

# ZUGANG ZUM GERICHT – GESETZLICHER RICHTER

## MARTIN AHRENS

### I. Ein Prinzip, zwei Rechte, vier Gestaltungen

Das Grundgesetz garantiert Rechtsschutz vor den Gerichten nicht nur gem. Art. 19 IV GG, sondern darüber hinaus im Rahmen des sog. allgemeinen Justizgewährungsanspruchs. Diesen Anspruch verortet das BVerfG im Rechtsstaatsprinzip i.V.m. den Grundrechten und hier insb. mit Art. 2 I GG.<sup>1</sup> Die verfassungsrechtliche Garantie des Rechtsschutzes umfasst u.a. den Zugang zu den Gerichten. Hinzugezählt werden außerdem die Prüfung des Streitbegehrens in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Entscheidung.<sup>2</sup> Im engen funktionalen Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsgebot steht zudem das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 I 2 GG.<sup>3</sup> Es ist insbesondere als Ausprägung des rechtsstaatlichen Gebots zur Rechtssicherheit und Objektivität<sup>4</sup> zu verstehen.

Der Zugang zum Gericht verlangt u.a., der gerichtlichen Durchsetzung eines materiellrechtlichen Anspruchs keine unangemessen hohen verfahrensrechtlichen Hindernisse in den Weg zu legen.<sup>5</sup> Wenn der so verstandene Zugang zum Gericht eröffnet ist, soll das Gebot des gesetzlichen Richters in formeller Hinsicht Manipulationen bei der Auswahl des Richters verhindern und dadurch das Vertrauen der Rechtssuchenden und Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit der Gerichte sichern.<sup>6</sup> Materiell gewährleistet es einen tatsächlich unabhängigen und unparteiischen Richter.<sup>7</sup> Mit jeweils zwei Konstellationen sollen einige aktuelle Problemkreise und mögliche Gefährdungen der beiden angesprochenen verfassungsrechtlichen Verfahrensgewährleistungen untersucht werden.

---

<sup>1</sup> BVerfGE 107, 395, 406 f. = NJW 2003, 1924, 1926.

<sup>2</sup> BVerfGE 107, 395, 407 = NJW 2003, 1924, 1926.

<sup>3</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 101 Rn. 1.

<sup>4</sup> BVerfGE 82, 159, 194 = NVwZ 1991, 1991, 52, 58.

<sup>5</sup> BVerfGE 53, 115, 127 f. = NJW 1980, 1565.

<sup>6</sup> BVerfGE 95, 322, 327 = NJW 1997, 1497, 1498.

<sup>7</sup> BVerfGE 82, 286, 298 = NJW 1991, 217, 218.

## II. Zugang zum Gericht

### 1. Einordnung

Für den Rechtsschutzsuchenden ist es von entscheidender Bedeutung, dass ihm der Zugang zum beschriebenen Rechtsschutzsystem wirklich gewährt wird. Da es sich um einen Leistungsanspruch handelt, können und müssen die Voraussetzungen und Bedingungen des Zugangs gesetzlich ausgestaltet werden.<sup>8</sup> Es ist daher Aufgabe des Gesetzgebers, die verfassungsrechtlichen Vorgaben durch einfachgesetzliche Regelungen umzusetzen und näher auszuformen.<sup>9</sup> Dabei besteht ein gewisser Handlungsspielraum. So darf der Zugang zu den Gerichten etwa von der Erfüllung und dem Fortbestand bestimmter formaler Voraussetzungen abhängig gemacht werden.<sup>10</sup> Diese Voraussetzungen müssen dann aber so ausgestaltet sein, dass der Rechtsschutzsuchende nicht unverhältnismäßig belastet wird.<sup>11</sup>

In den gesetzlichen Schranken obliegt es den Gerichten, den Zugang zu gewähren. Sie sind selbstverständlich verpflichtet, dem Gewährleistungsgehalt und der Schutzwirkung der verfassungsrechtlichen Vorgaben angemessen Rechnung zu tragen.<sup>12</sup> Auch den Gerichten wird insofern jedoch ein gewisser Spielraum zugebilligt. Nicht jede fehlerhafte Rechtsanwendung führt zu einem Verfassungsverstoß.<sup>13</sup> Wann die Grenze zum Verfassungsverstoß überschritten ist, muss anhand der besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls beurteilt werden.<sup>14</sup> Eine generalisierende Vorgabe existiert insofern nicht.

Das BVerfG hat zwar in zahlreichen Entscheidungen aufgezeigt, in welchen Konstellationen die Grenze zum Verfassungsverstoß überschritten ist, doch handelt es sich dabei weithin um Fallrecht.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> BVerfGE 84, 337, 345 f. = NJW 1992, 1673.

<sup>9</sup> BVerfGE 107, 395, 408 = NJW 2003, 1924, 1926.

<sup>10</sup> *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier, GG, Bd. 1, Art. 19 IV Rn. 97 ff.

<sup>11</sup> BVerfG NJW 2009, 572, 573; BVerfG NJW 2001, 2161, 2162; BVerfGE 88, 118, 124 = NJW 1993, 1635.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2005, 3410, 3411.

<sup>13</sup> BVerfGE 82, 286, 299 = NJW 1991, 217, 219.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2005, 3410, 3411.

<sup>15</sup> Mit zahlreichen Beispielen *Müller-Terpitz* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 101 Rn. 19 ff.

Zudem zieht das BVerfG vielfach unbestimmte Rechtsbegriffe heran, um etwaige Verfassungsverstöße zu charakterisieren. So soll die Verfassung etwa dann verletzt sein, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist bzw. die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG grundlegend verkennt.<sup>16</sup> Auf eine Formel gebracht bedeutet dies, dass Begrenzungen des Rechtsschutzes zulässig sind, ein vollständiger Ausschluss jedoch nicht in Betracht kommt.<sup>17</sup>

## 2. Reform der Prozesskostenhilfe

### a) Ausgangslage

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG gebietet das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 20 III i.V.m. Art. 3 I GG, die Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes weitgehend anzugleichen.<sup>18</sup> Eine völlige Gleichstellung ist indes nicht erforderlich.<sup>19</sup> Der Unbemittelte muss nur einem solchen Bemittelten gleichgestellt werden, der seine Prozessaussichten unter Berücksichtigung des Kostenrisikos vernünftig abwägt.<sup>20</sup> Ein Zwei-Klassen-Rechtsschutzsystem ist mit der Verfassung nicht vereinbar.<sup>21</sup>

Für den zur einfachgesetzlichen Ausgestaltung berufenen Gesetzgeber bedeutet dies, dass er auch dem Unbemittelten die Chance eröffnen muss, Zugang zum Rechtsschutzsystem zu erreichen. Weil dabei als Maßstab auf den vernünftig abwägenden bemittelten Rechtsschutzsuchenden abzustellen ist, muss dem Unbemittelten der Zugang bzw. die Hilfe beim Zugang zum Rechtsschutzsystem keinesfalls voraussetzungslos

<sup>16</sup> BVerfG NJW 2005, 3410, 3411; BVerfGE 82, 286, 299 = NJW 1991, 217, 219.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 88, 118, 124 f. = NJW 1993, 1635; *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 17; *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier, GG, Art. 19 IV Rn. 92.

<sup>18</sup> BVerfGE 22, 83, 86 = NJW 1967, 1267; BVerfG 1997, 2103, 2104; 2010, 1658, 1659 m.w.N.

<sup>19</sup> *Völker/Zempel*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Auf., § 114 Rn. 2; *Zöllner/Herget/Geimer*, ZPO, Vorb. vor § 114 Rn. 1.

<sup>20</sup> BVerfGE 81, 347, 357 = NJW 1991, 413.

<sup>21</sup> *Zöllner/Herget/Geimer*, ZPO, Vorb. vor § 114 Rn. 1.

gewährt werden. Entsprechende Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe regelt der Gesetzgeber vor allem<sup>22</sup> in den §§ 114 ff. ZPO.<sup>23</sup> In § 115 ZPO sind die wirtschaftlichen Anforderungen für eine Gewährung der Prozesskostenhilfe geregelt.<sup>24</sup> Dort ist bestimmt, in welchem Umfang der Rechtsschutzsuchende sein Einkommen und sein Vermögen einzusetzen hat.<sup>25</sup> Je höher dieser Betrag ausfällt, desto niedriger ist die von staatlicher Seite zu tragende Kostenlast. In dieser Hinsicht kann § 115 ZPO als Stellschraube für die im Zusammenhang mit der Prozesskostenhilfe anfallenden Ausgaben des Staates bezeichnet werden.

Bei Eingriffen in dieses System muss der Gesetzgeber darauf achten, das Existenzminimum der unbemittelten Partei durch deren Kostenbeteiligung nicht zu gefährden.<sup>26</sup> Das jeweils geltende Existenzminimum ist anhand der sozialhilferechtlichen Regelungen zu ermitteln. Weil der sozialhilferechtliche Regelbedarf verbrauchsbezogen ermittelt und periodisch an die tatsächlichen Verhältnisse angepasst wird,<sup>27</sup> kann die Kostenbeteiligung der unbemittelten Partei nicht statisch festgelegt werden.<sup>28</sup> Durch eine dynamische Verweisung auf die sozialrechtlichen Regelungen wird eine angemessene Parallele erreicht.<sup>29</sup>

Ein völliger Gleichlauf des Prozesskostenhilferechts und des Sozialhilferechts ist auch mit Blick auf Art. 3 GG nicht geboten.<sup>30</sup> Bereits der unterschiedliche Regelungszweck der Sozialhilfe einerseits und der Prozesskostenhilfe andererseits enthält einen ausreichenden Grund für die unterschiedliche Bemessung der Einkommensgrenzen. Während die Sozialhilfeleistungen einer menschenwürdigen Existenz dienen, wird dem Bürger mit der Prozesskostenhilfe der vergleichsweise weniger dringliche Zugang zum

<sup>22</sup> Vgl. zudem etwa die Vorschriften des FamFG (§§ 76-78); zahlreiche weitere Vorschriften nennt *Fischer* in: Musielak-ZPO, Vorb. vor § 114 Rn. 3.

<sup>23</sup> Zu den Voraussetzungen der Hilfe für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens und im obligatorischen Güteverfahren vgl. § 1 BerHG. Zu weiteren „Kostenerleichterungsvorschriften“ MüKoZPO/Motzer, Bd. 1, § 114 Rn. 7 ff.

<sup>24</sup> MüKoZPO/Motzer, Bd. 1, § 115 Rn. 1.

<sup>25</sup> *Fischer* in: Musielak-ZPO, § 115 Rn. 1.

<sup>26</sup> BVerfGE 78, 104, 119 f. = NJW 1988, 2231, 2232.

<sup>27</sup> BVerfGE 78, 104, 118 = NJW 1988, 2231, 2232.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfGE 78, 104, 118 = NJW 1988, 2231, 2232.

<sup>29</sup> MüKoZPO/Motzer, Bd. 1, § 114 Rn. 14, § 115 Rn. 31.

<sup>30</sup> BVerfGE 78, 104, 118 = NJW 1988, 2231, 2232.

Rechtsschutzsystem ermöglicht.<sup>31</sup> Wegen der gleichwohl bestehenden Nähe zur Sozialhilfe wird die Prozesskostenhilfe auch als eine Art der Sozialhilfe in besonderen Lebenslagen bezeichnet.<sup>32</sup> So ist der Gesetzgeber durch den Sozialstaatsgedanken des Art. 20 Abs. 3 GG gehindert, allzu strenge Anforderungen an den Einsatz eigener Mittel zu stellen.<sup>33</sup>

### *b) Aktuelle Gesetzentwürfe*

In den vergangenen Jahren ist in mehreren Anläufen versucht worden das Prozesskostenhilferecht zu reformieren.<sup>34</sup> Ein zentraler Reformmotor war und ist dabei, die Belastungen der öffentlichen Haushalte durch die Prozesskostenhilfe zu reduzieren. Bei allen berechtigten Verlangen nach einer Haushaltskonsolidierung dürfen dabei nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen überschritten werden. Der Titel des vom Bundesrat zur Beratung gestellten Entwurfs eines „Gesetzes zur Begrenzung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe“ vom 24.3.2010 brachte die vorrangig angestrebte Kostenersparnis klar zum Ausdruck. Der explosionsartige Anstieg der Ausgaben für die Prozesskostenhilfe, so hieß es dort, müsse schnell und dauerhaft begrenzt werden, da er von den Haushalten der Länder nicht länger bewältigt werden könne.<sup>35</sup>

Im Mittelpunkt dieser Novelle stand eine höhere Eigenbeteiligung der bedürftigen Partei durch eine veränderte Festsetzung des einzusetzenden Einkommens.<sup>36</sup> Dabei sah der Bundesratsentwurf besonders drastische Einschnitte vor. Unter Hinweis auf das Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsordnung sollten die Freibeträge bei der Prozesskostenhilfe an das sozialrechtliche Existenzminimum angeglichen werden.<sup>37</sup> Während das Bundesverfassungsgericht im Sozialrecht für Erwerbstätige einen Freibetrag in Höhe von 25 % des sozialhilferechtlichen Regelsatzes für den Haushaltsvorstand (Eckregelsatz) als ausreichend angesehen hat,<sup>38</sup>

<sup>31</sup> BVerfGE 78, 104, 121 f. = NJW 1988, 2231, 2233.

<sup>32</sup> OVG Hamburg FamRZ 2005, 44; MüKoZPO/Motzer, Bd. 1, § 114 Rn. 2 m.w.N.

<sup>33</sup> MüKoZPO/Motzer, § 114 Rn. 2.

<sup>34</sup> BT-Drucks. 16/1994, 17/1216, 17/11472.

<sup>35</sup> BT-Drucks. 17/1216, S. 14.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 17/1216, S. 15.

<sup>37</sup> BT-Drucks. 17/1216, S. 16.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 87, 153, 175.

normiert § 115 I 3 Nr. 1 lit. b) ZPO derzeit einen Freibetrag in doppelter Höhe. Änderungen waren auch bei den Ansätzen für Angehörige geplant. Während im Sozialrecht für Angehörige wegen der Synergien einer gemeinsamen Haushaltsführung nur 80 % des Eckregelsatzes berechnet werden, ist der Ehegatte oder Lebenspartner in der Prozesskostenhilfe mit dem gleichen Grundfreibetrag wie der Antragsteller selbst zu berücksichtigen. Dies sollte korrigiert werden.

Außerdem sollte nach dem Bundesratsentwurf die Höhe der aus dem verbleibenden Einkommen zu zahlenden Raten neu bestimmt und die Obergrenze für die Anzahl der zu leistenden Raten aufgehoben werden. Der Schuldner wäre dann dauerhaft zur Rückzahlung verpflichtet. Die bisherige Kostenbefreiung nach 48 Monaten sei, so die Argumentation, weder verfassungsrechtlich noch sozialpolitisch geboten.<sup>39</sup> In einer wohl einmaligen Gestaltung sollte für diese Bewilligung einer staatlichen Sozialleistung eine Bearbeitungsgebühr in Höhe von € 50,- erhoben werden.<sup>40</sup> Schließlich sollte nach § 114 II ZPO-E die Rechtsverfolgung als mutwillig angesehen werden, wenn die Kosten der Prozessführung unter Berücksichtigung des erstrebten wirtschaftlichen Vorteils, der Erfolgsaussicht und gegebenenfalls der Aussicht auf Durchsetzbarkeit des erstrebten Titels unverhältnismäßig erscheinen.

Gegenüber diesen weitreichenden Korrekturwünschen des Bundesrats verhält sich der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 14.11.2012 deutlich zurückhaltender. Die zuletzt erwähnte weitreichende Regelung zur mutwilligen Rechtsverfolgung erscheint abgeschwächt und ist nicht mehr auf die unverhältnismäßigen Kosten bezogen. Die Rückzahlungsfrist wird auf 72 Monate begrenzt, wobei es im Insolvenzverfahren bei der bisherigen Frist von 48 Monaten bleiben soll. Allerdings soll im Anschluss an den Bundesratsentwurf der Erhöhungsbetrag über den Eckregelsatz hinaus in § 115 I 3 Nr. 1 lit. b) ZPO von 50 % auf 25 % reduziert werden. Auch soll der Freibetrag für den Ehegatten oder Lebenspartner des Antragstellers künftig nicht mehr dem persönlichen Freibetrag des Antragstellers

---

<sup>39</sup> BT-Drucks. 17/1216, S. 16.

<sup>40</sup> BT-Drucks. 17/1216, S. 16.

entsprechen, sondern aus dem für ihn sozialrechtlich geltenden Regelsatz gemäß dem SGB XII berechnet werden.<sup>41</sup>

Mit der Entscheidung für eine Höchstfrist der Ratenzahlungen wird den stärksten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den ursprünglichen Gesetzesvorschlag begegnet. Ohne eine Höchstfrist wäre das wirtschaftliche Risiko nicht mehr hinreichend vorhersehbar. Gerade wenn sich der Rechtsschutzsuchende hohen Prozesskosten ausgesetzt sieht, könnte ihn die auf unabsehbare Zeit bevorstehende finanzielle Belastung von der Rechtsverfolgung abhalten und damit als Rechtsschutzsperre wirken. Dies soll die Prozesskostenhilfe indessen gerade verhindern.<sup>42</sup> Die übrigen Regelungen steigern zwar die Lasten für den Kostenschuldner und entwerten partiell die Kostenstundung. Verfassungswidrig ist dies aber kaum mehr.

### *c) Perspektiven*

Gegenwärtig ist freilich nicht absehbar, wie der weitere Gesetzgebungsgang verlaufen wird. Nach einem Bericht von Spiegel-Online vom 6.5.2013 hat die Bundesministerin der Justiz den Kompromiss zum Kosten- und Prozesskostenhilferecht scheitern lassen.<sup>43</sup> Ob damit die Reform gefährdet ist, kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden.

## **3. Beratungshilfe für den außergerichtlichen Einigungsversuch gemäß § 305 I 1 InsO**

Wie schon erwähnt, bestünde ohne finanzielle Unterstützung von staatlicher Seite für unbemittelte Personen eine faktische Barriere beim Zugang zum Rechtsschutz.<sup>44</sup> Diese für den Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit im prozessualen Bereich prägenden Erwägungen gelten entsprechend für den außergerichtlichen Bereich. Weder der allgemeine Gleichheitssatz

---

<sup>41</sup> BT-Drucks. 17/ 11472, S. 24.

<sup>42</sup> BVerfG NJW 2010, 988; BVerfG NJW 2009, 209; BVerfG NJW 2008, 1060; BGH NJW 2009, 857; OVG Hamburg FamRZ 2005, 44.

<sup>43</sup> <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/justizministerin-laesst-kosten-kompromiss-platzen-a-898355.html>.

<sup>44</sup> PG/Völker/Zempel, ZPO, § 114 Rn. 1.

des Art. 3 I GG noch das Sozial- und Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 I, III GG sind auf das gerichtliche Verfahren beschränkt. Die im gerichtlichen Verfahren auf Rechtsschutzgleichheit gerichteten Verfassungsgrundsätze sollen dem Bürger auch im außergerichtlichen Bereich die Rechtswahrnehmungsgleichheit gewährleisten.<sup>45</sup>

Kann der weniger Bemittelte die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht bereits im außerprozessualen Bereich in einer dem Begüterten annähernd vergleichbaren Weise erlangen, wird er dem Bemittelteren gegenüber schon außergerichtlich ins Hintertreffen geraten. Infolgedessen wird er den gerichtlichen Rechtsschutz mit dem Anspruch auf Prozesskostenhilfe nicht oder – etwa wegen versäumter Fristen, präkludierter Einwendungen oder unterbliebener Vorverfahren – mit dort womöglich nur schwer auszugleichenden Rechtsnachteilen erreichen.<sup>46</sup> Da die Rechtswahrnehmung im außergerichtlichen Bereich regelmäßig weit weniger strukturiert und formalisiert erfolgt als im gerichtlichen Verfahren, billigt das BVerfG hier dem Gesetzgeber einen großen Gestaltungsspielraum zu, den er mit dem BerHG grds. sachgerecht ausgefüllt hat. Offen ist aber, ob die Gerichte den Anwendungsrahmen stets einhalten.

Will eine natürliche Person i.S.d. § 304 InsO, kurz gefasst ein Verbraucher, einen Insolvenzantrag stellen, muss er zuvor zwingend einen außergerichtlichen Einigungsversuch unternommen haben. Sein Insolvenzantrag ist nach § 305 I Nr. 1 InsO nur zulässig, wenn er die Bescheinigung einer geeigneten Person oder Stelle über einen erfolglosen außergerichtlichen Einigungsversuch vorlegt. Geeignete Personen und Stellen sind insb. Rechtsanwälte und bestimmte Schuldnerberatungsstellen.<sup>47</sup> Schon frühzeitig hat das BVerfG für den außergerichtlichen Einigungsversuch einen Anspruch auf Beratungshilfe zugelassen, womit der Zugang zu einer anwaltlichen Beratung prinzipiell eröffnet ist.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> BVerfGE 122, 39, 50 = NJW 2009, 209, 210 Rn. 33.

<sup>46</sup> BVerfGE 122, 39, 50 = NJW 2009, 209, 210 Rn. 34.

<sup>47</sup> Einzelheiten bei *Henning*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, § 305 Rn. 27 ff., 31 ff.

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2003, 2668.



Dennoch läuft in der Praxis dieser Beratungshilfeanspruch weithin leer. In einer späteren Entscheidung hat es das BVerfG als eine dem Rechtsuchenden grds. zuzumutende andere Möglichkeit für eine Hilfe i.S.d. § 1 I Nr. 2 BerHG angesehen, wenn von ihm verlangt wird, eine Schuldnerberatungsstelle aufzusuchen. Zugleich hat das Verfassungsgericht zu erkennen gegeben, dass es erst eine Wartezeit von 15 bis 24 Monaten, wobei zumeist zusammenfassend von einer Frist von ca. 18 Monaten ausgegangen wird, bei den örtlichen Schuldnerberatungsstellen für bedenklich hält.<sup>49</sup> Obwohl solche Wartezeiten nicht untypisch und vielleicht sogar die Regel darstellen, bleibt der rechtsuchende Schuldner von der Beratungshilfe regelmäßig abgeschnitten. Er muss nämlich für jede lokale Beratungsstelle den Nachweis führen, ein gerade in größeren Städten für viele Schuldner nahezu ausgeschlossenes Unterfangen. Selbst wenn bei einer Schuldnerberatungsstelle eine mehrjährige Wartezeit bestünde, sei dies unschädlich, wenn bei einer anderen Stelle die Wartezeit nur ein halbes Jahr betrage.<sup>50</sup>

Begründet wird die Länge der zumutbaren Wartezeit damit, der außergerichtliche Schuldenbereinigungsversuch betreffe keine eilbedürftige Sache.<sup>51</sup> Angesichts der aus dem Zeitablauf resultierenden Zins- und Kostenlasten, der erhöhten Nachweisprobleme und mannigfaltiger sozialer und anderer Schwierigkeiten aus einer Verschuldung, erscheint diese Einschätzung allerdings durchaus überraschend. Zudem wird das Insolvenzverfahren regelmäßig als besonders eilbedürftig gekennzeichnet.<sup>52</sup> Zu bedenken ist auch, dass es sich beim außergerichtlichen Einigungsversuch um ein obligatorisches Vorverfahren handelt, falls ein Verbraucherinsolvenz- und ggf. Restschuldbefreiungsverfahren eingeleitet werden soll. Ohne Beratungshilfe ist vielfach der Zugang zum Gericht langfristig versperrt.

Eine bedenkliche Ungleichbehandlung besteht zudem, weil für unternehmerisch tätige Schuldner, die ein Regelinsolvenzverfahren beantragen wollen, keine vergleichbaren Hürden existieren. Auf diesen

<sup>49</sup> BVerfG NZI 2007, 119, 120, das BVerfG spricht von 15 bis 24 Monaten.

<sup>50</sup> AG Darmstadt BeckRS 2012, 23624.

<sup>51</sup> AG Darmstadt BeckRS 2012, 23624.

<sup>52</sup> MüKoInsO/*Ganter* § 4 Rn 49; *Ahrens*, in: *Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier*, InsO, § 4 Rn. 14.

Gesichtspunkt ist das BVerfG nicht eingegangen, doch weist er die Richtung auf einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG. Im Rahmen der gebotenen Abwägung wird eine 18-monatige Wartefrist zur Erlangung einer staatlichen Hilfsleistung zwar noch nicht als vollständiger Ausschluss des Rechtsschutzes anzusehen sein. Wegen der für das Insolvenzverfahren geltenden besonderen Umstände ist eine solche Wartefrist soweit einem vollständigen Ausschluss des Rechts angenähert, dass sie ihm aber als Rechtsschutzsperre gleichzustellen ist.

Als geeigneter Maßstab für die zumutbare Wartezeit ist auf die Frist des § 305 I Nr. 1 InsO abzustellen. Danach darf bei Einleitung des Verfahrens die vorgelegte Bescheinigung nicht älter als sechs Monate sein. Hinter dieser Befristung steht wohl vor allem die Überlegung, die Bescheinigung könnte sonst wegen der vielen möglichen Veränderungen veraltet sein. Dieser Gedanke der möglicherweise veränderten Lebenssituation und damit auch die sechsmonatige Frist lässt sich auf die Höchstdauer einer angemessenen Wartezeit übertragen.

### **III. Gesetzlicher Richter**

#### **1. Formeller und materieller Gehalt**

Der Begriff des gesetzlichen Richters ist weit zu verstehen.<sup>53</sup> Er umfasst das Gericht als organisatorische Einheit, das erkennende Gericht als Spruchkörper sowie schließlich den zur Entscheidung im Einzelfall berufenen Richter.<sup>54</sup> Die Garantie des gesetzlichen Richters durch Art. 101 I 2 GG hat sowohl einen formellen als auch einen materiellen Gewährleistungsgehalt.<sup>55</sup> In formeller Hinsicht enthält Art. 101 I 2 GG das Gebot, durch gesetzliche Regelungen im Voraus festzulegen, welcher Richter im Einzelfall zuständig sein soll sowie das Verbot, von diesen Regelungen im Einzelfall abzuweichen.<sup>56</sup> Art. 101 I 2 GG will eine fallweise Bestimmung des zur

---

<sup>53</sup> *Müller-Terpitz* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 101 Rn. 7.

<sup>54</sup> BVerfG NJW 1995, 2703; BVerfGE 18, 344, 349 = NJW 1965, 1219; BVerfGE 17, 294, 298 f. = NJW 1964, 1020.

<sup>55</sup> *Schnabl*, Die Anhörungsrüge nach § 321a ZPO, S. 80.

<sup>56</sup> BVerfG NJW 1995, 2703.

Entscheidung berufenen Richters verhindern. Sonst wäre das Ergebnis der richterlichen Entscheidung zu leicht beeinflussbar. Um willkürliche Einzelfallentscheidungen zu vermeiden, bedarf es nach Vorgabe des BVerfG eines abstrakt-generellen Regelwerkes, das von vornherein so eindeutig wie möglich festlegt, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welche(r) Richter zur Entscheidung des Einzelfalls berufen sind.<sup>57</sup>

Die entsprechenden Regelungen dürfen nicht in vermeidbarer Weise die Möglichkeit zum willkürlichen Manipulieren eröffnen.<sup>58</sup> Zu weit geht es daher, wenn die Zuständigkeitsregelung mehr als notwendig unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet oder wenn sie im Einzelfall Ermessen einräumt.<sup>59</sup> Die genannten Vorgaben sind in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtet. Der Gesetzgeber oder die von ihm hierzu ermächtigte Justizverwaltung muss die einzelnen Gerichte errichten und ihren Gerichtsbezirk festlegen.<sup>60</sup> Durch die Prozessordnungen ist zu bestimmen, welche Gerichte für welche Verfahren sachlich, örtlich und instanziell zuständig sind.<sup>61</sup> Weil die konkrete Bestimmung des zur Entscheidung berufenen Richters für jeden denkbaren Einzelfall durch ein abstrakt-generelles Regelwerk aber kaum zu leisten ist, sind die Gerichte berufen, die entsprechende Ausgestaltung vorzunehmen.<sup>62</sup>

Art. 101 I 2 GG hat noch einen zweiten, einen materiellen Gewährleistungsgehalt.<sup>63</sup> Um den gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 I 2 GG handelt es sich nur bei Personen, die die Anforderungen des Grundgesetzes an einen Richter nach den Art. 92, 97 GG erfüllen.<sup>64</sup> Diese Anforderungen ergeben zusammengefasst das Recht auf den grundgesetzmäßigen Richter.<sup>65</sup> Der verfassungsmäßige Richter ist der

---

<sup>57</sup> BVerfG NJW 1995, 2703; BVerfGE 18, 344, 349 = NJW 1965, 1219; BVerfGE 17, 294, 299 = NJW 1964, 1020.

<sup>58</sup> BVerfG NJW 1995, 2703.

<sup>59</sup> BVerfG NJW 1995, 2703.

<sup>60</sup> BVerfG NJW 1995, 2703, 2704.

<sup>61</sup> BVerfG NJW 1995, 2703, 2704.

<sup>62</sup> *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Bd. 3, Art. 101 Rn. 22.

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2005, 3410, 3411.

<sup>64</sup> BVerfGE 10, 200, 213 = NJW 1960, 187; *Hömig* in: Hömig, GG, Art. 101 Rn. 6, Art. 92 Rn. 4, 5; *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Art. 19 IV Rn. 90.

<sup>65</sup> *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Bd. 3, Art. 101 Rn. 27.

unabhängige und unparteiliche Richter, der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet.<sup>66</sup> Durch das einfachgesetzlichen Verfahrensrecht ist dafür Sorge zu tragen, dass ein Richter, der im Einzelfall nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist oder abgelehnt werden kann.<sup>67</sup> An zwei Beispielen soll die Kollision richterlicher Berufsplanungen mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter erörtert werden.

## 2. Die „Vorsitzendenkrise“ beim 2. und 4. Strafsenat des BGH

### a) Hintergrund

Welche Schwierigkeiten bei der Bestimmung des gesetzlichen Richters auftreten können, belegt die seit Anfang des Jahres 2011 schwebende „Vorsitzendenkrise“ beim 2. und 4. Strafsenat des BGH.<sup>68</sup> Zum 31.01.2011 trat die vorsitzende Richterin des 2. Strafsenats in den Ruhestand. Die Vorsitzendenaufgaben nahm vom 01.02.2011 bis zum 31.12.2011 der stellvertretende Vorsitzende des 2. Strafsenats, RiBGH *Fischer*, kommissarisch wahr. Auf die seit dem 01.02.2011 vakante Stelle hatte sich neben anderen Bewerbern auch *Fischer* beworben. Dessen frühere dienstliche Beurteilungen durch den Präsidenten des BGH *Tolksdorf* hatte die Bestnote erreicht, während die letzte Beurteilung nur noch die zweitbeste Bewertung enthielt.<sup>69</sup> Dies war wohl ausschlaggebend dafür, dass bei der Besetzung der Vorsitzendenstelle die Wahl nicht auf *Fischer*, sondern auf einen Mitbewerber fiel. Mit einer hiergegen gerichteten Konkurrentenklage *Fischers* konnte dieser die Neubesetzung durch eine Entscheidung des VG Karlsruhe vom 24.10.2011 vorläufig verhindern.<sup>70</sup>

Als Reaktion auf die so verhinderte Neubesetzung der Vorsitzendenstelle hat das Präsidium des BGH unter dem Vorsitz von BGH-Präsident *Tolksdorf*

<sup>66</sup> BVerfGE 21, 139, 145 f. = NJW 1967, 1123; BVerfGE 30, 149, 153 = NJW 1971, 1029, 1029 f.; BVerfGE 89, 28, 36 = NJW 1993, 2229.

<sup>67</sup> BVerfG NJW 2005, 3410, 3411.

<sup>68</sup> Hierzu aus verfassungsrechtlicher Sicht *Schünemann*, ZIS 2012, 1; *Sowada*, NStZ 2012, 353; *Fischer/Krehl*, StV 2012, 550, die interessante Einblicke in die Arbeitsweise eines Strafsenats gewähren.

<sup>69</sup> Der Spiegel 2/2012, S. 39.

<sup>70</sup> VG Karlsruhe DRiZ 2012, 206.

am 15.12.2011 mehrere Mitglieder des 2. Strafsenats zu einer geplanten Änderung des Geschäftsverteilungsplans für das Geschäftsjahr 2012 angehört und sodann beschlossen, dass ab dem 01.01.2012 dem Vorsitzenden des 4. Strafsenats *Ernemann* auch der Vorsitz des 2. Strafsenats übertragen wird. Der auf diese Weise entstandene Doppelvorsitz hat einen Streit um die Frage ausgelöst, ob die beiden Senate ordnungsgemäß besetzt sind.

Der 4. Strafsenat<sup>71</sup> und eine von drei Sitzgruppen des 2. Strafsenats<sup>72</sup> hatten keinen Zweifel daran, dass die Senate ordnungsgemäß besetzt sind.<sup>73</sup> Anders beurteilte dies eine andere Spruchgruppe des 2. Strafsenats. Sie sah den Senat aufgrund des Doppelvorsitzes als nicht ordnungsgemäß besetzt an und setzte eine Revisionshauptverhandlung mit ausführlich begründetem Beschluss vom 11.01.2012 aus, um dem Präsidium Gelegenheit zu geben, eine mit der Verfassung in Einklang stehende Regelung herbeizuführen.<sup>74</sup> Obwohl sich der Senat, abweichend von der zwischenzeitlich ergangenen gegenteiligen Entscheidung des Präsidiums, weiterhin als nicht ordnungsgemäß besetzt ansah, hat er das Verfahren dann doch fortgesetzt und mit Urteil vom 08.02.2012 in der Sache entschieden.<sup>75</sup> Ausschlaggebend hierfür war die Erwägung, dem rechtsstaatlichen Beschleunigungsgebot Rechnung zu tragen und in angemessener Zeit zu einer Entscheidung zu gelangen.<sup>76</sup> Die Spruchgruppe hat allerdings in der Urteilsbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass den Angeklagten mit der Verfassungsbeschwerde noch eine Rechtsschutzmöglichkeit offenstehe.<sup>77</sup>

#### *b) Die Entscheidung des BVerfG vom 23.05.2012*

Die dann auch erhobenen Verfassungsbeschwerden betrafen im Wesentlichen die Frage, ob die seit dem 01.01.2012 vorgesehene

---

<sup>71</sup> BGH StV 2012, 209.

<sup>72</sup> BGH StV 2012, 272.

<sup>73</sup> Pressemitteilung des BGH Nr. 4/12 vom 13.1.2012, abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2012&Sort=1&nr=58865&pos=3&anz=217>.

<sup>74</sup> BGH, Beschl. vom 11.01.2012, 2 StR 346/11, Tz. 41 (zitiert nach Juris).

<sup>75</sup> BGH StV 2012, 273.

<sup>76</sup> BGH StV 2012, 273.

<sup>77</sup> BGH StV 2012, 273, 274.

Besetzung des 2. und des 4. Strafsenats des BGH mit dem Vorsitzenden Richter *Ernemann* den Gewährleistungen des Art. 101 I 2 GG genüge.<sup>78</sup> Mit Beschluss vom 23.05.2012 wurden die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>79</sup> Zunächst verdeutlicht das BVerfG, dass die Überbeanspruchung eines Richters – unabhängig davon, ob eine solche tatsächlich vorliegt – nicht den Anspruch auf den gesetzlichen Richter betrifft.<sup>80</sup> Nicht dem Rechtsuchenden, sondern dem Richter steht im Falle einer Überbelastung, gestützt auf seine richterlichen Unabhängigkeit aus Art. 97 I und II 1 GG, ein Abwehrrecht zu.<sup>81</sup> Der betroffene Richter kann nach pflichtgemäßer Auswahl unter sachlichen Gesichtspunkten die Erledigung der ein durchschnittliches Arbeitspensum übersteigenden Angelegenheiten zurückstellen.<sup>82</sup> Der Rechtsuchende hingegen darf sich nicht zum Interessenwahrer des Richters aufschwingen und eine aus dessen Arbeitsbelastung abgeleitete Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit geltend machen.<sup>83</sup>

Davon zu trennen sind Ansprüche des Rechtsuchenden, die aus etwaigen belastungsbedingten Erledigungsverzögerungen resultieren. Der Rechtsuchende hat Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, worunter unter anderem auch ein Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit zu verstehen ist.<sup>84</sup> Eine entsprechende Verzögerung durch den Doppelvorsitz war allerdings nicht erkennbar. Der 2. Strafsenat hatte allerdings mit Beschluss vom 11.01.2012 eine Revisionshauptverhandlung ausgesetzt, doch geschah dies nicht aus einer Überlastungssituation heraus, sondern weil sich der Senat aufgrund des Doppelvorsitzes als nicht ordnungsgemäß besetzt ansah.<sup>85</sup> Eben diese Ansicht kommt auch in den beim BVerfG eingegangenen Verfassungsbeschwerden zum Ausdruck.

Eine andere Überlegung ist, ob infolge des dem Vorsitzenden Richter *Ernemann* zugewiesenen Doppelvorsitzes dessen „richtungsgebender

---

<sup>78</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2334.

<sup>79</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2335.

<sup>80</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2335.

<sup>81</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2335.

<sup>82</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.

<sup>83</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.

<sup>84</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.

<sup>85</sup> BGH NStZ 2012, 406.

Einfluss“ nicht mehr gewährleistet ist.<sup>86</sup> Die Frage, ob und inwieweit die Forderung nach richtungsgebendem Einfluss des Vorsitzenden verfassungsrechtlich verankert<sup>87</sup> oder lediglich einfachgesetzlich gewährleistet<sup>88</sup> ist, musste das BVerfG nicht entscheiden, weil die Beschwerdeführer bereits die mögliche Tragweite eines entsprechenden Verfassungsgebots verkannten. Die Verfassungsbeschwerden fußten auf der Prämisse, dass zur Gewährleistung eines richtungsgebenden Einflusses bestimmte qualitative Anforderungen an die Beratungsvorbereitung des Vorsitzenden zu stellen seien, die es erforderten, dass der Vorsitzende neben dem Berichterstatter die unter Umständen viele hundert Seiten umfassenden Revisionsunterlagen sorgfältig durcharbeite. Diese Prämisse vermischt die Anforderungen an die Berichterstattung, die Beratung und den Entscheidungsprozess in einem Spruchkörper einerseits mit der Leitungs- und Lenkungsfunktion des Vorsitzenden andererseits.<sup>89</sup> Wie sich die Mitglieder des Spruchkörpers den Streitstoff erarbeiten, können diese im Rahmen der richterlichen Unabhängigkeit selbst entscheiden.<sup>90</sup> Insofern bestehen weder verfassungs- noch verfahrensrechtliche Vorgaben.<sup>91</sup> Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass alle Mitglieder sämtliche Akten selbst durcharbeiten.<sup>92</sup>

Solange durch die jeweils gewählte Vorgehensweise sichergestellt ist, dass alle Mitglieder des Spruchkörpers vollständig über den Sach- und Streitstand informiert sind, kann der Vorsitzende auf dieser Informationsgrundlage seinen richtungsgebenden Einfluss ausüben.<sup>93</sup> Insgesamt gelangte das BVerfG, mit einer für einen Nichtannahmebeschluss vergleichsweise ausführlichen Begründung, zu dem Ergebnis, dass die seit dem 01.01.2012 vorgesehene Besetzung des 2. und des 4. Strafsenats des BGH mit dem Vorsitzenden Richter *Ernemann* den Gewährleistungen des Art. 101 I 2 GG genüge.

---

<sup>86</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.

<sup>87</sup> So *Wassermann*, in: AK-GG, Art. 101 Rn. 27.

<sup>88</sup> *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 269.

<sup>89</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.

<sup>90</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.

<sup>91</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.

<sup>92</sup> Zu dieser gängigen Praxis *Fischer/Krehl*, StV 2012, 550, 553.

<sup>93</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2336 f.

### c) *Zukünftige Entwicklung*

Die „Vorsitzendenkrise“ am BGH ist damit keinesfalls ausgestanden. Zum 30.06.2012 ist der „Doppelvorsitzende“ des 2. und des 4. Strafsenats *Ernemann* ruhestandsbedingt ausgeschieden. Zwar ist die Vorsitzendenstelle des 2. Strafsenats mittlerweile mit dem Vorsitzenden Richter *Becker* neu besetzt, die Vorsitzendenstelle des 4. Strafsenats jedoch ist weiterhin vakant. Eine Neubesetzung ist bis dato nicht erfolgt, denn auch hiergegen konnte *Fischer* eine einstweilige Anordnung des VG Karlsruhe vom 17.01.2013 erreichen.<sup>94</sup> Die Auseinandersetzung geht damit weiter. Den Vorsitz des 4. Strafsenats führt derzeit kommissarisch der stellvertretende Senatsvorsitzende *Mutzbauer*.<sup>95</sup> Auch dies ist, wie schon 2011 am 2. Strafsenat, nur eine Übergangslösung, die möglicherweise erneut durch ein weiteres Provisorium, den Doppelvorsitz, abgelöst werden muss.

Allerdings ist absehbar, dass auch dann keine Ruhe am BGH einkehren wird. Zum 30.04.2013 tritt der Vorsitzende des 1. Strafsenats *Nack*<sup>96</sup> in den Ruhestand.<sup>97</sup> Die Geburtsjahre der übrigen Vorsitzenden, zu denen auch *Fischers* Dienstvorgesetzter *Tolksdorf* als Vorsitzender des 3. Strafsenats gehört, liegen zwischen 1948 und 1953. *Fischer* selbst ist am 29.02.1953 geboren und hat somit noch Gelegenheit für weitere Bewerbungen. Mit diesen wird er wohl aufgrund der Beurteilung durch *Tolksdorf* kaum erfolgreich sein können. Durch schlichten Zeitablauf ist ein Ende der „Vorsitzendenkrise“ damit wohl frühestens nach dem ruhestandsbedingten Ausscheiden von BGH-Präsident *Tolksdorf*<sup>98</sup> möglich.

Erst ab diesem Zeitpunkt kann *Fischer* voraussichtlich mit einer anderen Beurteilung durch seinen Dienstvorgesetzten rechnen, den dann amtierenden BGH-Präsidenten. Vielleicht besteht aber gerade darin der Ausweg. Bisher konnte *Fischer* jede Neubesetzung verhindern, weil seine

---

<sup>94</sup> VG Karlsruhe NVwZ-RR 2013, 233.

<sup>95</sup> BGH, Beschl. v. 20.12.2012 – 4 StR 292/12 (zitiert nach Juris).

<sup>96</sup> \* 03.02.1948.

<sup>97</sup> *Rath*, Legal Tribune ONLINE, 15.02.2013, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/dienstgericht-des-bundes-richter-bgh-praesident-unabhaengigkeit/2/>.

<sup>98</sup> 14.01.1948.



Beurteilung der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung nicht standhielt.<sup>99</sup> Wird ihm dagegen wieder die höchste Bewertungsstufe („besonders geeignet“) oder zumindest eine widerspruchsfreie Beurteilung erteilt und tritt er gegen einen gleich qualifizierten Kandidaten an, dem dann der Vorzug eingeräumt wird, etwa weil es sich um eine Kandidatin handelt, vgl. § 8 BGleiG, müssten die Erfolgsaussichten einer etwaigen Klage *Fischers* wohl als weit weniger aussichtsreich eingestuft werden. Als weiterer Ausweg wird vorgeschlagen, dass das Bundesjustizministerium die Entscheidung über die Neubesetzung an sich zieht und den Streit auf diese Weise beendet.<sup>100</sup>

Bis zu einer Lösung des Problems sind allerdings erneute Verfassungsbeschwerden im Zusammenhang mit der „Vorsitzendenkrise“ nicht ausgeschlossen. Deren Erfolgsaussichten sind durch den Nichtannahmebeschluss vom 23.05.2012 nicht zwangsläufig vorentschieden. Mit dem Beschluss hat das BVerfG lediglich festgestellt, dass die Zuweisung des Doppelvorsitzes mit der Verfassung vereinbar ist.<sup>101</sup> Ob dies auch für den über Monate kommissarisch geführten Vorsitz durch den jeweiligen Stellvertreter gilt, ist damit nicht beantwortet. Am 2. Strafsenat ist diese Frage zwar mittlerweile nicht mehr aktuell, weil der stellvertretende Vorsitzende *Fischer* durch den Doppelvorsitzenden *Ernemann* und dieser durch den neuen Vorsitzenden *Becker* abgelöst worden ist.

Am 4. Strafsenat hingegen befindet sich die Besetzungskonkurrenz noch im ersten Stadium. Seit dem 01.07.2012 führt der stellvertretende Senatsvorsitzende *Mutzbauer* den Vorsitz kommissarisch. Legt man die im Fall des 2. Strafsenats angestellten Erwägungen des BGH-Präsidiums für die Ablösung *Fischers* durch *Ernemann* zugrunde, müsste *Mutzbauers* kommissarische Vorsitzendentätigkeit spätestens am 31.05.2013 enden. Hinsichtlich des 2. Strafsenats hielt das Präsidium eine weitere Wahrnehmung der Aufgaben des Senatsvorsitzenden durch den Stellvertreter *Fischer* nicht mehr für zulässig, „weil es sich nach Ablauf von elf Monaten der Vakanz nicht mehr um eine vorübergehende Verhinderung

<sup>99</sup> *Wittkowski*, NVwZ 2013, 341, 342 ff.

<sup>100</sup> *Rath*, Legal Tribune ONLINE, 15.02.2013; *Wittkowski*, NVwZ 2013, 341, 344.

<sup>101</sup> BVerfG NJW 2012, 2334, 2335.

im Sinne des § 21f Abs. 2 GVG handele.<sup>102</sup> Bereits der Zeitraum von elf Monaten kann angesichts der bisher zu diesem Problemkreis ergangenen Rechtsprechung<sup>103</sup> als vergleichsweise lang eingestuft werden.<sup>104</sup>

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es in den bisher entschiedenen Fällen weder um die Besetzung der Obersten Gerichtshöfe ging noch um das Problem der Verzögerung der Neubesetzung durch eine Konkurrentenklage.<sup>105</sup> Das BGH-Präsidium hat somit in doppelter Hinsicht Neuland betreten, wodurch das vergleichsweise lange Zuwarten durchaus verständlicher erscheint. Weil aber mittlerweile der Doppelvorsitz als verfassungskonforme Lösung des Vakanzproblems bestätigt ist und dem Präsidium anschaulich vor Augen geführt worden ist, dass eine Konkurrentenklage zu einer nicht nur vorübergehenden Verhinderung i.S.d. § 21f Abs. 2 GVG führen kann, spricht einiges dafür, dass im Fall des 4. Strafsenats zumindest ein Zeitraum von mehr als elf Monaten als zu lang anzusehen ist.<sup>106</sup> In diesem Fall wäre der Spruchkörper ab einer Fristüberschreitung nicht mehr ordnungsgemäß besetzt.<sup>107</sup> Sollte das Präsidium nach Ablauf der elf Monate am 31.05.2013 keine Lösung präsentieren, ist es nicht unwahrscheinlich, dass erneut das BVerfG bemüht wird.

### 3. Seitenwechsel: Vom Bundesrichter zum „Of Counsel“

#### a) Sachlage

Zusätzlich zur „Vorsitzendenkrise“ musste sich der BGH mit weiteren Problemen im Zusammenhang mit der in Art. 101 I 2 GG verankerten Garantie des gesetzlichen Richters befassen. Am II. Zivilsenat ist die Frage aufgetreten, ob der materielle Gewährleistungsgehalt des Art. 101 I 2 GG,

<sup>102</sup> BGH, Beschl. vom 11.01.2012, 2 StR 346/11, Tz. 6 (zitiert nach Juris); vgl. hierzu auch BVerwG NJW 2001, 3493; BSG NJW 2007, 2717.

<sup>103</sup> Umfassend *Schünemann*, ZIS 2012, 1 ff.

<sup>104</sup> *Sowada*, NStZ 2012, 353, 354 ff.

<sup>105</sup> *Schünemann*, ZIS 2012, 1, 3.

<sup>106</sup> *Sowada*, NStZ 2012, 353, 355, der schon den im Fall des 2. Strafsenats gewählten Zeitraum von elf Monaten als zu lang ansieht; a.A. *Schünemann*, ZIS 2012, 1, 7, der vor der am 23.05.2012 ergangenen Entscheidung des BVerfG davon ausging, das BVerfG werde „eher die Rechtsfigur des funktionalen Vorsitzenden als die des nur pro forma ‚Vorsitzenden Richters‘ tolerieren.“

<sup>107</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 154 ff.; MüKoZPO/*Zimmermann*, Bd. 3, § 21f GVG Rn. 7.

das Recht auf den grundgesetzmäßigen Richter, gewahrt ist bzw. wie er durch entsprechende Maßnahmen gewahrt werden kann.<sup>108</sup> Konkret ging es um die Frage, ob die dem II. Zivilsenat angehörenden Richter die durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten aufweisen.<sup>109</sup>

Für Aufsehen hat der Fall des ehemaligen Vorsitzenden des II. Zivilsenats *Goette* gesorgt.<sup>110</sup> Dieser trat zum 30.09.2010 in den Ruhestand. Bereits am nächsten Tag begann er als Berater („Of Counsel“) bei der Rechtsanwaltskanzlei *Gleiss Lutz* im Bereich Gesellschaftsrecht.<sup>111</sup> Als Vorsitzender des II. Zivilsenats war *Goette* ebenfalls für den Bereich des Gesellschaftsrechtsverantwortlich.<sup>112</sup> Der enghematische Zusammenhang zwischen der alten und der neuen Tätigkeit sowie der nahtlose Wechsel haben Kritik<sup>113</sup> hervorgerufen und schließlich auch nach dem Eintritt in den Ruhestand sowie dem Wechsel zu Befangenheitsanträgen<sup>114</sup> gegen *Goette* sowie die übrigen Senatsmitglieder geführt.

Wegen des nahtlosen Wechsels habe der frühere Senatsvorsitzende schon vor dem 1.10.2010 aufgrund seiner Nähe und Beziehung zu dieser Anwaltskanzlei nicht mehr unbefangen und unparteiisch als Richter handeln können. Es müsse davon ausgegangen werden,

<sup>108</sup> Exemplarisch BGH NJW 2011, 1358.

<sup>109</sup> BGH NJW 2011, 1358; vgl. hinsichtlich der an einen Richter insofern zu stellenden Anforderungen: BVerfGE 21, 139, 145 f. = NJW 1967, 1123; BVerfGE 30, 149, 153 = NJW 1971, 1029, 1029 f.; BVerfGE 89, 28, 36 = NJW 1993, 2229.

<sup>110</sup> Der Spiegel 22/2011, S. 32; *Bösch* in: Manager-Magazin.de, 17.11.2010, abrufbar unter: <http://www.manager-magazin.de/politik/deutschland/0,2828,729520,00.html>.

<sup>111</sup> Pressemitteilung Gleiss Lutz vom 01.10.2010, abrufbar unter: <http://www.gleisslutz.com/de/aktuelles/pressemitteilungen/presse-detailseiten/pressemitteilung/Vorsitzender-Richter-des-Gesellschaftsrechtssenats-am-BGH-verstaerkt-Gleiss-Lutz-Professor-Dr-Wulf/a-pressemitteilungen/show/c-pressemitteilungen/Pressemitteilung/>.

<sup>112</sup> Geschäftsverteilung des BGH für das Jahr 2010, abrufbar unter: [http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Geschaeftsverteilung/FruhereJahre/Geschaeftsverteilung2010/Zivilsenate2010/zivilsenate2010\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Geschaeftsverteilung/FruhereJahre/Geschaeftsverteilung2010/Zivilsenate2010/zivilsenate2010_node.html).

<sup>113</sup> So äußerte sich etwa BGH-Präsident *Tölksdorf* folgendermaßen: „Es ist nicht gut, wenn Kollegen von heute auf morgen als Rechtsanwalt in eine Kanzlei wechseln, die im Zuständigkeitsbereich ihres ehemaligen Senates tätig ist und dort einseitige Interessen vertritt.“ Abgedruckt in: Der Spiegel 22/2011, S. 32. Entsprechende Äußerungen von ehemaligen Bundesrichtern finden sich auch im manager magazin 12/2010, S. 24.

<sup>114</sup> BGH NJW 2011, 1358.

dass der ausgeschiedene Senatsvorsitzende bei der Vorbereitung des Spruchverfahrens, in dem die Antragsgegnerin in beiden Vorinstanzen von Anwälten der Kanzlei *Gleiss Lutz* vertreten worden sei, prägend mitgewirkt habe. Die übrigen abgelehnten Senatsmitglieder hätten die Pflicht verletzt, den Prozessbeteiligten den beabsichtigten Eintritt des früheren Senatsvorsitzenden in die Anwaltskanzlei *Gleiss Lutz* anzuzeigen. Das Gericht als Ganzes sei verpflichtet gewesen, alle Umstände offenzulegen, die Zweifel an der Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit eines mitwirkenden Richters wecken könnten. Die Verletzung dieser Pflicht begründe ihnen gegenüber ebenso die Besorgnis der Befangenheit wie der Loyalitätskonflikt, der entstehe, wenn die verbliebenen Senatsmitglieder sich mit dem Führungsstil des früheren Senatsvorsitzenden nun in Gestalt von Parteivorbringen auseinandersetzen müssten.<sup>115</sup>

#### *b) Befangenheit bei einem beruflichen Wechsel*

Die Befangenheitsanträge gegen *Goette* hatten nach der Ansicht des BGH keinen Erfolg, weil den Antragstellern hierfür das Rechtsschutzbedürfnis fehlte. Das Ablehnungsgesuch nach § 42 I ZPO sei darauf gerichtet, eine weitere Mitwirkung des befangenen Richters zu verhindern.<sup>116</sup> Weil dieser Erfolg aber bereits durch das ruhestandsbedingte Ausscheiden *Goettes* eingetreten war, könnten die entsprechenden Ablehnungsgesuche als unzulässig zurückgewiesen werden.<sup>117</sup> Weitergehende Ausführungen sollten deswegen nicht erforderlich sein. Ob *Goette* tatsächlich befangen war, blieb ungeklärt. Gleiches gilt für die Frage, ob *Goette* hätte anzeigen müssen, dass er mit einer Kanzlei über eine Beratertätigkeit verhandelt. Solche Verhandlungen schon während der Amtszeit sind angesichts des nahtlosen Übergangs vom Richteramt zur Beratertätigkeit mehr als naheliegend.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> BGH NJW 2011, 1358.

<sup>116</sup> *Heinrich* in: Musielak-ZPO, § 42 Rn. 1.

<sup>117</sup> Vgl. BFH NJW-RR 1996, 57.

<sup>118</sup> In diese Richtung geht auch die Ansicht von *Henze*, ehemaliger Richter am II. Zivilsenat des BGH: „Ich halte nichts davon, als ehemaliger Bundesrichter eine Tätigkeit in einer Wirtschaftskanzlei aufzunehmen. Tut man das, kann das Bild von der richterlichen Unabhängigkeit beschädigt werden, weil der Eindruck entstehen kann, dass schon während der Amtszeit versucht worden ist, Kontakte zu Kanzleien aufzubauen.“ Abgedruckt in: *manager magazin* 12/2010, S. 24. Dass zumindest entsprechende Angebote bei *Goette* eingegangen sind, räumt

Die Erwägungen des BGH greifen freilich deutlich zu kurz. Zu überlegen gewesen wäre, ob *Goette* eine Dienstpflichtverletzung i.S.v. § 39 DRiG bzw. § 48 ZPO begangen oder ob er vielleicht sogar prozessuale Pflichten, vgl. § 48 ZPO, gegenüber den Verfahrensbeteiligten verletzt hat. Der Richter muss sich während seiner Amtszeit so verhalten, dass das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird, wie aus § 39 DRiG folgt. Der Begriff der Unabhängigkeit ist weit zu verstehen und betrifft nicht nur die Unabhängigkeit von den Prozessparteien, sondern im umfassenden Sinne Neutralität, Unparteilichkeit und Distanz.<sup>119</sup> Nach § 48 ZPO muss der Richter anzeigen, wenn ein Ausschlussgrund gem. § 41 ZPO oder – aus Sicht einer vernünftigen Partei – ein Ablehnungsgrund i.S.d. § 42 Abs. 1 ZPO gegeben sein könnte.<sup>120</sup>

Die Offenbarungspflicht kann zwar nicht unmittelbar dem Wortlaut des § 48 ZPO entnommen werden, doch folgt sie aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift bzw. ihrer Funktion im Zusammenhang mit Art. 101 I 2 GG und Art. 103 GG.<sup>121</sup> § 48 ZPO dient der Gewährleistung des in Art. 101 I 2 GG normierten Rechts auf den gesetzlichen Richter.<sup>122</sup> Damit dieses Recht hinreichend gesichert wird, darf die Anzeige nicht im Ermessen des Richters stehen, sondern muss zu dessen Pflichtenkreis gehören. Dabei handelt es sich um eine Verfahrenspflicht und nicht nur um eine bloße Dienst- oder Amtspflicht, denn die Frage, ob Befangenheitsgründe gegen die Mitwirkung eines Richters sprechen, berührt die durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete prozessuale Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten.<sup>123</sup> Zudem ist Art. 103 I GG zu beachten. Das verfassungsrechtlich verankerte Recht auf Gehör gebietet, die Anzeige den Verfahrensbeteiligten mitzuteilen, um ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.<sup>124</sup> Unterlässt der Richter die Anzeige, werden die Prozessparteien daran gehindert, von etwaigen Ablehnungsgründen

---

dieser ein: „Im Frühjahr war bei Gesellschaftsrechtlern bekannt, dass ich meine Amtszeit beim Bundesgerichtshof frühzeitig beenden werde. Danach habe ich mehrere Angebote von Kanzleien bekommen.“ Abgedruckt ebenda.

<sup>119</sup> BVerwGE 78, 216, 220.

<sup>120</sup> MüKoZPO/*Gehrlein*, Bd. 1, § 48 Rn. 3.

<sup>121</sup> BGH NJW 1995, 1677, 1679.

<sup>122</sup> BVerfGE 89, 28, 36 = NJW 1993, 2229.

<sup>123</sup> BVerfGE 89, 28, 36 = NJW 1993, 2229.

<sup>124</sup> BVerfGE 89, 28, 36 = NJW 1993, 2229.

Kenntnis zu erlangen und sich zu ihnen zu äußern.<sup>125</sup> Die Verletzung der Anzeigepflicht stellt einen Verfahrensmangel und Revisionsgrund i.S.v. § 545 Abs. 1 ZPO dar.<sup>126</sup> Ist die Revision oder ein anderer Rechtsbehelf nicht gegeben, z.B. weil die Rechtsmittel- bzw. Rechtsbehelfsfrist abgelaufen ist, kann eine etwaige Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG ggf. im Wege der Anhörungsrüge nach § 321a ZPO geltend gemacht werden.<sup>127</sup>

Sollten die Verhandlungen bereits zu dem Zeitpunkt stattgefunden haben, als *Goette* mit Verfahren befasst war, bei denen die betreffende Kanzlei in den Vorinstanzen als Bevollmächtigte tätig gewesen ist, spricht vieles dafür, dass *Goette* verpflichtet war, die sich anbahnende und verfestigende Nähebeziehung<sup>128</sup> zu der Kanzlei nach § 48 ZPO anzuzeigen.<sup>129</sup> Ob der Richter sich selbst für befangen oder unbefangen hält, ist dabei unbeachtlich.<sup>130</sup> Es ist auf die Sicht einer bedacht und vernünftig denkenden Partei abzustellen.<sup>131</sup> Aus der Sicht einer solchen Partei besteht die Besorgnis der Befangenheit, wenn sie bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln.<sup>132</sup>

Welche Gründe dafür konkret vorliegen müssen, lässt das Gesetz offen. Einen Ansatzpunkt bieten die Katalognummern des § 41 ZPO. Aus der Zusammenschau der dort genannten Ausschließungsgründe wird deutlich, dass ein Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn er in einer besonderen Beziehung zum Verfahrensgegenstand oder den Verfahrensbeteiligten steht.<sup>133</sup> Eine sich erst anbahnende Vertragsbeziehung ist zwar von den abschließend

<sup>125</sup> BGH NJW 1995, 1677, 1679.

<sup>126</sup> BGH NJW 1995, 1677, 1679 m.w.N.; Zöller/*Vollkommer*, ZPO, § 48 Rn. 11; MüKoZPO/*Gehrlein*, Bd. 1, § 48 Rn. 5.

<sup>127</sup> Zöller/*Vollkommer*, ZPO, § 321a Rn. 5; *Musielak* in: *Musielak-ZPO*, § 321a Rn. 4; *Saenger/Saenger*, ZPO, § 321a Rn. 4, jeweils m.w.N.; a.A. bei abgelaufener Rechtsmittel-(Rechtsbehelfs-) Frist *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, § 321a Rn. 21.

<sup>128</sup> Zöller/*Vollkommer*, ZPO, § 42 Rn. 12 ff.

<sup>129</sup> Vgl. *Heinrich* in: *Musielak-ZPO*, § 48 Rn. 1 ff.

<sup>130</sup> BVerfGE 95, 189, 191 = NJW 1997, 1500.

<sup>131</sup> OLG Frankfurt OLGR 1996, 55; MüKoZPO/*Gehrlein*, Bd. 1, § 48 Rn. 3.

<sup>132</sup> BVerfGE 102, 122, 124 f. = NJW 2000, 2808; BGH NJW 2011, 1358, 1359; *Günther*, ZJP 1992, 22 f.

<sup>133</sup> *Mannebeck*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 4. Aufl., § 42 Rn. 7.

aufgeführten Ausschließungsgründen nicht erfasst, kann aber als vergleichbare Fallgestaltung im Rahmen des § 42 ZPO gewürdigt werden.<sup>134</sup> Je näher eine Fallgestaltung den in § 41 ZPO ausdrücklich genannten Ausschließungsgründen steht, desto wahrscheinlicher ist es, dass der Richter tatsächlich befangen ist.<sup>135</sup>

Bereits in Zweifelsfällen ist der Richter verpflichtet, die entsprechenden Gründe anzuzeigen.<sup>136</sup> Nicht der Richter entscheidet, ob er tatsächlich befangen ist, sondern das nach § 45 ZPO zuständige Gericht. Inwieweit es sich bei der Aufnahme von Verhandlungen über eine beabsichtigte intensive Geschäftsbeziehung zumindest um einen anzeigepflichtigen Zweifelsfall handeln kann, verdeutlicht eine Entscheidung des OLG Zweibrücken<sup>137</sup>: Ein Richter am Amtsgericht hatte nach § 48 ZPO eine sich zwischen ihm und einer Prozesspartei anbahnende Geschäftsbeziehung angezeigt. Das OLG sah den Richter jedoch als nicht befangen an. Etwaige Zweifel an der Unbefangenheit des Richters seien auszuräumen, indem die beabsichtigte Geschäftsbeziehung unterbleibt. Damit ist der richtige Weg gewiesen. Nicht die Tätigkeit als Richter muss zurückstehen, sondern die zu einer Befangenheit führenden Verhaltensweisen.<sup>138</sup> Nicht stets wird der Richter jedoch die Möglichkeit haben, auf eine Geschäftsbeziehung zu verzichten. Abgesehen von etwaigen Ausnahmefällen muss der Richter jedoch den Grundsatz beachten, dass er sich nicht selbst befangen machen darf.<sup>139</sup> Die Verfassung enthält diesbezüglich eine unmissverständliche Aussage. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden, Art. 101 I 2 GG. Daran ändert auch eine dem Richter in Aussicht gestellte, vielleicht lukrative Geschäftsbeziehung nichts.

### *c) Befangenheit von Mitgliedern eines Kollegialgerichts*

Die gegen die übrigen Senatsmitglieder gerichteten Befangenheitsanträge blieben ebenfalls erfolglos. Die abgelehnten Richter hatten laut ihrer

<sup>134</sup> Vgl. *Heinrich* in: Musielak-ZPO, § 41 Rn. 3; vgl. zudem OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 857, 858.

<sup>135</sup> MüKoZPO/*Gehrlein*, Bd. 1, § 42 Rn. 7.

<sup>136</sup> MüKoZPO/*Gehrlein*, Bd. 1, § 48 Rn. 1.

<sup>137</sup> OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 857, 858; vgl. zudem OLG Nürnberg, MDR 2009, 588, 589.

<sup>138</sup> OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 857, 858.

<sup>139</sup> OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 857, 858.

dienstlichen Äußerungen keine Kenntnis von dem beanstandeten Verhalten ihres Vorsitzenden.<sup>140</sup> Fraglich konnte damit insofern lediglich sein, ob sich die abgelehnten Richter seit dem Bekanntwerden der Beratertätigkeit ihres ehemaligen Vorsitzenden in dem von den Antragstellern behaupteten Loyalitätskonflikt befinden. Die grundsätzliche Frage lautet, ob das (beendete) Kollegialitätsverhältnis einen vernünftigen Grund darstellt, um an der Objektivität eines Richters zu zweifeln.

Eben diese Fragestellung ist immer wieder Gegenstand von Befangenheitsanträgen und wird von der einschlägigen Kommentarliteratur als eigene Fallgruppe geführt.<sup>141</sup> Die diesbezüglich bereits gewonnenen Erkenntnisse können jedoch nicht schematisch herangezogen werden. Es gilt stets die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>142</sup> Als konsensfähig hat sich die Feststellung erwiesen, wonach das bloße Kollegialitätsverhältnis nicht ausreichend ist, um einen generellen Befangenheitsgrund darzustellen.<sup>143</sup> Damit von einer Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 42 ZPO ausgegangen werden kann, ist ein über das bloße Kollegialitätsverhältnis hinausgehendes persönliches Verhältnis des zur Entscheidung berufenen Richters zur Prozesspartei erforderlich.<sup>144</sup> Mit dieser qualifizierten Voraussetzung ist gewährleistet, dass der nach Gesetz und Geschäftsverteilungsplan an sich zuständige Richter nicht ohne triftigen Grund in einem Einzelfall von der Mitwirkung an der Entscheidung ausgeschlossen wird.<sup>145</sup>

Werden die Anforderungen an eine Ablehnung des Richters zu niedrig angesetzt, besteht die Gefahr, dem formellen Gewährleistungsgehalt des Art. 101 I 2 GG nicht zu genügen. Allerdings dürfen die Hürden auch nicht zu hoch liegen, denn der materielle Gewährleistungsgehalt des Art. 101 I 2 GG garantiert dem Rechtsuchenden, dass ein Richter,

---

<sup>140</sup> BGH NJW 2011, 1358, 1359.

<sup>141</sup> So etwa Zöllner/Vollkommer, ZPO, § 42 Rn. 12a; Mannebeck, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl., § 42 Rn. 14; Heinrich in: Musielak-ZPO, § 42 Rn. 16, jeweils m.w.N.

<sup>142</sup> Zöllner/Vollkommer, ZPO, § 42 Rn. 10.

<sup>143</sup> BVerfG NJW 2004, 3550, 3551; LG Göttingen NJW 1999, 2826, 2827; Zöllner/Vollkommer, ZPO, § 42 Rn. 10; Mannebeck, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl., § 42 Rn. 14; MüKoZPO/Gehrlein, Bd. 1, § 42 Rn. 12 jeweils m.w.N.

<sup>144</sup> BVerfG NJW 2004, 3550, 3551.

<sup>145</sup> BVerfG NJW 2004, 3550, 3551.



der im Einzelfall nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist oder abgelehnt werden kann.<sup>146</sup> Die Frage, ob ein Richter als befangen anzusehen ist, bewegt sich damit im Spannungsverhältnis der beiden Gewährleistungsgehalte des Art. 101 I 2 GG. Bei der Antwort darauf ist grundsätzlich auf die Befähigung eines Richters bzw. eines Spruchkörpers zu vertrauen, eine parteiliche Beeinflussung seiner Rechtsprechung zu vermeiden.<sup>147</sup>

Ein entsprechendes Beispiel liefern die nach § 21g GVG beschlossenen Mitwirkungsgrundsätze des II. Zivilsenats. Weil die Richterin *Caliebe* eine Nähebeziehung zu einem Angehörigen einer Anwaltskanzlei unterhält, ist sie in solchen Verfahren von der Mitwirkung ausgeschlossen, in denen die Rechtsanwaltskanzlei in den Vorinstanzen als Bevollmächtigte tätig war.<sup>148</sup> Zuvor hatte das BGH-Präsidium versucht, *Caliebe* dauerhaft in den III. Zivilsenat zu versetzen.<sup>149</sup> Hiergegen wehrte sich *Caliebe* vor den Verwaltungsgerichten und konnte die Versetzung vor dem VGH Baden-Württemberg<sup>150</sup> im Wege einer einstweiligen Anordnung erfolgreich verhindern.<sup>151</sup>

Bei der Abwägung, ob eine vergleichbare Nähebeziehung, also ein über das bloße Kollegialitätsverhältnis hinausgehendes persönliches Verhältnis, auch zwischen *Goette* und seinen ehemaligen Kollegen besteht, hat der II. Zivilsenat indes anders entschieden und die entsprechenden Ablehnungsgesuche zurückgewiesen. Gegen diese Einschätzung könnte die von der Rechtsprechung regelmäßig bejahte engere persönliche Bindung zwischen Richterkollegen angeführt werden,<sup>152</sup> wenn diese demselben Spruchkörper angehören bzw. vor nicht allzu langer Zeit angehört haben.<sup>153</sup> Für die Einschätzung des II. Zivilsenats spricht, dass *Goette* weder als Partei des Rechtsstreits noch als Prozessbevollmächtigter

<sup>146</sup> BVerfG NJW 2005, 3410, 3411.

<sup>147</sup> *Mannebeck*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl., § 42 Rn. 14.

<sup>148</sup> BGH NJW 2011, 1358, 1359.

<sup>149</sup> Der Spiegel 22/2011, S. 32.

<sup>150</sup> Beschl. vom 17.01.2011, 4 S 1/11 (zitiert nach Juris).

<sup>151</sup> Der Spiegel 22/2011, S. 32.

<sup>152</sup> BGH NJW 1957, 1400; OLG Nürnberg, NJW 1967, 1864; OLG Hamm, MDR 1978, 583; OLG Schleswig, MDR 1988, 236.

<sup>153</sup> BVerfG NJW 2004, 3550, 3551.

einer Partei aufgetreten ist.<sup>154</sup> Zudem war die Senatszugehörigkeit *Goettes* zum Zeitpunkt des Bekanntwerdens seiner Beratertätigkeit bereits beendet. Insofern ist die durch die Zugehörigkeit zu demselben Spruchkörper ausgelöste Annahme der persönlichen Verbundenheit zumindest abgeschwächt.

Eine frühere Mitgliedschaft in einem Spruchkörper führt deshalb richtigerweise nur dann zur Besorgnis der Befangenheit eines Richters, wenn aus ihr in der Zukunft fortwirkende Umstände resultieren, etwa eine Freundschaft oder Feindschaft.<sup>155</sup> Unzureichend sind etwa gelegentliche gemeinsame Mittagessen und Treffen bei dienstlich-gesellschaftlichen Anlässen, wie z.B. Beförderungsfeiern.<sup>156</sup> Dass zwischen *Goette* und einzelnen Richtern des II. Zivilsenats eine über das beendete Kollegialitätsverhältnis hinausgehende Freundschaft besteht, haben die Antragsteller mit ihren Ablehnungsgesuchen nicht vorgetragen.<sup>157</sup> Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass durchaus gute Gründe für die Einschätzung des II. Zivilsenats sprechen. Weil dies der Fall ist, erscheint die Entscheidung des II. Zivilsenats nicht als willkürlich und ist deshalb verfassungsrechtlich (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) nicht zu beanstanden.<sup>158</sup>

#### **IV. Fazit**

Wie sehr der Zugang zum Gericht von den Auseinandersetzungen zwischen verfassungsrechtlichen Anforderungen und haushaltspolitischen Möglichkeiten geprägt ist, erweist sich auf den beiden Gebieten des Prozesskosten- und Beratungshilferechts. Obwohl dem Gesetzgeber hier ein beachtlicher und im Bereich der Beratungshilfe besonders großer Gestaltungsspielraum zusteht, erweisen sich doch gerade hier manche Gesetzgebungsvorschläge und Auslegungsergebnisse als überaus problematisch. Im Prozesskostenhilferecht sind Korrekturen möglich, solange das Existenzminimum gewahrt bleibt und eine aus überhöhten

---

<sup>154</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 3550, 3551; BGH NJW 1957, 1400.

<sup>155</sup> OVG Greifswald DÖV 2001, 791.

<sup>156</sup> BVerfG NJW 2004, 3550, 3551.

<sup>157</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 1358 ff.

<sup>158</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 3550, 3551.

Risiken resultierende Rechtsschutzsperre vermieden wird. Setzt der Gesetzgeber dagegen zwingend ein Vorverfahren vor die Einleitung eines Typs von Insolvenzverfahren voraus, dann muss der Verfahrenszugang in zumutbarer Zeit zu erreichen sein, wofür eine Frist von eineinhalb Jahren zu lang ist.

Karrierewege enden nicht mit der Bestellung zum Richter an einem obersten Bundesgericht. Um die Berufsinteressen der Richter mit denen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit auszugleichen, erweist sich das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht immer als das geeignete Instrument. Es verlangt keine bestimmte Art und Weise der Sitzungsvorbereitung durch den Vorsitzenden, wohl aber kann sich die Dauer einer Vakanz als zu lang erweisen. Bei einem Wechsel in eine Anwaltskanzlei bestehen auch verfassungsrechtliche Ansatzpunkte, wenn dieser Wechsel nicht kommuniziert wurde.