr als höchste und mit Allzuständigkeit ausgestattete Instanz erscheint, keinen Raum für ein gegenüber dem Regenten einzuforderndes Recht auf den gesetzlichen Richter bietet.

2. Die Praxis: Der Kampf um die Zurückdrängung der Stände

So klar die auf dem Reißbrett der Staatstheorie entworfene Konzeption der ungeteilten Herrschermacht auch erscheinen mag, so deutlich ist der Kontrast zwischen abstrakter Konstruktion und politischer Realität.[36] Wurde die Herausbildung der vollen Souveräni-

---

[31] Zu der von *Bodin* insbesondere in seinem 1576 erschienenen Hauptwerk „Les six Livres de la République" (in deutscher Sprache: „Sechs Bücher über den Staat", hrsg. von P.C. Mayer-Tasch, 1981 und 1986) entwickelten Souveränitätslehre vgl. *Quaritsch*, Souveränität und Staat, S. 243 ff.; *ders.*, Souveränität, S. 46 ff. und *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, S. 145 ff.

[32] *Conrad*, Rechtsgeschichte II, S. 234; *ders.*, Richter, S. 8 ff.; s. auch *Tigges*, Stellung, S. 21 ff. (24 ff.) und *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 83 ff.

[33] In dieser Formel sieht *Willoweit* (Verfassungsgeschichte, S. 146, 154) die Wurzel des erst um 1830 aufkommenden Begriffs „Absolutismus".

[34] Zu diesen Bindungen vgl. *Quaritsch*, Souveränität, S. 51 ff.

[35] *Kern*, Geschichte, S. 40 f.; *Tigges*, Stellung, S. 26, 96.

[36] *Hattenhauer* (Rechtsgeschichte, S. 409; s. auch a.a.O. S. 410 f., 424) bezeichnet die Theorie von

tät der Territorialfürsten nach außen durch eine geschwächte Reichsgewalt begünstigt, so bedurfte es im Innern der Unterwerfung der Stände.[37] Als entscheidende Elemente dieser in Brandenburg-Preußen maßgeblich von dem Großen Kurfürsten, *Friedrich Wilhelm* (1640–1688), eingeleiteten „Revolution von oben"[38] sind vor allem die Errichtung eines stehenden Heeres, der Auf- und Ausbau einer landesherrlichen Verwaltung sowie die Verselbständigung der Steuerwirtschaft und der Finanzverwaltung zu nennen.[39] Im Gefolge dieser Maßnahmen wurde insbesondere das Steuerbewilligungsrecht, die schärfste den Ständen gegenüber dem Landesherrn zur Verfügung stehende Waffe, stumpf. Allerdings ging es dem absolutistischen Herrscher nicht um eine (ohnehin nicht zu erreichende) Abschaffung der Macht der Stände, sondern um deren Unterordnung unter die Krone. So erfuhr der soziale Status des Adels in jener Zeit sogar eine Verstärkung auf Kosten des Bauernstandes; überdies erfüllte der Adel auf der Ebene der Lokalverwaltung eine politische Funktion als vermittelnde „intermediäre" Gewalt.[40]

3. Machtspruch und Bestätigungsrecht als Instrumente landesherrlicher Rechtsprechungsmacht

Galt bereits im Mittelalter die Gerichtshoheit als das wichtigste Hoheitsrecht,[41] so begründet die Anbindung aller weltlicher Jurisdiktion an die Person des Regenten[42] die Erwartung, daß der absolutistische Landesherr seinen Herrschaftsanspruch im Bereich der Gerichtsbarkeit vergleichsweise mühelos würde durchsetzen können. Allerdings erwachsen dem Landesherren auch hier besondere Schwierigkeiten, die sich aus dem Umstand ergeben, daß in der Vergangenheit vielfach die Befugnis zur Ausübung der Gerichtsbarkeit an die Städte oder an ständische Gerichtsherren veräußert worden war. Im Zuge dieser Entwicklung, insbesondere durch die den Gutsherren über die Gutseingesessenen eingeräumte Patrimonialgerichtsbarkeit, erlangten die Stände maßgeblichen Einfluß auf die Gerichtsbarkeit der Territorialstaaten.[43] Dem Landesherrn verblieb die Jurisdiktionsgewalt hingegen insoweit, als die Übertragung der Gerichtsbarkeit mit territorialen, personalen oder inhaltlichen Beschränkungen erfolgt war.

---

der Vereinigung aller politischen Macht in der Person des Monarchen als „(d)ie wesentlichste Fiktion des Absolutismus"; vgl. auch *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 84.

37 Hierzu und zum Folgenden vgl. *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 31 ff. (47 ff.) und *Eb. Schmidt*, Rechtsentwicklung, in: ders., Beiträge, S. 80 ff.

38 *Eb. Schmidt* a.a.O. S. 82.

39 Vgl. *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, S. 155 ff.

40 *Eb. Schmidt*, Rechtsentwicklung, in: ders., Beiträge, S. 82, 87; *Hattenhauer*, Rechtsgeschichte, S. 410 f.

41 *Eb. Schmidt*, Rechtsentwicklung, in: ders., Beiträge, S. 69; *Stolleis*, Geschichte, S. 156 f.

42 Vgl. dazu *Döhring*, Geschichte, S. 1 ff.

43 Wie hartnäckig sich der ständische Einfluß auf die Gerichtsbarkeit auch im Absolutismus hielt, läßt sich auch daran ablesen, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit Eingang in das ALR von 1794 (2. Teil, 17. Abschnitt, §§ 23 ff.) gefunden hat. Vgl. auch *Schmitt-Löw*, in: Dilcher u.a., Grundrechte, S. 227 f.; *Stölzel*, Richtertum I, S. 343 ff. sowie ausführlich *Werthmann*, Vom Ende der Patrimonialgerichtsbarkeit (1995), insbesondere S. 26 ff., 97 ff., 159 ff.

Entgegen der weit verbreiteten Annahme,[44] dem Landesherrn habe durchgängig ein umfassendes Bestätigungsrecht in allen Rechtsangelegenheiten zur Verfügung gestanden, fördern neuere Untersuchungen zur Rechtsentwicklung in Brandenburg-Preußen[45] ein differenzierteres Bild zutage. Hiernach bezog sich die Verleihung der Gerichtsbarkeit in Zivilsachen tatsächlich allein auf die untergerichtliche Spruchtätigkeit, so daß dem Landesherrn über das Rechtsmittel der Appellation und über die weitere Möglichkeit der an ihn gerichteten Bittschrift (Supplik) in diesem Rechtsgebiet eine herrschende Stellung zukam.[46] Diese gerichtsherrliche Dominanz schuf eine günstige Situation für die Realisierung des mit Beginn des Absolutismus aufkommenden Anspruchs einer landesherrlichen, also unmittelbar aus der souveränen Stellung des Regenten abgeleiteten Herrschaftsmacht. Schwieriger gestalteten sich die Dinge hingegen im Bereich der Strafrechtspflege.[47] Hier war der Dualismus zwischen dem Landesherren und den Ständen sehr viel stärker ausgeprägt, und ungeachtet der seit dem Ende des 17. Jahrhunderts festzustellenden Ansätze einer Ausweitung des kurfürstlichen Einflusses gelang die Durchsetzung eines einheitlichen landesherrlichen Bestätigungsrechts in Strafsachen erst unter dem preußischen König *Friedrich Wilhelm I.* durch die Einführung der Criminalordnung vom 1. März 1717. Dem Denken der absolutistischen Souveränitätslehre entsprechend, war das Recht zur Bestätigung nicht auf die Möglichkeiten der Milderung oder Begnadigung beschränkt, sondern es umfaßte zugleich die Befugnis zur Strafschärfung.[48] Auf diese Weise sicherte das Bestätigungsrecht dem Monarchen einen bestimmenden Einfluß auf die Rechtspflege, ohne daß es der Wahrnehmung des Richteramtes durch eine höchstpersönliche Spruchtätigkeit seitens des Landesherrn bedurfte.[49]

Immerhin war die Ausübung des Bestätigungsrechts in den Ablauf des Strafverfahrens integriert, in gewisser Hinsicht kann man die vorausgehende richterliche Befassung mit der Angelegenheit als Erarbeitung eines Entscheidungsvorschlages für den die Letztentscheidung fällenden Landesherrn betrachten.[50] Diese Einbindung in den regulären Verfahrensablauf unterscheidet das Bestätigungsrecht im Ausgangspunkt zugleich von dem sog. „Machtspruch". Mit diesem Terminus bezeichnet man das nicht an die Gesetze gebundene Eingreifen des Herrschers in einzelne Rechtsstreitigkeiten.[51] Der Machtspruch steht in einem formalen Gegensatz zum „Rechtsspruch" insofern, als dieser eine Entscheidung durch gerichtliches Urteil kennzeichnet, während sich die Befugnis zum

---

[44] So etwa *Döhring*, Geschichte, S. 2 f.; s. auch *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 179 f.

[45] Vgl. zum Folgenden ausführlich *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 54 ff. sowie (zusammenfassend) S. 178 ff.

[46] *Regge* a.a.O. S. 58 ff., 178 f.

[47] Vgl. hierzu *Regge* a.a.O. S. 61 ff., 86 ff., 139 ff., 179 f.

[48] *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 63 f.; *ders.*, Geschichte, S. 44; s. auch *Ogris*, FS Hermann Krause (1975), S. 177 f. Zur praktischen Handhabung des Bestätigungsrechts durch die preußischen Könige vgl. *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 157 ff. (mit tabellarischer Übersicht a.a.O. S. 161 ff.).

[49] Während *Friedrich I.* (1701–1713) noch vereinzelt in Königsberg Gericht gehalten hatte, saß *Friedrich Wilhelm I.* (1713–1740) nicht mehr selbst zu Gericht; vgl. *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 59, 61; *ders.*, Geschichte, S. 43 f.

[50] Vgl. *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 222 f.; *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 27 f.

[51] Zum Begriff des „Machtspruchs" vgl. ausführlich *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche und Machtsprüche der preußischen Könige des 18. Jahrhunderts (1943), in: ders., Beiträge, S. 210 ff.; s. auch *Ogris*, HRG, Stichwort „Machtspruch". Zur Entstehung des Begriffs vgl. *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 57 (Fn 1), aber auch *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 18 (Fn 15), 60 (Fn 29).

Machtspruch – insoweit in voller Übereinstimmung mit der absolutistischen Souveränitätslehre – aus der dem Herrscher zukommenden allerhöchsten Machtvollkommenheit (ex plenitudine potestatis) ergibt.[52]

Ungeachtet dieser formalen Gegenüberstellung des Machtspruchs und der als Rechtsspruch zu begreifenden Ausübung des Bestätigungsrechts entsprechen sich beide Phänomene insofern, als der Landesherr Einfluß auf den Gang der Rechtsprechung nimmt. Dieser Aspekt rückt in der Folgezeit zunehmend in den Vordergrund. Hiermit verbindet sich insbesondere ein Bedeutungswandel des Begriffs „Machtspruch", der in einem Zeitraum von etwa fünfzig Jahren eine Entwicklung von einer neutralen, klassifikatorischen Bezeichnung zu einem Ausdruck für eine verwerfliche Einmischung des Regenten in die Belange der Justiz genommen hat.[53] Diese neue dem Begriff des Machtspruchs beigelegte Funktion der Kennzeichnung eines als Übel angesehenen Hineinregierens in den Bereich der Rechtsprechung führt dazu, daß der Begriff des Machtspruchs seit der Mitte des 18. Jahrhunderts teilweise auch für den landesherrlichen Einfluß in Strafsachen Verwendung findet,[54] obwohl nicht zu übersehen ist, daß die nachfolgende Entwicklung im Bereich des Zivil- und des Strafrechts keineswegs zeitgleich verläuft.[55] Die Verwischung der begrifflichen Unterscheidung zwischen Rechts- und Machtspruch findet noch deutlicheren Ausdruck in dem etwa zur gleichen Zeit aufkommenden Begriff der „Kabinettsjustiz".[56] Mit diesem Terminus, dessen Herkunft noch nicht eindeutig geklärt ist[57] bezeichnet man etwa seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts[58] „eine von der Regierung oder von ihren abhängigen Dienern ausgehende Einwirkung in die richterliche Verhandlung und Entscheidung einzelner Civil- oder Criminalprozesse".[59] In seinem dem gewandelten Machtspruchbegriff weitgehend entsprechenden Bedeutungsgehalt[60] umschließt der Begriff der Kabinettsjustiz somit nicht allein das landesherrliche Eingreifen auf zivilrechtlichem und strafrechtlichem Gebiet, sondern er erfährt darüber hinaus eine weitergehende Ausdehnung insofern, als er neben der unmittelbaren Entscheidung des

---

52 *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 213; *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 57.

53 *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 213 f., 228 f.; s. auch *Bussi*, FS Hellbling (1971), S. 51 ff.

54 *Ogris*, HRG, Stichwort „Machtspruch"; *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 284. Zur ursprünglichen Beschränkung des „Machtspruchs" auf Zivilsachen vgl. auch *ders.*, Vorträge, S. 160 f.; *Merten*, DVBl. 1981, 702 f. und *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 228 f.; s. auch *ders.*, Justizpolitik, a.a.O. S. 311.

55 Vgl. *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 263; *Eb. Schmidt*, Justizpolitik, in: ders., Beiträge, S. 313.

56 Vgl. *Merten*, DVBl. 1981, 702: „Anders als der Große Kurfürst regierte *Friedrich Wilhelm I.* nicht im Geheimen Rat, sondern aus dem Kabinett, und mangels Trennung von Verwaltung und Justiz umfaßte Kabinettsregierung auch Kabinettsjustiz." S. auch *Stolleis*, Geschichte, S. 367.

57 Vgl. *Ogris*, FS Hermann Krause (1975), S. 173 (Fn 7). In der Praxis der Reichsgerichte werden die Ursprünge gesehen bei *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 35; ebenso *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 19 f. Vgl. zu kaiserlichen Machtsprüchen auch *Bussi*, FS Hellbling (1971), S. 62 ff.

58 Vgl. die Nachweise bei *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 19 (Fn 20, 22). Zum Durchbruch gelangte der Terminus „Kabinettsjustiz" durch die Monographie „Über das Reichsständische Instanzenrecht, deren unerlaubte Vervielfältigung und insbesondere von der sogenannten Cabinets-Instanz" von *Matthäus Joseph Schick* (2. [deutsche] Aufl. 1802; 1. [lateinische] Ausgabe 1789); vgl. *Diestelkamp*, Reichskammergericht, S. 2 ff.; *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 35 f. und *Simon*, Unabhängigkeit, S. 12.

59 So *Welcker*, in: Staatslexikon, Stichwort „Cabinetsjustiz", S. 256; s. auch *Ogris*, HRG, Stichwort „Kabinettsjustiz", Sp. 515 f. und *Scupin*, Gesetzlicher Richter, S. 4 f.

60 *Ogris*, HRG, Stichwort „Machtspruch", Sp. 126.

Herrschers in einer Rechtsangelegenheit zugleich die indirekten Formen der Einwirkung durch prozeßleitende Verfügungen erfaßt.[61]

4. Das Supplikenwesen als Anreiz zur Ausübung landesherrlicher Kabinettsjustiz

Bevor der Entwicklung des Machtspruchs bzw. der Kabinettsjustiz zum revolutionären Kampfbegriff näher nachzugehen ist, sei zumindest angemerkt, daß das „Machtspruchmysterium"[62] gegenwärtig eine eher zurückhaltende Beurteilung erfährt. So werden dem Machtspruch durchaus positive Effekte als Mittel zur Anpassung der Gesetze an die Erfordernisse der jeweiligen Zeit zugebilligt;[63] ferner wird darauf hingewiesen, daß sich die Machtspruchpraxis der Regenten, die ungeachtet der Befreiung vom Gesetz sehr wohl an das „Recht" im Sinne einer sittlichen Verpflichtung zur Herstellung von Gerechtigkeit gebunden blieben,[64] nur vereinzelt als Akt despotischer Willkür dargestellt habe.[65] Auch bis weit in das 18. Jahrhundert hinein wurden die Eingriffe des Landesherrn in den Gang der Rechtspflege durchaus als rechtmäßige Form der Machtausübung akzeptiert.[66] Es griffe sicher zu kurz, wollte man den Grund hierfür allein in dem Umstand sehen, daß sich der Machtspruch nahtlos in die Staatsdoktrin des Absolutismus einfügte. Vielmehr veranlaßte das Eingreifen des Monarchen in die Rechtspflege die Menschen der damaligen Zeit offensichtlich vielfach zu der Hoffnung, ihren Rechtsangelegenheiten auf diese Weise eine günstige Wendung geben zu können. Die Folge war ein sprunghaftes Ansteigen von Bittschreiben, den sog. Suppliken.[67] So wird berichtet, daß ganze Gemeinden ihr Dorf verließen, um Durchlaucht Bittschriften zu übergeben.[68]

Durch die in der Epoche des Absolutismus zutage tretende spürbare Verschärfung der das Supplikenwesen kennzeichnenden Spannungslage wird dieses Rechtsinstitut zu einer maßgeblichen Antriebskraft für die Entwicklung der Kabinettsjustiz.[69] Der politische

---

[61] *Ogris*, FS Hermann Krause (1975), S. 176ff. (179); *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 14; s. auch *Bornhak*, Rechtsgeschichte, S. 251 f.

[62] *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), S. 82 ff.

[63] *Conrad*, Richter, S. 12; *Dietrich*, Testamente, S. 97; *Merten*, DVBl. 1981, 703; *Ogris*, FS Hermann Krause (1975), S. 182; *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 15; *ders.*, in: Ziechmann, Panorama der Fridericianischen Zeit, S. 369.

[64] Zur sittlichen Bindung des absolutistischen Herrschers vgl. *Hartung*, Verfassungsgeschichte, S. 62f.; s. auch *Conrad*, Staatsgedanke, S. 57 (Fn 128). Vgl. ferner zu den auf eine Einschränkung der Formel von der legibus soluta potestas gerichteten Argumentationsansätzen *Link*, in: Schnur, Rolle, S. 784 ff.

[65] *Ogris*, HRG, Stichwort „Machtspruch"; *ders.* a.a.O., Stichwort „Kabinettsjustiz"; *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 14f., 181; *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 211 ff.; *ders.*, Kammergericht, a.a.O. S. 275 f.

[66] *Ogris*, HRG, Stichwort „Kabinettsjustiz"; *Schmitt-Löw*, in: Dilcher u.a., Grundrechte, S. 226; s. auch *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 59 und *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 273 f.

[67] *Ogris*, FS Hermann Krause (1975), S. 184f.; s. auch *Polley*, in: Hattenhauer/Landwehr, Preußen, S. 345ff. (349ff.); *Schwennicke*, ALR, S. 145 ff.

[68] *Hülle*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 90 (1973), 198; s. auch *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 97, 100 (Fn 48).

[69] Vgl. zum Folgenden *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 232 ff. *Scholderer* (Rechts-

Nutzen des Supplikenwesens ist darin zu sehen, daß der Landesherr auf Mißstände in der Justiz aufmerksam gemacht und hierdurch veranlaßt wird, die im Bereich der Rechtspflege auftretenden Mängel zu beseitigen.[70] Auf der anderen Seite liegt die Gefahr auf der Hand, daß der Regent aufgrund eines durch Täuschung erschlichenen Reskripts eine verbindliche, aber unrichtige Entscheidung trifft.[71] Hierbei ist die Aussicht eines Supplikanten auf Erlangung eines für ihn vorteilhaften Machtworts um so größer, je besser es ihm gelingt, das Mißtrauen des Landesherren gegen seine Justizbediensteten zu entfachen oder ein bereits bestehendes Mißtrauen[72] für seine Zwecke auszunutzen. Das Selbstverständnis des absolutistischen Herrschers erlaubt es nicht, sich der Flut von Bittschriften dadurch zu entledigen, daß er die Rechtsprechung in die Unabhängigkeit entläßt und sich hierdurch zugleich der auf seine Machtvollkommenheit gegründeten Einflußmöglichkeit begibt.[73] An die Stelle dieser für unannehmbar erachteten radikalen Lösung tritt der Versuch, der als „Pest"[74] empfundenen Supplikenplage durch eine Doppelstrategie zu begegnen: Verschärfung der Dienstaufsicht hier, Strafdrohung gegenüber intriganten und querulatorischen Bittstellern dort.[75] Auf diese letzten Endes halbherzige Weise läßt sich das Übel jedoch nicht wirksam bekämpfen; vielmehr wird eine verhängnisvolle Spirale in Gang gesetzt: Es kommt zur Bildung zahlreicher Kommissionen,[76] die vom König oder seinen Ministern auf Bitten einer Partei eingesetzt werden, um eine schnellere oder gerechtere Behandlung einer Rechtssache zu bewirken. Fördert das Suppliken(un)wesen

---

beugung, S. 78, 81) bezeichnet das Supplikenwesen als „siamesischen Zwilling" des Machtspruchs; s. auch *Merten*, FS Ule (1987), S. 204.

70 Insoweit wurde der Supplikant „zu einer nahezu unentbehrlichen Figur für ein geordnetes Staatsleben" (so *Hülle*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 90 [1973], 200; vgl. ebd. zur Funktion der Supplik als Vorstufe zu einer Verwaltungsrechtspflege).

71 So weist *Kern* (Gesetzlicher Richter, S. 58) darauf hin, daß schon zu Zeiten des römischen Kaisers „viel Unfug" mit den Reskripten getrieben wurde. Vgl. ebd. zur Unwirksamkeit erschlichener Reskripte; s. ferner *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 12 ff.; *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 3.

72 Zum tiefen Mißtrauen, das *Friedrich Wilhelm I.* gegen die Gerichte hegte, vgl. *Schwandt*, DRiZ 1969, 240; zu *Friedrich II.* vgl. *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 242 f. sowie *ders.*, Justizpolitik, a.a.O. S. 314 f. und *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 16, 19.

73 *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 59; s. auch *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 236; *Baur*, Justizaufsicht, S. 8 und *Hülle*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 90 (1973), 201.

74 *Baur*, Justizaufsicht, S. 8; *Stölzel*, Vorträge, S. 166.

75 Vgl. insbesondere die von *Eb. Schmidt* (Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 233 f.) als einen „einzigen Wutschrei" bezeichnete Verordnung *Friedrich Wilhelms I.* vom 15. 11. 1739, mittels derer „lediglich die ganze trostlose Hilflosigkeit gegenüber dem Supplikenwesen eingestanden" wurde: „Von Morgen über acht Tage ab, wenn ein Advocat oder Procurator oder andrer dergleichen Mensch Sr.K.M. durch Soldaten Memoralien in Prozeß- oder Gnadensachen einreichen zu lassen sich unterstehen oder auch wenn ein oder der andre Leute aufwiegeln wird, um in abgethanen und in abgedroschenen Sachen Sr.K.M. Memoralien zu übergeben, alsdann S.K.M. einen solchen ohne Gnade aufhängen und neben ihn einen Hund hängen lassen wollen" (ebd.). Vgl. auch die weit zurückreichende, in ihrem Umfang die Erfolglosigkeit solcher Bemühungen bezeichnend dokumentierende Zusammenstellung früherer Edikte bei *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 132 (Fn 11) sowie *Bornhak*, Rechtsgeschichte, S. 78 und *Springer*, Justizreform, S. 163.

76 *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 3; s. auch *Heuer*, ALR, S. 64, 66. Vgl. ferner zu den auf das Zivilrecht bezogenen Einschränkungsbemühungen *Coccejis Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 70 ff. und *Springer*, Justizreform, S. 326 ff.; s. aber auch zur Frage der Nichtigkeit von Reskripten *Schwennicke*, ALR, S. 154 ff. und *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 210 ff.

somit die Kabinettsjustiz,[77] so schafft umgekehrt das allgemeine Bewußtsein, daß der Landesherr von seinem Recht zum Eingreifen in die Rechtspflege Gebrauch macht, einen psychologischen Anreiz, in einer ungünstig stehenden Rechtsangelegenheit sein Heil in der Supplik zu suchen.[78] Hierdurch schließt sich der Kreis; denn das Anwachsen der Gesuche bedingt wiederum die Einrichtung weiterer Kommissionen.[79]

Dem Supplikenwesen kommt mithin eine erhebliche Bedeutung für die Kabinettsjustiz insofern zu, als der Landesherr in seinem Bemühen um Gerechtigkeit durch die Flut der an ihn gerichteten Bittschriften zu einem fortwährenden Eingreifen in den Gang der Rechtsprechung provoziert wird. Daneben ist die Entstehung der Kabinettsjustiz aber durch zahlreiche weitere Umstände begünstigt, die die Gestaltung des damaligen Verfahrensrechts betreffen. Solche (wenngleich unabsichtliche) „Geburtshilfe" erfährt die Kabinettsjustiz zum einen durch die mit der Rezeption des römischen Rechts verbundene Einführung des gelehrten Richtertums, zum anderen durch die hiermit in Zusammenhang stehenden Neuerungen der Schriftlichkeit des Verfahrens, der Übung der Aktenversendung sowie der gesetzlichen Beweistheorie.[80] Alle diese Faktoren fördern eine Konzentration der Rechtsprechungstätigkeit, die unter den gegebenen politischen Verhältnissen (Zurückdrängung der Stände und Betonung der landesherrlichen Zentralgewalt) zur Herausbildung des Phänomens „Kabinettsjustiz" führen.

II. Der Bedeutungswandel des Machtspruchs im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus

1. Der theoretische Machtspruchverzicht Friedrichs des Großen als Folge eines aufgeklärten Staatsverständnisses

Mit der Thronbesteigung durch *Friedrich II.* (den „Großen") im Jahre 1740 beginnt ein neues Kapitel in der preußischen Geschichte, das man als die Phase des aufgeklärten Absolutismus bezeichnen kann.[81] Zwar blieb auch unter der Regentschaft *Friedrichs II.* die absolutistische Staatsform erhalten, doch führte der Einfluß des Gedankenguts der Aufklärung zu einem grundlegend gewandelten Staatsverständnis und zu spürbaren Veränderungen des preußischen Rechtswesens.[82] Insbesondere brachte die aufklärerische Geisteshaltung eine „Entzauberung der Monarchie von Gottes Gnaden";[83] das säkularisierte Herrschaftsverständnis basierte fortan auf der Lehre vom Gesellschaftsvertrag mit der

---

[77] *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 13; *Dolezalek*, HRG, Stichwort „Supplik", Sp. 96.

[78] *Kern*, Geschichte, S. 44; *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 33.

[79] Vielfach richteten sich die Beschwerden bereits während des laufenden Verfahrens gegen die Art der Prozeßführung; vgl. *Hülle*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 90 (1973), 210; *Ogris*, FS Hermann Krause (1975), S. 178 f.; *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 2 und *Polley*, in: Hattenhauer/Landwehr, Preußen, S. 351.

[80] Vgl. *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 81 ff., 144 f.

[81] *Hartung*, in: v. Aretin, Absolutismus, S. 62 ff. Zur Parallelität des aufgeklärten Absolutismus in Preußen und Österreich vgl. *Conrad*, Bestrebungen, S. 11 ff.

[82] Vgl. hierzu *Eb. Schmidt*, Justizpolitik, in: ders., Beiträge, S. 305 ff. sowie *Conrad*, Bestrebungen, S. 14 f., 18 ff.

[83] *Hartung*, in: v. Aretin, Absolutismus, S. 73 unter Hinweis auf *Schnabel*, Geschichte Bd. I, S. 51.

Folge, daß der nunmehr auch pflichtengebundene Herrscher vom Statthalter Gottes auf Erden zum „ersten Diener seines Staates" wurde.[84]

Friedrich II. erklärte den Zusammenschluß der Menschen zur staatlichen Gemeinschaft mit ihrem Bestreben, die im Naturzustand bestehende Unsicherheit dadurch zu überwinden, daß sie sich den Gesetzen und der zu ihrer Aufrechterhaltung erforderlichen Obrigkeit unterwerfen.[85] Umgekehrt erwächst aus diesem Vertragsmodell für den Herrscher die Pflicht zur Sicherung der Rechtsordnung und zur Wahrung des Rechtsfriedens. Wird somit in gewisser Hinsicht die Rechtsstaatlichkeit zur verfassungsrechtlichen Kontraktobligation,[86] so zeitigt dieser Wandel des Verständnisses zugleich Auswirkungen auf die Ausübung der einzelnen Hoheitsrechte. Insbesondere kommt dem Gesetz ein gesteigerter Stellenwert zu. Dies läßt sich zum einen daran erkennen, daß die bedeutenden Gesetzeswerke im Europa des aufgeklärten Absolutismus durchaus einen verfassungsähnlichen Charakter tragen;[87] es zeigt sich weiterhin daran, daß *Friedrich II.* seine Gesetzgebungsbefugnis durch Patent vom 29.5.1781 an die gutachtliche Mitwirkung einer Gesetzeskommission gebunden hat.[88] Mit Blick auf das Verhältnis zur Rechtspflege verdient der überwiegend auf *Montesquieus* „De l' Esprit des Lois" (1748) zurückgeführte[89] Anschauungswandel[90] Beachtung, der *Friedrich II.* zur mehrfach geäußerten eindeutigen Ablehnung des Machtspruchs veranlaßt hat.[91] So heißt es im politischen Testament *Friedrichs II.* aus dem Jahre 1752[92]: „Ich habe mich entschlossen, niemals in den Lauf des gerichtlichen Verfahrens einzugreifen; in den Gerichtshöfen sollen die Gesetze sprechen und der Herrscher hat zu schweigen ...". Ganz ähnlich lautet eine Formulierung im zweiten politischen Testament von 1768[93]: „Es steht dem Herrscher nicht zu, bei den Entscheidungen der Prozesse seine Autorität zu benutzen; die Gesetze sollen allein regieren und die Pflicht der Souveräne beschränke sich darauf, sie zu schützen."

---

[84] *v. Aretin*, in: ders., Absolutismus, S. 14f.; *Conrad*, Staatsgedanke, S. 12, 18ff., 24ff.; *ders.*, Grundlagen, S. 19ff.; s. auch *Walder*, in: v. Aretin a.a.O. S. 127ff. und *Eb. Schmidt*, Staat, in: ders., Beiträge, S. 162ff., 165ff.

[85] Vgl. *Friedrich II.*, in: Volz, Werke VII, S. 225ff.; s. auch *Conrad*, Staatsgedanke, S. 19ff., 24.

[86] *Link*, in: Schnur, Rolle, S. 787ff.

[87] *v. Aretin*, in: ders., Absolutismus, S. 19ff.; s. auch *Conrad*, Staatsgedanke, S. 43f.

[88] *Conrad*, Grundlagen, S. 21ff. (mit auszugsweisem Abdruck des im Text angegebenen Patents a.a.O. S. 22 in Fn 23); *ders.*, Staatsgedanke, S. 39ff. (41).

[89] *Conrad*, Richter, S. 24; *ders.*, Staatsgedanke, S. 50; *Dietrich*, Testamente, S. 96; *Merten*, FS Ule (1987), S. 204ff.; *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 217ff.; *Springer*, Justizreform, S. 330f.; *Stölzel*, Vorträge, S. 161ff. (164).

[90] Zu früheren, die Beachtlichkeit von Kabinettsreskripten fordernden Stellungnahmen vgl. *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 64ff. (72ff.) und *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 210ff. (212ff.); s. auch *ders.*, Vorträge, S. 161.

[91] *Stölzel*, Vorträge, S. 161ff. (164); *Springer*, Justizreform, S. 330f.; *Conrad*, Richter, S. 24; *ders.*, Staatsgedanke, S. 50; *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 217ff.

[92] Abgedruckt bei *Dietrich*, Testamente, S. 254ff. (257). Vgl. aber auch die sich unmittelbar an das wiedergegebene Zitat anschließende Mahnung zu einer strengen Justizaufsicht.

[93] A.a.O. S. 462ff. (465).

2. Der Müller-*Arnold*-Prozeß als „Justizkatastrophe"(?)

Es wäre freilich verfehlt anzunehmen, durch diese Erklärungen *Friedrichs II.* sei der preußischen Richterschaft tatsächlich die sachliche Unabhängigkeit gleichsam geschenkt worden. Zunächst bedarf es der Feststellung, daß der geäußerte Machtspruchverzicht allein auf den Bereich des Zivilrechts bezogen wurde; im Strafrecht blieb demgegenüber das uneingeschränkte Bestätigungsrecht des Königs erhalten.[94] Ferner ist zu bedenken, daß die in politischen Testamenten entwickelten Gedanken weniger Beschreibungen der jeweiligen Wirklichkeit darstellen als einen Entwurf für die Zukunft. Daß der preußische Justizalltag vor der massiven Intervention *Friedrichs II.* keineswegs sicher war, zeigte sich deutlich im Jahre 1779 anläßlich des Falls des Wassermüllers *Arnold*.[95]

a) Darstellung der historischen Ereignisse

Stark verkürzt[96] läßt sich der zugrunde liegende Sachverhalt dahingehend umreißen, daß der Müller *Arnold* dem Grafen *von Schmettau* seit 1771 den Pachtzins für die Mühle rückständig geblieben war. *Arnold* verteidigte sich mit dem Hinweis, daß ihm die von dem Landrat *von Gersdorff* auf dem höher gelegenen Nachbargrundstück angelegten Karpfenteiche das Mühlwasser entzögen, so daß er die Mühle nur noch kurze Zeit im Frühjahr und im Herbst betreiben könne. Allerdings unterlag der Müller mit seinem Vorbringen, so daß die Mühle schließlich 1778 auf Betreiben *von Schmettaus* gerichtlich versteigert wurde.

Nachdem frühere Suppliken der Eheleute *Arnold* erfolglos geblieben waren, gelang es dem Müller im August 1779 schließlich, im Schloß in Potsdam auf Befehl des Königs zu Protokoll gehört zu werden. Zur Erlangung näherer Informationen setzte der auf die Sache aufmerksam und wohl auch bereits mißtrauisch gewordene König eine Kommission ein, die die Angelegenheit untersuchen und ihm sodann Bericht erstatten sollte. Dieser Kommission gehörte neben dem von *Friedrich II.* bestellten Offizier Oberst *von Heucking* der von der Küstriner Regierung benannte Jurist *Neumann* an. Angesichts der zwischen den beiden Kommissaren aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten kam ein einheitlicher Abschlußbericht nicht zustande. Gestützt auf das Votum *von Heuckings* gelangte *Friedrich II.* zu der festen Überzeugung, daß den Eheleuten *Arnold* Unrecht widerfahren sei. Er befahl daher dem Justiz-Departement und der Regierung in Küstrin mit harschen Worten, den Beschwerden *Arnolds* abzuhelfen und ihn klaglos zu stellen. Freilich war

---

[94] *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 274; *Merten*, DVBl. 1981, 704 f.; *Stölzel*, Vorträge, S. 172; *ders.*, Rechtsverwaltung II, S. 263. Vgl. auch *Conrad*, Bestrebungen, S. 25 (zum ALR). Zu den von *Friedrich II.* vorgenommenen Strafschärfungen vgl. ferner die tabellarische Übersicht bei *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 166.

[95] Dieser Fall hat eine umfangreiche literarische Erörterung erfahren. Vgl. neben der Monographie von *Dießelhorst* (Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen [1984]) *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 272 ff.; *ders.*, Vorträge, S. 170 (175 ff.); *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 276 ff. und *Sendler*, JuS 1986, 759 ff.

[96] Ausführliche Sachverhaltsdarstellungen finden sich bei *Dießelhorst*, in: Luig/Liebs, Profil, S. 336 ff. und *Holtze*, Geschichte III, S. 296 ff.; vgl. ferner außer den in der vorigen Fn angegebenen Nachweisen die Schilderungen bei *Bornhak*, Rechtsgeschichte, S. 253 ff. sowie bei *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 85 ff.

nicht recht einsichtig, wie nach dieser Order konkret zu verfahren sei;[97] denn der Rechtsstreit zwischen dem Müller *Arnold* und dem Grafen *von Schmettau* war rechtskräftig abgeschlossen, und ein Prozeß des Müllers gegen den Landrat *von Gersdorff* war nicht anhängig. Der Präsident der neumärkischen Regierung sah von einer „inoffiziellen" Regelung durch Vermittlung mit den Streitparteien ab und interpretierte den königlichen Befehl dahingehend, daß dem Müller *Arnold* in einem neuen Prozesse gegen *von Gersdorff* das Armenrecht zu bewilligen sei. Doch auch in diesem nun von *Arnold* gegen *von Gersdorff* geführten Prozeß, bei welchem sich der Präsident der Regierung in Küstrin selbst zum Referenten bestellt hatte, wurde die Klage abgewiesen. Der aufgrund einer erneuten Bittschrift *Arnolds* über den Fortgang der Sache unterrichtete König wies das nunmehr als Appellationsinstanz zuständige Kammergericht an, „die Sache gantz kurtz, und ohne so viele Weitläufigkeiten auszumachen" und sodann zu berichten, „wie diese dero Ordre befolget und die Sache geschlichtet worden".[98] Das Kammergericht entschied, nachdem die Akten buchstäblich „über Nacht" bearbeitet worden waren, ebenfalls gegen den Müller *Arnold*. Nachdem *Friedrich II.*, dem nur die Tatsache des Erkenntnisses kurz mitgeteilt worden war, auf sein Verlangen eine Abschrift des kammergerichtlichen Urteils erhalten hatte, bestellte er am 11. Dezember 1779 den Großkanzler *von Fürst* mit jenen drei Kammergerichtsräten, die das Urteil abgefaßt hatten, zu sich ins Schloß. Hier kam es zu einem Verhör, in welchem der von tiefem Zorn erfüllte Monarch seinen Untergebenen vorwarf, sie hätten mit ihrer Entscheidung seinen Namen „cruel gemisbraucht". In dem sogleich aufgesetzten Protokoll heißt es unter anderem:[99] „Denn ein Justiz-Collegium, das Ungerechtigkeiten ausübt, ist gefährlicher und schlimmer, wie eine Diebesbande, vor die man sich kann schützen, aber vor Schelme, die den Mantel der Justiz gebrauchen, um ihre üblen Passiones auszuführen, vor die kann sich kein Mensch hüten. Die sind ärger, wie die größten Spitzbuben, die in der Welt sind, und meritieren eine doppelte Bestrafung." Die Unterredung endete mit der Entlassung des Großkanzlers und der Verhaftung der Kammergerichtsräte. Noch am selben Tag erhielt der Chef des Kriminaldepartements, Minister *von Zedlitz*, von *Friedrich II.* den Auftrag, „daß von Seiten des Kriminal-Collegii über diese drei Leute nach der Schärfe der Gesetze gesprochen, und zum mindesten auf Kassation und Festungsarrest erkannt wird, wobei auch zugleich zu erkennen gebe, daß, wenn das nicht mit aller Strenge geschiehet, Ihr sowohl als das Kriminal-Collegium es mit mir zu thun kriegen werdet".[100] Die Order des Königs richtete sich zugleich gegen vier in der Vorinstanz mit der Sache befaßte neumärkische Richter und gegen den als Justitiar des Patrimonialgerichts tätigen Hoffiskal.[101] Der Kriminalsenat des Kammergerichts legte den königlichen Befehl als Auftrag zur Durchführung einer Untersuchung aus; anstelle des geforderten Straferkenntnisses erstattete es ein Gutachten, in welchem alle Beteiligten für schuldlos erklärt wurden. An dieser Beurteilung hielt *v. Zedlitz* auch fest, als der aufgebrachte König seinen Befehl wiederholte, „so zu erkennen, wie ich gesagt habe".[102] Auf die Antwort *v. Zedlitz'*, er sei außerstande, „ein con-

[97] Vgl. hierzu *Holtze*, Geschichte III, S. 300 ff.

[98] Vgl. *Dießelhorst*, Prozesse, S. 45, 98.

[99] *Dießelhorst*, Prozesse, S. 52ff. (53); *Sendler*, JuS 1986, 760; vgl. zu dem Verhör ferner *Holtze*, Geschichte III, S. 310 ff.

[100] *Dießelhorst*, Prozesse, S. 118.

[101] Vgl. *Dießelhorst* a.a.O. S. 54, 119.

[102] Vgl. *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 224; *Dießelhorst*, Prozesse, S. 56ff. (59f.).

demnatorisches Urtheil gegen die in der *Arnold*'schen Sache arretirten Justizbediensteten abzufaßen", reagierte *Friedrich II.* mit Befehl vom 1. Januar 1780: „Wenn sie also nicht sprechen wollen, so thu ich es und spreche das Urthel nachstehendermaßen".[103] Während ein Küstriner Regierungsrat und ein Kammergerichtsrat aus dem Arrest entlassen wurden, verurteilte *Friedrich II.* die übrigen Inhaftierten zur Kassation und einem Jahr Festungshaft sowie zur Entschädigung des *Arnold*. Aufgrund dieser von *v. Zedlitz* ohne Gegenzeichnung weitergeleiteten Entscheidung des Königs wurden die sechs verurteilten Justizbediensteten zur Festung Spandau verbracht; die Eheleute *Arnold* wurden wieder in die Mühle eingewiesen.[104] Nach neunmonatiger Gefangenschaft wurden die Verurteilten auf königlichen Befehl aus der Haft entlassen; eine vollständige Rehabilitierung erfolgte jedoch erst durch eine der ersten Regierungshandlungen *Friedrich Wilhelms II.* im Jahre 1786.

b) Die Beurteilung des königlichen Eingreifens in die Justiz

Wichtiger als die bis heute umstrittene Frage, ob das richterliche oder das königliche Erkenntnis im Fall des Müllers *Arnold* in der Sache Zustimmung verdient,[105] ist die in diesem Fall besonders grell aufscheinende justizpolitische Bedeutung des Verhältnisses zwischen dem Monarchen und seinen Justizbediensteten. Gewiß war *Friedrich II.*, der ungeachtet seiner der Aufklärung verpflichteten philosophischen Ideen zugleich absolutistischer Herrscher war, im formellen staatsrechtlichen Sinne zur eigenständigen Entscheidung der Angelegenheit befugt.[106] Freilich läßt die Legalität seines Handelns die Frage nach der Legitimität seines Tuns noch unbeantwortet; insoweit ist insbesondere zu fragen, ob sich das königliche Eingreifen als ein von *Friedrich II.* in seinen früheren Äußerungen ausdrücklich mißbilligter Machtspruch darstellt. In der Tat wird die Sentenz *Friedrichs II.* vom 1. Januar 1780 im Schrifttum teilweise als Machtspruch zugunsten des Müllers *Arnold* gedeutet,[107] doch findet sich auch die Auffassung, es handele sich hierbei um einen Rechtsspruch,[108] da der König von seinem Recht zur strafschärfenden Abänderung gerichtlicher Erkenntnisse Gebrauch gemacht habe und die zugleich angeordnete Schadensersatzpflicht nicht als Eingreifen in einen abgeschlossenen Zivilrechtsstreit, sondern als ein im Adhäsionsverfahren ergangener Annex zum Strafverfahren anzusehen sei. Auch auf dem Boden dieser eher formalen Betrachtungsweise[109] ist freilich zuzugeben,

---

[103] *Dießelhorst* a.a.O. S. 60 f.

[104] Vgl. (auch zu den im Text nachstehend dargestellten Urteilsfolgen) *Hülle*, HRG, Stichwort „Müller Arnold-Prozeß", Sp. 727; *Holtze*, Geschichte III, S. 373 ff.; s. auch *Bornhak*, Rechtsgeschichte, S. 256 und *Dießelhorst*, Prozesse, S. 67 f., 190 f.

[105] Vgl. hierzu *Sendler*, JuS 1986, 759, 761 f.

[106] *Bornhak*, Rechtsgeschichte, S. 256 f.; *Dießelhorst*, Prozesse, S. 62; *Tigges*, Stellung, S. 37 f.

[107] *Svarez*, Vorträge, S. 239; *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 86; *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 81 f.; *Sendler*, JuS 1986, 762; s. auch *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 22, 83 f.; *Tigges*, Stellung, S. 34 (Fn 107), 38 und *Kleinheyer*, Staat, S. 87 (Fn 87).

[108] *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 225 f.; *Schwennicke*, ALR, S. 162; *Stölzel*, Vorträge, S. 175 ff. (179 f.); *Hülle*, HRG, Stichwort „Müller Arnold-Prozeß", Sp. 727 f.

[109] So ließe sich fragen, ob eine ohne ein reguläres Strafverfahren vorgenommene Verurteilung wirklich noch als Ausübung eines strafschärfenden Bestätigungsrechts angesehen werden kann; vgl. *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 277, 283 f.; s. auch *Dießelhorst*, Prozesse, S. 69 und *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 241 ff.

daß *Friedrich II.* unter Inanspruchnahme seiner obersten strafrichterlichen Gewalt im Ergebnis die gleiche Wirkung erzielt hat, die er mittels eines das kammergerichtliche Zivilurteil vernichtenden Machtspruchs hätte herbeiführen können.[110] Schließlich besteht ein Verstoß gegen die in den politischen Testamenten[111] ausgesprochenen Gedanken jedenfalls in der an den Kriminalsenat gerichteten königlichen Order, die die Verurteilung der betroffenen Richter zu einer im voraus festgelegten Mindeststrafe befiehlt; denn hier sind angesichts des vorgegebenen Resultats die Gesetze als das richterliche Handeln anleitende Maximen zum Schweigen verurteilt und durch den bloßen Willen des Herrschers ersetzt.[112]

Ob *Friedrich II.* sein Vorgehen nachträglich selbst für fehlerhaft erachtete, läßt sich nicht mit Gewißheit sagen.[113] Immerhin bemühte er sich, solange ihm dies möglich erschien, um eine justizförmige Entscheidung zugunsten des Müllers *Arnold*; ferner fällt auf, daß die eine Bestrafung ihrer Kollegen ablehnenden Richter des kammergerichtlichen Kriminalsenats ungeachtet der königlichen Drohung keiner Sanktion unterworfen wurden.[114] Daß mit der Intervention im Falle *Arnold* keine Aufgabe früher postulierter Grundsätze beabsichtigt war, zeigt sich auch daran, daß *Friedrich II.* wenige Monate später seinem Minister *Münchhausen* in einem Reskript mitteilt:[115] „Ich bin weit entfernt Mich einer unmittelbaren Entscheidung anzumaaßen; dies würde ein Machtspruch sein, und Ihr wißt, daß ich solche verabscheue."

Überhaupt wird man dem Verhalten *Friedrichs II.* wohl nur dann gerecht, wenn man bedenkt, daß er sich zu seinem Eingreifen in einem nahezu heiligen Zorn veranlaßt sah.[116] Sein allgemeines Mißtrauen gegenüber der Justiz und die Annahme, dem armen Müller werde angesichts seiner sozialen Unterlegenheit sein Recht vorenthalten, verdichteten sich zu der (unzutreffenden)[117] Überzeugung, die beteiligten Richter machten sich der Rechtsbeugung schuldig und es liege allein in seiner Hand, der „himmelschreienden Ungerechtigkeit" Einhalt zu gebieten und zugleich zur Reinigung des Justizwesens ein Exempel zu statuieren.[118] Soweit sich das Verhalten *Friedrichs II.* somit als Akt der Justizaufsicht darstellt,[119] ist eine weitere prinzipielle Schwierigkeit[120] angesprochen. Einerseits erscheint

---

[110] Ebenso *Stölzel*, Vorträge, S. 180.

[111] S. oben zu Fn 92 f.

[112] Aus diesem Grund interpretiert *Eb. Schmidt* (Justizpolitik, in: ders., Beiträge, S. 321 f.; *ders.*, Kammergericht, a.a.O. S. 290) den königlichen Bestrafungsbefehl als Machtspruch. Vgl. auch *Hülle*, HRG, Stichwort „Müller Arnold-Prozeß", Sp. 728.

[113] Vgl. hierzu *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 226 f. und *Holtze*, Geschichte III, S. 316 ff.

[114] *Eb. Schmidt*, Justizpolitik, in: ders., Beiträge, S. 321 f.; *ders.*, Kammergericht, a.a.O. S. 290 f.

[115] *Stölzel*, Vorträge, S. 178; s. auch *Svarez*, Vorträge, S. 239. Vgl. aber andererseits auch zu strafschärfendem Eingreifen *Friedrichs II.* nach 1780 *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 79 f. und *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 311.

[116] Vgl. zum Folgenden die den psychologischen Gegenbenheiten Rechnung tragende Analyse von *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 236 ff.; s. auch allgemein *Polley*, in: Hattenhauer/Landwehr, Preußen, S. 350 f.

[117] *Dießelhorst*, Prozesse, S. 63 f.; *Sendler*, JuS 1986, 762 (mit Fn 26) und *Bornhak*, Rechtsgeschichte, S. 257.

[118] *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 280; s. auch die bei *Dießelhorst* (Prozesse, S. 52 ff., 118 f.) wiedergegebenen Äußerungen *Friedrichs II.*

[119] Vgl. dazu *Eb. Schmidt*, Rechtssprüche, in: ders., Beiträge, S. 229 ff.

die Notwendigkeit einer streng gehandhabten Dienstaufsicht um so dringender, je stärker sich der Herrscher eines Eingreifens in den sachlichen Gang der Rechtsangelegenheiten enthält.[121] Andererseits zeigt gerade der Fall des Müllers *Arnold*, daß auch eine unter dem Gesichtspunkt der Justizaufsicht rigoros ausgeübte Kontrolle letztlich doch die Auffassung des Kontrollierenden an die Stelle der richterlichen Überzeugung setzt.[122]

Mit Blick auf diese die richterliche Unabhängigkeit eklatant beeinträchtigende Wirkung wird das Eingreifen *Friedrichs II.* vielfach als „Justizkatastrophe"[123] bezeichnet. Mag diese Beurteilung auch von der Enttäuschung getragen sein, daß die im Zuge des königlichen Machtspruchverzichts aufkeimenden Vorstellungen einer unabhängigen Justiz durch die Intervention des Monarchen einen herben Rückschlag erlitten,[124] so ist diese Sichtweise dem kritischen Einwand ausgesetzt, die Klassifizierung als „Justizkatastrophe" bedeute eine anachronistische Verzerrung, da sie einen historischen Vorgang mit Maßstäben messe, die zur fraglichen Zeit noch gar nicht gegolten haben.[125] Denn die richterliche Unabhängigkeit gab es lediglich als Idee, angesichts fehlender rechtlicher Absicherung aber nicht als politische Realität.[126] Wohl hatte sich die Kabinettsjustiz in der Regierungszeit *Friedrichs II.* insofern gewandelt, als sie den früheren Charakter eines regulären Instituts des Prozeßrechts verloren hatte und zu einem von der Aufsichtsfunktion dominierten außerordentlichen Behelf geworden war, doch handelt es sich insoweit eher um eine Veränderung des die Kabinettsjustiz veranlassenden Gesichtspunktes als um eine wirkliche Beschneidung ihrer Grenzen.[127] Wichtiger als eine möglichst pointierte Bewertung der damaligen Ereignisse erscheint deshalb die Feststellung, daß sich die Justiz zu jener Zeit in einer Phase des Übergangs befand, in welcher die gedanklichen Ansätze einer Entwicklung, die von der ungehemmten Kabinettsjustiz zur völligen Verdrängung des Monarchen aus dem Bereich der Rechtsprechung führen sollte, zwar bereits angelegt, aber noch lange nicht in rechtlich gesicherter Form umgesetzt waren.[128]

Die Bezeichnung als „Justizkatastrophe" begegnet aus einem weiteren Grund Bedenken. Allzu leicht verbindet sich mit dieser Terminologie die Vorstellung, das zerstörerische Wirken *Friedrichs II.* habe der Entwicklung der Justiz auf dem Wege zum Rechts-

---

120 *Sendler* (JuS 1986, 761) spricht in diesem Zusammenhang von einem „Dilemma".

121 *Stölzel*, Vorträge, S. 174 f., 177, 179; *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 16 f. Auch im späteren Kampf um die richterliche Unabhängigkeit wurde die Berechtigung zur Justizaufsicht anerkannt; vgl. *Plathner* a.a.O. S. 37 f., 89 f. und *Kleinheyer*, Staat, S. 89.

122 Ebenso *Baur*, Justizaufsicht, S. 8.

123 So insbesondere *Eb. Schmidt*, Kammergericht, in: ders., Beiträge, S. 289; *ders.*, Justizpolitik, a.a.O. S. 316; *Conrad*, JZ 1969, 309; *ders.*, Richter, S. 24; s. auch *Ogris*, HRG, Stichwort „Kabinettsjustiz", Sp. 517.

124 Vgl. *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 275; *Sendler*, JuS 1986, 762.

125 So insbesondere *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 105 ff. In diesem Sinne bereits *Holtze* (Geschichte III, S. 314), der feststellt, daß *Friedrich II.* mit eigener Hand die Brandfackel in den von ihm errichteten Tempel der Justiz geworfen hat, weil er diesen für baufällig hielt, und sodann fortfährt: „Nicht der leiseste Vorwurf kann dabei dem Könige gemacht, sondern nur der Schluß gezogen werden, daß Rechtsstaat und absolute Monarchie ihrem Wesen nach einander ausschließen." Vgl. ferner *Merten*, FS Ule (1987), S. 207 und *Regge*, in: Ziechmann, Panorama, S. 374 f.

126 *Dießelhorst*, Prozesse, S. 62; *Sendler*, JuS 1986, 761 (Fn 19).

127 *Tigges*, Stellung, S. 36.

128 Ebenso *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), S. 106 f.; s. auch *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 82 und *Lenel*, Rechtsverwaltung, S. 176.

staat unermeßlichen Schaden zugefügt. Hierbei wird das Geschehen einseitig aus einer den König ins Zentrum der Betrachtung rückenden Perspektive beleuchtet, während das Selbstverständnis der sich dem Monarchen widersetzenden Richter des Kammergerichts eher an den Rand gedrängt wird, obwohl gerade dieses verinnerlichte Richterbild einen wesentlichen Beitrag zum Verständnis der damaligen Situation der Justiz liefert. Denn es griffe sicher zu kurz, wollte man in der mit dem eigenen Amtsverständnis begründeten Befehlsverweigerung lediglich einen Akt individueller Zivilcourage erblicken.[129] Eine entsprechende Standfestigkeit läßt sich auch anhand weiterer Beispiele aufzeigen,[130] was zu der Feststellung berechtigt, daß sich in der damaligen Zeit bereits ein Selbstbewußtsein der Justizbediensteten herausbildete, das an dem Gedanken der Verantwortung gegenüber dem Gesetz ausgerichtet war und die Möglichkeit des Widerstandes gegen einen Monarchen einschloß, der eine den Gesetzen widersprechende Entscheidung forderte.[131]

Freilich thematisiert diese Beobachtung die bereits angesprochene Übergangssituation lediglich aus einem anderen Blickwinkel. Gerade weil die richterliche Unabhängigkeit zwar nicht realiter, aber doch schon als Idee existierte, kommt es im Fall des Müllers *Arnold* zum Eklat. Das Eingreifen des Herrschers mag mit dem geltenden Recht in Einklang stehen, doch es verstößt gegen die (nicht zuletzt durch Äußerungen *Friedrichs II.* beförderte) geistige Strömung der Zeit.[132] Handelte der Souverän in der Epoche des Hochabsolutismus in der Vorstellung, den Zeitgeist zu diktieren, so ist der infolge seiner säkularisierten Herrschaftsbegründung idealiter rechenschaftspflichtige Monarch im aufgeklärten Absolutismus in sehr viel stärkerem Maße vom Zeitgeist abhängig.[133] Insofern kann es nicht verwundern, daß sich die für die richterliche Unabhängigkeit eintretende Position à la longue als siegreich erwiesen hat. Der Müller-*Arnold*-Fall hat diese Entwicklung nicht nur nicht gebremst; er hat im Gegenteil den auf die Überwindung der Kabinettsjustiz abzielenden Prozeß sogar vorangetrieben.[134] Vor diesem Hintergrund erfaßt

---

[129] Immerhin ist zu bedenken, wieviele Personen sich dem königlichen Ansinnen widersetzten; vgl. *Holtze*, Geschichte III, S. 319 f.

[130] Vgl. *Stölzel*, Vorträge, S. 167 ff.; vgl. ferner zum Kampf *Schlossers* um die richterliche Unabhängigkeit in Baden (1791) *Lenel*, Rechtsverwaltung, S. 167 ff. und *Conrad*, Richter, S. 30. Schließlich ist auch die Anekdote des Windmüllers von Sanssouci von Interesse, der dem König, als dieser ihm mit der gewaltsamen Wegnahme seiner Mühle droht, angeblich erwidert: „Ja, wenn das Berliner Kammergericht nicht wäre!" Diese (wenngleich unwahre) Legende spiegelt gleichfalls die rechtsstaatliche Gesinnung der dort tätigen Richter; vgl. *Merten*, DVBl. 1981, 706 f. und *Schiffer*, Justiz, S. 1.

[131] Vgl. allgemein zum Stellenwert und Selbstbewußtsein der Beamten im aufgeklärten Absolutismus *v. Aretin*, in: ders., Absolutismus, S. 22, 27 f.; *Rosenberg*, ebd., S. 190 ff., 197 f., 199 ff.; *Hattenhauer*, Rechtsgeschichte, S. 415 ff.; vgl. ferner *Conrad*, Richter, S. 24; *Ogorek*, Richterkönig, S. 28 f.; *Scholderer*, Rechtsbeugung, S. 57 ff. (62 f.), 74 f. und *Springer*, Justizreform, S. 357 ff. (364 f.). Speziell mit Blick auf den Müller-*Arnold*-Fall *Eb. Schmidt*, Staat, in: ders., Beiträge, S. 189 f., 192 ff.; s. auch *Ebel*, Rechtsgeschichte II, Rn 483 und *Kleinheyer*, Staat, S. 82 (Fn 76), 88 f. (mit Fn 92).

[132] *Stölzel*, Svarez, S. 328.

[133] Vgl. *v. Aretin*, in: ders., Absolutismus, S. 13 f.; s. auch schon *E. F. Klein*, Annalen, 25. Band (1808), 113 ff. Vgl. ferner *Näf* (Epochen I, S. 456), der in der Höchstbetonung des Zweckgedankens „den Keim zur Selbstüberwindung" des aufgeklärten Absolutismus sieht.

[134] Zutreffend bemerkt *Plathner* (Unabhängigkeit, S. 20) zur Bedeutung des Falles *Arnold*: „Eine grobe Rechtsverletzung festigt häufig einen Rechtsgedanken mehr als jahrelange gleichmäßige Anwendung des diesen Gedanken aussprechenden Rechtssatzes." Als „Wendepunkt in der Entwicklung des preußischen Staatsbeamtenrechts" wird der Müller-*Arnold*-Fall angesehen von *Aubin* (Unabhängigkeit, S. 9, [Fn 5]); ähnlich („Wendemarke") auch *Roellecke*, JuS 1990, 341. Als Zeichen eines Paradigmen-

die Redeweise von der „Justizkatastrophe" die Bedeutung des Geschehens lediglich unvollkommen als eine eher vordergründige Momentaufnahme, während die weitergehenden Wirkungszusammenhänge bei diesem Sprachgebrauch ausgeblendet bleiben.

3. Die Entwicklung bis zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794

a) Die Normierung des Machtspruchverbots in § 6 der Einleitung des Allgemeinen Gesetzbuchs von 1791

Der Müller-*Arnold*-Prozeß brachte zunächst personelle Veränderungen dergestalt, daß *v. Carmer* anstelle des während des königlichen Verhörs vom 11. Dezember 1779 entlassenen *v. Fürst* zum neuen Großkanzler bestellt wurde;[135] mit ihm gelangten auch sein enger Mitarbeiter *Carl Gottlieb Svarez* sowie (kurze Zeit später) *Ernst Ferdinand Klein* nach Berlin. Mit diesen personellen Umgestaltungen kam auch das Vorhaben einer seit langem angestrebten Gesetzesreform wieder ins Rollen, die der Vereinfachung und Vereinheitlichung des Rechts sowie der Verbesserung des Justizwesens dienen sollte.[136] Die hiermit erneut in Angriff genommene Reformarbeit führte zunächst zu einem 1791 vorgelegten „Allgemeinen Gesetzbuch für die Preußischen Staaten", das drei Jahre später in abgeänderter Form als „Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten" in Kraft gesetzt wurde. Das von *v. Carmer* und insbesondere von *Svarez* erarbeitete Allgemeine Gesetzbuch von 1791 ist nicht allein, der Geisteshaltung seiner Autoren entsprechend, vom Gedankengut der Aufklärung durchdrungen,[137] sondern es trägt in gewisser Hinsicht einen verfassungsähnlichen Charakter insofern, als es der Herrschaftsgewalt des Königs normative Grenzen setzt.[138] Hatte der Müller-*Arnold*-Fall nur allzu deutlich gezeigt, wie wenig Sicherheit eine (wenngleich grundsätzlich ernst gemeinte) bloße Absichtserklä-

---

wechsels von einer materiellen Zuteilungs- zu einer formalen Verfahrensgerechtigkeit wird der Müller-*Arnold*-Fall gedeutet von *Ogorek*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte, Rechtsprechungslehre (1992), S. 351.

[135] Vgl. (auch zum Folgenden) *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 284 ff. (289, 293 f.) und *Willoweit*, in: Kunisch, Persönlichkeiten, S. 153 ff.

[136] Vgl. *Conrad*, Grundlagen, S. 12 ff.; s. auch *ders.*, JZ 1969, 309 ff.; *Dilthey*, ALR, S. 133 ff. Zur Entstehungsgeschichte des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten vgl. ausführlich *Schwennicke*, Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 (1993), insbesondere S. 17 ff.; *ders.*, JuS 1994, 456 ff. sowie *Hattenhauer*, Einführung, S. 1 ff.

[137] Die geistigen Wurzeln der Kodifikatoren des ALR werden gemeinhin in der Staatsphilosophie von *Christian Wolff* (1679–1754; zu *Wolff* vgl. *Thomann*, in: Stolleis [Hrsg.], Staatsdenker, S. 257 ff. [279]; s. aber auch zur kontroversen Beurteilung *Wolffs* aus heutiger Sicht *Klippel*, in: Mohnhaupt, Rechtsgeschichte, S. 354 ff.) gesehen. Vgl. ferner *Conrad*, Grundlagen, S. 7 f., 9 ff. (11); *Dilthey*, ALR, S. 143 ff.; *Thieme*, DJZ 1936, Sp. 940; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 322 ff., 327 ff.; *Erik Wolf*, Rechtsdenker, S. 439 ff.; s. auch *Birtsch*, FS Schieder (1968), S. 106 ff. und *Hattenhauer*, Einführung, S. 7 f. sowie die kritische Beurteilung von *Schwennicke*, ALR, S. 8 ff.

[138] Vgl. *Conrad*, Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates (1965); *ders.*, Grundlagen, S. 35 ff.; *Eb. Schmidt*, Staat; in: ders., Beiträge, S. 194 f. Angesichts des Fehlens irgendwelcher Schutzmittel (vgl. *Stölzel*, Svarez, S. 310 f.; s. auch unten zu Fn 150) erscheint die Interpretation als „Versuch, den absoluten Staat in einen konstitutionellen zu verwandeln" (so *Thieme*, DJZ 1936, Sp. 941) doch als allzu euphemistisch; vgl. auch ausführlich *Birtsch*, FS Schieder (1968), S. 97 ff. (109, 111, 114 f.). Zu den das Verhältnis des Königs zur Justiz betreffenden Vorschriften vgl. ausführlich *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 83 ff.

rung des Herrschers bot, so mußte das Bestreben der Gesetzesverfasser darauf gerichtet sein, die Nichteinmischung in schwebende Verfahren und die Anerkennung rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen durch den Regenten als einen verbindlichen Rechtssatz zu normieren. So sah § 6 der Einleitung des Allgemeinen Gesetzbuches von 1791 folgendes Machtspruchverbot[139] vor: „Machtsprüche, oder solche Verfügungen der oberen Gewalt, welche in streitigen Fällen, ohne rechtliches Erkenntnis, erteilt worden sind, bewirken weder Rechte noch Verbindlichkeiten."

b) Die Begründung des Machtspruchverbots in Svarez' Kronprinzenvorträgen

Eine Begründung hat das hierin zum Ausdruck kommende Machtspruchverbot insbesondere in den Vorträgen erfahren, die *Svarez*, der als der eigentliche Verfasser des Gesetzeswerkes anzusehen ist,[140] im Winter 1791/92 dem preußischen Kronprinzen, dem späteren König *Friedrich Wilhelm III.*, gehalten hat.[141] Die dort vertretene Position basiert im wesentlichen auf Gründen praktischer Vernunft. *Svarez* weist darauf hin, daß dem Monarchen die nötige Kenntnis und die erforderliche Zeit fehlen, um selbst in anhängige Rechtsstreitigkeiten einzugreifen. „Alle die Ursachen, welche die Regenten genötigt haben, das Richteramt andern zu übertragen, verpflichten sie auch, sich der eigenen Entscheidungen in einzelnen Fällen zu enthalten."[142] Überdies sei der Richter an das Gesetz gebunden, während der König stets in der Gefahr stünde, „daß Intriguen und Kabalen mächtiger, angesehener oder verschlagener Parteien seine Entscheidungen bestimmen".[143] Dies ist um so schwerwiegender, als es im Gegensatz zu den gegenüber richterlichen Fehlentscheidungen bestehenden allgemeinen Rechtsmitteln keinen Weg gibt, eine von dem Souverän selbst begangene Ungerechtigkeit wiedergutzumachen. Obwohl sich das in § 6 der Einleitung des Allgemeinen Gesetzbuchs enthaltene Machtspruchverbot nur auf Eingriffe in Zivilprozesse bezog, überträgt *Svarez* seine Überlegungen auf den Bereich des Strafrechts mit der Folge, daß der Herrscher sein Bestätigungsrecht nur in strafmildernder Weise, nicht hingegen zum Zwecke der Strafschärfung ausüben dürfe.[144] Geht *Svarez* insoweit über die Vorstellungen *Friedrichs II.* hinaus,[145] so steht seine Konzeption gleichwohl fest auf dem Boden der uneingeschränkten Monarchie.[146] *Svarez* entwickelt seine rechtsstaatlichen Forderungen auf

---

[139] Vgl. *Conrad*, Grundlagen, S. 44. Im Entwurf des Allgemeinen Gesetzbuchs (1784) lautete die fragliche Vorschrift: „Durch Machtsprüche soll niemand an seinem Rechte gekränkt werden" (vgl. *Conrad* ebd.). Ferner enthielt § 5 der Einleitung in jenem Entwurf den ausdrücklichen Zusatz: „Die Verordnung des Landesherrn, insofern sie kein Theil des Gesetzbuchs ist, bleibt ein Machtspruch, und kann daher niemals durch dieselbe etwas Streitiges entschieden werden" (vgl. *Stölzel*, Svarez, S. 385).

[140] *Conrad*, Grundlagen, S. 7, 23; *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 292.

[141] Vgl. *Svarez*, Vorträge, S. 236 ff., 481 ff. (484 f.), 605, 616 ff.; zum Folgenden ausführlich *Kleinheyer*, Staat, S. 76 ff. und *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 86 ff.; s. auch *Conrad*, Richter, S. 25 ff.; *Stölzel*, Svarez, S. 280 ff. (308 ff.) und *Werner*, Verwaltungsarchiv 1962, 1 ff.

[142] *Svarez*, Vorträge, S. 484 (zu 5.); s. auch a.a.O. S. 18 f. Vgl. ferner bereits *E. F. Klein*, Annalen, 1. Band (1788), 393 ff.

[143] A.a.O. S. 236 ff. (237). In diesem Zusammenhang weist *Svarez* (a.a.O.) ferner darauf hin, daß mit dem Absehen von Machtsprüchen „einem der vornehmsten Gründe für Revolutionen ... auf immer vorgebeugt" werde. Vgl. zum im Text angeführten Argument auch *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 102 (Fn 58).

[144] *Conrad*, Richter, S. 27 f; *Kleinheyer*, Staat, S. 87, 112 f.

[145] *Kleinheyer*, Staat, S. 153 f.

[146] *Svarez*, Vorträge, S. 469 ff. (475 f.); s. auch *Birtsch*, FS Schieder (1968), S. 102 ff., 111 ff.

dem Boden der Vertragslehre,[147] ohne auf den Gedanken der Gewaltenteilung zurückzugreifen;[148] die Gefahr, daß die uneingeschränkte Monarchie zum Despotismus wird, wird von ihm zwar erkannt,[149] doch fehlt es an geeigneten Sicherungen, die das Machtspruchverbot über den Status einer bloßen lex imperfecta hinausheben könnten.[150] Auf dem Boden einer loyalen, die Monarchie bejahenden Grundhaltung trägt das Allgemeine Gesetzbuch kompromißhafte Züge. Einerseits ist man um eine gesetzliche Einfriedung der absolutistischen Herrschaftsmacht bemüht; andererseits werden Forderungen nach einer strikten Gewaltenteilung oder nach politischer Partizipation nicht erhoben, da hierdurch an den Grundfesten des Staates gerüttelt worden wäre.[151]

c) *Die Streichung des Machtspruchverbots im Allgemeinen Landrecht von 1794*

Allerdings erwies sich selbst dieser „Vorgriff auf konstitutionelle Verhältnisse"[152] als undurchführbar. Reaktionäre Kräfte nährten in *Friedrich Wilhelm II.* (1786–1797) die Befürchtung, daß das neue Gesetzeswerk mit seinen liberalen Tendenzen der Revolution Vorschub leiste, und veranlaßten ihn, das bereits verkündete Allgemeine Gesetzbuch von 1791 noch vor seinem Inkrafttreten auf unbestimmte Zeit zu suspendieren.[153] Als es durch Patent vom 5. Februar 1792 in überarbeiteter Fassung als Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten in Kraft gesetzt wurde, fehlte insbesondere der das Machtspruchverbot beinhaltende § 6 der Einleitung, der „der schlimmste von allen sei".[154] Überdies unterstrich das zu gleicher Zeit vorgenommene Eingreifen des Königs in den Prozeß gegen den Prediger *Schulz*,[155] daß es sich bei der Streichung des Machtspruchverbots keineswegs nur um

---

147 *Link*, Herrschaftsordnung, S. 108 f.; vgl. ferner (auch zum Folgenden) *Kleinheyer*, Staat, S. 77, 143 ff.

148 *Werner*, Verwaltungsarchiv 1962, 7 f. Im Gegensatz zu *Svarez* beruft sich der Kammergerichtsdirektor *Kircheisen* bei seinem im März 1792 gehaltenen Kronprinzenvortrag (abgedruckt bei *Altmann*, Urkunden I, S. 492 ff. [495]; s. auch *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 88 ff.) ausdrücklich auf *Montesquieu*. Auch in *Kircheisens* Rede findet die Ablehnung der Machtsprüche deutlichen Ausdruck: „Die gesittete Welt, dies mächtige Tribunal, ist dahin übereingekommen, sich mit dem Worte Machtspruch – Ungerechtigkeit als verschwisterte Idee zu denken" (*Altmann* a.a.O.). Vgl. ferner *Conrad*, ALR, S. 17 f. Immerhin erscheint auch *Svarez'* Gegenüberstellung von Monarchie und Despotismus als gedankliche Anlehnung an *Montesquieu* (vgl. *Kern* a.a.O. S. 86 f. und *Tigges*, Stellung, S. 63 f.; s. auch *Vierhaus*, FS Ritter [1962], S. 434 f.).

149 *Svarez*, Vorträge, S. 475 f.

150 *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 87; *Birtsch*, FS Schieder (1968), S. 111 ff. und *Stölzel*, Svarez, S. 310 f.

151 Vgl. *Erichsen*, Grundlagen, S. 101 f. und *Birtsch*, FS Schieder (1968), S. 109 ff., 114. Demgegenüber erscheint die politische Deutung von *Svarez* bei *Plathner* (Unabhängigkeit, S. 26 f.) und *Tigges* (Stellung, S. 63 f.) übertrieben; s. auch oben (zu) Fn 145 ff.

152 *Eb. Schmidt*, Kammergericht, in: ders., Beiträge, S. 291.

153 Ausführlich hierzu *Stölzel*, Svarez, S. 320 ff. (354, 385 ff.); *ders.*, Rechtsverwaltung II, S. 315 ff. und *Hattenhauer*, Einführung, S. 12 ff.; s. auch *Bornhak*, Rechtsgeschichte, S. 267 ff.; *Dilthey*, ALR, S. 149 ff.; *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 91 und *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 31 f.

154 So eine Äußerung des mit der Bezeichnung der anstößigen Stellen beauftragten Ministers *v. Goldbeck* (zitiert nach *Stölzel*, Svarez, S. 385). Zu den Streichungen s. auch *Euler*, Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung Band 32 (1828), 33 f. sowie *Hubrich*, Verwaltungsarchiv Bd. 16 (1908), 571 ff. (s. auch a.a.O. S. 550 ff.). Vgl. ferner zu Kodifizierungen des Machtspruchverbots außerhalb Preußens *Conrad*, Richter, S. 30 ff.

155 Dieser Fall hatte die Amtsenthebung des (aufgrund seiner Haartracht im Volk „Zopfschulze" ge-

eine lediglich theoretisch bedeutsame Veränderung handelte. Gerade das kontrastreiche Bild zwischen den aufklärerischen Ideen *Friedrichs II.*, den durch seine Intervention im Müller-*Arnold*-Fall ausgelösten Kodifikationsbemühungen, der Korrektur des Müller-*Arnold*-Spruches durch *Friedrich Wilhelm II.* und dessen nur kurze Zeit später erfolgende Rigorosität im Verfahren gegen den Prediger *Schulz* erhellt, wie ungesichert die Stellung der Richter am Ende des 18. Jahrhunderts doch war.[156] Die Kluft zwischen der Ideenwelt der Aufklärung und der realen Ausgestaltung des Justizwesens bestand weiterhin fort.[157]

d) Ansätze für einen Grundsatz des gesetzlichen Richters

Ungeachtet der Streichung des Machtspruchverbots enthält das Allgemeine Preußische Landrecht mit § 79 der Einleitung eine Vorschrift, die bei isolierter Betrachtung den Grundsatz des gesetzlichen Richters zum Ausdruck zu bringen scheint.[158] Die Bestimmung lautet:[159] „Die Entscheidung der vorfallenden Streitigkeiten, so wie die Bestimmung der zu verhängenden Strafen, muß den einem jeden Einwohner des Staats durch die Gesetze angewiesenen Gerichten überlassen werden." Dennoch sprechen die besseren Gründe dafür, dieser Norm keine derart weitreichende Bedeutung beizulegen. Denn angesichts der am Allgemeinen Gesetzbuch vorgenommenen Korrekturen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine rechtliche Selbstbindung des Monarchen mit dem fortbestehenden § 79 der Einleitung nicht intendiert gewesen ist;[160] überdies ist in systematischer Hinsicht zu berücksichtigen, daß sich die fragliche Vorschrift unmittelbar an das Verbot der Selbsthilfe anschließt und insoweit eine einschränkende Interpretation durchaus plausibel erscheint.[161]

Wenngleich das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten keine Kodifizierung des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter enthält, ist der auf dieses Prinzip gerichtete

---

nannten) freigeistigen Pastors *Schulz* wegen Abweichungen von der im Religionsedikt vom 9.7.1788 staatlich reglementierten christlichen Lehre zum Gegenstand. Vgl. *Eb. Schmidt*, Kammergericht, in: ders., Beiträge, S. 292 f. sowie ausführlich *Eckert*, in: Macke, Brandenburgisches OLG (1993), S. 43 ff.; *Holtze*, Geschichte III, S. 388 ff.; *Hülle*, ZStW 93 (1981), 529 ff. und *Stölzel*, Svarez, S. 329 ff.

[156] Zum Vergleich zwischen dem Müller-*Arnold*-Fall und dem „*Zopfschulze*"-Prozeß vgl. auch *Kleinheyer*, Staat, S. 88 (Fn 92) und *Stölzel*, Svarez, S. 328 f.

[157] Auch die Regierungszeit *Friedrich Wilhelms III.* (1797–1840) begann mit einem Machtspruch (im Verfahren gegen die Gräfin *v. Lichtenau*), der gleichfalls keinen dauerhaften Bestand hatte; vgl. *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 95 und *Hülle*, ZStW 86 (1974), 5 ff. Zu weiteren Akten der Kabinettsjustiz am Ende des 18. Jahrhunderts vgl. *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 83 ff. sowie die Übersicht bei *Regge*, Kabinettsjustiz, S. 173 ff.

[158] So werden in der Kommentierung von *Johow* (bei Koch, ALR) im unmittelbaren Anschluß an § 79 die Art. 7 und 8 der preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850 sowie § 16 GVG abgedruckt, die das Prinzip des gesetzlichen Richters zum Gegenstand haben. Vgl. auch *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 85 f., 92 und *Schwennicke*, ALR, S. 351 ff.

[159] Vgl. auch § 80: „Auch Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupte des Staats, und seinen Unterthanen, sollen bey den ordentlichen Gerichten, nach den Vorschriften der Gesetze erörtert und entschieden werden."

[160] Während *Kern* (Gesetzlicher Richter, S. 92 f.) bei der Interpretation von Gesetzen in einem absolutistischen Staat dem subjektiven Willen des Gesetzgebers maßgebliche Bedeutung beimißt, sieht *Tigges* (Stellung, S. 65 f.) die Regelung des § 79 erst durch die nachfolgende Gesetzgebung und Regierungspraxis als außer Kraft gesetzt an.

[161] *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 92; *Hülle*, ZStW 86 (1974), S. 27.

Gedanke schon bei *Svarez* nachweisbar.[162] So zählt er zu den dem Landesherrn bezüglich der höchsten Gerichtsbarkeit obliegenden Pflichten diejenige, „(d)aß kein Bürger des Staates wider seinen Willen vor einen anderen als den ihm durch die Gesetze angewiesenen Richter gezogen werde".[163] Zur Begründung dieses Satzes heißt es bei *Svarez*[164]: „Willkürliche Abänderungen in der durch allgemeine Gesetze bestimmten Ordnung des Gerichtsstandes und der Instanzen haben alle Gründe wider sich, welche jeder bloß willkürlichen Abweichung von den Gesetzen überhaupt entgegenstehen. Sie sind, nach dem Zeugnis der Geschichte, das gewöhnliche Mittel gewesen, dessen sich besonders der Ministerialdepotismus zur Unterdrückung der Untertanen bedient hat." Mit der Kritik am Ministerialdespotismus, hinter der möglicherweise unausgesprochen auch die Furcht vor unmittelbarer landesherrlicher Willkür steht, greift *Svarez* einen Gesichtspunkt auf, der auch zur Begründung für die im Allgemeinen Gesetzbuch vorgesehene, aus dem späteren Allgemeinen Landrecht ebenfalls eliminierte Mitwirkung einer beratenden Kommission bei der Gesetzgebung herangezogen worden ist.[165] Überdies zeugt die im Text wiedergegebene Äußerung von der Erkenntnis, daß die Einflußnahme auf die zur Entscheidung einer Rechtsangelegenheit berufene(n) Person(en) zugleich die Möglichkeit einer mittelbaren Einwirkung auf die Entscheidung selbst ermöglicht. Dieser Feststellung entspricht es, daß die um die Jahrhundertwende gegen die Kabinettsjustiz opponierenden Stimmen im Schrifttum ihre Forderungen auch auf das Verbot der Instanzenvermehrung und der Kommissionsbildung erstreckten.[166] Bedenkt man freilich, daß der Versuch einer Sicherung der sachlichen Unabhängigkeit gegenüber direkten Eingriffen in die Rechtspflege durch die Normierung eines Machtspruchverbots gerade gescheitert war, kann es nicht verwundern, daß auch die Abwehr von subtileren Interventionsformen zunächst nur rechtspolitisches Programm war, dessen Realisierung weiterhin ausstand.

4. Zwischenbilanz: Preußische Justizpolitik an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert

Der Übergang ins 19. Jahrhundert bietet einen geeigneten Zeitpunkt, um in der historischen Betrachtung innezuhalten und eine Zwischenbilanz der preußischen Justizpolitik des aufgeklärten Absolutismus zu ziehen.

---

[162] *Kleinheyer*, Staat, S. 77, 149 und passim; *Werner*, Verwaltungsarchiv 1962, 8; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, S. 191. Dieser Befund wird auch nicht entscheidend durch die jüngst von *Schwennicke* (ALR, S. 351 ff. [352 f.]) herausgearbeitete Tatsache entwertet, daß die §§ 79 und 80 der Einleitung des ALR erst auf das Betreiben ständischer Monenten Eingang in das Gesetzeswerk gefunden haben (vgl. zur Position von *Svarez* auch *Schwennicke* a.a.O. S. 353 [§ 94] und 356). Zu den ständischen Justizinteressen vgl. auch *Rüfner*, Verwaltungsrechtsschutz, S. 65.

[163] *Svarez*, Vorträge, S. 484 (s. auch a.a.O. S. 20).

[164] Zitiert nach *Kleinheyer*, Staat, S. 77 (Fn 64).

[165] *Svarez*, Vorträge, S. 17, 480; *Kleinheyer*, Staat, S. 73 ff.; s. auch *Birtsch*, FS Schieder (1968), S. 104 ff. (106).

[166] Vgl. *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 37.

Als ein die gesamte Epoche charakterisierender Generalnenner erscheint hierbei die von *Birtsch*[167] getroffene Feststellung, daß „das Allgemeine Landrecht auf dem Weg zum Rechtsstaat im Gesetzesstaat steckengeblieben (ist)". Diese Formulierung bringt einerseits die auf eine grundlegende Veränderung gerichteten Impulse zum Ausdruck, und sie macht andererseits zugleich deutlich, daß das Ziel der Errichtung eines Rechtsstaats im heutigen Verständnis nicht erreicht, ja vielleicht nicht einmal erstrebt wurde.[168] Denn es entspricht wohl nicht nur äußeren politischen Zwängen, sondern der inneren Überzeugung der Kodifikatoren des Allgemeinen Landrechts, daß weder die absolutistische Staatsform als solche in Zweifel gezogen noch an den Grundfesten der ständischen Gesellschaftsordnung gerüttelt werden sollte. Ungeachtet der insoweit systemkonformen Grundhaltung[169] ist jedoch das ernsthafte Bemühen um die Etablierung einer Herrschaft der Gesetze zu konstatieren. In diesem aufklärerischen Anliegen[170] treffen sich die Intentionen der Autoren des Allgemeinen Preußischen Landrechts mit den politischen Anschauungen *Friedrichs II.*, mögen die dahinter liegenden Motive auch insoweit unterschiedlich eingefärbt sein, als die Kodifikatoren das Gesetz aus einer philosophischen Perspektive primär als Mittel zur Freiheitssicherung auffaßten, während der Monarch das Gesetz in stärkerer Betonung seiner politischen Funktion (auch) als geeignetes Herrschaftsinstrument begriff.[171]

Die Maxime des Gesetzesstaates bildet zugleich eine Plattform, auf der auch das Richterbild jener Epoche neu zu konstruieren ist. Diese Aufgabe führt unweigerlich zur Frage der richterlichen Unabhängigkeit,[172] die sich in zwei unterschiedlichen Ausformungen stellt:[173] Zum einen geht es in hermeneutischer Hinsicht um das Ausmaß der Gesetzesbindung bzw. um die Reichweite der richterlichen Interpretationsspielräume, zum anderen um die staatsorganisatorische Frage nach der Zulässigkeit eines Eingreifens von außen in die Belange der Justiz durch Machtsprüche und Reskripte. Im zuerst genannten Kontext trat man am Übergang ins 19. Jahrhundert weitestgehend für eine strikte Gesetzesbindung des Richters ein. Der Richter erschien hierbei als potentielle Gefahr für den angestrebten Gesetzesabsolutismus. Das Vertrauen, das auf das Gesetz als maßgeblichem Faktor der Gestaltung des Soziallebens projeziert wurde, war begleitet von der Furcht

---

[167] FS Schieder (1968), S. 114. Vgl. zum Folgenden auch *Willoweit*, FS Mikat (1989), S. 451 ff.; als (wenngleich wichtiges) Teilstück auf dem Weg vom absolutistischen zum Verfassungsstaat wird das ALR ferner gedeutet von *Conrad*, Staatsgedanke, S. 57; *Dilthey*, ALR, S. 199 ff. und *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 106.

[168] Sehr kritisch insoweit die Monographie von *Schwennicke*, Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 (1993), S. 4 ff., 377 ff. und passim (s. auch a.a.O. S. 381: Der spätfriderizianische Staat sei eher als „Rechtestaat" denn als „Rechtsstaat" zu bezeichnen); vgl. auch *dens.*, JuS 1994, 456 (458 ff.).

[169] Vgl. *Erik Wolf*, Rechtsdenker, S. 442, 462; s. auch *Conrad*, Grundlagen, S. 30 ff.; *Dilthey*, ALR, S. 144 ff.

[170] *Aubin*, Unabhängigkeit, S. 9; *Hattenhauer*, Rechtsgeschichte, S. 468, 472.

[171] *Hattenhauer*, in: Hattenhauer/Landwehr, Preußen, S. 44 f.; s. auch *Ogorek*, Richterkönig, S. 37 f. und *Scholderer*, Rechtsbeugung, S. 74–83.

[172] Zu diesem Zusammenhang *Tigges*, Stellung, S. 58 ff. (60 f.); *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, S. 181, 189 ff.

[173] Ausführlich zu beiden nachfolgend genannten Themenkreisen *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? – Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts (1986).

vor einer die legislatorischen Wertentscheidungen konterkarierenden Richterwillkür.[174] Das insbesondere von *Cesare Beccaria*[175] entworfene Leitbild des Richters als einem blinden Subsumtionsautomaten fand um so stärkere Aufnahme, als die monarchische Intervention als denkbares Korrektiv für richterliche Willkür angesichts einer zunehmenden Ablehnung königlicher Machtsprüche weitgehend ausfiel. Zwar war es nicht gelungen, den von *Friedrich II.* mehrfach geäußerten Verzicht auf Eingriffe in die Justiz durch ein gesetzlich normiertes Machtspruchverbot in eine rechtlich dauerhafte Form zu gießen. Die Gründe hierfür liegen zunächst im Mißtrauen des Königs, der angesichts seines der Justiz gegenüber gehegten Argwohns auf den Machtspruch als letztem Mittel der Justizaufsicht nicht meinte verzichten zu können. Eine weitere Ursache liegt in der Person *Friedrich Wilhelms II.*, der unter dem politischen Druck der Stände und dem Einfluß seines antiaufklärerischen Beraters *Wöllner* aus Angst vor den Schatten der französischen Revolution die Streichung des § 6 der Einleitung des Allgemeinen Gesetzbuches anordnete. Obwohl hiermit der Versuch zurückgeschlagen war, Machtsprüche für illegal zu erklären, änderte dies nichts an der Tatsache, daß königliche Eingriffe in die Justiz allgemein als illegitim angesehen wurden.[176]

In diesem Zusammenhang ist auch das gewandelte Selbstverständnis der Richter von Bedeutung. Hier trugen die durch die *Coccejis*che Justizreform eingeleiteten Maßnahmen zur Schaffung eines qualifizierten Richterstandes[177] erste Früchte. Das aufklärerische Gedankengut prägte nicht nur die Vorstellungen der Kodifikatoren des Allgemeinen Landrechts, sondern es kennzeichnet die gesamte Epoche, daß in dieser Phase die Anschauungen der Aufklärung von den Universitäten in die Gerichte getragen wurden.[178] Die Richter begriffen sich nicht mehr als Diener des Fürsten, sondern als Diener des Staates.[179] Weitere Unterstützung fand das aus einer gesteigerten fachlichen Kompetenz erwachsene Bewußtsein der eigenständigen Funktion richterlicher Tätigkeit zudem in der Judikatur des Reichskammergerichts, dessen Anteil im Kampf gegen die in den Territorialstaaten geübten Kabinettsjustiz erst in jüngster Zeit deutlich hervorgehoben wurde.[180]

---

[174] Vgl. zu den Gefahren einer gegen das Gesetz ausgespielten richterlichen Unabhängigkeit (bezüglich des „Zopfschulzen-Falles"; s. oben Fn 155) *Eckert*, in: Macke, Brandenburgisches OLG (1993), S. 53 f.; s. auch *Hattenhauer*, in: Hattenhauer/Landwehr, Preußen, S. 58 ff. (a.a.O. S. 59: „Moralisierter Gesetzesungehorsam wurde Mode ...").

[175] Vgl. zum Richterbild der Aufklärung, das neben dem erstmals 1764 erschienenen Werk *Beccarias* (Dei delitti e delle pene; in deutscher Sprache nach der Fassung von 1766 unter dem Titel „Über Verbrechen und Strafen" herausgegeben von W. Alff [1966], s. dort insb. S. 55 ff.) von *Montesquieu* (kritisch insoweit jedoch *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 2 [1983], 277 ff. [280 ff., 289 ff.]) geprägt ist, *Küper*, Richteridee, S. 44 ff.; *Ogorek*, Richterkönig, S. 39 ff.

[176] *Eckert*, in: Macke, Brandenburgisches OLG (1993), S. 40; *Hattenhauer*, in: Hattenhauer/Landwehr, Preußen, S. 49.

[177] *Neufeld*, Justizreform, S. 52 ff.; *Sellert*, JuS 1979, 770 ff.

[178] *Hattenhauer*, Einführung, S. 7.

[179] Vgl. allgemein zum Juristenstand *Scholderer*, Rechtsbeugung, S. 57 ff.

[180] Vgl. vor allem *Diestelkamp*, Reichskammergericht und Rechtsstaatsgedanke – Die Kameraljudikatur gegen die Kabinettsjustiz (1994); s. auch *Schwennicke*, ALR, S. 149 ff. sowie aus dem älteren Schrifttum *Gönner*, Staatsrecht, S. 489; *Häberlin*, Handbuch, S. 438 f., 468 f.; *Pfeiffer*, Selbständigkeit, S. 307; *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 35 ff., 40 (zu Fn 28). Allerdings ist davon auszugehen, daß es dem Reichskammergericht gegenüber den mächtigeren Einzelstaaten an faktischer Durchsetzungskraft mangelte; vgl. *Rüfner*, Verwaltungsrechtsschutz, S. 23 ff., 60 f.; s. auch *Ogorek*, in: Hoppe/Krawietz/Schulte,

Obwohl es mithin eine gesetzlich garantierte Unabhängigkeit der Justiz (noch) nicht gab, war der Gedanke an eine richterliche Unabhängigkeit in den führenden Köpfen der Zeit bereits in einem Maße lebendig, daß dem Machtspruch faktisch keine Zukunft mehr beschieden war.[181]

Die Entwicklung der Machtspruchproblematik bietet mithin einen weiteren Beleg für die prinzipielle Schwäche, die den aufgeklärten Absolutismus als bloße Übergangslösung[182] erscheinen läßt. So ist es durchaus kein Zufall, daß sich die Aufklärung und der aufgeklärte Absolutismus im Laufe der Zeit auseinanderbewegt haben.[183] Denn es leuchtet ohne weiteres ein, „daß das Königtum nach Aufstellung des Gebotes ‚Alles für das Volk' mit innerer Notwendigkeit früher oder später den weiteren Schritt tun und auf den noch beibehaltenen Grundsatz ‚Nichts durch das Volk' verzichten mußte".[184] Weil das Allgemeine Preußische Landrecht Ausdruck einer obrigkeitsstaatlichen Aufklärung ist, wurde es durch den Sieg der bürgerlichen Gesellschaft überflügelt.[185] Daß auch das einstweilen zu den Akten gelegte Thema des Machtspruchverbots von dem Strudel dieser grundlegenden Umwälzungen erfaßt wurde, kann nicht verwundern; denn diese Thematik betrifft ebenfalls einen dem aufgeklärten Abolutismus immanenten Grundwiderspruch. Solange der Monarch absoluter Herrscher war, mußte jede auf eine Unstatthaftigkeit von Machtsprüchen gerichtete Argumentation ihr prinzipielles Ende finden an der Antwort: „Wir sind König und können thun was wir wollen!"[186] Auch das Fehlen effektiver Schutzmechanismen gegenüber etwaigen Eingriffen ist wohl weniger ein Zeugnis für die Naivität oder Gedankenlosigkeit der Reformer im friderizianischen Staat als vielmehr Ausdruck dieses prinzipiellen Dilemmas.[187] Trägt somit der Widerspruch zwischen der aufklärerischen Zielsetzung und der Anerkennung der absolutistischen Staatsform mit dazu bei, eine Umsetzung des rechtsstaatlichen Gedankenguts zu erschweren, so führt andererseits gerade dieser Antagonismus zur Überwindung jener Epoche mit der Folge, daß hierdurch auch den in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts sich entwikkelnden justizpolitischen Anliegen der Weg geebnet wird.

Rechtsprechungslehre (1992), S. 353 sowie für Preußen *Schwennicke*, a.a.O. S. 151 f. und *Smend*, FBPG 20 (1907), 487 f.

[181] *Hattenhauer*, Einführung, S. 23; *Eb. Schmidt*, DRiZ 1962, 402 f.; *Willoweit*, FS Mikat (1989), S. 457.

[182] So ausdrücklich *Tigges*, Stellung, S. 160.

[183] *v. Aretin*, in: ders., Absolutismus, S. 36 ff. (s. auch a.a.O. S. 21 f.).

[184] So *Koser*, in: Hubatsch, Absolutismus, S. 42; zustimmend *Walder*, in: v. Aretin, Absolutismus, S. 123; s. auch *Birtsch*, FS Schieder (1968), S. 109 f.

[185] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 333 f.; s. auch *Willoweit*, FS Mikat (1989), S. 459 ff.

[186] Diese Worte *Friedrich Wilhelms I.* werden auf den vorliegenden Kontext bezogen von *Stölzel*, Svarez, S. 310 (s. auch a.a.O. S. 309). Vgl. auch *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 89 f., 92.

[187] Vgl. zu dieser grundsätzlichen Schwierigkeit *v. Aretin*, in: ders., Absolutismus, S. 21; *Dilthey*, ALR, S. 202 ff. Vgl. ferner zur Befolgungspflicht gegenüber Machtsprüchen *Svarez*, Vorträge, S. 238, 617 f. und *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 39 f.

3. Kapitel: Die Entwicklung seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts

I. Die Entwicklung in Deutschland bis zur Paulskirchenverfassung von 1848

1. Der süddeutsche Konstitutionalismus und die Lehre vom monarchischen Prinzip

Die Streichung der als besonders gefährlich für die Position des absolutistischen Herrschers angesehenen Stellen im Allgemeinen Preußischen Landrecht hat dem Absolutismus lediglich eine letzte Atempause verschafft, ohne jedoch das immer stärker werdende Drängen auf eine gesetzlich verbriefte Beschränkung der Herrschermacht dauerhaft abzuwehren.

Die Situation verschärfte sich, nachdem zunächst die napoleonische Invasion zum Untergang des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation (1806) sowie zur Gründung des Rheinbundes geführt hatte und die napoleonische Vorherrschaft durch die Befreiungskriege (1813–1815) gebrochen worden war. Die im Zuge dieser außenpolitischen Umwälzungen[1] erforderlich gewordene territoriale Neuordnung erfolgte auf dem Wiener Kongreß. Durch die Bundesakte vom 8. Juni 1815 konstituierte sich der Deutsche Bund, in dem sich 41 Partikularstaaten zu einem Staatenbund zusammenschlossen. In Art. 13 der Bundesakte[2] hieß es: „In allen Bundesstaaten wird eine Landständische Verfassung statt finden." Angesichts des schillernden Begriffs „landständisch" warf der in dieser Formulierung enthaltene Formelkompromiß allerdings mehr Fragen auf, als er beantwortete; gemeint sein konnte ebenso die Verheißung einer modernem Denken entsprechenden (lediglich territorial beschränkten) Verfassung als auch die Drohung mit der Wiedererrichtung der altständischen Ordnung.[3] Vor dem Hintergrund dieser diffusen Ausgangslage kann es nicht verwundern, daß sich die Verfassungsentwicklung in den einzelnen Territorialstaaten unterschiedlich vollzog.[4]

Seinen Anfang nahm der Konstitutionalismus in Süddeutschland mit den Verfassungen von Bayern[5] (1818), Baden (1818) und Württemberg (1819). Diesen Staaten stellte sich

---

[1] Zu den territorialen Verschiebungen um die Wende zum 19. Jahrhundert vgl. *Demel*, Reformstaat, S. 31 ff.; *Hartung*, Verfassungsgeschichte, S. 159 ff. und *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 110 ff., 475 ff.

[2] Abgedruckt bei *Huber*, Dokumente I, S. 84 ff. (88).

[3] *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte II, S. 328.

[4] *Hartung*, Verfassungsgeschichte, S. 197 ff.; *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte II, S. 328 ff.; *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 4 ff.; s. auch die Übersicht bei *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 656 f.

[5] Zur vorausgegangenen bayerischen Konstitution von 1808 vgl. *Wegelin*, Schweizer Beiträge zur

angesichts territorialer Zuwächse die Aufgabe, ihr vergrößertes Staatsgebiet zu einer Einheit zusammenzubinden. Hierfür bedurfte es neben dem Aufbau eines modernen Verwaltungsapparates auch der in psychologischer Hinsicht einheitsstiftenden Wirkung einer Verfassung.[6] Angesichts des durch die Französische Revolution angefachten politischen Klimas war die Identifikation des Bürgers mit dem Staat zu einer Frage der Selbstbehauptung der Monarchie überhaupt geworden; insoweit stellt die Einführung eines das Volk beteiligenden Repräsentativsystems[7] eine Konzession an die politischen Gegebenheiten der Zeit dar.[8] Damit war jedoch zugleich der politische Grundkonflikt des 19. Jahrhunderts unausweichlich geworden: die Auseinandersetzung zwischen dem tradierten Staatsmodell der Monarchie und dem Gedanken der Volkssouveränität.[9]

Die verfassungstheoretische Antwort des Frühkonstitutionalismus bildet die Lehre vom monarchischen Prinzip,[10] wonach der Monarch zwar der alleinige Inhaber der staatlichen Souveränität ist, der jedoch bei der Ausübung der staatlichen Gewalt verfassungsmäßigen Beschränkungen unterliegt. Das mit dieser Konzeption verfolgte Ziel, einen formalen Vorrang der Monarchie gegenüber der Volkssouveränität dadurch zu behaupten, daß man das monarchische Prinzip durch seinen Gegensatz, das demokratische oder konstitutionelle Prinzip ergänzt, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich der Sache nach um einen durch leerformelhafte Verfassungsformulierungen verdeckten Kompromiß zweier politischer Größen handelt.[11] War einerseits durch diese Konstitutionen der Grundsatz der rechtlich unbeschränkten Herrschaftsmacht des Monarchen gebrochen, so verblieb ihm andererseits eine verfassungsrechtlich starke Stellung insoweit, als er weiterhin die alleinige Exekutivgewalt ausübte und überdies an der Gesetzgebung mitwirkte, wobei den Volksvertretungen weder ein Selbstversammlungsrecht noch ein Recht zur Gesetzesinitiative zustand.[12]

2. Die Demagogenverfolgung als Ausdruck des Kampfes zwischen Restauration und Liberalismus

Die Verfassungsfrage bündelt brennglasartig die allgemeine Problematik, daß die Französische Revolution eine ungeachtet des militärischen Sieges über die napoleonischen Truppen weiterhin wirksame geistig-politische Herausforderung ersten Ranges geschaffen hatte, die die deutschen Staaten an den Scheideweg zwischen Revolution, Reform

---

Allgemeinen Geschichte 16 (1958), S. 142 ff. Ebenfalls aus der Zeit vor dem Wiener Kongreß stammt die Verfassung von Nassau (1814).

[6] *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 314 ff.; *v. Rimscha*, Grundrechte, S. 3 ff.; *Schnabel*, Geschichte II, S. 125.

[7] Vgl. *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 339.

[8] *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 317; *v. Rimscha*, Grundrechte, S. 7.

[9] Vgl. *Schnabel*, Geschichte II, S. 3 ff., 215.

[10] Ausführlich *Boldt*, Staatslehre, S. 15 ff. (25 ff.); s. auch *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 327 ff. (336 ff.).

[11] *Boldt*, Staatslehre, S. 27 ff., 32 ff. (36); *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 318 f.; *v. Rimscha*, Grundrechte, S. 5, 7 f.

[12] *Boldt*, Staatslehre, S. 34 ff.

und Restauration führte.[13] Vor diesem Hintergrund stellt nicht allein das monarchische Prinzip ein „Mittel der Defension durch Kompromiß"[14] dar, sondern auch die bereits in den Jahren nach 1806 sowohl im Rheinbund als auch in Preußen durchgeführten Reformvorhaben[15] können als defensive Antwort auf die Herausforderung der französischen Revolution gedeutet werden.[16] Diese Reformen, die neben der Bauernbefreiung vor allem Gewerbe- und Finanzreformen sowie Veränderungen im Heerwesen und im Bildungsbereich zum Gegenstand hatten,[17] vermochten es gleichwohl nicht, eine umfassende politische Befriedung herbeizuführen. Eine Ursache hierfür bildet der Umstand, daß die deutsche Politik nach 1815 im Zeichen der Restauration[18] stand. Die Gruppe jener an der Spitze des Staates stehenden Beamten, die für eine fortschrittliche Reformpolitik eingetreten waren, wurde in den Hintergrund gedrängt von politischen Kräften, die – unterstützt durch die vom Wiener Kongreß eingeleitete Entwicklung -[19] zur Abwehr revolutionärer Gefahren die Wiederherstellung der alten vorabsolutistischen Ordnung propagierten. Auf der anderen Seite waren viele derjenigen, die mit Begeisterung in den Befreiungskriegen gekämpft hatten, enttäuscht, als sie erkennen mußten, daß die nationale Einheit nicht erreicht wurde und die Regierungen dem aus der Bundesakte resultierenden Verfassungsversprechen nur mit Zögern begegneten.[20] In dieser Phase der Gärung[21] formierte sich das erwachende Bürgertum als Träger einer Bewegung, in der sich nationale Hoffnungen mit dem Streben nach liberaler und demokratischer Umgestaltung verbanden.[22] Der Untertan entwickelte sich zum Bürger, das aufkeimende Pressewesen und öffentliche Versammlungen wie das Wartburgfest (1817) förderten die Herausbildung einer größere Bevölkerungsteile miteinander verbindenden öffentlichen Meinung.[23] Während im Spätabsolutismus die Fortschritte maßgeblich von einer in den Staatsaufbau eingegliederten Beamtenschaft vorangetrieben wurden, etablierte sich in der Epoche des Frühliberalismus zunehmend die Gesellschaft als eine dem Staat gegenüberstehende, politische Ansprüche artikulierende Größe.[24] Als sich das insbesondere in Kreisen der aka-

---

13 Vgl. *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 120 ff.

14 So *Boldt*, Staatslehre, S. 54.

15 *Demel*, Reformstaat, S. 41 ff.; *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte I, S. 368 ff., 397 ff.; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, S. 203 ff.; für Preußen vgl. auch *Bornhak*, Rechtsgeschichte, S. 325 ff. und *Forsthoff*, Verfassungsgeschichte, S. 78 ff.

16 So *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte I, S. 343 ff., 531 ff. (vgl. auch ebd. S. 353, 532 zum Schlagwort der „Revolution von oben").

17 Justizreformen wurden in Preußen mit Blick auf die unlängst abgeschlossenen Gesetzeswerke für entbehrlich gehalten. Allerdings wurde 1805 eine (eher am Vergangenen ausgerichtete; vgl. *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 271 ff.) Kriminalordnung erlassen, in welcher der Herrscher nach wie vor für sich die Befugnis zur strafschärfenden Ausübung des Bestätigungsrechts in Anspruch nimmt; vgl. *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 97 f.; *Tigges*, Stellung, S. 66 f.

18 *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 135 ff.; *Schnabel*, Geschichte II, S. 10 ff.

19 Vgl. *Laufs*, JuS 1982, 325 f.; *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte II, S. 322 ff.; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, S. 222 ff.

20 *Boldt*, Staatslehre, S. 17; s. auch *Schnabel*, Geschichte II, S. 215 ff.

21 *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte II, S. 337; vgl. auch zu der das 19. Jahrhundert kennzeichnenden zeitgenössischen Formel „soviel Anfang war nie" *Laufs*, JuS 1982, 325.

22 *Schnabel*, Geschichte II, S. 3 ff., 90 ff.

23 *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 717 ff.

24 *Böckenförde*, Unterscheidung, S. 9 ff. (18 ff.); *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte I, S. 236 ff.; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, S. 227 f.

demischen Jugend aufgestaute Unbehagen[25] im März 1819 im Attentat des Burschenschafters *Sand* am Dichter *Kotzebue* entlud, bot dies den vom österreichischen Außenminister (und späteren Staatskanzler) Fürst *Metternich* gedrängten Regierungen einen willkommenen Anlaß, ihren reaktionären Kampf gegen „demagogische Umtriebe" durch die Verabschiedung der Karlsbader Beschlüsse zu verschärfen.[26] Mittels der unter dieser Bezeichnung zusammengefaßten Gesetze des Deutschen Bundes[27] wurden die Universitäten einer strengen Aufsicht unterstellt und das Pressewesen weitreichenden Zensurmaßnahmen unterworfen. Außerdem wurde eine Zentrale Untersuchungskommission mit Sitz in Mainz gegründet, die revolutionäre Bestrebungen aufdecken und die Verschwörer einer Bestrafung durch die Gerichte zuführen sollte.[28]

Die im Zuge der sog. „Demagogenverfolgung" vorgenommenen Unterdrückungsmaßnahmen waren eher polizeilicher als gerichtlicher Natur. Ihre politische Wirkung basiert vor allem auf psychologischen Gegebenheiten: Die reaktionären Kräfte erhielten einen motivierenden Auftrieb, während die Verfechter liberaler Positionen einer zunehmenden Einschüchterung ausgesetzt waren, die überdies viele Menschen zu einem Rückzug ins Private veranlaßte.[29] Auf diese Weise wurde die politische Entwicklung in Deutschland merklich gebremst. Erst im Anschluß an die französische Julirevolution des Jahres 1830 verschärfte sich die Auseinandersetzung erneut, und die liberalen Kräfte erfuhren eine Wiederbelebung, die schließlich in die Ereignisse des Jahres 1848 mündete.[30]

3. Bürgertum und Justiz

Die Herausbildung des Bürgertums und die Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft haben als grundlegende politische Entwicklungsprozesse auch die Stellung der Justiz maßgeblich beeinflußt. Das bedeutet nicht, daß jegliche Verbindungen zur Epoche des aufgeklärten Absolutismus in radikaler Weise gekappt worden wären. Vielmehr konnte durchaus auf die Ansätze der Aufklärung zurückgegriffen werden, die in einer den veränderten politischen Bedingungen angepaßten Weise weiterentwickelt wurden. Dies gilt zunächst für die Funktion des Gesetzes. Der bereits in der Aufklärung existente Gedanke, daß das Gesetz Mittel zur Freiheitssicherung ist,[31] erfuhr nachhaltigen Auftrieb

---

[25] Vgl. *Huber*, Verfassungsgeschichte I, S. 696 ff., 717 ff.; *Schnabel*, Geschichte II, S. 234 ff.; *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte II, S. 333 ff.

[26] Ausführlich hierzu *Büssem*, Die Karlsbader Beschlüsse von 1819 (1974), insbesondere S. 129 ff. (154 f.); s. auch *Sowada*, JuS 1996, 384 ff.

[27] Abgedruckt bei *Huber*, Dokumente I, S. 100 ff.; s. auch *ders.*, Verfassungsgeschichte I, S. 739 ff. und *Klüber/Welcker*, Urkunden, S. 106 ff., 113 ff.

[28] Vgl. hierzu *Eb. Weber*, Die Mainzer Zentraluntersuchungskommission (1970) sowie *Siemann*, Ruhe, S. 76 ff. Die Mainzer Zentraluntersuchungskommission stellte ihre Tätigkeit 1828 ein; allerdings wurde 1833 eine weitere Zentraluntersuchungsbehörde (mit Sitz in Frankfurt/Main) eingerichtet; vgl. *Siemann* a.a.O. S. 93 ff.

[29] *Büssem*, Beschlüsse, S. 429, 470 ff.; *F. Schneider*, Pressefreiheit, S. 244 ff.

[30] Zur Überwindung der Restauration vgl. *Hartung*, Verfassungsgeschichte, S. 178 f.; *Huber*, Verfassungsgeschichte II, S. 309 ff.; *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 340 ff. und *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte II, S. 346 ff.

[31] *Hattenhauer*, Rechtsgeschichte, S. 468, 472; *Karpen*, Rechtsstaat, S. 45 f.; s. auch oben 2. Kap. II.4 und *Tigges*, Stellung, S. 43 ff., 58 ff.

durch die konstitutionelle Bewegung. Denn war man früher darauf angewiesen, den Monarchen zu umschmeicheln, um ihn durch den Hinweis auf Zweckmäßigkeit und Fürstentugend zu einer (letztlich weithin ungesicherten) Selbstbindung durch Gesetze zu veranlassen, so war an die Stelle einer solchen Hoffnung die Überzeugung getreten, daß es einer wirksamen Sicherung von Freiheit und Eigentum durch eine auch die Staatsgewalt bindende Rechtsordnung bedürfe.[32]

Ein solchermaßen gewandeltes politisches Herrschaftsverständnis erhöhte zugleich den Stellenwert des Richterstandes. Die sich bereits im 18. Jahrhundert zumindest ansatzweise herausbildende Unabhängigkeit der Rechtsprechung prädestinierte diesen Berufsstand in besonderer Weise dazu, die bürgerlichen Zielvorstellungen gegenüber der Staatsmacht zur Geltung zu bringen. Dies gilt um so mehr, als auch die formale Einführung einer repräsentativen Mitwirkung an der Gesetzgebung zumindest kurzfristig keine Chance zur effektiven Durchsetzung bürgerlicher Interessen versprach. Fehlte somit einerseits eine gleichwertige Alternative in Gestalt eines nennenswerten legislativen Einflusses, so begünstigten andererseits die in der damaligen Richterschaft etablierten Wertvorstellungen die Hoffnungen, dem sprichwörtlich „liberalen" Richter[33] die politische Aufgabe des Freiheitsschutzes zu übertragen und ihn als Bollwerk gegen eine die Staatsinteressen repräsentierende Exekutive einzusetzen.

Die in Ansätzen vorhandene richterliche Unabhängigkeit bildete aber nicht nur einen Anreiz für die Verknüpfung mit einem politischen Programm, sondern der Liberalismus leistete seinerseits einen beachtlichen Beitrag zur Fortentwicklung der richterlichen Unabhängigkeit.[34] Mit der wachsenden Bedeutung der Rechtsprechung als Kontrollinstrument gegenüber staatlicher Herrschaftsmacht wurden auch die Funktionsbedingungen der Justiz zum politischen Anliegen. Aspekte der Verfahrensgerechtigkeit und der institutionalisierten Absicherung erlangten einen eigenständigen Wert, als der zum Bürger gewordene Untertan auf kalkulierte Prozeßgarantien setzte, anstatt die Sicherung seiner Rechte dem unwägbaren Wohlwollen eines „Oberfürsorgers" zu überlassen.[35] Aus dieser Perspektive heraus verfiel der Machtspruch des Monarchen der Ablehnung, ohne daß es entscheidend darauf ankam, ob die Intervention im Ergebnis ein gerechteres Resultat hervorgebracht hatte; vielmehr war der Eingriff in die Rechtspflege als solcher bereits ein

---

[32] *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 102 ff.; *Hassemer*, in: Oehler (u. a.), Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren (1990), S. 64; vgl. auch zum Folgenden ferner *Scholderer*, Rechtsbeugung, S. 74 ff., 84 ff.

[33] *Ormond*, Richterwürde, S. 1 f., 15 ff.; *A. Wagner*, Kampf, S. 40 ff., 44 ff.; *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte II, S. 461 ff. (462); s. auch *Kern*, Geschichte, S. 57; *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 42 und *Scholderer*, Rechtsbeugung, S. 84 ff.

[34] Die gegenseitige Verstärkerfunktion wird den Gegebenheiten gewiß eher gerecht als die Frage, ob der Liberalismus die richterliche Unabhängigkeit erstritten hat oder ob jene Vorbedingung für die liberale Bewegung gewesen ist; vgl. *Scholderer*, Rechtsbeugung, S. 75 (Fn 188); *Tigges*, Stellung, S. 52. Eine gewisse Eigenständigkeit der richterlichen Unabhängigkeit zeigt sich auch daran, daß sie von der literarischen Reaktionsbewegung vergleichsweise wenig berührt wurde; s. *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 43; *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 48 f.

[35] *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), S. 104. Vgl. auch das von *Welcker* (in: Rotteck/Welcker, Staats-Lexikon III, Stichwort „Cabinetsjustiz", S. 269) übernommene Zitat von *Blackstone*: „Wahrlich, die Freiheit der Unterthanen bestehn nicht in der Gnade des Souveräns, sondern vielmehr in der nothwendigen Beschränkung seiner Gewalt."

Sakrileg.[36] Eine solche Sichtweise war schließlich auch nicht auf den zivilrechtlichen Bereich beschränkt. Der Regent hatte seine Stellung als oberster Richter eingebüßt;[37] insoweit war es durchaus konsequent, daß das strafrechtliche Bestätigungsrecht zu einem bloßen Begnadigungsrecht schrumpfte.[38]

4. Absicherungen der sachlichen Unabhängigkeit des Richters

Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit hatte nicht nur Aufnahme in nahezu alle Landesverfassungen des 19. Jahrhunderts gefunden.[39] Er war auch zu einem Stück Verfassungswirklichkeit in dem Sinne geworden, daß die noch wenige Jahrzehnte zuvor ganz reale Gefahr einer direkten Entscheidung einer Rechtsangelegenheit durch den Monarchen im Wege eines Machtspruchs oder in Ausübung des landesherrlichen Bestätigungsrechts praktisch weitgehend gebannt war.

War insoweit ein maßgeblicher Sieg errungen, so zeigte sich dennoch zugleich die Notwendigkeit, das erkämpfte Terrain richterlicher Tätigkeit auch gegenüber subtileren Gefährdungsformen zu verteidigen. Denn mit der Erhöhung der Hemmschwelle gegenüber der direkten Kassation mißliebiger Urteile stieg naturgemäß das Bestreben, sich bereits bei der Entscheidungsfindung einen entsprechenden Einfluß zu sichern, der die verpönte nachträgliche Intervention entbehrlich machte.[40] Angesichts des verfeinerten und erweiterten Arsenals der Möglichkeiten einer Steuerung der Justiz mußte der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit deshalb in einer Reihe von Einzelgefechten gewonnen werden.[41] Der Begriff der Kabinettsjustiz erfuhr eine beträchtliche thematische Erweiterung; man geißelte die „verschleierte Cabinetsjustiz" als „hinterlistige Verfälschung ..., welche die parteiischen Machtsprüche als unparteiische richterliche Urtheile darzustellen sucht".[42] Die notwendigen Absicherungen der richterlichen Unabhängigkeit beziehen sich zum einen auf die persönliche Stellung des Richters. Die hiermit angesprochenen Fragenkreise der Entlassung und Versetzung von Richtern (insbesondere auch als Maßnahmen der Disziplinargewalt) wurden erst relativ spät als Problemaspekte der richter-

---

[36] *Ogorek*, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), S. 101, 104; *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 83 (s. auch zu entsprechenden früheren Beurteilungen a.a.O. S. 8 f.).

[37] So heißt es bei *v. Aretin/v. Rotteck*, Staatsrecht, S. 218: „In der constitutionellen Monarchie also ist der König mit nichten der oberste Richter; so wenig er z.B. der oberste Rechner ist, obschon er einen Rechnungshof ernennt ... Die Urtheile werden zwar in seinem Namen und vermöge seines Auftrages oder Willens vollzogen, aber geschöpft werden sie blos im Namen der Wahrheit und des Gesetzes und vermöge eigener, freier und selbständiger Überzeugung des Richters." Zu der hier zugleich anklingenden Abkehr vom Bild des Richters als Subsumtionsautomaten (s. oben 2. Kap. II.4) *Küper*, Richteridee, S. 144 ff. (157 ff.).

[38] *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 90 ff.; *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 521 ff.

[39] *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 47 ff. (50).

[40] *Tigges*, Stellung, S. 73 f. Zum Instrumentarium der Disziplinierungs- und Beeinflussungsmöglichkeiten, über die die Regierungen gegenüber den Gerichten und den Richtern verfügten, vgl. *Ormond*, Richterwürde, S. 17 ff.

[41] *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 73.

[42] *Welcker*, in: Rotteck/Welcker, Staats-Lexikon III, Stichwort „Cabinetsjustiz", S. 268; ähnlich auch *Buddeus*, in: Weiske, Rechtslexikon II, Stichwort „Cabinet etc.", S. 513.

lichen Unabhängigkeit thematisiert.[43] Obwohl die Gesetzeslage angesichts der fortbestehenden Möglichkeiten verwaltungsmäßiger Versetzungen oder Pensionierungen aus liberaler Perspektive unbefriedigend war, hat insbesondere die vehemente Kritik, die sich gegen die vom preußischen Justizminister *Mühler* entworfenen Disziplinargesetze vom 29. März 1844 erhob, eine politische Wirkung entfaltet, die in der Zeit nach 1848 zu einer gesetzlichen Anerkennung des Grundsatzes der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des Richters geführt hat.[44]

Neben diesen den persönlichen Status des Richters betreffenden Aspekten gab es weitere Reibungsflächen zwischen der Rechtsprechung und der Verwaltung. Ein wichtiges Spannungsfeld bildete hierbei die Frage, in welchem Umfang Maßnahmen der Verwaltung einer rechtlichen Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte unterliegen. Zwar hatten die *Stein-Hardenberg*schen Reformen in Preußen im Jahre 1808 mit der Auflösung der Kammerjustiz eine deutliche Trennung zwischen Verwaltung und Justiz herbeigeführt und für alle Justizsachen ausschließlich die Gerichte für zuständig erklärt.[45] Damit war das Problem aber keineswegs erledigt; denn in der Folgezeit entbrannte der Ressortstreit mit Vehemenz und mit gesteigerter Bedeutung, da eine Zuweisung an die Verwaltung die betreffende Angelegenheit von jeglicher richterlichen Erörterung ausschloß.[46]

Eine weitere Einbruchstelle für manipulative Eingriffe in die Rechtsprechung bot das Gebiet der Gerichtsverfassung. Es versteht sich von selbst, daß der Kampf gegen die Absetzbarkeit mißliebiger Richter aus der Perspektive des rechtsuchenden Bürgers nur einen höchst unvollkommenen Schutz bietet, wenn nicht zugleich gewährleistet ist, daß die zur Entscheidung anstehenden Rechtsfälle tatsächlich von dem vorherbestimmten Richter verhandelt werden. Als hauptsächliche Gefahrenquelle für eine derartige Aushöhlung der Rechtsprechung erwiesen sich vor allem die Kommissionen, die für die Behandlung einzelner Fälle (oder auch einer bestimmten Gruppe von Rechtsfällen) in reicher Zahl ad hoc gebildet wurden. Wie sehr diese Gremien geeignet waren, die ordentlichen Gerichte in politisch brisanten Angelegenheiten auszumanövrieren, hatten gerade die Maßnahmen der Demagogenverfolgung in aller Deutlichkeit gezeigt.[47]

So wurde das Verlangen des Kammergerichts auf Übergabe des gegen den im Juli 1819 verhafteten Begründer der deutschen Turnbewegung, *Friedrich Ludwig Jahn*, geführten Verfahrens mit dem Bemerken zurückgewiesen, es handele sich noch gar nicht um eine Justizsache; ferner wurde den Gerichten befohlen, sich nicht eher in die polizeilichen Verhaftungen zu mischen, als bis ihnen die Angelegenheit von der Administration übergeben werde.[48] Bis zur erstinstanzlichen Entscheidung durch das OLG Breslau, dem der Fall übertragen worden war, verbrachte *Jahn* nahezu fünf Jahre in Untersuchungshaft. Ein

---

[43] *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 70 f, 98 ff., 109 ff. (s. auch a.a.O. S. 50 ff., 60 ff.); *Simon*, Unabhängigkeit, S. 3 f.; *Tigges*, Stellung, S. 74 ff.; vgl. auch zu den (vielfach freilich nur programmatischen Charakter tragenden) Verfassungsbestimmungen *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 54 ff. (55).

[44] Vgl. außer den in der vorigen Fn angegebenen Nachweisen *Baur*, Justizaufsicht, S. 9 ff. und *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 537 ff., 616 ff., 670.

[45] *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2/27 ff.; *Dilthey*, ALR, S. 203 f.; ausführlich *Rüfner*, Verwaltungsrechtsschutz, S. 119 ff.

[46] Ausführlich zum Streit um die Justizsache *Ogorek*, Richterkönig, S. 280 ff.; *Rüfner*, Verwaltungsrechtsschutz, S. 131 ff., 167 f.; s. auch *ders.*, FS Menger (1985), S. 16 f. und *Tigges*, Stellung, S. 85 ff.

[47] Vgl. zum Folgenden *Sowada*, JuS 1996, 387.

[48] Vgl. auch zu ähnlichen Konflikten am Ende des 18. Jahrhunderts *Heuer*, ALR, S. 66.

weiteres Beispiel für justizexterne Zuständigkeitsverschiebungen bietet das gegen die drei Bonner Professoren *Ernst Moritz Arndt* sowie die Brüder *Karl Theodor* und *Gottlieb Welcker* geführte Verfahren. Nachdem durch Kabinettsorder vom 6. März 1821 die an sich gegebene Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für politische Prozesse und für Untersuchungen gegen Staatsbeamte mit rückwirkender Kraft beseitigt und statt dessen eine besondere Behörde mit diesen Verfahren betraut worden war, wurde die Angelegenheit nacheinander sechs Spezialkommissionen übertragen, die alle keinen Grund zum Einschreiten fanden. Nach dreijähriger Dauer wurden die Ermittlungen schließlich ohne gerichtliche Entscheidung eingestellt.

Die Demagogenprozesse wurden angesichts derartiger Vorkommnisse zu der „Schule ..., in welcher gelehrt und gelernt wurde, daß verfassungsmäßig ein schleuniges gerichtliches Verhör jedes Angeklagten eingeführt und jede Rechtsprechung durch Commissionen für unstatthaft erklärt werden müsse".[49] Die politischen Verhältnisse vermittelten somit eine konkrete Anschauung von den verhaßten Zuständen, und die französischen Verfassungen stellten mit dem Verbot der Richterentziehung das probate Gegenmittel zur Verfügung. In Kapitel 5 Art. 4 der französischen Verfassung vom 3. September 1791 heißt es :[50] „Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune commission ni par d' autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées à la loi". Hier ist nicht allein zum ersten Mal die Wendung vom „gesetzlichen Richter"[51] enthalten, sondern es wird zugleich die Beziehung zur Einsetzung von Kommissionen hergestellt, die als eine besondere Form der Richterentziehung exemplarisch genannt wird.[52]

Hatten bereits die frühen deutschen Verfassungen das französische Vorbild übernommen,[53] so war es *Anselm von Feuerbach* vorbehalten, mit seiner Schrift „Kann die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden?"[54] die Bedeutung dieses Grundsatzes besonders hervorzuheben. Unter Hinweis auf den besonderen Stellenwert, der der Justiz für den Staat und damit der Ge-

---

[49] *Stölzel*, Rechtsverwaltung II, S. 464; ähnlich auch *v. Jhering*, Zweck, S. 316 f. Bei einer rein formalen Betrachtung könnte man zwar einwenden, daß die zwischengeschalteten Untersuchungskommissionen polizeilichen Charakter trugen und somit die Aburteilung in den Händen der Rechtsprechung verblieb, doch sah man die konkrete Gestaltung als Ausnahmegerichtsverfahren an; vgl. *Menzel*, Gesetzlicher Richter, S. 67 ff. (69). Daß die damaligen Erfahrungen auch heute noch (zumindest als Anlaß zu kritischer Nachfrage) von Bedeutung sind, belegt die von *Schünemann* (FS Leferenz [1983], S. 279 ff.) vorgenommene vergleichende Betrachtung zwischen den Demagogenverfolgungen und der staatlichen Reaktion auf die Studentenunruhen Ende der 60er Jahre und auf die „Rote Armee Fraktion" in eindrucksvoller Weise.

[50] Zitiert nach *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 31. Zur weiteren französischen Verfassungsentwicklung vgl. *Kern* a.a.O. S. 31 ff.; s. auch *v. Feuerbach*, Gerichtsverfassung, in: ders., Schriften, S. 206 f. (zum Gesetz der französischen Nationalversammlung vom 24. August 1790).

[51] Der deutschsprachige Terminus des „gesetzlichen Richters" findet sich erstmalig in Tit. V § 4 der bayerischen Verfassung von 1808; vgl. *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 64.

[52] *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 31 f., 37; *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 62.

[53] Vgl. die Übersicht bei *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 64 ff. Soweit teilweise vom „gesetzlichen", bisweilen hingegen vom „ordentlichen" Richter gesprochen wird, begründet im vorliegenden Zusammenhang keinen maßgeblichen Unterschied; s. *v. Feuerbach*, Gerichtsverfassung, in: ders., Schriften, S. 206.

[54] Abgedruckt in: *v. Feuerbach*, Kleine Schriften vermischten Inhalts (1833), S. 178 ff.

richtsverfassung für die Staatsverfassung zukommt, entwickelt *Feuerbach*, der diese Publikation ungeachtet seines hohen Ansehens als Präsident des Appellationsgerichts in Ansbach im Jahre 1830 zunächst anonym veröffentlichte, seine Interpretation des Verbots der Richterentziehung: „Niemand darf dem Richter entzogen werden, welchem er, nach der *verfassungsmäßigen, durch das Gesez bestehenden Gerichtsverfassung*, und in Folge der Geseze über Gerichtszuständigkeit (Competenz), unterworfen ist".[55] Als Hauptabsicht dieses Satzes nennt *Feuerbach* den als „Schein-Justiz" angeprangerten, althergebrachten Mißbrauch willkürlicher Macht. Weiter heißt es dort: „Stünde es nun aber in dem alleinigen Willen der obersten Macht, die Gerichtsverfassung, ohne dazu eines Gesezes zu bedürfen, blos nach ihrem Gutbefinden zu schaffen und umzuschaffen; so wäre ja, nur auf einem andern Weg oder vielmehr nur unter einem anderen Namen, dieselbe Gewaltbefugnis wieder gegeben, gegen welche durch das zentnerschwere Sätzchen: ‚Niemand soll seinem ordentlichen (natürlichen) Richter entzogen werden', ein Damm erhoben werden sollte. ... Der Unterthan war nicht seinem ordentlichen Richter *entzogen*; der *ausserordentliche* Richter war nur für ihn zum *ordentlichen* Richter geworden."[56] Die Befugnisse des Königs beschränken sich hiernach auf die seinem alleinigen Ermessen unterliegende Bestimmung der Zahl der Gerichte (und hiermit zusammenhängend der Festlegung der Gerichtssprengel), während die Bestimmung der Instanzenordnung der Gesetzgebung vorbehalten bleibt.[57]

Neben dem Beitrag *Feuerbachs* bewirkte eine kurze Zeit später erschienene Abhandlung von *Johann Ludwig Klüber* eine erneute Belebung des Schrifttums zur Frage der richterlichen Unabhängigkeit.[58] In seiner Schrift „Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen" (1832) wendet sich *Klüber* gegen die preußische Verordnung vom 25. Januar 1823, durch welche die Auslegung von in Rechtsstreitigkeiten relevanten Staatsverträgen den Gerichten entzogen und diese zur Einholung einer verbindlichen Stellungnahme des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten verpflichtet wurden. In seinen Ausführungen unterstreicht *Klüber* die alleinige Bindung des Richters an das Gesetz.[59] Verkündet ein Gericht eine vom Ministerium erhaltene Weisung als Richterspruch, so handelt es sich dem Wesen nach „unter der Hülle eines ordentlichen Gerichts" um das Tätigwerden einer „Special-Commission", die den Beteiligten überdies den weiteren Instanzenzug abschneidet.[60]

Die beiden angesprochenen Werke sind für die justizpolitische Entwicklung des Richters im 19. Jahrhundert aus mehreren Gründen von besonderer Bedeutung. Zum einen wurde hierdurch die Diskussion um die richterliche Unabhängigkeit erneut in Gang gebracht, die nach dem Erreichen verfassungsrechtlicher Normierung und nach den von der Restauration bewirkten Lähmung nahezu zum Stillstand gekommen war.[61] Zum anderen wurde insbesondere von *Feuerbach* die machtpolitische Relevanz von Organisa-

---

[55] A.a.O. S. 208 (Hervorhebungen im Original).

[56] A.a.O. S. 209 f., 211 (Hervorhebungen im Original).

[57] A.a.O. S. 212 ff. (216, 222).

[58] Vgl. außer dem nachfolgenden Text noch *dens.*, Öffentliches Recht, §§ 373, 553 (= S. 521 ff., 764 f.).

[59] AoO. S. 22 ff., s. auch S. 52 ff.

[60] A.a.O. S. 58 f.

[61] Vgl. *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 70, 72 f., 76 ff.; *Simon*, Unabhängigkeit, S. 13.

tionsnormen klar zum Ausdruck gebracht.[62] Eben diese Erkenntnis ist letztlich der gedankliche Kernpunkt des Grundsatzes des gesetzlichen Richters. Gleichwohl wäre es verfehlt anzunehmen, daß die deutliche Formulierung des Grundgedankens schlagartig auch eine entsprechende Umgestaltung der realen Verhältnisse herbeigeführt hätte. Zunächst ist zu konstatieren, daß es an einem effektiven Schutz gegenüber Eingriffen seitens der Justizverwaltung weithin mangelte, so daß es auch in der Folgezeit zu derartigen Einflußnahmen justizorganisatorischer Art kam.

Als besonders krasses Beispiel muß es gelten, daß im Jahre 1832 der Justizminister *du Thil* in Hessen-Darmstadt die Auflösung des rheinischen Kassationsgerichtshofs veranlaßte, als eine für die Regierung negative Entscheidung bevorstand.[63] Dieses Vorgehen löste ein enormes publizistisches Echo und eine parlamentarische Krise aus, bei der allerdings die Regierung im Ergebnis die Oberhand behielt. Auch die nach 1830 durchgeführten Demagogenprozesse boten Anschauungsmaterial dafür, wie Richter gezielt in einzelne Verfahren hineingeschleust oder bei aus Sicht der Regierungen mißliebiger Grundhaltung aus den Prozessen herausgedrängt wurden.[64]

Das Einwirken der Exekutive auf den Gang der Rechtsprechung[65] ist jedoch nicht allein als Resultat machtpolitischer Kräfteverhältnisse zu deuten. Begünstigend kommt vielmehr der Umstand hinzu, daß das dogmatische Netz zur Sicherung der Judikative so weitmaschig geknüpft war, daß sich zahlreiche Einbruchstellen für mögliche Eingriffe boten. Eine gewisse Schwächung erlitt der Grundsatz des gesetzlichen Richters durch die im Schrifttum geführte Kontroverse, inwieweit dieses Prinzip bestimmten Ausnahmen unterworfen sei.[66] Noch wichtiger erscheint die Tatsache, daß die damalige Gerichtsverfassung noch keine hinreichend festgefügten Formen bereithielt, die als Abschottung gegenüber den Begehrlichkeiten der Verwaltung hätten dienen können. Insbesondere der Grundsatz der Ständigkeit der Spruchkörper war nur ungenügend (und teilweise weniger stark als in früheren Zeiten) ausgeprägt.[67]

Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, daß der Satz vom gesetzlichen Richter in der damaligen Zeit in einem engeren Sinne als heute verstanden wurde. Für *Feuerbach* und seine Zeitgenossen war der „Richter" das Synonym von „Gericht".[68] Aus einer solchen

---

[62] Vgl. *Feuerbach*, Gerichtsverfassung, in: ders., Schriften, S. 188: „In wessen Gewalt und Belieben die Justizverfassung gegeben ist, der hat die Justiz selbst in seiner Gewalt." Und weiter (a.a.O. S. 190): „Eine politische Verfassung, welche zufrieden, für ihren eignen gesezlichen Bestand gesorgt zu haben, die Justizverfassung, als sie nichts angehend, der Admisnistrativgewalt zur freien Behandlung überlassen hätte, würde eben dadurch mittelbar auch sich selbst derselben Gewalt, zu gelegentlich freier Verfügung, überantwortet haben." Vgl. auch *Ogorek*, Richterkönig, S. 344 ff (347).

[63] *Büttner*, Parlamentarismus, S. 123 ff.; *Ogorek*, Richterkönig, S. 355 ff.

[64] Vgl. exemplarisch zum Verfahren gegen *Jordan Wallmann*, Einflußnahme, S. 22 ff. (31 ff.) und *Welcker*, Inquisitionsprozesse, S. 25 f.; s. auch *Aubin*, Unabhängigkeit, S. 63; *Siemann*, Ruhe, S. 191 f.

[65] Zu weiteren Fällen vgl. die Dissertationen von *W. Schütz*, Einwirkungen des preußischen Justizministers auf die Rechtspflege (1970) und *Wallmann*, Einflußnahme der Exekutive auf die Justiz im 19. Jahrhundert (1968).

[66] *Maurenbrecher*, Staatsrecht, S. 341 (Anm. c); *Zachariä*, Bundesrecht, S. 205 (Anm.*); s. auch *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 78 f.

[67] Vgl. *Gneist*, Verwaltung, S. 526 ff. (532 f.); *Kellermann*, Gesetzlicher Richter, S. 55 ff.; s. auch *Helmut Müller*, Ständigkeit, S. 18 (zur Einführung der Festzahl des Spruchkörpers).

[68] *v. Feuerbach*, Gerichtsverfassung, in: ders., Schriften, S. 206; *Kellermann*, Gesetzlicher Richter, S. 54 f., 57 f., 61.

Perspektive werden die Bereiche der Geschäfts- und Personalverteilung innerhalb der Gerichte nicht als Probleme des gesetzlichen Richters wahrgenommen.[69] Die Einschränkung des Blickfeldes mag zum einen darauf beruhen, daß die Organisation des äußeren Ablaufs der Rechtspflege traditionsgemäß als Domäne des Verwaltungshandelns erschien. Als weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu, daß sich das Vertrauen der Bürger auf den Richter als idealtypische Erscheinung bezog.[70] Da die Richterschaft als solche zum Träger bürgerlicher Hoffnungen geworden war, wurde die Frage, welcher Richter im Einzelfall agierte, zweitrangig. Die primäre Frontstellung war vorgezeichnet durch das Vertrauen in den unabhängig urteilenden Richter einerseits und das Mißtrauen gegen die staatliche Machtinteressen repräsentierende Verwaltung andererseits.[71] Das Hauptanliegen war mithin darauf gerichtet, der Justiz ihre Angelegenheiten zu erhalten und zu vermeiden, daß die Entscheidung der Rechtssachen ihren Händen entrissen wird. Soweit in konkreten Verfahren Richterauswechslungen mit eindeutig erkennbarem politischen Hintergrund erfolgten, führte dies zwar zu kritischen Stellungnahmen, doch ging man nicht so weit, das Recht der Verwaltung zur Justizorganisation überhaupt in Frage zu stellen. Transformiert man um der deutlicheren Anschauung willen (in historisch bewußt fragwürdiger Weise) die damalige Zielvorstellung in das heutige Rechtssystem, so erscheint vorrangig der Aspekt des Art. 92 GG betroffen („Die rechtsprechende Gewalt ist den Gerichten anvertraut ..."). Der Sache nach geht es um den Grundgedanken der Gewaltentrennung, auch wenn die richterliche Tätigkeit im 19. Jahrhundert nicht als Ausübung staatlicher Gewalt, sondern als bloße „logische Funktion"[72] deklariert wurde.

Während dieser Bezug auf das Prinzip der Gewaltentrennung zu der Annahme verleiten könnte, es handele sich bei der Forderung nach einer unabhängigen Justiz primär um einen Grundsatz der Staatsorganisation, darf nicht übersehen werden, daß die Triebfeder

---

[69] *Kellermann*, Gesetzlicher Richter, S. 55, 58 ff.

[70] Hiermit steht es auch im Einklang, daß die auf die konkrete Person des Richters bezogenen Gewährleistungen (bezüglich Entlassung und Versetzung) erst relativ spät in ihrer Bedeutung für die richterliche Unabhängigkeit erkannt wurden; s. oben zu Fn 43.

[71] Relativierend ist anzumerken, daß sich auch gegen richterliches Handeln durchaus Mißtrauen regte. Eben auf dieser Grundlage entwickelte sich die politische Forderung nach den Schwurgerichten (vgl. hierzu ausführlich *Schwinge*, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung [1926], insbesondere S. 43 ff., 142 ff.; s. auch *Küper*, Richteridee, S. 169 ff. und *J.-D. Kühne*, Reichsverfassung, S. 363 ff.). Zugleich bezeichnet das Eintreten für die Stärkung des Laienrichtertums einen weiteren Aspekt, der – neben dem Fehlen eines klar vorgezeichneten französischen Vorbilds (zum großen Einfluß der Justizverwaltung auf die Zusammensetzung der Gerichte und auf den Dienstbetrieb vgl. *Schubert*, Gerichtsverfassung, S. 27 ff. [31]) – die Zurückhaltung bezüglich der Personal- und Geschäftsverteilung verständlich macht (s. *Kellermann*, Gesetzlicher Richter, S. 63, 69). Zu dem im Vergleich zur Exekutive gleichwohl größeren Vertrauen auf den (wenngleich beamteten) Berufsrichter vgl. *Mommsen*, Grundrechte, S. 75 f.; s. auch *Hattenhauer*, Beamtentum, S. 308 f.

[72] *Klüber*, Selbständigkeit, S. 24, 57; s. auch *v. Aretin/v. Rotteck*, Staatsrecht, S. 217; zu weiteren Nachweisen vgl. *Erichsen*, Grundlagen, S. 218 (Fn 59). Während in der Spätaufklärung die Rolle des Richters als bloßem Subsumtionsautomaten aus einer Kombination von beinahe unbegrenztem Vertrauen in die Kodifizierbarkeit rechtlicher Regeln und einer Furcht vor der Willkür des Richters erwachsen war, haben sich die Dinge im Laufe des 19. Jahrhunderts insoweit gewandelt, als das Leitbild des unpolitischen Richters gerade auch dazu diente, der Judikative ihre Unabhängigkeit zu sichern, indem man sie der Kontamination mit dem Politischen entzog und hierdurch zugleich der Regierung den angedienten Verzicht auf Einflußchancen versüßte; vgl. ausführlich *Ogorek*, Richterkönig, S. 351 ff. (354), 364, 366 ff. und passim.

dieser rechtsstaatlichen Zielvorstellung politischer Natur war. Eben weil die Wirkungen einer von der exekutiven Staatsgewalt abhängigen Justiz angesichts der politischen Verhältnisse für die betroffenen Bürger unmittelbar spürbar waren und überdies das Denken einer breiteren Öffentlichkeit prägten, wurden die Visionen von der Gestaltung einer den Bürger schützenden Rechtsprechung (zumindest auch) als individuelle Grundrechte formuliert und entwickelt.[73]

Bemüht man sich darum, die wesentlichen Aspekte der Entwicklungsphase bis zum Jahre 1848 herauszustreichen, so ist zunächst der grundsätzliche Perspektivenwandel hervorzuheben. Ging es in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bezüglich des Machtspruchverbots noch primär um die Frage, ob der Regent kraft seiner absolutistischen Herrschaftsmacht sein Wort an die Stelle gerichtlicher Erkenntnisse setzen darf, so fragte man nunmehr nicht mehr nach den Befugnissen des Monarchen, sondern nach den Funktionsbedingungen einer unabhängigen Rechtsprechung.[74] Im Gefolge des Wandels vom Machtspruchverbot zur Kabinetts- und Ministerialjustiz spiegelt sich ein Prozeß zunehmender Sensibilisierung für unterschiedliche Angriffsformen und eine entsprechende Erweiterung des Arsenals der zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit zu treffenden Maßnahmen. Gerade die thematische Auffächerung unabhängigkeitsrelevanter Faktoren sowie ihre Deutung als Grundrechte der Bürger sind die hervorstechenden Merkmale jener Epoche.[75] In diesen Kontext gehört als maßgebliche Form institutionalisierter Absicherung auch der Grundsatz des gesetzlichen Richters, der hiermit seine spezifische Stoßrichtung erhält, wenngleich das Ausmaß der von ihm ausgehenden Sicherungswirkung insoweit eingeschränkt erscheint, als er erstens nur auf das „Gericht" (nicht hingegen auf die einzelne Richterperson) bezogen wird und zweitens ein hinreichend ausdifferenzierter gerichtsverfassungsrechtlicher Unterbau noch fehlt.

In Übereinstimmung mit der skizzierten Entwicklung fanden die grundsätzlichen Bestimmungen über die Gerichtsbarkeit Aufnahme sowohl in die vom Frankfurter Parlament[76] am 27. Dezember 1848 beschlossenen „Grundrechte des deutschen Volkes"[77] als auch in die Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849.[78] Insbesondere lautet Art. IX § 42 der Grundrechte (in wörtlicher Übereinstimmung mit § 175 der Frankfurter Reichsverfassung): „Die richterliche Gewalt wird selbständig von den Gerichten geübt. Cabinets- und Ministerialjustiz ist unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sollen nie stattfinden." Ganz allgemein wird man die von der Frankfurter Nationalversammlung formulierten Rechtspflegeartikel ange-

---

[73] Vgl. *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 40, 43 f.; *Wendt*, Verfassungsurkunden, S. 67 (Fn 86).

[74] Zu diesem schon um die Wende zum 19. Jahrhundert feststellbaren Wechsel der Blickrichtung *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 33 f.

[75] Vgl. die Zusammenstellung „constitutionelle(r) Grundsätze für die Justizpflege" bei *v. Aretin/v. Rotteck*, Staatsrecht, S. 223 f. S. auch *Erichsen*, Grundlagen, S. 217 (Fn 58): „Das System flankierender Maßnahmen zur Sicherung gesetzesgebundener und unparteiischer Rechtsprechung wird auf einen Stand gebracht, der durchweg heutigen Anforderungen genügt."

[76] Vgl. allgemein zur Verfassungsentwicklung im Jahre 1848 *Laufs*, Rechtsentwicklungen, S. 220 ff.

[77] Die Regelungen zur Gerichtsbarkeit sind in Art. IX (= §§ 41–50) enthalten (abgedruckt bei *Laufs*, Paulskirche, S. 48 f.; *Mommsen*, Grundrechte, S. 70 f.). Zu diesen Bestimmungen vgl. neben der angegebenen Arbeit von *Laufs* (zum gesetzlichen Richter insbesondere a.a.O. S. 26 ff.) *Mommsen* a.a.O. S. 70 ff. sowie (zur Entstehungsgeschichte) *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 132 ff.

[78] Abgedruckt bei *Huber*, Dokumente I, S. 375 ff.

sichts der territorialstaatlichen und ausländischen Vorbilder weder als originell noch als revolutionär ansehen können.[79] Daß die Ablehnung der Kabinettsjustiz inzwischen allgemeine Anerkennung genoß, belegt der vom Abgeordneten *Waitz* in den Beratungen der Grundrechte gestellte Antrag, „die Machtworte: ‚Kabinetts- und Ministerialjustiz sind unstatthaft'" zu streichen, „zumal sich diese Sachen von selbst verstünden ... denn den Mißbrauch der Verfassung verbieten, scheint nicht eigentlich in die Verfassung zu gehören. Sonst müßte man auch hinzufügen, daß der Finanzminister nicht stehlen dürfe, sei ein Grundrecht".[80] Erhellt hieraus einerseits die Selbstverständlichkeit dieser Forderung, so betont der Verbleib der Vorschrift im Gesetzeswerk andererseits die nachhaltige Bedeutung, die dieser Norm beigemessen wurde.

Obwohl die Frankfurter Reichsverfassung nie in Kraft getreten ist und die Grundrechte vom Deutschen Bundestag wieder aufgehoben wurden,[81] ist die „gescheiterte" Paulskirchenverfassung[82] nicht ohne Wert. Denn sie bündelt in sich jene Gedanken, die sich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den politischen Auseinandersetzungen Bahn brachen. Auch wenn es an einer wirksamen Verfassungsurkunde mangelte, waren damit insbesondere auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Justizstaates Zeichen gesetzt, die in der Folgezeit nicht mehr beiseitegeschoben werden konnten.[83]

II. Von der Frankfurter Reichsverfassung zum Grundgesetz

Ungeachtet des Umstandes, daß die Frankfurter Reichsverfassung nicht in Kraft getreten ist, bezeichnet die Phase des Ringens um die Paulskirchenverfassung den wohl bedeutendsten Abschnitt in der Entwicklung des gesetzlichen Richters. Denn in dieser Zeitspanne entfalteten sich die Vorstellungen für die Ausgestaltung einer unabhängigen Rechtspflege, und in diesem gedanklichen Modell erhielt der Grundsatz des gesetzlichen Richters seine Aufgabe als Instrument zur organisatorischen Absicherung der richterlichen Unabhängigkeit zugewiesen.

Bemüht man in diesem Zusammenhang zur Veranschaulichung das der Mathematik entnommene Gebilde des durch Angriffspunkt, Richtung und Betrag definierten Vektors, so läßt sich sagen, daß die Koordinaten des Prinzips des gesetzlichen Richters in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts im wesentlichen festgelegt sind: Es geht darum, um der Erhaltung der richterlichen Unabhängigkeit willen sicherzustellen, daß manipulative Ein-

---

[79] Ebenso *Laufs*, Paulskirche, S. 45.

[80] *Hübner*, Aktenstücke, S. 221. Vgl. hierzu auch *Laufs*, Paulskirche, S. 23 und *Plathner*, Unabhängigkeit, S. 133.

[81] Der gesamte Art. IX der Grundrechte sollte (allerdings mit Ausnahme des § 42 sowie des ersten Absatzes von § 44 [betreffend die Amtsentsetzung von Richtern]) erst nach Einführung einer Gerichtsverfassung in den einzelnen Ländern in Kraft treten; vgl. *Mommsen*, Grundrechte, S. 75, 76 f.

[82] Vgl. hierzu *Laufs*, Paulskirche, S. 46 f.

[83] *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 121 ff.; *Ormond*, Richterwürde, S. 26 ff., 45. In Preußen bestimmte Art. 7 der Verfassung vom 31. Januar 1850 (*Huber*, Dokumente I, S. 501 [502]): „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte und außerordentliche Kommissionen sind unstatthaft." Sachlich übereinstimmend bereits Art. 7 der (oktroyierten) preußischen Verfassung vom 5. Dezember 1848 (s. *Huber* a.a.O. S. 484). Vgl. zur preußischen Verfassung *Anschütz*, Verfassungs-Urkunde I, S. 147 ff. und *Huber*, Verfassungsgeschichte III, S. 111 f.; ferner zur Bedeutung der Paulskirchenverfassung für die heutige Gerichtsbarkeit *Hassemer*, FS Grünwald (1999), S. 223 ff.

flußnahmen der Exekutive in bezug auf die Bestimmung des zur Entscheidung einer Justizangelegenheit berufenen Gremiums unterbleiben. Sind hiermit Angriffspunkt und Richtung markiert, so gilt es im weiteren Verlauf den „Betrag" zu erhöhen, d.h. ein so dichtes Regelungswerk zu erarbeiten, daß die Spielräume auch für subtilere Eingriffsformen so weit wie möglich verengt werden. Nachdem das allgemeine Grundanliegen formuliert und in den Verfassungen der damaligen Zeit als Postulat fest verankert war, mußte also der gerichtsverfassungsrechtliche Unterbau erstellt werden.[84] Die Gelegenheit hierzu bot sich, als nach der Zusammenfassung aller deutscher Staaten zum Deutschen Reich im Jahre 1871[85] die Schaffung einer einheitlichen Gerichtsverfassung notwendig wurde.[86]

Eine eingehende Darstellung des gerichtsverfassungsrechtlichen Instrumentariums und seiner Entstehungsgeschichte erscheint im Rahmen dieser Arbeit insoweit entbehrlich, als die historische Betrachtung nicht dogmengeschichtlicher Selbstzweck, sondern Grundlage zur Bestimmung der Schutzrichtung des (auch in das Gerichtsverfassungsgesetz aufgenommenen)[87] Grundsatzes des gesetzlichen Richters ist. Immerhin ist festzuhalten, daß die Arbeit am Gerichtsverfassungsgesetz ungeachtet der praktischen Probleme bei der Gestaltung von Gerichtsaufbau und Verfahrensablauf nachhaltig von den justizpolitischen Forderungen des Liberalismus durchdrungen war. Insbesondere die Mißstände in Preußen bildeten ein abschreckendes und insoweit zu Gegenmaßnahmen motivierendes Beispiel. Dort war nicht nur eine „flugsandartige Commissionsbildung"[88] zu beklagen, sondern der Zugriff der Justizverwaltung auf die Richterschaft hatte sich im Vergleich zu der Zeit vor 1848 durch die Auflösung der festen Richterkollegien und

---

[84] Zu den vor 1879 geltenden Bestimmungen bezüglich der für die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit maßgeblichen Problemkreise (Entlassung und Versetzung; Verschiebbarkeit im Kollegialgericht; Ämterbesetzungsrecht; Rechtsstellung der Hilfsrichter; Besoldung, Pensionen; Ränge, Titel und Orden sowie Dienstaufsicht und Personalbeurteilung) vgl. ausführlich *Ormond*, Richterwürde, S. 46 ff. (Preußen), 81 ff. (Baden), 93 ff. (Hessen) und 294 ff. Vgl. ferner *J.-D. Kühne*, Reichsverfassung, S. 358 ff.

[85] Zwar ist in der Reichsverfassung vom 16.4.1871 das Verbot der Richterentziehung nicht ausdrücklich enthalten, doch ist hierin kein Abrücken von der bisherigen Entwicklung zu sehen, da diese Verfassung weder einen Grundrechtsteil noch (abgesehen von Art. 77) Regelungen zur Gerichtsverfassung enthält und überdies der Grundsatz des gesetzlichen Richters nach übereinstimmendem Landesrecht galt; vgl. *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 128 ff.

[86] Ausführlich zur Entstehung des GVG *Hermann Müller*, Die Entstehungsgeschichte des Gerichtsverfassungs-Gesetzes (1939) und *Schubert*, Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877) – Entstehung und Quellen (1981); vgl. ferner *Kern*, Geschichte, S. 86 ff.; *Landau*, in: Bundesminister der Justiz, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz (1977), S. 161 ff. (169 ff., 190 ff., 200 ff.) sowie speziell mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit *Ormond*, Richterwürde, S. 108 ff. (insbesondere S. 132 ff.).

[87] § 16 GVG in der Fassung vom 27.1.1877 lautet: „Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standrechte werden hiervon nicht berührt." Zu den vorausgegangenen, im wesentlichen gleichlautenden Entwürfen vgl. *Schubert*, Gerichtsverfassung, S. 339, 424, 504, 544 und 744; zur Umstellung der ersten beiden Sätze im Vergleich zu Art. 7 der preußischen Verfassung (s. oben Fn 83) vgl. *Hahn*, Materialien zum GVG Bd. I, S. 64.

[88] *Gneist*, Verwaltung, S. 528; *ders.*, Advocatur, S. 39. Vgl. ferner *Aubin*, Unabhängigkeit, S. 63; *Kern*, Gesetzlicher Richter, S. 128 und *Ormond*, Richterwürde, S. 55 ff. (zum Hilfsrichterwesen).