

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Die erhobenen Daten belegen, dass die Auseinandersetzung mit der Frage richterbezogenen Lobbyings nicht von bloß theoretischem Interesse ist. Stattdessen deuten die Ergebnisse darauf hin, dass sich die Richterschaft in Deutschland teilweise alltäglich mit spezifisch zugeschnittenem und je nach konkretem Zusammenhang weit verbreitetem Lobbying i.w.S. auseinanderzusetzen hat.⁹⁵⁵ Vor diesem Hintergrund scheint eine verfassungsrechtliche Bewertung nicht nur zweckmäßig, sondern auch geboten.

So gilt es in einem ersten Schritt zunächst zu klären, wie sich Lobbyingmaßnahmen grundsätzlich verfassungsrechtlich einordnen lassen (E.I.). Denn die bisherigen Annäherungen an den Lobbyingbegriff haben eine Aussage darüber, inwiefern Lobbyingbemühungen gegenüber staatlichen Entscheidungsträgern überhaupt rechtlich zulässig sind, bewusst zu vermeiden versucht. Handelt es sich um solche Tätigkeiten, die schon grundsätzlich außerhalb des verfassungsrechtlichen Gefüges stehen? Oder können Lobbyisten sich darauf berufen, dass ihre Einflussnahmebemühungen unter dem Schutz der grundgesetzlich abgesicherten Freiheitsrechte stehen?⁹⁵⁶

Aber auch eine grundrechtliche Absicherung führt nicht zu unbegrenzten Freiheiten. Stattdessen können auch verfassungsrechtlich grundsätzlich geschützte Tätigkeiten in ein Spannungsverhältnis zu anderen Interessen, Verfassungsgütern und Grundrechten geraten. Diese Spannungsverhältnisse sind im Wege der verfassungsrechtlichen Abwägung präzise zu identifizieren und aufzulösen. Die konkurrierenden Rechtsgüter sind dabei möglichst schonend unter Berücksichtigung ihrer abstrakten und konkreten Wertigkeit und Bedeutung so miteinander in Einklang zu bringen, dass jedem Verfassungsgut größtmögliche Geltung zukommt. Es gilt der Grundsatz der praktischen Konkordanz.⁹⁵⁷ Letztlich handelt es sich hierbei um die staatsrechtliche Auseinandersetzung mit dem bereits zu Beginn der Arbeit angesprochenen Vorwurf an Interessenrepräsentation, die Objektivi-

955 Siehe dazu zusammenfassend D.III.

956 Siehe dazu C.I bis C.IV.

957 Stellvertretend BVerfG, v. 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91 – BVerfGE 93, 1-37; Bethge/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90, Rn. 314 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

tät, Glaubwürdigkeit und Transparenz des staatlichen Handelns zugunsten von Einzelinteressen zu untergraben.⁹⁵⁸ Es wird insofern Aufgabe sein, möglicherweise entgegenstehende Verfassungsgrundsätze herauszuarbeiten, eine Abwägung vorzunehmen und dabei relevante Abwägungskriterien und Maßstäbe bzw. Stellschrauben zur präzisen Einzelfallsubsumtion zu entwickeln (E.II).

Wo aufgrund der dargestellten Güterabwägung verfassungsrechtlich geboten oder zumindest wünschenswert, wird zuletzt darauf eingegangen werden müssen, inwiefern Gesetzgeber aber auch rechtsprechende Gewalt präskriptive Entwicklungen im Rahmen des Rechts vornehmen könnten, um auf Gefahren besser vorbereitet und Chancen der Interessenrepräsentation verfassungskonform nutzen zu können (E.III).

I) *Lobbying i.w.S. als verfassungsrechtlich verankertes Grundrecht*

Nicht bloß vereinzelt finden sich im politikwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Schrifttum Stellungnahmen, die von einem Widerspruch von Interessenrepräsentation einerseits und dem Allgemeinwohl bzw. der allumfänglich geltenden staatlichen Gemeinwohlverpflichtung auszugehen scheinen. Lobbying – so der vermittelte Eindruck – untergrabe demokratische Prozesse und stelle Partikularinteressen über das vom Staat anzustrebende Gemeinwohl.⁹⁵⁹ Es müsse – so der zu ziehende Schluss – daher außerhalb der staatlich anzuerkennenden und zu schützenden Handlungen des Einzelnen stehen.

Diese Auffassung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht tragbar. Denn gerade mit Blick auf seine Entstehungsgeschichte verzichtet das Grundgesetz auf eine positive Definition oder ein festgelegtes Verständnis von Gemeinwohl. Stattdessen offenbart es ein partizipatives und pluralistisches

958 *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S. 45f mwN.

959 So *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S.15-18; *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S.163-173; aus politikwissenschaftlicher Sicht auch *Leif/Speth*, in: *Leif/Speth*, Einleitung; *Leif/Speth*, Die stille Macht; weitere Nennungen bei *Wehrmann*, in: *Kleinfeld/Zimmer/Willems*, Lobbying in Deutschland – Begriff und Trends, S.56f; und *Dagger*, in: *Dagger/Kambeck*, Politikberatung und Lobbying in Brüssel, S.11; zur Gemeinwohlvereinbarkeit von Lobbying differenzierend *Bentele*, in: *Rieksmeier*, Praxisbuch: politische Interessenvermittlung, S. 13-21.

Gemeinwohlverständnis, wenn es das Allgemeinwohl als Ziel jeden staatlichen Handelns⁹⁶⁰ und als von allen Verfassungsbestimmungen stillschweigend vorausgesetztes, transpositives „Meta-Verfassungsgebot“ beschreibt.⁹⁶¹ Als insofern übergeordnete Staatszielbestimmung gibt die Gemeinwohlbindung Leitlinien bei der Auslegung positiv festgehaltener Verfassungsprinzipien und Grundrechte vor,⁹⁶² bleibt jedoch zugleich bewusst so vage und unscharf, dass es etwa nicht unmittelbar im Rahmen einer Güterabwägung herangezogen werden könnte.⁹⁶³ Das vom Grundgesetz verfolgte Allgemeinwohl realisiert sich stattdessen im freiheitlich verfassten Gemeinwesen als Solchem, und damit auch in der Verwirklichung uneinheitlicher und sich widersprechender grundrechtlicher Freiheiten.⁹⁶⁴

Schon seit den frühesten Jahren der Bundesrepublik ist man sich daher in der herrschenden rechts- und politikwissenschaftlichen Literatur einig, dass in einem demokratischen und pluralistischen Rechtsstaat jeder Teil der Gesellschaft die auch verfassungsrechtlich zugestandene Möglichkeit haben muss, an der politischen Willensbildung des Staates aktiv mitzuwirken.⁹⁶⁵ Die Verfolgung von Partikularinteressen gegenüber dem Staat ist damit zugleich Grundlage für die Ermittlung des Gemeinwohlinhalts,⁹⁶⁶ und wesentlicher Garant zur Erfüllung staatlicher Gemeinwohlverpflichtung.⁹⁶⁷ Denn es „lässt sich nicht bezweifeln, dass außerparlamentarische

960 BVerfG, v. 17.07.2003 – 2 BvL 1/99; BVerfG, v. 09.05.1972 – 1 BvR 518/62 –BVerfGE 33, 125-171; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, § 71: Gemeinwohl im Verfassungsstaat, Rn.63 ff mwN.

961 *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, § 71: Gemeinwohl im Verfassungsstaat, Rn.63 ff mwN; *Kotzur*, in: Isensee/Kirchhof, § 260: Thematik des Verfassungsgesetzes, Rn. 7f.

962 Vgl. auch *Starck*, in: Isensee/Kirchhof, § 271: Maximen der Verfassungsauslegung, Rn. 46 ff.

963 Siehe BVerfG, v. 26.05.1970 – 1 BvR 83/69 –BVerfGE 28, 243-264; BVerfG, v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 –BVerfGE 30, 173-227; BVerfG, v. 19.10.1971 – 1 BvR 387/65 –BVerfGE 32, 98-111.

964 *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, § 71: Gemeinwohl im Verfassungsstaat, Rn. 2, 110-131; *Starck*, in: Isensee/Kirchhof, § 271: Maximen der Verfassungsauslegung, Rn. 46 ff.

965 Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, S. 231-236 mwN; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 186; *Scheuner*, Z. Für Evang. Ethik 1957, 30, S.33, 34; *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S.139 ff mwN.

966 *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, § 71: Gemeinwohl im Verfassungsstaat, Rn. 71; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof § 254: Legitimation des Grundgesetzes, Rn. 65.

967 Vgl. *Mayntz*, in: Mayntz/Biedenkopf, Verbände zwischen Mitgliederinteressen und Gemeinwohl, S.11 – 35; zur politikwissenschaftlichen Einordnung zusammenfassend und abwägend *Bentele*, in: Rieksmeier, Praxisbuch: politische Interessenver-

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Aktionen vielfältiger Art denkbar sind, die einer legitimen Einwirkung auf [den Staat] [...] dienen können, vor allem soweit sie dazu bestimmt sind, [...] über die [...] zu bestimmten politischen Fragen vorhandenen Meinungen zu unterrichten. An sich ist es daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass ‚Interessentengruppen‘ auf [Entscheidungsträger] [...] einzuwirken suchen.“⁹⁶⁸

Die präzise verfassungsrechtliche Einordnung dieser außerparlamentarischen und dennoch politischen Kommunikation zwischen Gesellschaft und Staat⁹⁶⁹ ist soweit ersichtlich jedoch im Einzelnen weitestgehend ungeklärt. In der Literatur finden sich zwar Versuche, Interessenrepräsentation einer oder mehreren Grundrechts- und Verfassungsbestimmungen zuzuordnen. Eine trennscharfe Unterscheidung der verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechte einerseits und ihrer jeweiligen Schutzbereiche andererseits erfolgt dabei jedoch zumeist nicht. Zur bestehenden Unschärfe trägt die uneinheitliche Terminologie der unterschiedlichen involvierten Wissenschaftsdisziplinen noch weiter bei.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist daher eine Präzisierung der verfassungsdogmatischen Verankerung von Interessenrepräsentation angezeigt.⁹⁷⁰

Auch in diesem Zusammenhang erscheint es zunächst⁹⁷¹ zweckmäßig, auf die bereits etablierte Unterscheidung von *direktem* und *indirektem* Lobbying zurückzugreifen: Denn während direkte Interessenrepräsentation einen unmittelbaren Kommunikationsakt zwischen Interessenrepräsentant und Staat voraussetzt und damit auf unmittelbar die Beeinflussung des *Entscheidungswillens* der in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG genannten Staatsgewalten anstrebt (E.I.2),⁹⁷² fußt indirekte Interessenrepräsentation auf zunächst vom Interessenrepräsentanten beeinflussten Intermediären, seien es nun

mittlung, S. 13-21; aus rechtlicher Sicht beispielsweise *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 117-120; *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S. 163; *Sodan*, LKV 2012, 193, S.196; *Rux/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 20, Rn.118-121.

968 BVerfG, v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85.

969 Zum Begriff *Nettesheim*, Die Registrierungspflicht im Transparenzregister für Interessenrepräsentanten, S.24

970 Vgl. dazu *Merten*, in: *Merten/Papier*, § 35: Begriff und Abgrenzung der Grundrechte; *Gerig*, ZRP 2014, 247.

971 Dazu aber E.II.3.

972 Vgl. BVerfG, v. 30.07.1958 – 2 BvF 3/58, 2 BvF 6/58, BVerfGE 8, 104; BVerfG, v. 05.04.2005 – 1 BvR 774/02, BVerfGE 113, 1.

I) Lobbying i.w.S. als verfassungsrechtlich verankertes Grundrecht

Medien, Experten oder die Öffentlichkeit als solche. Indirektes Lobbying zielt damit auf die Beeinflussung des in Art. 21 GG genannten *Volkswilens*,⁹⁷³ und verbleibt damit zunächst vollständig in der gesellschaftlichen Sphäre zwischen gleichberechtigten Bürgerinnen und Bürgern (E.I.1). Es liegt nahe, dass diese unterschiedlichen Handlungs- und Zielrichtungen Auswirkungen auf die grundrechtliche Einordnung der Interessenrepräsentation haben werden.

I.1) Verfassungsrechtliche Einordnung indirekten Lobbyings i.w.S.

An die im Grundgesetz angelegte Unterscheidung von *gesellschaftlicher Meinungsbildung* im Sinne von Art. 21 GG einerseits und *staatlicher Entscheidungsfindung* im Sinne von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG andererseits anknüpfend fällt es der Rechtswissenschaft vergleichsweise leicht, indirektes Lobbying als Bestandteil der von Art. 21 GG zugunsten eines demokratischen Gemeinwesens geforderten öffentlichen Diskussion und Debatte zu verstehen. Damit kommt indirekter Interessenrepräsentation der grundrechtliche Schutz von Art. 5 Abs. 1 GG zu.⁹⁷⁴

Das Grundgesetz fordert und schützt in Art. 21 Abs. 1 S.1 GG in bewusstem Gegensatz zur Willensbildung der staatlichen Organe den in der Gesellschaft und damit *außerhalb* des Staates stattfindenden Austausch von Meinungen und Ansichten.⁹⁷⁵ Die *politische Willensbildung des Volkes* beschreibt eine freie Kommunikation zwischen verschiedenen Individuen und Personengruppen, unabhängig von ihrer konkreten Form und ihrer rechtlichen Ausgestaltung. Auch allgemeingesellschaftliche Institutionen wie Kirchen, (Fach-)Medien sowie die politischen Parteien sollen Teil dieser öffentlichen Debatte sein. Meinungen, Ziele und Ideen all dieser

⁹⁷³ Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 32 ff; Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 42: Öffentliche Meinung, Massenmedien, Rn. 20 ff.

⁹⁷⁴ Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 4, 11; BVerfG, v. 30.07.1958 – 2 BvF 3/58, 2 BvF 6/58, BVerfGE 8, 104; Krüger, in: Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, S. 285 ff. spricht von einer Verfassungserwartung an die Bevölkerung.

⁹⁷⁵ Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 42: Öffentliche Meinung, Massenmedien, Rn. 11 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Akteure sollen in freien und offenen Wettstreit zueinander⁹⁷⁶ um die Deutungshoheit in der Bevölkerung streiten.⁹⁷⁷

Indirektes Lobbying setzt zielgerichtet an dieser öffentlichen Meinungsbildung an, und beschreibt die interessengeleitete Kommunikation mit anderen Akteuren der gesellschaftlichen Sphäre. Der Interessenrepräsentant kommuniziert mit den Medien, anderen Verbänden oder Lobbygruppen, der Öffentlichkeit als solcher oder sonstigen als einflussreich anzusehenden Personen(gruppen). Er verspricht sich auf diese Weise eine Multiplikation seines Anliegens sowie die Unterstützung durch ein möglichst breites Feld von Akteuren. Indirektes Lobbying i.w.S. zielt darauf ab, ein öffentliches Meinungsbild zu erzeugen, dass gegenüber den öffentlichen Entscheidungsträgern einen möglichst eindeutigen Erwartungs- und Entscheidungsdruck erzeugt.⁹⁷⁸ Genau diese bewusst vom Interessenrepräsentanten angestrebte öffentliche Erwartungshaltung und Beeinflussung der Entscheidungsträger beschreibt die Staatswissenschaft als ‚Vorformung‘ des späteren Staatswillens.⁹⁷⁹

Damit bewegen sich die verschiedenen Maßnahmen indirekter Interessenvertretung – also etwa strategische PR-Litigation in Alltagsmedien, die Finanzierung oder Lancierung von Fachzeitschriftenbeiträgen – in der vom Grundgesetz etwa in Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG vorgesehenen Politik-Arena. Den Akteuren steht damit nach im Kern einhelliger Ansicht ein Recht auf Beteiligung an dieser gesellschaftlichen Meinungsbildung und Entscheidungsvorformung zu, welches je nach Akteur, Einflussnahmestrategie und Interesseninhalt in Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GG, Art. 9 Abs. 1

976 Vgl. BVerfG, v. 19.07.1966 – 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56.

977 Vgl. Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 28; Scheuner, Z. Für Evang. Ethik 1957, 30, S. 34.

978 Das Bundesverfassungsgericht spricht in Bezug auf die Versammlungsfreiheit von einer direktdemokratischen Kompensation des repräsentativen Verfassungsgefüges, BVerfG, v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315; Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 42: Öffentliche Meinung, Massenmedien, Rn. 12ff.

979 Zum Ursprung der Formulierung Scheuner, Z. Für Evang. Ethik 1957, 30, S. 34 ff; schon BVerfG, v. 30.07.1958 – 2 BvF 3/58, 2 BvF 6/58, BVerfGE 8, 104: die Formulierung als Vorformung des Volkswillens ist insofern ungenau, als dass sie auf eine veraltete Terminologie zurückgreift, die zwischen Staats- und Volkswillen nicht unterscheidet; vgl. inhaltlich korrekt Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 35; Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 164: Versammlungsfreiheit.

und Abs. 3 GG oder Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG abgesichert ist.⁹⁸⁰ Dreh- und An-gelpunkt der indirekten Interessenrepräsentation bleibt jedoch Art. 5 Abs. 1 GG,⁹⁸¹ der die inhaltliche Auseinandersetzung innerhalb der gesellschaftlichen Sphäre und einen für das demokratische Staatswesen essentiellen „Kampf der Meinungen“ grundrechtlich absichert.⁹⁸² Flankiert wird der unmittelbare Kommunikationsakt von den Gruppen- und Allianzenbildungen schützenden Art. 8 GG, Art. 9 GG, Art. 21 GG sowie Art. 4 GG bzw. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 S. 1 WRV.⁹⁸³

Zusammen mit Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG präzisieren die genannten Verfassungsbestimmungen mithilfe ihres objektiven Regelungsgehalts das grundgesetzliche Demokratieverständnis aus Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG.⁹⁸⁴ Sie stellen klar, dass sich der Volkswille in der vom Grundgesetz nachgezeichneten repräsentativen Demokratie nicht nur in Wahlen und Abstimmungen manifestiert, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 38 Abs. 1 GG,⁹⁸⁵ sondern eben gerade auch in der öffentlichen Diskussion und Herausbildung des gesellschaftlichen politischen Willens gegenüber dem Staat.⁹⁸⁶ Es ist objektiver Regelungsauftrag an den Staat und zugleich subjektives Recht eines jeden Bürgers, an dieser Diskussion und politischen Willensbildung teilhaben zu können.⁹⁸⁷

980 Statt aller *Schmitt Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 4, 11 mwN; ausführlich dazu auch E.II.3.1.

981 Insofern auch Art. 5 GG als Kommunikationsgrundrecht Grabenwarter/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5, Rn. 5-9.

982 BVerfG, v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; BVerfG, v. 20.10.1982 – 1 BvR 1467/80 – BVerfGE 61, 210–259; BVerfG, v. 15.11.1982 – 1 BvR 108/80 – BVerfGE 62, 230–248; BVerfG, v. 14.07.1987 – 1 BvR 362/79 – BVerfGE 76, 196–210; BVerfG, v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 – BVerfGE 93, 266–319; differenzierend *Schmidt-Jortzig*, in Isensee/Kirchhof, § 162: Meinungs- und Informationsfreiheit, Rn. 3ff, insb. 8-14 mwN.

983 Vgl. dazu *Schmitt Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 18-24 mwN.

984 *Schmidt-Jortzig*, in Isensee/Kirchhof, § 162: Meinungs- und Informationsfreiheit, Rn. 12 ff.

985 Grzesick/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, I, Rn. 66-76; Huster/Rux/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 20, Rn. 55 ff; Hofmann/*Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 20, Rn. 46 ff.

986 Siehe *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland; Dreier/*Dreier u. a.*, Grundgesetz, Art. 20, Rn. 72; vgl. BVerfG, v. 19.07.1966 – 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56.

987 Vgl. BVerfG, v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315; BVerfG, v. 19.07.1966 – 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Wenn nun aber rechtswissenschaftliches Schrifttum⁹⁸⁸ und Bundesverfassungsgericht⁹⁸⁹ betonen, der öffentlichen Meinung komme außerhalb von Abstimmungen und Wahlen keine demokratisch *legitimierende* Wirkung für oder gegen ein bestimmtes Handeln zu, so ist dem nur kompetenzverfassungsrechtlich zuzustimmen:⁹⁹⁰ Denn tatsächlich ist es in einem als Gegensatz zum Totalitarismus aufgebauten grundrechtsschützend-demokratischen Staat notwendig, dass Staatsorgane nicht weisungsrechtlich an die öffentliche Meinung gebunden sind.⁹⁹¹ Die staatlichen Organe sind in ihrer Willensbildung *frei*.⁹⁹² Die Existenz einer faktischen Beeinflussungswirkung einer deutlichen, möglicherweise einheitlichen öffentlichen Meinung kann aber letztlich nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden.⁹⁹³

I.2) Verfassungsrechtliche Einordnung direkten Lobbyings i.w.S.

Wesentlich schwerer fällt die verfassungsrechtliche Einordnung *direkten* Lobbyings als unmittelbarer Einflussnahmeversuch auf die gegenüber dem Volkswillen autonome Willensbildung des Staates und seiner Organe.

I.2.1) Direktes Lobbying als grundrechtsgeschützte Tätigkeit

Soweit vor allem im klassischen staatsrechtlichen Schrifttum aus der kompetenzrechtlichen Unterscheidung von Staats- und Volkswillen⁹⁹⁴ und der damit verbundenen Formstrenge⁹⁹⁵ gefolgt wurde, es bestünde außerhalb

988 Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 31; Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung S.191f mwN pro und contra.

989 BVerfG, v. 02.03.1977 – 2 BvE 1/76, BVerfGE 44, 125; BVerfG, v. 14.07.1986 – 2 BvE 2/84, 2 BvR 442/84, BVerfGE 73, 40.

990 Vgl. insofern Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 164: Versammlungsfreiheit.

991 Stern, Staatsrecht I, S. 619; Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 35, relativierend Rn. 36; Schambeck, Staat, Öffentlichkeit und öffentliche Meinung, S. 731.

992 Vgl. Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 164: Versammlungsfreiheit.

993 Schmidt-Jortzig, in Isensee/Kirchhof, § 162: Meinungs- und Informationsfreiheit, Rn. 9; auch Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 42: Öffentliche Meinung, Massenmedien, Rn. 17-20, mit Beispielen Rn. 30-34, ausführlich Rn. 23-29 mwN.

994 Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 42: Öffentliche Meinung, Massenmedien, Rn. 20.

995 Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 35.

des Art. 38 Abs.1 GG *kein Grundrecht auf Partizipation* am Staatswillensbildungsprozess,⁹⁹⁶ ist dem allenfalls insoweit zuzustimmen, dass regelmäßig *kein verfassungsrechtlicher Anspruch* auf Teilhabe an bestimmten Entscheidungen des Staates (*status positivus*) besteht. Andernfalls wäre die rechtsstaatlich nicht zuletzt auch zugunsten der Grundrechte und des Minderheitenschutzes notwendige Entscheidungsautonomie der Staatsgewalten und ihrer Organe und Amtswalter nicht gewährleistet.⁹⁹⁷

Nichtsdestotrotz hat das Bundesverfassungsgericht seit seinem frühen KPD-Urteil wiederholt den umfassenden Grundrechtsschutz im vom Grundgesetz vorgesehenen pluralistisch-repräsentativen Rechtsstaat betont:⁹⁹⁸ Ein Staat, der sich der Kommunikation und Beeinflussung durch Akteure der gesellschaftlichen Sphäre zu entziehen versucht, findet im Grundgesetz keine verfassungsrechtliche Stütze.⁹⁹⁹ Stattdessen scheint die Mehrheit in Literatur, Rechtsprechung und Praxis mittlerweile – auch durch den demokratietheoretischen Austausch mit dem anglo-amerikanischen Rechtsraum¹⁰⁰⁰ – die unmittelbar auf Beeinflussung der staatlichen Willensbildung gerichtete Kontaktaufnahme durch Interessengruppen als grundrechtsgeschützte Tätigkeit zu verstehen.¹⁰⁰¹ Das oben mit Blick auf die Bildung des Volkswillens formulierte und aus dem Kommunikationsrech-

-
- 996 Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 32; Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 164: Versammlungsfreiheit.
- 997 Allgemein hierzu Müller-Franken/Schmidt-Bleibtreu, GG, Vorb. v. Art. I, Rn. 18; Voßkuhle/Kaiser, JuS 2011, 411; Graf von Kielmansegg, JuS 2009, 19; hinsichtlich Art. 9 Abs. 3 GG Hanau, DRiZ 1992, 422, S. 425.
- 998 BVerfG, v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51 – BVerfGE 5, 85–393; in diese Richtung gehend für Versammlungen BVerfG, v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315; ebenso für Koalitionen BVerfG, v. 06.02.2007 – 1 BvR 978/05; auch bereits BVerfG, v. 28.04.1976 – 1 BvR 71/73 – BVerfGE 42, 133–143; BVerfG, v. 07.04.1981 – 2 BvR 446/80 – BVerfGE 57, 29–39.
- 999 Noch eindeutiger, jedoch nur für Gewerkschaften hinsichtlich Art. 9 Abs. 3 GG formulierend BAGE II 3, 230, S. 234; zust. im Schrifttum etwa Krannen-gießer/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 9, Rn. 23.
- 1000 So zurecht Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof, § 164: Versammlungsfreiheit; BVerfG, v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315; BVerfG, v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315, dort unter Bezugnahme auf umfangreiche Literatur.
- 1001 Gerig, ZRP 2014, 247, der missverständlich von einer Legitimationsbedürftigkeit spricht, dann aber eine grundrechtliche Legitimation erkennt; Sodan, LKV 2012, 193, S. 193; Nettlesheim, Die Registrierungspflicht im Transparenzregister für Interessenrepräsentanten; Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 131f; wohl auch Hoppe, ZRP 2009, 39; Hanau, DRiZ 1992, 422, S. 425f.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

ten hergeleitete Teilhaberecht an der Bildung der öffentlichen Meinung¹⁰⁰² soll sich also auch auf die Interaktionen mit dem Staat und seinen Organen mit Blick auf dessen autonomer Willensbildung erstrecken.

Von der herrschenden juristischen Meinung unbeantwortet bleibt hingegen die Frage, dem sachlichen Schutzbereich welcher Grundrechtsbestimmung der unmittelbare Einflussnahmeverversuch denn nun eigentlich zuzuordnen sein soll.

I.2.2) Direktes Lobbying als Petitionsrecht – Art. 17 GG?

Die politikwissenschaftliche Literatur sowie die angelsächsische Rechtsdogmatik schlagen vor, unmittelbare Lobbyingmaßnahmen i.w.S. dem Petitionsrecht zuzuordnen.¹⁰⁰³ Und auch die deutsche Staatsrechtswissenschaft erkennt die Nähe des Petitionsrechts zur staatlichen Willensbildung: Gerae aufgrund seiner Staatsgerichtetheit gehöre Art. 17 GG nicht zu den indirektes Lobbying beschreibenden Kommunikationsfreiheiten, die ja auf Mitwirkung an der Bildung der öffentlichen Meinung gerichtet seien.¹⁰⁰⁴ Insofern scheint das in Art. 17 GG verankerte Jedermanns-Grundrecht, sich „*einzel*n oder in *Gemeinschaft mit anderen*“ mithilfe von „*Bitten oder Beschwerden*“ an staatliche Stellen wenden zu dürfen, die unmittelbare Kontaktaufnahme von Interessenrepräsentanten mit staatlichen Entscheidungsträgern auf den ersten Blicken trefflich zu umschreiben. Das von Art. 17 GG geforderte *petitum*, mit welchem die aktive Einflussnahme auf Staatsorgane und deren Verhalten umschrieben wird,¹⁰⁰⁵ dürfte bei der Beeinflussung von Richterinnen und Richtern insofern regelmäßig in der Bitte um Berücksichtigung des lobbyistischen Vorbringens und der Anpassung des richterlichen Entscheidungsverhaltens liegen.¹⁰⁰⁶

1002 BVerfG, v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315, S. 81.

1003 Vgl. *Kloepfer*, in: Isensee/Kirchhof, § 164: Versammlungsfreiheit; *Zetter*, Lobbying: The art of political persuasion; *Gerig/Ritz*, EuZW 2014, S. 857; *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik; *Krick*, in: von Winter/von Blumenthal, Je strenger, desto besser? Lobbyismusregulierung in den USA und der EU; *Classen*, Interessenvertretung in der Europäischen Union; *Hoppe*, ZRP 2009, 39.

1004 So auch *Friesenhahn*, in: Huber, Recht als Prozess und Gefüge, S. 260; *Stettner/Kahl u. a.*, BK GG, Art. 17, Rn. 14f mwN; *Schmitt Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 12 mwN.

1005 *Stein/Denninger*, AK-GG, Art. 17, Rn. 6.

1006 *Ebenso Kühne*, Amicus curiae, S.261; *Otte*, DAJV-NewsL. 1990, 37, S. 41.

Dennoch bestehen nachhaltige Zweifel, ob Art. 17 GG tatsächlich für lobbyistische Einflussnahmeversuche gegenüber staatlichen Akteuren im Allgemeinen und gegenüber der Richterschaft im Besonderen herangezogen werden kann.

So ist der sachliche Schutzbereich von Art. 17 GG in einer Weise formuliert, die weder die Gesamtheit noch den eigentlichen Schwerpunkt der lobbyistischen Handlungsoptionen und Strategien erfassen kann. Das grundgesetzliche Petitionsrecht umfasst nämlich nach Wortlaut und allgemeiner Meinung allein *schriftliche* Eingaben. Zwar wird dieses Formenfordernis weit ausgelegt, sodass auch digitale Kontaktaufnahmen genügen dürften.¹⁰⁰⁷ Dennoch wären hiermit zahlreiche, aus Sicht der Interessenrepräsentanten attraktive Kontaktaufnahmeversuche, nicht vom Schutzbereich umfasst: Ein unmittelbares Ansprechen auf Networking-Events oder im Abgeordnetenzimmer, ebenso wie der Anruf und das Briefing im Allgemeinen wären dem grundrechtlichen Schutz entzogen,¹⁰⁰⁸ oder müssten einem anderen Grundrecht zugewiesen werden. Damit drohte jedoch eine unhandliche Ungleichbehandlung vergleichbarer und oftmals miteinander verschränkter Lobbyingstrategien, die es schon aus Praktikabilitätsgründen zu vermeiden gilt.

Nach herrschender Ansicht könnte Art. 17 GG auch deshalb keine Lobbyingmaßnahmen gegenüber der Justiz umschreiben, weil dessen Schutzbereich teleologisch reduziert werden müsse auf Anschreiben, welche nicht Bitten und Beschwerden hinsichtlich der Ausübung rechtsprechender Gewalt umfassen.¹⁰⁰⁹ Zwar könnten auch Gerichte „zuständige Stelle“ im Sinne des Normwortlauts sein,¹⁰¹⁰ ein Richter oder eine Richterin könnten die von Art. 17 GG eingeforderte Reaktion oder Handlung aber gar nicht in verfassungskonformer Weise umsetzen. Denn als aufgrund von Art. 92 GG, Art. 97 GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu Neutralität und Passivität verpflichtete¹⁰¹¹ und zugleich an Recht und Gesetz und damit auch an

1007 Hierzu umfassend Gnatzky/ Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 17, Rn. 9 mwN.

1008 So auch Gerig, ZRP 2014, 247, S. 247.

1009 Vgl. BVerfG, v. 16.06.1973 – 2 BvQ 1/73; Bauer, in: Merten/Papier, § 117: Petitionsrecht, Rn. 40; wohl auch Langenfeld, in: Isensee/Kirchhof, § 39: Das Petitionsrecht, Rn. 38; Klein/Schwarz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 17, Rn. 102; stillschweigend Stein/Denninger, AK-GG, Art. 17, Rn. 5f; aA Hirte, ZZP 1991, II, S. 63.

1010 Klein/Schwarz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 17, Rn. 102; Stern, Staatsrecht IV/2, S. 299f; Bauer/Dreier u. a., GG, Art. 17, Rn. 83 ff; Brocker/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 17, Rn. 17 ff; Graf Vitzthum/März, JZ 1985, 809, S. 811.

1011 Dazu C.IV.2.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

das Prozessrecht gebundene Richterschaft¹⁰¹² würde eine Reaktion auf die Petition letztlich stets eine Verletzung anderer Verfassungsbestimmungen nach sich ziehen. Die herrschende Ansicht betont darüber hinaus, dass die Richterschaft im Ergebnis rechtliches Gehör zulassen müsste, wo das Prozessrecht gar keines vorsehe, und damit auch den Gehalt jener Verfahrensarten aushöhlen, die ausdrücklich zur Wahrung rechtlichen Gehörs eingerichtet worden sind.¹⁰¹³ Objektiv-rechtlich verpflichtet Art. 103 Abs. 1 GG nämlich zur Ausgestaltung des Verfahrensrechts unter Berücksichtigung eines Mindestmaßes an Einflussnahmemöglichkeiten der Prozessbeteiligten.¹⁰¹⁴ Zugleich ziehe der Gesetzgeber damit aber auch die Grenzen des gewährenden rechtlichen Gehörs.¹⁰¹⁵ Weil ein Interessenrepräsentant definitiengemäß kein Prozessbeteiligter ist stehe ihm kein verfassungsrechtlicher Schutz nach Art. 103 Abs. 1 GG zu.¹⁰¹⁶ Eine grundrechtliche Absicherung mittels Art. 17 GG höhle daher letztlich die verfassungsrechtliche Wertung des Art. 103 Abs. 1 GG aus.

Der herrschenden Meinung ist im Ergebnis zuzustimmen. Der sachliche Schutzbereich des Art. 17 GG ist ungeeignet, mündlich-formloses Lobbying zu erfassen, welches aber in der lobbyistischen Praxis einen Schwerpunkt der angewandten Methodik darstellt.

Nicht überzeugen kann jedoch, dieses Ergebnis mit rechtsstaatlichen Erwägungen zu begründen. Schon ein Blick in die Praxis von Gerichten im Umgang mit formlosen, petitionsähnlichen Eingaben lässt Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Meinung aufkommen, eine Bearbeitung nach Art. 17 GG sei „nicht gestattet“¹⁰¹⁷ Stattdessen sehen sich viele Richterinnen und Richter sehr wohl dazu angehalten, auf entsprechende Anschreiben nach Kenntnisnahme zu reagieren. Anders als die persönliche, formlose Ansprache erscheint die strenge Zurückweisung entsprechender Anschrei-

1012 Vgl. Klein/Schwarz/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG Art. 17, Rn. 102; ähnlich BVerfG, v. 10.06.2002 – 2 BvQ 17/02.

1013 *Kühne*, Amicus curiae, S. 192 ff, zusammenfassend S. 264.

1014 Vgl. BVerfG, v. 09.07.1980 – 2 BvR 701/80 –BVerfGE 55, 1; BVerfG, v. 18.06.1985 – 2 BvR 414/84 –BVerfGE 70, 180; BVerfG, v. 21.04.1982 – 2 BvR 810/81 –BVerfGE 60, 305 BVerfG, v. 23.10.2007 – 1 BvR 782/07 –BVerfGE 119, 292; *Grafshof*, in: Merten/Papier, §113: Rechtliches Gehör, Rn. 16.

1015 BVerfG, v. 08.01.1959 – 1 BvR 396/55 –BVerfGE 9, 89; BVerfG, v. 02.12.1987 – 1 BvR 1291/85 –BVerfGE 77, 275; *Grafshof*, in: Merten/Papier, § 113: Rechtliches Gehör, Rn. 22.

1016 Zum Berechtigtenkreis von Art. 103 Abs. 1 GG Degenhart/*Sachs*, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 9f.

1017 So aber BVerfG, v. 10.06.2002 – 2 BvQ 17/02.

ben den Richterinnen und Richtern vergleichsweise unangemessen. Auch die Ergebnisse der Studie zum gerichtlichen Umgang mit Amicus-Curiae-Briefen deuten auf eine petitionsähnliche Bearbeitung entsprechender Einlagen hin.¹⁰¹⁸

Aber auch rechtlich bestehen Zweifel. Zwar bedarf das Gericht als passive Staatsgewalt unstreitig einer gesetzlichen Ermächtigung und Kompetenzzuweisung für das eigene Tätigwerden. Eine solche folgt jedoch unmittelbar aus Art.17 GG, der den staatlichen Adressaten einer Petition zur Annahme derselben, einer inhaltlichen Auseinandersetzung und der förmlichen Bescheidung in Form einer Antwort verpflichtet.¹⁰¹⁹ Der subjektiv-rechtliche Gehalt von Art. 17 GG vermittelt dem Gericht die Kompetenz und Ermächtigung zum Tätigwerden, einer einfachgesetzlichen Verankerung bedarf es deshalb nicht. Hiergegen sprechen auch keine vermeintlich zu befürchtenden Verletzungen rechtstaatlich zu beachtender Verfassungsprinzipien. Ein Verstoß gegen die richterliche Neutralität und Passivität etwa sind vielmehr gar nicht erst zu befürchten – die entsprechenden Normen wären vielmehr gar nicht anwendbar.¹⁰²⁰ Erließe nämlich der betroffene Richter einen Petitionsbescheid, wäre dies selbst bei auf die rechtsprechende Tätigkeit ausgerichtetem *petitum* keine Ausübung *rechtsprechender*, sondern allenfalls *exekutiver* Gewalt.

Und auch eine Verletzung des in Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG verankerten rechtlichen Gehörs ist letztlich nicht erkennbar.¹⁰²¹ Denn Art.17 GG und Art. 103 Abs. 1 GG überschneiden sich hinsichtlich ihrer Regelungsgegenstände nicht, sondern verlaufen mit Blick auf Regelungszweck und Norminhalt vielmehr parallel zueinander: Art. 103 Abs. 1 GG¹⁰²² sichert jedem Prozessbeteiligten innerhalb eines Verfahrens zu, Gelegenheit zur Äußerung bezüglich Sachverhalt und Rechtslage eingeräumt zu bekommen.¹⁰²³ Das rechtliche Gehör ist unmittelbare Ausprägung des

1018 Siehe insgesamt D.I.B. und D.II.B.

1019 BVerfG, v. 22.04.1953 – 1 BvR 162/51 –BVerfGE 2, 225; BVerfG, v. 17.07.1992 – 1 BvR 179/92; Krings, JuS 2004, 477.

1020 So aber wohl BVerfG, v. 10.06.2002 – 2 BvQ 17/02; Sachs, JuS 2003, 290.

1021 Dazu Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 103 Abs. 1, Rn. 40–51.

1022 Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des rechtlichen Gehörs insgesamt *Graßhof*, in: Merten/Papier, § 113: Rechtliches Gehör, Rn. 12 ff; zum subjektiven Schutzbereich *Graßhof*, in: Merten/Papier, § 113: Rechtliches Gehör, Rn. 18f; auch Schmahl/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 103, Rn. 12.

1023 *Graßhof*, in: Merten/Papier, § 113: Rechtliches Gehör, Rn. 20f; Uhle, in: Merten/Papier, § 129: Rechtsstaatliche Prozessgrundrechte und -grundsätze, Rn. 34,

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Rechtsstaatsprinzips und steht deshalb in unmittelbarer Verbindung zur Verfassungsgarantie des effektiven, auf den Schutz des Einzelnen und seiner Grundrechte gerichteten Rechtsschutzes.¹⁰²⁴ Auch dem Petitionsrecht aus Art. 17 GG ist eine solche Rechtsschutzfunktion nicht fremd, diese tritt jedoch zugunsten deutlich weitergehender Funktionen zurück.¹⁰²⁵ So dient das Petitionsrecht im grundgesetzlichen Kontext der eher grundsätzlichen Artikulation von Bedenken und Informationen, und damit auch der nicht-rechtlichen Interessenvertretung gegenüber dem Staat und seinen Vertretern. Die Petition hat zudem einen oftmals gemeinwohlbezogenen Charakter.¹⁰²⁶

Im Ergebnis kommt Art. 17 GG damit eine eigenständige Bedeutung neben dem rechtlichen Gehör zu, die einen unmittelbaren Konflikt der Verfassungsbestimmungen ausschließt. Nichtsdestotrotz ist Art. 17 GG nicht geeignet, direktes Lobbying als grundgesetzlich geschützte Handlung jeden Bürgers umfassend zu beschreiben.

I.2.3) Direktes Lobbying als politische Kommunikationsfreiheit gegenüber staatlichen Entscheidungsträgern – Art. 5 Abs. 1 GG

Lehnt man mit der herrschenden Meinung Art. 17 GG als für die Darstellung direkten Lobbyings untaugliche Verfassungsbestimmung ab, liegt es nahe, auf die im Rahmen des indirekten Lobbyings herangezogenen Freiheiten und dabei insbesondere auf Art. 5 Abs. 1 GG zurückzugreifen. Schließlich handelt es sich bei direktem und indirektem Lobbying i.w.S. letztlich nur um unterschiedliche Strategien und Methoden ein und der-

45-49; vgl. st.Rspr. BVerfG, v. 19.05.1992 – 1 BvR 986/91 mwN; dazu ausführlich unter F.I.5.

1024 BVerfG, v. 08.01.1959 – 1 BvR 396/55 –BVerfGE 9, 89; *Uhle*, in: Merten/Papier, § 129: Rechtsstaatliche Prozessgrundrechte und -grundsätze, Rn. 44; Hofmann/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 19, Rn. 40 ff mwN

1025 *Bauer*, in: Merten/Papier, § 117: Petitionsrecht, Rn. 14; *Graf Vitzthum/März*, JZ 1985, 809, S. 813; *Schmitt Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 20.

1026 Für Österreich *Schäffer*, in: Merten/Papier/Baumgartner, § 200: Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, Rn.1; *Hornig*, Die Petitionsfreiheit als Element der Staatskommunikation, S.166; *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, S. 165f; *Hirte*, ZZP 1991, II, S. 63; diff. *Bauer*, in: Merten/Papier, § 117: Petitionsrecht, S. 117, Rn. 17.

selben Zwecksetzung. Hinter beiden Vorgehensweisen steht die Absicht einseitiger „politischer Kommunikation“¹⁰²⁷

I.2.3.1) Direktes Lobbying als Kommunikationsgrundrecht nach Art. 5 Abs. 1 GG

Tatsächlich spricht viel dafür, hinsichtlich der grundrechtlichen Verankerung keinen Unterschied danach zu machen, ob nun der Willensbildungsprozess des Staates unmittelbar oder nur mittelbar beeinflusst werden soll. Billigt man Bürgern einer demokratischen Gemeinschaft zu, ihre Interessen zu vertreten und sich für sie gegenüber politischen Gegnern und gesellschaftlichen Konkurrenten einzusetzen,¹⁰²⁸ erscheint eine solche Unterscheidung weder durchgängig möglich noch interessengerecht. Indirektes und direktes Lobbyingbemühen stellen aus Sicht von Interessenrepräsentanten ja gerade deshalb eine einheitliche Gesamtstrategie dar, weil sie sich die Verfolgung der eigenen Interessen effektiv nur durch ein Zusammenspiel der verschiedenen Kommunikationswege erreichen lässt.¹⁰²⁹ Nimmt man den unbestrittenen demokratietheoretischen Gehalt der *mittelbaren* Vorwirkung öffentlich geführten Meinungskampfes zwischen verschiedenen Akteuren der Gesellschaftssphäre ernst,¹⁰³⁰ muss die *unmittelbare* „politische“ Kommunikation zwischen Interessenrepräsentanten und staatlichem Entscheidungsträger erst Recht von den oben genannten Grundrechten geschützt sein.¹⁰³¹

Insofern muss der traditionellen Ansicht widersprochen werden, die den Teilhabeanspruch an der politischen Entscheidungsbildung und damit den demokratischen Mehrwert der Kommunikationsfreiheiten auf die im Rahmen der öffentlichen Meinungsbildung nach Art. 21. Abs. 1 S.1 GG erfolgende *Vorbildung* des Staatswillens beschränkt. Vielmehr muss auch für die *unmittelbar* an den Staat und seine Organe gerichtete politische

1027 *Nettesheim*, Die Registrierungspflicht im Transparenzregister für Interessenrepräsentanten, S. 24.

1028 BVerfG, v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51 – BVerfGE 5, 85–393, (85).

1029 Ähnlich *Nettesheim*, Die Registrierungspflicht im Transparenzregister für Interessenrepräsentanten.

1030 Vgl. stRspr., bspw. BVerfG, v. 08.11.2009 – 1 BvR 2150/08; dazu auch Schmidt/Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 5, Rn. 3f.

1031 Ebenso *Nettesheim*, Die Registrierungspflicht im Transparenzregister für Interessenrepräsentanten, S. 24.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Kommunikation eine gleichermaßen umfassende grundrechtliche Absicherung bestehen.

Kern dieses Grundrechtsschutzes politischer Kommunikationsfreiheiten hat richtigerweise Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu sein.¹⁰³² Die hier verankerte Meinungs- und Meinungsausserungsfreiheit gewährleistet, dass jeder und jede die eigene politisch-gesellschaftliche Meinung in Wort, Schrift oder sonstiger Weise¹⁰³³ bilden, äußern und verbreiten kann.¹⁰³⁴ Sie gewährt dem Grundrechtsträger insbesondere, sich zur Überzeugung der Adressaten für die kundgetane Meinung einzusetzen und auf den Adressaten weitergehend einzuwirken.¹⁰³⁵ Die Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 GG¹⁰³⁶ stehen damit nicht allein in liberal-abwehrender Tradition, sondern in besonders engem Bezug zum unter anderem in Art. 20 Abs. 2 GG verankerten Demokratiegrundsatz.¹⁰³⁷ Denn die politische Kommunikation innerhalb der Gesellschaft wie auch gegenüber dem Staat ist grundlegendes Funktionselement eines demokratischen Gemeinwesens und konstituierendes Merkmal einer freiheitlich demokratischen Staatsordnung.¹⁰³⁸ Insofern dient die Gewährleistung der Meinungsfreiheit auch dem Schutz einer offenen Debatte über politische, gesellschaftliche oder sonstige Fragen des öffentlichen In-

-
- 1032 Im Ergebnis auch *Gerig*, ZRP 2014, 247; *Nettesheim*, Die Registrierungspflicht im Transparenzregister für Interessenrepräsentanten; wohl auch *Wendt/Von Münch u. a.*, GG, Art. 5, Rn. 9; *Merten*, in: *Merten/Papier*, § 35: Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, Rn. 57, 61; *Schmidt-Jortzig*, in: *Inensee/Kirchhof*, § 162: Meinungs- und Informationsfreiheit, Rn. 3 ff, insb. 8-14 mwN.
- 1033 BVerwG, v. 24.10.1985 – 7 C 55/84 –BVerwGE 72, 183-191; BVerfG, v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82 –BVerfGE 71, 108-122; BVerfG, v. 02.03.1977 – 2 BvR 1319/76 –BVerfGE 44, 197-210.
- 1034 BVerfG, v. 13.05.1980 – 1 BvR 103/77 –BVerfGE 54, 129; BVerfG, v. 20.04.1982 – 1 BvR 426/80 –BVerfGE 60, 234; BVerfG, v. 24.03.1998 – 1 BvR 131/96 –BVerfGE 97, 391.
- 1035 Vgl. BVerfG, v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; *Wendt/Von Münch u. a.*, GG, Art. 5, Rn. 9; zu den Grenzen *Bethge/Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 34-37a; *Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 11 ff.
- 1036 Vgl. *Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 1-3.
- 1037 BVerfG, v. 26.06.1990 – 1 BvR 1165/89; *Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 6; vgl. mit Blick auf die EMRK *Grabenwarter*, in: *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, S. 308 ff mwN.
- 1038 Vgl. BVerfG, v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, BVerfGE 69, 315; *Bethge/Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 22f; kritisch dazu *Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 7-9; *Jestaedt*, in: *Merten/Papier*, § 102: Meinungsfreiheit, Rn. 18 ff.

teresses – und damit dem Zweck eines stabilisierten und wohlbehaltenen demokratischen Staatswesens als solchem.¹⁰³⁹

Dieses Recht zur politischen Meinungsäußerung hat seine Grenze in der Ermöglichung der Äußerung selbst. Denn trotz seiner umfassenden Bedeutung für das Individuum wie auch für das Gemeinweisen vermittelt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nach allgemeiner Auffassung keinen Anspruch auf amtliches *Gehör*. Dem Einzelnen muss von Seiten des Staates weder aktive eine Möglichkeit zur Meinungsäußerung gegeben werden, noch muss eine gegenüber dem Entscheidungsträger geäußerte Ansicht beachtet oder gar befolgt werden.¹⁰⁴⁰

Vor dem Hintergrund dieser Einschränkung gelingt es Art. 5 Abs. 1 GG, die vom Schrifttum aufgeworfenen Bedenken hinsichtlich etwaiger Zugangsrechte in angemessener Weise zu berücksichtigen. Eine Zuordnung von direktem Lobbying zum Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG ist damit sachangemessen und begegnet keinen vordergründigen Bedenken.

I.2.3.2) Direktes Lobbying als konkurrenzrechtlich einheitliche Kommunikationsfreiheit

Über Art. 5 Abs. 1 GG hinaus kommen jedoch abhängig von Kommunikationsmittel, Organisation des Akteurs und verfolgtem Interesse auch weitergehende Grundrechte in Betracht.¹⁰⁴¹ Das herrschende Schrifttum sieht diese Grundrechte typischerweise als dem Kommunikationsgrundrecht gegenüber vorrangige, weil speziellere Regelung an. So sei etwa der lobbyistische Kommunikationsakt durch Kirchen und Religionsgemeinschaften aufgrund größerer Sachnähe eher Art. 4 GG und Art. 140 i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, bei Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und vergleichbare

1039 Vgl. besonders deutlich Calliess/*Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 11 GRC, Rn. 5; siehe auch EGMR, Nr. 9815/82, Serie A/103 (Lingens/Österreich); EGMR, Nr. 11 798/85, Serie A/236(Castells/Spanien); vgl. dazu *Hong*, EuGRZ 2011, 214, S. 217.

1040 Vgl. BVerfG, v. 23.06.1958 – 2 BvQ 3/58 –BVerfGE 8, 42-47; BVerfG, v. 30.07.1958 – 2 BvF 3/58, 2 BvF 6/58, BVerfGE 8, 104; BVerfG, v. 30.07.1958 – 2 BvF 3/58 –BVerfGE 8, 104-122.

1041 Andeutend *Hoppe*, ZRP 2009, 39, S. 40; siehe dazu auch schon E.I; nicht eröffnet soll nach allgemeiner Meinung der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG sein, da die Vereinigungsfreiheit eine Betätigung der Vereinigung nach außen nicht schützt; allgemeine Meinung, siehe BVerfG, v. 14.05.1985 – 1 BvR 449/82 –BVerfGE 70, 1; statt vieler *Sodan*, LKV 2012, 193, S. 199, Fn. 78 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Koalitionen Art. 9 Abs. 3 GG,¹⁰⁴² im Fall von tätig werdenden Unternehmen Art. 12 GG,¹⁰⁴³ und im Fall von interessengesteuertem Journalismus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG oder bei Auftragsforschung im Interesse Dritter Art. 5 Abs. 3 GG zuzuordnen.¹⁰⁴⁴

Dem ist mit Zweifeln zu begegnen. Die herrschende Auffassung führt zu einer Zersplitterung einheitlicher Lebenssachverhalte in unterschiedliche Grundrechtsprüfungen, an deren Ende je nach Akteur und Interesse aufgrund sich wesentlich unterscheidender Schutzbereiche, Schrankenvorberhalte und Schrankenbestimmungen sowie damit verbundener Abwägungsvoraussetzungen unterschiedliche oder gar widersprüchliche verfassungsrechtliche Bewertungen zu stehen drohen.¹⁰⁴⁵ Ein wiederholt diskutiertes Lobbyregister bei Bundes- wie Landesparlamenten etwa müsste restriktive Bestandteile beispielsweise gegenüber Kirchen, Religionsgemeinschaften und sonstigen religiösen Interessenrepräsentanten aufgrund der engen Schrankenbestimmungen von Art. 4 GG deutlich aufwändiger rechtfertigen als gegenüber Unternehmern oder sonstigen Gruppen, die sich auf die Art. 12 GG und Art. 5 Abs. 1 GG mit ihren vergleichsweise weiten Schrankenbestimmungen zu berufen hätten.

Die Lösung der aufgeworfenen Problematik ist in der grundrechtlichen Konkurrenzlehre zu suchen.¹⁰⁴⁶ Trotz einer nur wenig dogmatischen Rechtsprechung¹⁰⁴⁷ hat das Schrifttum diesbezüglich zumindest insofern Einigkeit erzielen können,¹⁰⁴⁸ dass Grundrechtskonkurrenzen zunächst im Rahmen der Normspezialität aufgelöst werden sollen (Realkonkurrenz), und

1042 *Sodan*, LKV 2012, 193, S. 247; *Hanau*, DRiZ 1992, 422; 425; *Gerig*, ZRP 2014, S. 247; auch *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S. 34 ff.

1043 *Nettesheim*, Die Registrierungspflicht im Transparenzregister für Interessenrepräsentanten, S. 26; in diese Richtung deutbar auch BVerfG, v. 22.01.1997 – 2 BvR 1915/91 –BVerfGE 95, 173.

1044 *Hoppe*, ZRP 2009, 39, S. 40.

1045 Zur allgemeinen Problematik *Sachs/Sachs*, GG, Vor Art. 1, Rn. 137.

1046 Zur Übersicht der unterschiedlichen Ansätze im Wesentlichen *Reßing/Alexy*, Die Grundrechtskonkurrenz, S. 79 ff und auch weiterhin *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1371 ff.

1047 Dazu ausführlich *Stern*, Staatsrecht III/1, S.1371, 1385-1390.

1048 Zur unklaren Dogmatik der Grundrechtskonkurrenzen vgl. *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1390 ff mwN; aus neuerer Zeit *Spielmann*, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, S. 196 ff; *Hess*, Grundrechtskonkurrenzen, S. 17 ff; *Reßing/Alexy*, Die Grundrechtskonkurrenz, S. 242, 295.

andernfalls nebeneinander anwendbar sind (Idealkonkurrenz).¹⁰⁴⁹ Insofern wäre Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG je nach konkurrenzrechtlichem Verständnis entweder als vorrangige Norm zur Bewertung direkten Lobbyings anzusehen, (I.2.3.2.1), oder aber die als Zersplitterung beschriebene Schrankendivergenz im Rahmen der Idealkonkurrenz müsste durch eine inhaltliche Orientierung gerade an den Schranken der allgemeinen Kommunikations- und Lobbyingfreiheit aufzulösen versucht werden (I.2.3.2.2).

I.2.3.2.1) Art. 5 Abs.1 S. 1 GG als *lex specialis* des interessengeneigten Kommunikationsakts

Soweit ersichtlich versteht die herrschende Meinung Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG regelmäßig als im Rahmen der Realkonkurrenz zurücktretendes Auffanggrundrecht und damit als *lex generalis*.¹⁰⁵⁰ Diese Nachrangigkeit von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG lässt sich weitestgehend in Einklang mit abstrakten Wertungen aus Rechtsprechung und Schrifttum bringen: So tritt Art. 5 Abs.1 GG in der praktischen Anwendung grundsätzlich hinter der Koalitionsfreiheit¹⁰⁵¹ ebenso wie hinter der weit verstandenen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Art. 4 GG,¹⁰⁵² sowie der Wissenschafts- und Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG,¹⁰⁵³ und der Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG¹⁰⁵⁴ zurück.

1049 Vgl. grundlegend Sachs/Sachs, GG, Vor Art. 1, Rn. 136 mwN; Stern, Staatsrecht III/1, S. 1365 ff; Hess, Grundrechtskonkurrenzen, S.17 – 47; Bleckmann, Staatsrecht. 2, § 14, Rn. 7 ff.

1050 Siehe Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, § 201: Grundrechtsschranken, Rn. 108f; zu den keine Besonderheiten aufzeigenden Voraussetzungen im persönlichen Schutzbereich stellvertretend Bethge/Sachs, GG, Art. 5, Rn. 24; Jarass/Jarass/Pierothe, GG, Art. 5, Rn. 14 mwN; hinsichtlich Meinungen außerhalb des sachlichen Schutzbereichs Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 66–74 mwN.

1051 Sodan, LKV 2012, 193, S. 199f; Krannengießer/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 9, Rn. 23; unter Berufung auf BVerfG, v. 02.03.1993 – 1 BvR 1213/85 –BVerfGE 88, 103–117; BVerfG, v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85; BAG, v. 25.01.2005 – 1 AZR 657/03 –BAGE 113, 230–237.

1052 Jarass/Pierothe, GG, Art.4, Rn.6a); Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, § 201: Grundrechtsschranken, Rn. 108f, unter Berufung auf BVerfG, v. 19.10.1971 – 1 BvR 387/65 –BVerfGE 32, 98–111.

1053 Umbach/Clemens, GG, Art. 5 Abs. 3, Rn. 35 unter Berufung auf BVerfG, v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 –BVerfGE 30, 173.

1054 Bethge/Sachs, GG, Art. 5, Rn. 47; Schmidt/Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 5 Rn. 15 unter Berufung auf BVerfG, v. 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95; siehe aber BVerfG, v. 09.10.1991 – 1 BvR 1555/88;

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Jedoch: Zumindest zwischen Art. 5 Abs. 1 S.1 GG und Art. 12 GG besteht regelmäßig wohl eher Idealkonkurrenz.¹⁰⁵⁵ Zudem können diese aus der Rechtsprechungspraxis entwickelten Grundrechtsverhältnisse allenfalls Tendenzen vorgeben.¹⁰⁵⁶ Die Rechtsprechung hält sich zurecht zurück, innerhalb der Grundrechte allgemeingültige Spezialitätsverhältnisse auszurufen.¹⁰⁵⁷ Nach überwiegender Ansicht bestehen abstrakt-generelle Spezialitäten außerhalb des Verhältnisses von Art. 2 Abs. 1 GG zu den übrigen Freiheitsrechten nicht.¹⁰⁵⁸ Stattdessen kommt es auf die anhand der konkreten Grundrechtssituation im zugrundeliegenden Lebenssachverhalt zu bestimmende Einzelfallspezialität an,¹⁰⁵⁹ welche sich nach überwiegender Ansicht nicht nach den allgemeinen Regeln der Konsumtion,¹⁰⁶⁰ sondern nach einer unter Berücksichtigung der genauen Umstände und Gesamtzusammenhänge festzustellenden größten Sachnähe bestimmt.¹⁰⁶¹ Im Mittelpunkt steht die Suche nach dem bei objektiver Betrachtung im Vordergrund stehenden und deshalb in erster Linie betroffenen Grundrecht.¹⁰⁶²

BVerfG, v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66 bei Meinungsäußerung der Redaktion, aA deshalb Schemmer/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 5, Rn. 56.

1055 Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 318; Mann/*Sachs*, GG, Art. 12, Rn. 198 mwN; Scholz/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 12, Rn. 170; auch *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, § 170: Freiheit des Berufs.

1056 So beispielsweise bei BVerfG, v. 19.10.1971 – 1 BvR 387/65 –BVerfGE 32, 98 hinsichtlich der Rechtfertigung einer Nichtanwendung der Schranken von Art. 5 Abs. 2 GG auf Art. 4 GG; ebenso mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 zu Abs. 1, 2 GG BVerfG, v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 –BVerfGE 30, 173–227.

1057 Vgl. *Bethge/Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 48 mit Blick auf Art. 4 GG zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG unter Verweis auf BVerfG, v. 26.06.1990 – 1 BvR 1165/89.

1058 Dreier/*Dreier u. a.*, GG, Vorb Rn.155; *Bleckmann*, Staatsrecht 2, § 14, Rn. 8-10, 15; *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, § 170: Freiheit des Berufs, Rn. 101; *Stern*, Staatsrecht III/1, S.1386, 1388, 1393 je mwN.

1059 *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1397 ff; vgl. auch Dreier/*Dreier u. a.*, GG, Vorb Rn.155.

1060 Zu Voraussetzungen und Folge von Konsumtion im Allgemeinen *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.268; zur Ablehnung der Konsumtion im Bereich der Grundrechte *Stern*, Staatsrecht III/1, S.1398f mwN; diff. Dreier/*Dreier u. a.*, GG, Vorb Rn.155; aA ohne Nennung von Gründen *Sachs/Sachs*, GG, Vor Art. 1, Rn. 136.

1061 Dreier/*Dreier u. a.*, GG, Vorb Rn.155; vgl. BVerfG, v. 02.03.2006 – 2 BvR 2099/04, BVerfGE 115, 166; aA jedoch *Refsing/Alexy*, Die Grundrechtskonkurrenz, S. 215ff mwN, wonach das Sachnähe-Argument allein zur Tatbestandsabgrenzung dienen soll.

1062 *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1385; dazu BVerfG, v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 BVerfGE 39, 334; BVerfG, v. 15.12.1987 – 1 BvR 563/85, 1 BvR 582/85, 1 BvR 974/86, 1 BvL 3/86 BVerfGE 77, 308; BVerfG, v. 17.07.1974 – 2 BvL 5/74 BVerfGE 38, 61.

Anders formuliert: Auf die Begrenzung welchen Grundrechts zielt der staatliche Eingriff eigentlich ab?¹⁰⁶³ Dieses insofern speziellere Grundrecht verdrängt dabei jene Grundrechte, die bloß als unbeabsichtigte Nebenfolge des staatlichen Handelns mehr oder minder zufällig ebenfalls betroffen sind.¹⁰⁶⁴

Wendet man die obenstehenden Überlegungen auf etwaige Einschränkungen der Lobbyingtätigkeiten durch abstrakt-generelles Gesetz, Rechtsverordnung oder schlichtes Verwaltungshandeln an, fällt es schwer, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als bloß zufälligerweise mitbetroffenen Auffangtatbestand zu begreifen. Das wiederholt diskutierte nationale Lobby-Register mit Registrierungspflicht aller gegenüber Parlament und Abgeordneten tätig werdenden Interessenrepräsentanten erschwert faktisch den eigentlichen Kommunikationsakt, und trifft nur zufällig die dahinterstehenden Partikularinteressen der Kirchen, der Unternehmen oder auch der Gewerkschaf-ten.¹⁰⁶⁵ Zwar sind staatliche Maßnahmen denkbar, die unmittelbar oder mittelbar nur einzelne Interessen und Akteure dabei beeinträchtigen, sich gegenüber staatlichen Entscheidungsträgern im Sinne der eigenen wie auch immer gearteten Interessen auszudrücken. Dies rechtfertigt jedoch keine grundsätzlich anzunehmende Spezialität einzelner Grundrechte.

Stattdessen muss für die angemessene Auflösung der vorliegenden Realkonkurrenz richtigerweise unterschieden werden zwischen dem eigentlichen lobbyistischen Kommunikationsakt und der Bewertung und Verwertung des Kommunikationsinhalts durch den Grundrechtsverpflichteten im Rahmen einer staatlichen Entscheidung.¹⁰⁶⁶ Am Anfang steht insofern die Interessenvertretung gegenüber dem Entscheidungsträger, bei dem Amtswalter Informationen, Meinungen, Positionen und Wertungsvorschläge vorgestellt und nahegelegt werden.

Ist dies erfolgt, stellt sich für diesen in einem zweiten Schritt die Frage, inwiefern er diese Informationen in seine konkrete Entscheidungsfin-

1063 *Spielmann*, JuS 2004, 371, S. 373; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1385, 1407 mwN spricht vom Kriterium der „Meistbetroffenheit“; in Anwendung etwa BVerfG, v. 24.01.1962 – 1 BvL 32/57 – BVerfGE 13, 290–318.

1064 Vgl. *Berg*, Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, S.137; *Spielmann*, JuS 2004, 371, S. 373.

1065 *Straetmann*, ZRP 2018, 69; *Sodan*, LKV 2012, 193; *Nettesheim*, Die Registrierungspflicht im Transparenzregister für Interessenrepräsentanten: EU-Kompetenzen und Grundrechtsbindungen; *Krajewski*, ZRP 2013, 236; *Gerig/Ritz*, EuZW 2014, S. 853.

1066 So ähnlich hinsichtlich der Abgrenzung von Art. 5 GG zu Art. 8 GG, vgl. von der Decken/*Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 5, Rn. 56.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

dung (Lobbying i.e.S.) oder zumindest in sein allgemeines Vorverständnis (Public Affairs Management) aufnehmen soll. Bei dieser Abwägung, inwiefern die gegenüber den staatlichen Entscheidungsträgern vorgebrachten Argumente tatsächlich erfasst und bewertet werden sollen, kommt der verfassungsrechtlichen Bewertung des jeweiligen Interesses oder Akteurs tatsächlich eine zentrale Bedeutung zu. Insofern kommt es sehr wohl darauf an, inwiefern die vorgebrachten Interessen nun von Art. 4 GG, Art. 9 Abs. 3 GG oder nur von Art. 12 GG geschützt sind, wobei auch weitergehende Verfassungsziele und -bestimmungen mitberücksichtigt werden müssen. Hinsichtlich der eigentlichen Lobbyinghandlung hat jedoch allein der Überzeugungs- und Kommunikationsakt den Schwerpunkt der grundrechtlichen Betrachtung darzustellen.

Etwas anderes gilt auch nicht im Verhältnis von Art. 5 Abs.1 S.1 GG zu Art. 9 Abs. 3 GG. Zwar hat die Rechtsprechung die Betätigungsfreiheit von Koalitionen¹⁰⁶⁷ zur Wahrung und Förderung ihrer Vereinigungszwecke¹⁰⁶⁸ über einen bloßen Kernbereich hinaus¹⁰⁶⁹ auf jede koalitionsspezifische Verhaltensweise erweitert.¹⁰⁷⁰ Unklar ist aber, ob auch die interessengeleitete Meinungsdarstellung und Kommunikation gegenüber dem Staat von Art. 9 Abs. 3 GG sachlich umfasst sein soll. Die Rechtsprechung scheint hierzu zu tendieren, und unterscheidet nicht erkennbar zwischen Meinungsdarstellung gegenüber dem Staat einerseits und Meinungsdarstellung

1067 Einer Zuweisung zu Art. 9 Abs. 3 GG gegenüber kritisch *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 287 ff mwN entgegen der ganz herrschenden Meinung, dazu Fn.26ff mwN; Höfling/Sachs, GG, Art. 9, Rn. 73 mwN.

1068 Kemper/Starck u. a., GG, Art. 9, Rn. 89: zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsverhältnisse, wobei letztere eben auch sozialpolitische Verhältnisse umfassen, wie z.B. Sozialeinrichtung, Maßnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit u.a.; siehe auch Winkler/Von Münch u. a., GG, Art. 9, Rn. 137 ff mwN; Rinken/Denninger, AK-GG, Art. 93, Rn. 30.

1069 BVerfG, v. 24.04.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268; BVerfG, v. 26.03.2014 – 1 BvR 3185/09; BAG, v. 20.11.2012 – 1 AZR 611/11; Kemper/Starck u. a., GG, Art. 9, Rn. 111 Fn. 135 mwN.

1070 Kemper/Starck u. a., GG, Art. 9, Rn. 107 Fn. 118 mwN, Rn. 112 Fn. 145 mwN; zum Mindestumfang nach h.M. BVerfG, v. 03.04.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293–309; BAG, v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08 – BAGE 132, 140–161; BVerfG, v. 26.06.1990 – 1 BvR 1165/89; zur Darstellung der Verbandsinteressen BVerfG, v. 06.02.2007 – 1 BvR 978/05; außerdem BVerfG, v. 28.04.1976 – 1 BvR 71/73 – BVerfGE 42, 133–143; BVerfG, v. 06.02.2007 – 1 BvR 978/05; stellvertretend Jarass/Jarass/Pieroth, GG, Art. 9, Rn. 40–42 mwN; kritisch dazu Kittner/Schick/Denninger, AK-GG, Art. 9 Abs. 3, Rn. 66.

innerhalb der öffentlichen Meinungsbildung andererseits.¹⁰⁷¹ Die Literatur versteht die diesbezügliche Rechtsprechung dagegen restriktiv,¹⁰⁷² und beschränkt Interessenvertretungen im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG auf den Bereich der gesellschaftlichen Sphäre. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionsfreiheit als Arbeitnehmergrundrecht im Arbeitskampf,¹⁰⁷³ und damit gerade gegenüber dem sozialen Gegenspieler. Dies erkennt auch die Rechtsprechung an,¹⁰⁷⁴ sodass der sachliche Schutzbereich in solchen Fällen, in denen Verbände durch den Staat „in förmlichen Verfahren an der Entscheidungsfindung beteiligt“ und gehört werden, gerade nicht eröffnet ist.¹⁰⁷⁵ Jedenfalls aber im Rahmen der Realkonkurrenz hat Art. 9 Abs. 3 GG hinter Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG aufgrund dessen größerer Sachnähe zurücktreten: Im Kern der Lobbyingtätigkeit steht auch hier der Kommunikationsakt, nicht das eigentliche Lobbyinginteresse. Hierfür spricht auch folgender Gedanke: Der Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG wäre vor dem Hintergrund anhaltender Pluralisierung der auch im Rahmen der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen tätigen Interessenakteure geradezu vom Zufall abhängig, je nach dem, ob nun ein von Art. 9 Abs. 3 GG erfasster Verband oder nicht doch eine Unternehmerallianz, ein Public Affairs Büro oder einen Verbraucherschutzverband lobbyistisch Einfluss nimmt.¹⁰⁷⁶

Damit ist richtigerweise mit Blick auf die eigentliche Interessenvermittlungstätigkeit entgegen der herrschenden Meinung gerade kein grundsätzlicher Nachrang, sondern stattdessen ein konkurrenzrechtlicher Vorrang von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG anzunehmen: Als den Kommunikationsvorgang sachlich am sachnächsten erfassend muss das Grundrecht als adäquater Maßstab zur Bewertung verfassungsrechtlicher Fragen angesehen werden, sofern nicht der jeweilige Lebenssachverhalt ausnahmsweise das konkret

1071 BAG, v. 25.01.2005 – 1 AZR 657/03 –BAGE 113, 230–237; unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 26.05.1970 – 2 BvR 664/65 –, BVerfGE 28, 295–310.

1072 Kemper/Starck u. a., GG, Art. 9, Rn. 125 ff, 134, unter Verweis auf BAG, v. 20.01.2009 – 1 AZR 515/08 –BAGE 129, 145–164.

1073 Hierzu Kittner/Schiek/Denninger, AK-GG, Art. 9 Abs. 3, Rn. 24; vgl. Höfling/Sachs u. a., GG, Art. 9, Rn. 51 ff; Scholz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 155 ff.

1074 Siehe dazu BVerfG, v. 18.12.1974 – 1 BvR 430/65.

1075 Jarass/Jarass/Pieroth, GG, Art. 9, Rn. 42 mwN; Kemper/Starck u. a., GG, Art. 9, Rn. 129; aA Kittner/Schiek/Denninger, AK-GG, Art. 9 Abs. 3, Rn. 148.

1076 Allesamt nicht von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst, vgl. Kittner/Schiek/Denninger, AK-GG, Art. 9 Abs. 3, Rn. 30 mwN; zur Pluralisierung der Lobbyingakteure Wehrmann, in: Kleinfeld/Zimmer/Willems, Lobbying in Deutschland – Begriff und Trends, S. 56f; Strässer/Meerkamp, in: Lobbying im parlamentarischen Bereich – Politiker im Lobbyfokus, S. 222 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

beeinträchtigte Lobbyinginteresse selbst in den Vordergrund rückt.¹⁰⁷⁷ Der Gefahr divergierender verfassungsrechtlicher Bewertungen muss also dadurch begegnet werden, dass zumindest für die Fälle der lobbyistischen Meinungsäußerung, also dem eigentlichen Lobbyingvorgang, unabhängig von Akteur und Interesse ein genereller Vorrang von Art. 5 Abs.1 S.1 GG angenommen wird (*lex specialis*).

I.2.3.2.2) Auflösung der Schrankendivergenz zugunsten von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG und den Verfassungsgrundsatz eines gegenüber einer pluralistischen Gesellschaft neutralen Staates

Folgt man stattdessen der herrschenden Ansicht und vertritt die Vorrangigkeit von sonstigen Freiheitsrechten wie Art. 4 GG, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 5 Abs. 3 GG oder auch Art. 12 GG, so folgt hieraus je nach konkret betroffenen Akteuren und Interessen in der Gesamtbetrachtung ein uneinheitliches System an Schrankenbestimmungen und Grundrechtsgewichtungen.¹⁰⁷⁸ Diese oft unter dem Schlagwort der Schrankendivergenz zusammengefasste Situation beschreibt die je nach Grundrecht unterschiedlichen negativen Tatbestandsmerkmale, Schrankenvorbehalte und Verfassungsschranken, die vorliegend zugleich auf den Sachverhalt anzuwenden sind.¹⁰⁷⁹ Sie führt insbesondere zur deutlich zu machenden Feststellung, dass den in der Verfassung angelegten unterschiedlichen Schranken zugleich auch unterschiedliche Wertentscheidungen zu den jeweiligen Grundrechtsbestimmungen zugrunde liegen. Der Grundrechtsschutz unterscheidet sich mithin je nach Bestimmung und Freiheitsrecht.¹⁰⁸⁰

Vor diesem Hintergrund droht nun aber eine unterschiedliche verfassungsrechtliche Bewertung desselben staatlichen Eingriffs je nach betroffenem

1077 Vgl. BVerfG, v. 24.01.1962 – 1 BvL 32/57 – BVerfGE 13, 290–318; *Spielmann*, JuS 2004, 371, S. 373.

1078 Vgl. bei *Reßing/Alexy*, Die Grundrechtskonkurrenz, S.42 ff mwN.

1079 *Reßing/Alexy*, Die Grundrechtskonkurrenz, S.54-59, insb. Fn. 187 und 191 je mwN.

1080 Ausführlich *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 304 ff; für einen unterschiedlichen Schutz ausdrücklich *Wendt*, AÖR 1979, 414, S. 422 ff; ebenso *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 812 mwN; diff. *Müller*, Die Positivität der Grundrechte, S. 82-89; *Voßkuhle*, BayVBl 1995, 613, S. 616f insb. Fn. 41.

nem Akteur und Interesse.¹⁰⁸¹

Ein solches Ergebnis brächte die herrschende Meinung jedoch in offensichtlichen Konflikt mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 3 GG sowie Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁰⁸²

Der objektive Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 3 GG bildet das pluralistische Gesellschaftsverständnis des Grundgesetzes ab, das sich etwa auch in Art. 20 GG wiederfindet. Wenn das Grundgesetz dort die Bundesrepublik Deutschland zum demokratischen Rechtsstaat bestimmt, versteht es das ihr zugrunde liegende Staatsvolk ebenso wie die gesamte deutsche Gesellschaft als vielseitiges, in jederlei Hinsicht uneinheitliches Gefüge aus Gruppen und Individuen. Die Verfassung fordert mit Blick auf die Erfahrungen aus zwei Diktaturen gerade keine Einheitlichkeit, sondern akzeptiert und schützt eine religiös, moralisch, politisch, gesellschaftlich, wirtschaftlich divergierende und miteinander in Spannung stehende Gesellschaft mit all ihren Teilinteressen und Gruppierungen.¹⁰⁸³ Gerade deshalb stellt Art. 3 Abs. 3 GG ausdrücklich klar, dass der Staat niemanden wegen religiöser oder politischer Anschauungen oder deren ausdrücklicher Betätigung und Verbreitung¹⁰⁸⁴ benachteiligen oder bevorzugen darf.¹⁰⁸⁵ Schon die Anknüpfung an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gruppenmerkmale ist unzulässig und bedarf einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.¹⁰⁸⁶

1081 Zu dieser Problematik im Rahmen der Konkurrenzen *Stern*, Staatsrecht III/1, S.1367f; Starck/*Starck u. a.*, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 289f.

1082 Vgl. BVerfG, v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80; Kischel/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 3, Rn. 222 mit neueren Tendenzen.

1083 *Berry*, *Lobbying for the people*, S.18; *Herzog u. a.*, Evangelisches Staatslexikon, "Pluralismus, pluralistische Gesellschaft", S. 2539 ff; insbesondere unter Art. 21 GG diskutiert *Klein/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 21, Rn. 9-11; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 26; diskutiert mit Blick auf Art. 4 GG *Di Fabio/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 4, Rn. 10 und 34 mwN; BVerfG, v. 08.11.1960 – 1 BvR 59/56 – BVerfGE 12, 1; BVerfG, v. 16.10.1968 – 1 BvR 241/66 – BVerfGE 24, 236–252, (236); BVerfG, v. 27.01.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10; mit Blick auf Art. 5 GG *LG Mannheim*, v. 17.04.1996 – (10) 5 Ns 16/94.

1084 Zur mittlerweile hM: abw. Meinung BVerfG, v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80; aus der Literatur etwa *Boysen/von Münch u. a.*, GG, Art. 3, Rn. 189 mwN; Kischel/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 3, Rn. 220.

1085 Zu den Anforderungen *Sachs*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 181: Allgemeiner Gleichheits- satz, Rn. 55 ff.

1086 *Schmidt/Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 3 GG, Rn. 68.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Auch wenn ein unmittelbarer Eingriff in Art. 3 Abs. 3 GG nicht angenommen werden kann,¹⁰⁸⁷ kommt dessen Bewertungsmaßstab auch im Rahmen einer nach Art. 3 Abs. 1 GG durchzuführenden Prüfung etwai-ger mittelbarer Ungleichbehandlungen erschwerend zum Tragen.¹⁰⁸⁸ Die Rechtfertigung einer vermeintlichen Ungleichbehandlung bemisst sich nach der für Art. 3 Abs. 1 GG anzuwendenden Neuen Formel,¹⁰⁸⁹ und ist dann gegeben, wenn die ungleiche Behandlung von solcher Art und solchem Gewicht ist, dass sie mit den bestehenden Unterschieden in kei-nem angemessenen Verhältnis stehen, mithin ein *einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehlt*.¹⁰⁹⁰ Besteht wie hier besondere in-haltliche Nähe zu einem in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmal, gelten besonders strenge Maßstäbe.¹⁰⁹¹ Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern eine mittelbare Ungleichbehandlung aufgrund von Lobbyinteressen gerechtfer-tigt sein könnte. Eine Ungleichbehandlung hinsichtlich des eigentlichen lobbyistischen Kommunikationsvorgangs stellt eine Beeinträchtigung des politischen Kommunikationsgrundrechts dar, wird dem jeweils benachte-ligten Interessenrepräsentanten im schlimmsten Fall doch schon die bloße Chance zur Beeinflussung genommen.¹⁰⁹²

Weil die Nachrangigkeit von Art. 5 Abs. 1 S.1 GG je nach Sachverhalt aufgrund der zu befürchtenden Schrankendivergenzen zu einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung führt, muss auch die herrschende

1087 *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, § 181: Allgemeiner Gleichheitssatz, Rn. 73 ff, 41f; i.E. auch Kischel/ *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art.3, Rn.212; BVerfG, v. 12.02.2003 – 1 BvR 624/01 BVerfGE 107, 205.

1088 Insbesondere Langenfeld/ *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 3 Abs. 3, Rn. 37f; Ki-schel/ *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 215-218; aA *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3, Rn. 119; Heun/ *Dreier u. a.*, GG, Art. 3, Rn. 117; *die Rechtsprechung bleibt insofern unklar, vgl.* BVerfG, v. 18.06.2008 – 2 BvL 6/07 – BVerfGE 121, 241–266; BVerfG, v. 10.07.2012 – 1 BvL 2/10 – BVerfGE 132, 72–99.

1089 Vgl. Kischel/ *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 28f.

1090 Statt vieler BVerfG, v. 07.10.1980 – 1 BvL 50/79 – BVerfGE 55, 72; BVerfG, v. 10.03.1992 – 1 BvR 454/91 – BVerfGE 85, 360–385; BVerfG, v. 02.12.1992 – 1 BvR 296/88 – BVerfGE 88, 5–17.

1091 BVerfG, v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 – BVerfGE 88, 87–103; unmittelbar für Art. 5 GG BVerfG, v. 08.11.2009 – 1 BvR 2150/08.

1092 Ähnlich, jedoch auf anderer Prüfungsebene mit Blick unterschiedlichen Zugang bei Built-In-Lobbying *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobby-isten in der öffentlichen Verwaltung, S. 81 ff mwN, der mit Blick auf Verwaltungs-entscheidungen ein Recht auf gleiche Teilhabe an behördlichen Mitwirkungsoptio-nen entwickelt; siehe auch *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S. 29-31.

I) Lobbying i.w.S. als verfassungsrechtlich verankertes Grundrecht

Ansicht zu einer einheitlichen Bewertung der auf unterschiedliche Grundrechtsbestimmungen verteilten Lobbyingfreiheiten kommen.¹⁰⁹³

Zur Auflösung der Schrankendivergenzen wird im Schrifttum regelmäßig eine analoge Anwendung von Konkurrenzrechtsgrundsätzen vorgeschlagen, wobei im Einzelnen stark unterschiedliche Lösungsansätze vertreten werden. So machen sich bedeutsame Stimmen dafür stark, bei grundsätzlicher Gleichrangigkeit miteinander konkurrierender Grundrechte zur Vereinheitlichung die Schrankenbestimmungen des stärksten Grundrechts auch auf die übrigen Grundrechte anzuwenden.¹⁰⁹⁴

Richtigerweise kommt es jedoch auch hier auf die sachnächste der unterschiedlichen anwendbaren Regelungen an.¹⁰⁹⁵ Und gerade insofern darf und muss das von der herrschenden Meinung im Rahmen der Realkonkurrenz zurückgestellte Auffanggrundrecht des

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nun im Rahmen der Idealkonkurrenz herangezogen.¹⁰⁹⁶ Denn während die übrigen, vorgeblich spezielleren Grundrechte typischerweise eher zufällig von einem Lobbyingrechtseingriff betroffen wären, wäre der eigentliche Kommunikationsakt vordergründig beeinträchtigt, wenn nicht gar unmöglich gemacht.¹⁰⁹⁷ Es erscheint daher zweckmäßig und angemessen, dass sich auch die herrschende Meinung bei der verfassungsrechtlichen Bewertung einzelner lobbyistischer Maßnahmen letztlich an den Schranken des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG orientiert.

1093 Ähnlich auch *Reßing/Alexy*, Die Grundrechtskonkurrenz, S. 105, 121f, insbesondere S. 165; *Spielmann*, JuS 2004, 371, S. 373f.

1094 So bspw. *Berg*, Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes; *Rüfner*, in: *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, S. 453 ff; *Schwacke*, Grundrechtliche Spannungslagen, S.40 ff; *Spielmann*, JuS 2004, 371, S. 373 mwN.

1095 *Starck/Starck u. a.*, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 289f; *Scholz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 12, Rn. 304-310; *Dreier/Dreier u. a.*, GG, Vorb Art. 1, Rn. 155; diff. *Reßing/Alexy*, Die Grundrechtskonkurrenz, S. 121 ff, wo der wertenden Bestimmung der Sachnähe ein Grundrahmen gegeben wird.

1096 Entsprechend mit Bezug auf Grundrechtskombinationen *Spielmann*, JuS 2004, 371; *Spielmann*, Konkurrenz von Grundrechtsnormen; BVerfG, v. 24.01.1962 – 1 BvL 32/57 –BVerfGE 13, 290–318.

1097 Vgl. zu den Voraussetzungen *Schmidt/Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Einleitung, Rn. 66; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1385 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

I.2.4) Zusammenfassung

Versteht man *direktes Lobbying* zurecht als Gegenstand der politischen Kommunikationsfreiheit gegenüber staatlichen Entscheidungsträgern, muss das allgemeine Lobbyinggrundrecht aufgrund der größten Sachnähe und mit Blick auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz als in *Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG* verankert angesehen werden. Denn während bei der Bewertung der getätigten Interessenvertretung eine Gewichtung und Bewertung nach Inhalt und Akteur und damit nach den unterschiedlichen dahinterstehenden Grundrechten und Verfassungszielen notwendig ist, gilt für den bloßen Zugang zum Entscheidungsträger der Verfassungsgrundsatz eines allen Gruppierungen der pluralistischen demokratischen Gesellschaft gleichermaßen offenstehenden Staates.¹⁰⁹⁸

I.3) Zusammenfassung: Verfassungsrechtliche Einordnung von Lobbying i.w.S.

Trotz der sich zunächst anbietenden Unterscheidung von *indirektem* und *direktem* Lobbying wird auf grundrechtlicher Ebene ein Gleichlauf erreicht. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist insofern als *allgemeines Lobbyingfreiheitsrecht*, als Recht zur interessengeneigten Kommunikation sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber dem Staat und seinen Organen zu verstehen. Damit sind alle *vorstehend¹⁰⁹⁹ festgehaltenen Lobbyingsachverhalte* grundsätzlich *grundrechtlich abgesichert*: Die Beeinflussung staatlicher Entscheidungsträger im eigenen Interesse ist damit ein verfassungsrechtlich verbürgtes Jedermanns-Grundrecht.

Das einheitliche Verständnis der unterschiedlichen Lobbyingmethoden wird den tatsächlichen Gemeinsamkeiten gerecht, und verspricht letztlich sachangemessene Ergebnisse. Es fußt auf konkurrenzrechtlichen Überlegungen, die mit den Ergebnissen der herrschenden Meinung jedoch nur teilweise übereinstimmen. Eine diesbezügliche Klarstellung durch die Rechtsprechungspraxis ist indes nicht zu erwarten: Die für alle in Frage stehenden Grundrechtsbestimmungen vorzunehmende Güterabwägung anhand einer eher grob formulierten Verhältnismäßigkeitsprüfung

1098 Vgl. Schmidt/Dieterich/Müller-Glöge, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 3, Rn. 74 mwN.

1099 Siehe umfassend D.I, D.II und D.III.

lässt ausreichend Abwägungsspielräume, um unbestrittene Unterschiede der Schrankenbestimmungen im Ergebnis auszugleichen.¹¹⁰⁰ Die Rechtsprechung wird sich daher auch weiterhin einer klaren Positionierung zur Grundrechtskonkurrenz entziehen können, ohne hierdurch ihren verfassungsrechtlichen Auftrag aus Art. 92 GG zu verletzen.¹¹⁰¹

II) Verfassungsrechtliche Schranken der gegenüber der rechtsprechenden Gewalt ausgeübten Lobbyingfreiheit

Die allgemeine Lobbyingfreiheit erlaubt im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sowohl direkte als auch indirekte Methoden der Interessenrepräsentation. Nichtsdestotrotz steht Lobbying i.W.S. auch in der wissenschaftlichen Betrachtung unter dem Verdacht der Verfassungswidrigkeit: Lobbying sei im Ergebnis eine unrechtmäßige Beeinflussung des gemeinwohlverpflichteten Staatsapparats, wobei einzelne Interessengruppen durch unrechtmäßig erwirkte Entscheidungen staatlicher Hoheitsträger heimlich Staatsmacht ausüben würden.¹¹⁰² Diese Schattenpolitik¹¹⁰³ sei eine „*latente Gefahr für den Rechtsstaat*“¹¹⁰⁴ und das Verfassungsgefüge des Grundgesetzes insgesamt, denn sie untergrabe die Objektivität, Glaubwürdigkeit und Transparenz des staatlichen Handelns zugunsten von Einzelinteressen.¹¹⁰⁵

Fraglich ist, wie diese schon zu Beginn der Arbeit angesprochenen Vorwürfe juristisch richtigerweise zu bewerten sind. Hierfür müssen sie zunächst spezifisch abgrenzbaren Verfassungsprinzipien zugeordnet und hinsichtlich ihres inhaltlichen Gehalts genauer umschrieben werden. Insbesondere muss klargestellt werden, inwiefern und weshalb genau ein Widerspruch zu Lobbyingbemühungen überhaupt vorstellbar wäre. Denn Handlungen eines Grundrechtsträgers, die vom sachlichen Schutzbereich eines Grundrechts erfasst werden, können verfassungsrechtlich nur dann

1100 Dreier/Dreier u. a., Grundgesetz, Vorb Rn.155; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 310-312; Reßing/Alexy, Die Grundrechtskonkurrenz, S. 58f, Fn. 209 mwN; zur Kritik an der Nivellierung der Verfassungswertungen insbesondere Stern, Staatsrecht III/1, S. 812; Wendt, AÖR 1979, 414, S. 415-474.

1101 BVerfG, v. 26.06.1990 – 1 BvR 1165/89 zu Art. 5 und 8; BVerfG, v. 03.11.1987 – 1 BvR 1257/84 – BVerfGE 77, 240–258.

1102 Leif/Speth, in: Leif/Speth, Die stille Macht, S. 9.

1103 Alemann/Eckert, 2006, 3.

1104 Leif, APuZ 2010, 3.

1105 Schwarz, Das gekaufte Parlament; Leif/Speth, in: Leif/Speth, Einleitung, S. 10 ff; Alemann/Eckert, 2006, S. 3.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

als verfassungswidrig angesehen werden, wenn gleich- oder höherrangige Verfassungsgüter beeinträchtigt werden und diese Beeinträchtigungen in einer konkreten Abwägung dem Grundrecht auf Interessenvertretung aus Art. 5 GG gegenüber als vorrangig einzustufen sind.¹¹⁰⁶

Als taugliche Schranken der Lobbyingfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GG sind in Art. 5 Abs. 2 GG neben den im Zusammenhang mit der Lobbyingfreiheit nicht relevanten gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend sowie dem Recht der persönlichen Ehre insbesondere die Vorschriften der allgemeinen Gesetze ausdrücklich genannt. Der staatsrechtlich geführte Streit, inwiefern neben der von Art. 5 Abs. 2 GG genannten Schrankentrias weitere unmittelbar verfassungsrechtliche Schranken zulässig sein können, kann an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.¹¹⁰⁷ Jedenfalls ermöglicht Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG die Einbeziehung auch verfassungsimmanenter Schranken – wenn auch unter der zentralen Einschränkung, dass sich keine Diskriminierung konkreter Meinungen, Gesinnungen oder Interessen ergeben darf.¹¹⁰⁸

Im Ergebnis ist damit die Lobbyingfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG mit den übrigen Verfassungsprinzipien und Grundrechten in angemessenen Ausgleich zu bringen.¹¹⁰⁹ Ziel ist, die einzelfallbezogen optimale Verwirklichung aller betroffenen Verfassungsbestimmungen zu erreichen oder zu mindest anzustreben.¹¹¹⁰ Daher muss, soweit die allgemeine Lobbyingfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG durch oder aufgrund eines Gesetzes zugunsten einer anderen Verfassungsbestimmung eingeschränkt werden soll, auch diese Einschränkung selbst die überragende Bedeutung der Kommunikationsfreiheiten berücksichtigen (Wechselwirkungslehre). Damit ist nach

1106 Zum allgemeinen Maßstab der Abwägung Bethge/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90, Rn. 308 ff mwN.

1107 Zur Übersicht Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 136–138 mwN.

1108 BVerfG, Beschluss vom 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, BVerfGE 124, 300–347; BVerfG, v. 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78 –BVerfGE 67, 157–185; BVerfG, v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10; Jarass/Pieroth, GG, Vor Art. 1, Rn. 46; Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 139–147; Schmidt/ Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 5 GG, Rn. 22–24; siehe auch Bethge/Sachs, GG, Art. 5, Rn. 145 ff.

1109 Vgl. BVerfG, v. 25.01.1984 – 1 BvR 272/81 –BVerfGE 66, 116–151; stellvertretend Jarass/Jarass/Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 67; aA Bethge/Sachs, GG, Art. 5, Rn. 148 ff, 173 ff; Merten, in: Merten/Papier, § 68: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Rn. 80.

1110 Vgl. Sachs/Sachs, GG, Einführung, Rn. 50 mwN.

herrschender Auffassung im Ergebnis eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne des Übermaßverbots aus Art. 20 Abs. 3 GG durchzuführen.¹¹¹¹

In einem ersten Schritt sind daher jene Verfassungsbestimmungen festzuhalten, die einer lobbyistischen Einflussnahme auf die rechtsprechende Gewalt entgegenstehen könnten. Nur dann, wenn die entsprechende Verfassungsbestimmung Einflussnahmeversuchen von Lobbyisten tatsächlich entgegensteht, muss und darf in einem zweiten Schritt eine Subsumtion anhand des oben festgestellten Sachverhalts stattfinden, um zu klären, inwiefern aufgrund tatsächlich auftretender Lobbyingbemühungen Beeinträchtigungen der jeweiligen Verfassungsbestimmung feststellbar sind. Die Datenerhebung und Ergebnisanalyse soll Grundlage einer möglichst präzisen und zugleich mit gebotener Zurückhaltung dargelegten Begutachtung sein, unter welchen Umständen festgestellte lobbyistische Lebenssachverhalte im Einzelfall womöglich tatsächlich einmal Verfassungsverstöße darstellen können. Die sich hierbei herausstellenden Entscheidungskriterien können dann gegebenenfalls in einem dritten Schritt abstrahiert und für allgemeine Bewertungsmaßstäbe herangezogen werden.

In Betracht kommen vor dem Hintergrund der aufgebrachten Einwände aus Rechts- und Politikwissenschaft neben dem Gebot des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (E.II.1) und dem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG (E.II.4) insbesondere die richterliche Unabhängigkeit sowie die in weiten Teilen nur schwer zu greifende richterliche Unparteilichkeit (E.II.2, E.II.3). Letztere werden dabei den Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung darstellen.

II.1) Gesetzlicher Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG –

Lobbying und das Prinzip der Zuständigkeitsausschließlichkeit

Der Vorwurf, Lobbyisten übten als Schattenmacht staatliche Hoheitsgewalt anstelle der zuständigen Stellen aus,¹¹¹² lässt sich richtigerweise als Frage der Entscheidungszuständigkeit staatlichen Handelns verstehen.

1111 Zur Lehre über die Wechselwirkung von Grundrecht und Grundrechtsbegrenzung BVerfG, v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; zur Einordnung als Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 139–147.

1112 *Leif/Speth*, in: *Leif/Speth, Die stille Macht*, S. 9.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Mit Blick auf Abgeordnetenlobbying wird insofern eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG angenommen, geriete ein Abgeordneter beispielsweise in solche wirtschaftlichen oder moralischen Abhängigkeiten, dass er im Rahmen seines Abstimmungsverhaltens sowie seines politischen Wirkens lediglich den jeweiligen Anweisungen und Forderung der Interessengruppe folgt. Denn wenn der Abgeordnete keinen eigenen Willen mehr betätigt während etwa an Abstimmungen im Bundestag teilnimmt, entscheide letztlich nicht mehr ein Vertreter des Volkes, sondern eine dahinterstehende Instanz ohne eigene demokratische Legitimation.¹¹¹³ Eine solche Verlagerung der Entscheidung aus dem Parlament heraus hin zu gesellschaftlichen Interessenverbänden verstöße jedoch gegen die durch den Volkswillen legitimierte Kompetenzverteilung innerhalb des Verfassungsgefüges zugunsten des Parlaments sowie dem jeweils legitimierten Parlamentsabgeordneten.¹¹¹⁴

Jablonski überträgt diese aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Überlegung auf die Exekutive, und beschreibt das Prinzip der *Ausschließlichkeit staatlicher Zuständigkeiten*: Verfassungsgemäß zugesprochene Entscheidungsbefugnisse dürften wegen Art. 20 Abs. 3 GG ohne Ermächtigung nicht auf andere Staatsorgane, erst recht aber nicht auf gesellschaftliche Gruppen oder Akteure übertragen werden.¹¹¹⁵

Mit Blick auf die rechtsprechende Gewalt hat die rechtstaatlich begründete Zuständigkeitsausschließlichkeit mit dem Gebot des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eine besondere Ausformung erhalten. Nach seinem historisch-traditionell begründeten Kern¹¹¹⁶ fordert dieses eine rechtssatzmäßige, abstrakt-generelle und rechtsstaatlich-bestimmte Festlegung des für das jeweiligen Streitverfahren zuständigen Richters.¹¹¹⁷ Sinn der Verfahrensgarantie ist das streng auszulegende Ziel, ein einzelfallunabhängiges Regelungssystem zur Abwehr und Vermeidung manipulativer

1113 Vgl. *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 121ff; *Butzer/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 38, Rn. 92-93.I.

1114 *Krause*, DÖV 1974, 325; *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S. 25; *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 122 mwN.

1115 *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S. 47 ff.

1116 Vgl. *Kment/Jarass/Pieroth*, GG, Art. 101, Rn. 7, II ff mwN.

1117 BVerfG, v. 08.04.1997 – 1 PBuV 1/95-BVerfGE 95, 322; *Schwab*, DRiZ 2014, 252, S. 252 ff; *Degenhart/Sachs*, GG, Art. 101, Rn. 5; *Morgenthaler/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 101, Rn. 15.

Eingriffe zu etablieren und zu schützen.¹¹¹⁸ Ein Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richter liegt demnach etwa vor, wenn an der eigentlichen Entscheidung eine Person mitwirkt, die kein Richter im Sinne von Art. 92 GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist.¹¹¹⁹ Dann nämlich übt im konkreten Fall rechtsprechende Gewalt aus, wer zu dessen Ausübung weder abstrakt noch konkret berufen ist.¹¹²⁰

Ein Verstoß gegen das Prinzip der Zuständigkeitsausschließlichkeit in Form des Gebots des gesetzlichen Richters wäre insofern anzunehmen, wenn ein Richter in Folge aufwendigen informatorischen Lobbyings oder aber aufgrund intensiver *pression* nunmehr im Rahmen der Rechtsfindung und Sachentscheidung keinen eigenen Willen mehr betätigen würde. Übernahme er lediglich eine von außen vorgegebene Sachentscheidung, würde die eigentliche Staatsgewalt vom Richter auf eine demokratisch nicht legitimierte und rechtsstaatlich unzuständige Institution ausgelagert.¹¹²¹ Insofern wäre auch im Rahmen von richterbezogenem Lobbying eine Betroffenheit von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zumindest denkbar.

Es darf jedoch mit Blick auf die vorliegende Datenerhebung davon ausgegangen werden, dass Richterinnen und Richtern fremde Entscheidungen und Überlegungen – sollten sie ihnen tatsächlich einmal unmittelbar fallbezogen und sogar weisungähnlich herangetragen werden – regelmäßig gerade nicht gedanken- und willenlos übernehmen würden.¹¹²² Stattdessen ist eher zu erwarten, dass von außen – etwa im Rahmen von Tagungen, Amicus-Curiae Eingaben oder Aufsätzen – herangetragene Überlegungen und Argumentationsmuster in die richterlichen Entscheidungsvorgänge einbezogen und abgewogen werden.

Selbst dann, wenn die Entscheidungsvorlage faktisch aufgrund überzeugender Argumente zu großen Teilen übernommen würde, ist von einer Verletzung des Gebots des gesetzlichen Richters nicht auszugehen. Hier

1118 BVerfG, v. 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95-BVerfGE 95, 322; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 152f.

1119 BVerfG, v. 09.06.1971 – 2 BvR 225/69 –BVerfGE 31, 145-180; *Morgenthaler/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 101, Rn.24; *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 101, Rn. 11.

1120 *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 101, Rn. 6; auch *Jachmann-Michel/Dürrig/Herzog/Scholz*, GG, Art.101, Rn. 4-6, 45 ff.

1121 *Stürner*, JZ 1978, 161, S. 165 ff; auch *Stürner*, JZ 1980, 1; zudem *Stürner*, in: *Gilles, Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung: die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht in Würzburg, 1983*, S. 179, S. 188 ff.

1122 Siehe hierzu D.III.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

kann letztlich nichts anderes gelten als hinsichtlich vorbereitender oder konsultativer Tätigkeiten außerhalb des konkreten Entscheidungsfindungsverfahrens – denn auch hier wird keine Entscheidungsbefugnis abgegeben und keine Entscheidung außerhalb des gesetzlich und verfassungsrechtlich vorgegebenen Zuständigkeitsystems getroffen.¹¹²³ Eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist in diesen Fällen daher eher nicht zu sehen.¹¹²⁴

Im Ergebnis lässt sich damit eine tatsächliche Betroffenheit von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG mit Blick auf richterbezogenes Lobbying typischerweise nicht feststellen. Trotz der theoretischen Schutzbereichseröffnung scheint eine weitergehende Darstellung daher unangebracht.

II.2) Richterliche Unabhängigkeit aus Art. 97 GG – Lobbying i.w.S. und die richterliche Gesellschaftsunabhängigkeit

Im Mittelpunkt der gegenüber der Interessenrepräsentation erhobenen Vorwürfe steht die Behauptung, öffentlich-rechtliche Entscheidungsträger würden durch interessengefärbte Informationen und die Ausübung von Druck zu im Ergebnis unsachlichen, irrationalen, und damit letztlich allein an Einzelinteressen ausgerichteten Entscheidungen bewegt. Insofern stelle Lobbying eine stetige Gefahr für die an der Sache orientierte, interessenfreie und unparteiliche Wahrnehmung der verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben der unterschiedlichen Staatsgewalten dar.¹¹²⁵

Im Falle von Parlaments- und Abgeordnetenlobbying wird dieser Konflikt als Beeinträchtigung des durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geforderten und zugleich abgesicherten freien Mandats verstanden.¹¹²⁶ Dieses unterwirft den Abgeordneten bei seiner demokratischen Aufgabenwahrnehmung allein dem eigenen Gewissen und den eigenen Überzeugungen, und verbietet jede

1123 Vgl. BVerfG, v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89 –BVerfGE 83, 60-81; BVerfG, v. 15.02.1978 – 2 BvR 134/76 –BVerfGE 47, 253-285; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, § 34: Demokratische Willensbildung und Repräsentation, Rn. 17-20; *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S. 47 ff; *Butzger/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 38, Rn. 8.1; Rn. 92-93.1.

1124 Vgl. BVerfG, v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89 -BVerfGE 83, 60-81.

1125 *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, § 99: Mittel staatlichen Handelns, Rn. 93 ff.

1126 *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S. 26f; *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S.124f; *Butzger/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 38, Rn. 126–128.

anderweitige verpflichtende Bindung und Abhängigkeit.¹¹²⁷ Während hinter den Entscheidungen des Abgeordneten stehende Vereinbarungen mit Interessenrepräsentanten ohne Weiteres nichtig sind,¹¹²⁸ ist umstritten, wie mit solchen Entscheidungen der Abgeordneten umzugehen ist, die zwar ohne konkretes Weisungsverhältnis, sehr wohl aber vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Verflechtungen getroffen werden.¹¹²⁹

Vergleichbares soll für die Exekutive und ihre Beamte aufgrund eines allgemeinen Objektivitäts- und Unbefangenheitsprinzips gelten. Dieses soll sich unmittelbar aus dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit ableiten lassen, und daher jedem Verwaltungshandeln zugrunde liegen.¹¹³⁰ Die insofern von jedem Beamten zu wahrende Unparteilichkeit und Neutralität sichere die Gesetzesbindung staatlichen Handelns, aber auch die demokratische Legitimation der Exekutive und damit die demokratische Kontrolle vor willkürlichem Verwaltungshandeln.¹¹³¹

Weitet man nun die verfassungsrechtliche Diskussion um den Konflikt interessengeleiteter Einflussnahmevereuche einerseits und dem staatlichen Gebot sachlich-unbefangener Aufgabenwahrnehmung andererseits auf die rechtsprechende Gewalt aus, dringt man unweigerlich in den bis heute unscharf gefassten rechtswissenschaftlichen Problemkreis der richterlichen Unabhängigkeit vor.¹¹³² Manifestiert in der ikonenhaften Justitia wird die eigene Unabhängigkeit von der Richterschaft vor sich hergetragen, und

1127 *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S. 26 mwN; siehe auch *Butzer/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 38, Rn. 122 ff.

1128 *Klein/Schwarz/Dürig/Herzog/Scholz* GG, Art. 38, Rn. 219 mwN.

1129 Hierzu erneut vor allem *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S.126f mwN; *Butzer/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 38, Rn. 128.

1130 *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung; *Sommermann/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 20 Abs. 3, Rn. 305; von einer Querschnittsaufgabe sprechend *Schmidt-Aßmann*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 109: Verwaltungsverfahren, Rn. 54.

1131 *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 99: Mittel staatlichen Handelns, Rn. 96f; vgl. BVerfG, v. 13.11.1979 – 1 BvR 1022/78; BVerwG, v. 26.01.1968 – VII C 6.66; BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223; dazu *Schmitz/Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 21, Rn. 1, auch § 20, Rn. 1 mwN; grundlegend *Kirchhof*, VerwArch 1975, 370.

1132 *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, S. 7; *Kissel/Meyer*, GVG, § 1, Rn. 6-8; zur Parallele auch *Kirchhof*, VerwArch 1975, 370

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

steht oft sogar stellvertretend für Justiz und Rechtsstaat als solche.¹¹³³ Als schillernder Begriff sowohl der verfassungsrechtlichen Debatte als auch des fachgerichtlichen Prozessrechts wird in unterschiedlichsten Zusammenhängen des juristischen Diskurses auf die richterliche Unabhängigkeit verwiesen.

Es kann nicht überraschen, dass die Thematik die Rechtswissenschaft schon unzählige Male beschäftigt hat – noch im Jahre 1975 zählte *Dieter Simon* bereits etwa 800 deutschsprachige Titel.¹¹³⁴ Und auch heute gibt die Unabhängigkeit von Justiz und Richterschaft durch regelmäßige Tagesaktualität wiederholten Anlass zur Kommentierung und Debatte.¹¹³⁵ Aufgegriffen wird die Diskussion außerhalb des Verfassungsrechts etwa im Verfahrens- und vor allem im Befangenheitsrecht, dem Dienst- und Nebentätigkeitsrecht, aber auch in der Auslegungsmethodik oder der richterlichen Ethik.

Eine umfassende Einbeziehung aller wissenschaftlichen Positionen und Ausführungen ist angesichts dieser Masse an Veröffentlichungen und Stellungnahmen im Rahmen der vorliegenden Arbeit weder leistbar noch zielführend. Den in den unterschiedlichen Fachbereichen geführte Diskussion liegt ohnehin nur bedingt eine gemeinsame Terminologie und Dogmatik zugrunde.¹¹³⁶ *Stürner* hat die Problematik so zusammengefasst: „[...] *Gerichtsverfahren lassen sich beeinflussen, indem man die Meinung der Richter mitzubestimmen versucht. Die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Beeinflussung hängt [...] vom Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit ab*“¹¹³⁷.

1133 Vgl. zu *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 136 mwN; *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters; vgl. dazu umfangreich *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, S. 182 ff mwN.

1134 *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, Vorwort, IX; vgl. auch *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 174 Fn. 339–345, der von einer unüberschaubaren literarischen Produktion spricht.

1135 So beispielsweise im Rahmen der unter dem Dach der Europäischen Union geführten Debatte um die Rechtsstaatlichkeit der polnischen und ungarischen Justizsysteme, dazu *Voßkuhle*, NJW 2018, 3154; aber auch die zuletzt scharf geführte Debatte um richterliche Nebeneinkünfte, hierzu ursprünglich *Zerfaß/Fischer*, Wirtschaftswoche 2014, S. 18 ff

1136 Mit insofern besonders irritierenden Beispielen aus dem Dienstaufsichtsrecht *Leuze/Friauf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 19 mwN; ausführlich hierzu *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 175, Fn. 340, 341; auch schon *Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 23 ff mwN, 44 ff.

1137 *Stürner*, in: *Gilles*, Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, S. 179.

Umfang und Inhalt der hiesigen Darstellung haben sich daher allein am Ziel und Gegenstand der Untersuchung zu orientieren. Um also herausarbeiten zu können, inwiefern die richterliche Unabhängigkeit einen mit dem allgemeinen Lobbyinggrundrecht in Konflikt stehenden Verfassungsgrundsatz darstellen kann, ist es zunächst notwendig, sich anhand einer überzeugenden Terminologie (I.2.1) mit der dogmatischen Verankerung der richterlichen Unabhängigkeit in einer oder mehreren Grundrechtsbestimmungen (I.2.2.) auseinanderzusetzen. Hiernach kann anhand abstrakter Überlegungen und der vorliegenden Datenlage geklärt werden, inwiefern ein Spannungsfeld tatsächlich besteht (I.2.3), um daran anknüpfend Leitlinien und Maßstäbe zur rechtlichen Abwägung zu entwickeln und anzuwenden. (I.2.4)

II.2.1) Terminologie der „Richterlichen Unabhängigkeit“

Die Terminologie zur richterlichen Unabhängigkeit ist wie bereits angesprochen in vielerlei Hinsicht uneinheitlich. Die verfassungsrechtliche Literatur ist sich über eine gemeinsame sprachliche Erfassung der Problematik bis heute nicht einig geworden, und kann nur mit Mühe mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und den fachgerichtlichen Begriffswelten der verschiedenen Prozessrechtsordnungen in Übereinstimmung gebracht werden. Unklar ist schon, wem die eingeforderte Unabhängigkeit richtigerweise zuzuordnen ist. Im allgemeinen Sprachgebrauch wie auch in der wissenschaftlichen Diskussion wird mit der „richterlichen Unabhängigkeit“ nicht selten zugleich auch für die Eigenständigkeit der rechtsprechenden *Staatsgewalt* als solcher beschrieben. Hierfür besteht zwar keine Notwendigkeit,¹¹³⁸ die terminologische Unschärfe bleibt jedoch regelmäßig ohne Konsequenzen. Schließlich bestehen zwischen der Eigenständigkeit der Judikative und der richterlichen Unabhängigkeit unauflösliche Zusammenhänge, die im Folgenden noch näher besprochen werden.¹¹³⁹ Aber auch

1138 Vgl. Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 69, 212, sowie zu Art. 97, Rn. 14, 58; *Papier*, NJW 2002, 2585, S.2587f mwN; *Kramer*, NJW 2009, 3079, S.3081f; ergänzend *Kröger*, NJW 1989, 1318, S.1321; Meyer/*Münch/Kunig*, GG, Art.92, Rn. 1, 4 mwN, 9 ff; siehe auch *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 25-31.

1139 Zu den Verknüpfungen *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 3 und Art. 92, Rn. 2 Fn. 8 mwN; *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 92, Rn. 68; auch *Wilke*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 122: Die Rechtsprechende Gewalt, Rn. 15-23; kritisch *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S.199 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

das Begriffsfeld der im eigentlichen Sinne *richterlichen* Unabhängigkeit ist uneinheitlich: Mal synonym und mal differenzierend werden in Rechtsprechung und Schrifttum auch die Begriffe der richterlichen *Neutralität*, der *inneren* bzw. *äußereren* oder auch *sachlichen Unabhängigkeit* sowie der richterlichen *Unparteilichkeit* verwandt, ohne dass dieser terminologischen Vielfalt ein gemeinsames Beschreibungsmodell zugrunde läge.¹¹⁴⁰

Ein solches ist jedoch notwendig, soll in Auseinandersetzung mit dem bestehenden Schrifttum und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt werden, welche der unter dem Begriff der richterlichen Unabhängigkeit diskutierten Aspekte denn nun tatsächlich einen verfassungsrechtlichen Schutz durch eine oder mehrere Verfassungsbestimmungen genießen.

II.2.1.1) Mögliche Dimensionen der richterlichen Unabhängigkeit: Staatsunabhängigkeit, Parteunabhängigkeit, Gesellschaftsunabhängigkeit

Das treffendste und soweit ersichtlich verbreitetste Modell zur Beschreibung der richterlichen Unabhängigkeit hat *Bettermann* entwickelt.¹¹⁴¹ In Anlehnung hieran werden drei einander ergänzende *Dimensionen* der richterlichen Unabhängigkeit unterschieden: Die Unabhängigkeit vom Staat und seinen Einrichtungen (*Staatsunabhängigkeit*), die Unabhängigkeit

1140 Soweit bspw. Begriffe *äußere* und *innere* Unabhängigkeit verwendet werden, bleibt deren Unterscheidungskriterium je nach Autor und Anwendung unklar. Oftmals wird auch ohne weitergehende Erklärung das Gegensatzpaar *innere* Unabhängigkeit und *sachliche* Unabhängigkeit gebildet, ohne dass zu erkennen wäre, wie sich zu diesem Gespann die „*persönliche*“ Unabhängigkeit verhält. Alternativ zu *innerer* Unabhängigkeit werden häufig auch *Neutralität*, *Unparteilichkeit* oder auch *Nichtbeteiligung* verwendet, vgl. *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 9, 13f mwN; die Rechtsprechung z.B. zur Neutralität BVerfG, v. 24.11.1964 – 2 BvL 19/63 –BVerfGE 18, 241; BVerfG, v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66; BVerfG, v. 03.06.1980 – 1 BvL 114/78 –BVerfGE 54, 159–172; zur Unparteilichkeit BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56–76; BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 04.06.1969 – 2 BvR 429/65; zur Unabhängigkeit und dem nichtbeteiligten Dritten BVerfG, v. 29.04.1954 – 1 BvR 328/52 –BVerfGE 3, 377–383; BVerfG, v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52 –BVerfGE 4, 331–352; BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312; BVerfG, v. 08.07.1992 – 2 BvL 27/91.

1141 *Bettermann*, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S.525; zu anderen Modellen bspw. *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 10 mwN.

von Prozessbeteiligten (*Parteiunabhängigkeit*)¹¹⁴² sowie die Unabhängigkeit von außerprozessualen gesellschaftlichen Gruppen (*Gesellschaftsunabhängigkeit*).¹¹⁴³

Ausgangspunkt für *Bettermanns* Überlegungen ist der Zweck der für den Richter eingeforderten Unabhängigkeit: Die Gewährleistung eines Freiraums, dessen der Richter in einem Rechtsstaat zur sachgerechten Erfüllung der ihm gestellten Rechtsprechungsaufgaben notwendigerweise bedarf.¹¹⁴⁴ Um in einem demokratischen Verfassungsstaat Recht sprechen zu können, muss der Richter rechtlich wie tatsächlich in einer für den Rechtssuchenden erkennbaren Position der Ungebundenheit sein. Dem Rechtssuchenden muss der Richter als eine ihm und der Streitsache gegenüber unvoreingenommene und hinreichend distanzierte Person erscheinen, die einen Rückgriff auf Selbstjustiz und eine eigenmächtige Durchsetzung vermeintlicher Ansprüche überflüssig macht.¹¹⁴⁵ Er muss von vernünftigen Parteien als unbeteiligter Dritter und gerechter Entscheider anerkannt werden können.¹¹⁴⁶ Eine solche Stellung kann nur derjenige glaubhaft einnehmen, der zwar den abstrakt-generellen und demokratisch legitimierten Wertungen von Recht und Gesetz, sonst aber keinen Weisungen, Einflüssen oder Abhängigkeiten unterworfen ist.¹¹⁴⁷

Historischer Ursprung und Kern jeder Forderung nach richterlicher Unabhängigkeit ist insofern das Freisein von Abhängigkeiten vom sonstigen

1142 Vgl. Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 31 ff; Stern, Staatsrecht II, S. 909.

1143 Beispielsweise Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 3-11; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 16-39; Haratsch/Sodan/Haratsch, GG, Art. 97, Rn. 4-8; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 17 ff; Stern, Staatsrecht II, S. 909.

1144 Vgl. auch Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 17; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 4 mwN; insbesondere handelt es sich nicht um einen Status oder ein persönliches Privileg, vgl. BVerfG, v. 14.11.1969 – 1 BvR 253/68; BGH, v. 14.09.1990 – RiZ (R) 1/90 – BGHZ 112, 189-197, jeweils mit weiteren Nennungen.

1145 Vgl. auch hierzu BVerfG, v. 08.02.2001 – 2 BvF 1/00 – BVerfGE 103, 111-142, wo Rechtsprechung als hoheitliche Streitbeilegung durch letztverbindliche Entscheidung beschrieben wird.

1146 Säcker, NJW 2018, 2375, S. 2376 mwN; Mayer/Münch/Kunig, GG, Art. 92, Rn. 7 mwN, auch Art. 97 Rn. 1; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 25 mwN; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S.193 mwN; siehe schon Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 22f mwN.

1147 Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S.176; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 6; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 14; Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 9; ähnlich Mayer/Münch/Kunig, GG, Art. 92, Rn. 7, 9; auch Art. 97, Rn. 1; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 10.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Staatsapparat (*Staatsunabhängigkeit*).¹¹⁴⁸ Dies erklärt sich für die Bundesrepublik sowohl aus der europäischen Ideengeschichte von Demokratie und Rechtsstaat,¹¹⁴⁹ vor allem aber auch aus den Erfahrungen mit einer nationalsozialistisch-totalitären Diktatur.¹¹⁵⁰ Nach dessen Ende galt es in der neu zu schaffenden Verfassungsordnung der Nachkriegszeit eine verstärkte und deshalb wirksame Kontrolle und Begrenzung der einzelnen Verfassungsgärte und staatlichen Stellen zu erreichen. Durch die Loslösung der Judikative von Exekutive und Legislative sollte eine autonome Schlichtergewalt geschaffen werden, die auch zur Mäßigung und Beschränkung des übrigen Staatsapparats beitragen sollte.¹¹⁵¹

Dem Grundgesetz liegt damit die Hoffnung und Forderung zugrunde, die Judikative als gleichrangige und gleichberechtigte Staatsgewalt zu etablieren.¹¹⁵² Hierfür erfährt sie in bewusster Abwandlung zur Weimarer Reichsverfassung eine ausdrückliche Stärkung im Verfassungstext:¹¹⁵³ Neben einer deutlichen Kompetenzerweiterung¹¹⁵⁴ wird durch die in Art. 1 Abs. 3 GG prominent festgeschriebene Erhebung der Grundrechte zu verbindlichen Rechtsnormen auch der Prüfungsmaßstab der rechtsprechenden Gewalt ausgeweitet, Art. 19 Abs. 4 GG. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes sollen keine rechtsfreien, gerichtlich nicht überprüfaren

1148 Stellvertretend *Morgenthaler/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 10; in diesem Sinne auch *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 10; *Leuze/Friauf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 7; *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 92, Rn. 4 und auch Art. 97 Rn. 1 – 5.

1149 *Kissel/Mayer*, VGV, § 1, Rn. 13 – 24; *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 92, Rn. 10 ff; *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 4; siehe auch *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, S. 165 ff mwN.

1150 *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 6, 8 mwN; siehe insb. *Scheib*, Justiz unterm Hakenkreuz, S. 26 mwN, der darauf hinweist, dass die Justiz im NS-Regime allein zur Systemstabilisierung nutzen sollte; umfassend *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 21 ff, 48 ff.

1151 *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 67; *Kissel*, DRiZ 1987, 301, S. 301ff.

1152 BVerfG, v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 –BVerfGE 9, 268-291; ähnlich *Schmidt-Aßmann*, NVwZ 1983, 1, S.5; *Wassermann/Denninger*, AK-GG, Art. 92, Rn. 12 ff; auch *Kissel*, DRiZ 1987, 301, S:301; zur Übersicht *Stern*, Staatsrecht II, S.891f; kritisch zur angeblich hervorgehobenen Stellung der Richterschaft *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, S. 155 ff mwN.

1153 So ausdrücklich BVerfG, v. 06.06.1967 – 2 BvR 375/60 –BVerfGE 22, 49-83; siehe auch *Badura*, Staatsrecht, S. 793 ff, 858; *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 92, Rn. 1; *Wolff/Umbach/Clemens*, GG, Art. 92, Rn. 10.

1154 Vgl. zur Bedeutung des eigenen Abschnitts für die Rechtsprechung *Wassermann/Denninger*, AK-GG, Art. 92, Rn. 5; *Stern*, Staatsrecht II, S. 891 ff.

Hoheitsakte mehr existieren.¹¹⁵⁵ Auch die institutionelle Verselbstständigung der Justiz soll dazu beitragen, dass die rechtsprechende Gewalt ihren Kontrollaufgaben zugunsten der Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung des Einzelnen auch tatsächlich nachzukommen vermag.¹¹⁵⁶ Zum zusätzlichen Schutz ist jenen Organen und Amtswaltern, denen eine rechtsprechende, kontrollierende Funktion zugewiesen ist, eine umfassende Unabhängigkeit von staatlichen Repressalien oder Sanktionen garantiert, Artt. 92, 97 GG.¹¹⁵⁷

Der Zweck richterlicher Unabhängigkeit kann indes durch die Einräumung von *Staatsunabhängigkeit* nicht erreicht werden. Diese kann allenfalls einen Aspekt der geforderten Unabhängigkeit darstellen.¹¹⁵⁸ Wo aber für Rechtssuchende die Gefahr einer Einflussnahme aus anderer Richtung erkennbar und wahrscheinlich wird, ist auch diesen Ingerenzen und Gefahren entgegenzutreten. So sind etwa Einflussnahmeversuche der Prozessbeteiligten denkbar, die womöglich auf eine bestimmte Verhandlungsleitung oder ein Entscheidungsergebnis hinwirken wollen.¹¹⁵⁹ Hierfür stehen den Prozessbeteiligten Mittel der *Pression* wie auch indirektere Einflussnahmestrategien zur Verfügung. Ein solches Verhalten stellt jedoch aus Sicht eines vernünftigen Rechtssuchenden nicht nur die Unparteilichkeit und Neutralität des Richters in Frage,¹¹⁶⁰ sondern lässt auch bezweifeln, dass sich der Richter bei seiner Entscheidungsfindung tatsächlich allein an den Wertungen und Bestimmungen des Gesetzes orientieren wird. Insofern bezieht sich die Unabhängigkeit der Richter auch auf das Verhältnis zu den Prozessparteien (*Parteiunabhängigkeit*).¹¹⁶¹

1155 Herdegen/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 1, Rn. 1-8, II; auch Schmidt-Aßmann/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 77 ff.

1156 Siehe BVerfG, v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 –BVerfGE 9, 268-291; dazu auch Classen/*Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 3 und Art. 92, Rn. 2 Fn. 8 mwN; Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 92, Rn. 68.

1157 Ähnlich auch § 1 GVG und § 25 DRiG; vgl. Morgenthaler/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 92, Rn 18f; die vom Grundgesetz der Richterschaft beigemessene Bedeutung wird deutlich, hält man sich die sonst übliche Verteilung der Staatsfunktionen auf mehrere Organe vor Augen, dazu Grzesick/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, IV, Rn. 29-34.

1158 Mit anderer Begründung Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, S. 176f, 183 ff mwN.

1159 Stern, *Staatsrecht II*, S. 909; Classen/*Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 31f.

1160 Dazu Leuze/*Friauf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 26 ff mwN.

1161 Classen/*Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 31.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Ähnliches gilt für Einflussnahmeversuche der Öffentlichkeit oder der Gesellschaft (*Gesellschaftsunabhängigkeit*).¹¹⁶² Die Gefahr wird hier typischerweise in öffentlichen Richterschelten oder deutlicher Urteilskritik gesehen.¹¹⁶³ Dass auch andere Einflussnahmemöglichkeiten für gesellschaftliche Gruppen und nichtbeteiligte Akteure bestehen können, hat die Arbeit bereits nahegelegt.¹¹⁶⁴

Erst ein umfassender Schutz der richterlichen Unabhängigkeit in allen denkbaren Dimensionen bietet dem Rechtssuchenden in hinreichender Weise Gewissheit, dass es sich bei der entscheidenden Person um eine nur anhand des Gesetzes entscheidende unparteiische Dritte handelt. Diese Gewissheit ist aber Voraussetzung dafür, dass sich der Rechtssuchende der Entscheidung des jeweiligen Richters von sich aus unterwirft, sie als Streitbeilegung und Schlichtung akzeptiert, und auf andere Mittel der Streitbeilegung verzichtet.¹¹⁶⁵ Nur dann kann der Richter vernünftigerweise als vertrauenswürdiger Treuhänder des bestehenden Rechts gelten.¹¹⁶⁶

Eine umfassende Unabhängigkeit des Richters ist daher eine durch seine Funktion bedingte Notwendigkeit. Sie ist zentrales, wenn nicht sogar konstitutives Element rechtsprechender Gewalt.¹¹⁶⁷ Die Unabhängigkeit ist daher auch Voraussetzung dafür, dass der Wille der Mütter und Väter des Grundgesetzes, eine eigenständige Judikative als unabhängige Kontrollinstanz zu etablieren, auch tatsächlich erreicht werden kann. Soll die Judikative nämlich gleichrangige Staatsgewalt sein,¹¹⁶⁸ muss sie über dieselbe Chance wie die übrigen Akteure des Verfassungsgefüges verfügen, das Ver-

1162 Vgl. Morgenthaler/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 13 mwN; Classen/*Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 33f.

1163 Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 43; Leuze/*Friauf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 35 ff.

1164 Dazu auch *Stern*, Staatsrecht II, S. 910; siehe außerdem D.III.

1165 Vgl. *Bettermann*, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S. 525f; Classen/*Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 5f mwN schreibt von der Unabhängigkeit als Sicherung der Orientierung der Richterschaft einzig am demokratisch legitimierten Gesetz.

1166 Meyer/*Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 1, 11 ff, mit Blick auf die Begrenzung rechtsgestaltender Aufgaben.

1167 Vgl. BVerfG, v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51 -BVerfGE 5, 85–393, Rn. 215, 496 ff; auch BVerfG, v. 23.10.1952 – 1 BvB 1/51 -BVerfGE 2, 1-79, Rn. 38; Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 1; *Säcker*, NJW 2018, 2375, S. 2376 ff.

1168 Hierzu *Stern*, Staatsrecht II, S. 893 mwN; Classen/*Mangoldt u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 5; Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 8 mwN.

halten von Menschen mittels der eigenen Entscheidung zu beeinflussen¹¹⁶⁹ – mithin: *Macht* auszuüben.¹¹⁷⁰ Bleibt die dritte Gewalt stets auf den Vollzug durch die Exekutive angewiesen,¹¹⁷¹ wäre sie bloßer Annex der Exekutive.¹¹⁷² Originär *judikative* Macht jedoch wird der Richterschaft nicht durch die Verfassung selbst, sondern durch die Gemeinschaft der Rechtssuchenden verliehen.¹¹⁷³ Man spricht insofern auch von richterlicher *Autorität* oder *Autoritätsmacht*.¹¹⁷⁴

Indem der Rechtssuchende den zur Entscheidung berufenen Richter *freiwillig* als unparteiischen, neutralen und deshalb gerechten Schlichter akzeptiert,¹¹⁷⁵ besteht für den Richter die Chance, dass seine Entscheidung ohne weitere Vollstreckungsmaßnahmen befolgt wird.¹¹⁷⁶ In diesen Fällen nämlich „*betrachtet [der Betroffene] das Gericht als die Macht, die sein Wohl und Wehe in der Hand hat, er fragt sich, ob die Art und Weise, wie das Gericht sein Verhalten im Prozess deutet, den Urteilsspruch beeinflusst, richtet sein Verhalten danach ein und versucht, das Gericht günstig zu stimmen.*“¹¹⁷⁷ Damit ist das Vertrauen des Rechtssuchenden in die Unabhängigkeit des Richters zugleich Grundbedingung für eine machtvolle und damit eigenständige Judikative als auch für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege insgesamt.¹¹⁷⁸

1169 Vgl. Weiß/Nohlen/Grotz, Kleines Lexikon der Politik, S. 348f; Schubert/Klein, Das Politiklexikon, S. 193f jeweils mit weiteren Nennungen.

1170 Zum hier angelegten *handlungstheoretischen* Machtbegriff vor allem Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 28.

1171 Bettermann, in: Barbey/Isensee/Kirchhof, § 73: Die rechtsprechende Gewalt, Rn. 1.

1172 Vgl. Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 5; Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt; ferner Sydow/Voßkuhle, JZ 2002, 673, S. 673 Fn. 11 mwN; Herrmann, DRiZ, 286, S. 286; Pfeiffer, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 67f mwN; zu einem noch anderen Verständnis von Rechtsprechung dargestellt bei Säcker, NJW 2018, 2375.

1173 Mit Blick auf Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit Brodocz, Die Macht der Judikative, S. 13 ff, S. 98 ff, insb. S. 116 ff.

1174 Lembcke, Hüter der Verfassung, S. 67 ff; Popitz, Phänomene der Macht, S. 104; als Richteramtsbonus bei Benda, in: Fürst, Nachteile des Richteramtsbonus, S. 44; siehe auch Weiß/Nohlen/Grotz, Kleines Lexikon der Politik, S. 348f.

1175 Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 10-12 mwN; Willoweit, JZ 2016, 429, S. 429 ff; Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 191.

1176 Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 189 ff; auch Wipfelder, DRiZ 1983, 337.

1177 Kühne, Amicus curiae, S. 192.

1178 Insbesondere BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17 – BVerfGE 153, 1–72, Rn. 91 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

II.2.1.2) Die möglichen Schutzrichtungen der richterlichen Unabhängigkeit: Äußere Unabhängigkeit und Innere Unabhängigkeit

Zusätzlich lassen sich innerhalb jeder der genannten Dimensionen der richterlichen Unabhängigkeit jeweils zwei unterschiedliche Schutzrichtungen ausmachen. Diese werden je nach Terminologie negative und positive Neutralität,¹¹⁷⁹ häufiger als sachliche¹¹⁸⁰ oder treffender als *äußere*¹¹⁸¹ und *innere Unabhängigkeit*¹¹⁸² beschrieben.

Die *äußere Unabhängigkeit* beschreibt das verfassungsrechtlich eingeforderte Fehlen von Weisungen oder vergleichbaren Einflussnahmever suchen gegenüber der Richterschaft.¹¹⁸³ Sie ist traditioneller Kern der richterlichen Unabhängigkeit und richtete sich im Rahmen der *Staatsunabhängigkeit* gegen die Exekutive.¹¹⁸⁴ Auch wenn dieser Hintergrund nahe legt, die äußere Unabhängigkeit vor allem als Abwehrrecht der Richterschaft zu verstehen, handelt es sich in erster Linie um eine objektiv-rechtliche Forderung: Bei der Wahrnehmung rechtsprechender Aufgaben hat ein Zustand frei von äußerem Einflussnahmever suchen nicht mehr hinzunehmender Qualität zu bestehen. Die äußere Unabhängigkeit richtet sich demnach zunächst *nach außen* und damit an die Urheber möglicher Ingerenzen. Ob und inwiefern verfassungsrechtlich oder zumindest einfachgesetzlich Verbote oder Gebote für die Urheber von Ingerenzen bestehen – hier stellt sich insbesondere die Frage, inwiefern die Prozessparteien oder die Gesellschaft überhaupt Adressaten einer verfassungsrechtlichen Pflicht sein können – wird Gegenstand der weiteren Ausführungen sein. Die Frage, wer diesen Zustand subjektiv einfordern kann, wird ebenfalls zu klären sein.

Die von der Literatur oft als *innere Unabhängigkeit* bezeichnete gedankliche, emotionale und persönliche Unvoreingenommenheit des Richters

1179 So Meyer/*Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 1.

1180 *Pfeiffer*, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 67; der Begriff der *sachlichen* Unabhängigkeit ergibt sich als terminologisches Gegenstück zur *persönlichen* Unabhängigkeit aus Art. 97 Abs. 2 GG; die beiden Absätze stützen einander jedoch eher gegenseitige, vgl. Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 98.

1181 *Lansnicker*, Richteramt in Deutschland, S. 93 ff; *Dütz*, JuS 1985, 745, S. 748 ff.

1182 *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 7; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 157 ff und mwN; *Stelkens/Panzer/Schoch/Schneider*, VwGO, § 1, Rn. 41–43.

1183 Stellvertretend *Pfeiffer*, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 67.

1184 Vgl. BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 – BVerfGE 14, 56-76; siehe auch Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97 Rn. 75-86 und 92 mwN.

gegenüber den Parteien und der Streitsache¹¹⁸⁵ ist die zweite Schutzrichtung der verfassungsrechtlichen Unabhängigkeit. Auch sie ist eine objektive Anforderung des Grundgesetzes: Der jeweils zur Entscheidung berufene Richter hat in seiner inneren Einstellung gegenüber den Parteien, dem Streitgegenstand und den möglichen Streitentscheidungen und deren unmittelbaren Folgen erkennbar unbeteiligt zu bleiben.¹¹⁸⁶ Gefahren für diese „Neutralität“ drohen aus allen genannten Dimensionen, und damit durch Ingerenzen des übrigen Staatsapparats, Beeinflussungen der Prozessparteien oder Pressionen aus der gesellschaftlichen Sphäre. Adressat der inneren Unabhängigkeit-Forderung ist jedoch anders als bei der äußeren Unabhängigkeit die Richterschaft selbst: Sie hat sich in ihrem Verhalten der inneren Unabhängigkeit neutral und innerlich unabhängig zu verhalten.¹¹⁸⁷ Maßstab ist nicht die Auffassung des Richters selbst, sondern die der Rechtssuchenden – für diese muss die Entscheidung des Richters als konsequente und gerechte Schlussfolgerung aus Recht und Gesetz auf den jeweiligen Streitfall erscheinen, statt als Ergebnis des jeweiligen professionell-fachlichen oder allgemein-politischen Vorverständnisses des Richters.¹¹⁸⁸ Der Richter selbst hat daher einen Zustand inneren Äquidistanz und Offenheit zu wahren.¹¹⁸⁹ Er darf bei der Entscheidung weder in seiner rechtlichen Bewertung noch anderweitig gedanklich oder auch nur emotional zugunsten eines bestimmten Verfahrensausgangs festgelegt sein. Er muss offen für

1185 Grundlegend *Pfeiffer*, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 69 ff; *Faller*, in: Faller/Zeidler/Maunz u.a., Festschrift Hans Joachim Faller, S. 83 ff; siehe auch *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 85f.

1186 Unter dem Begriff der *Unparteilichkeit* ausführlich *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 8-45.

1187 Bspw. BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223, Rn. 11; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 157; *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 5; *Stelkens/Panzer/Schoch/Schneider*, VwGO, § 1, Rn. 41; wohl auch *Stern*, Staatsrecht II, S. 910.

1188 *Pfeiffer*, in: Fürst Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 69 ff; *Faller*, in: Faller/Zeidler/Maunz u.a., Festschrift Hans Joachim Faller, S. 87 ff mwN.

1189 Diesbezüglich mittlerweile fester Begriff der Diskussion, nur beispielhaft *Hager*, ZBR 1990, 311, S. 311 ff; *Hager*, NJW 1988, 1694, S. 1695 mwN; *Sendler*, NJW 1983, 1449, S. 1452; *Papier*, NJW 2001, 1089; S. 1091; *Schaffer*, BayVBl 1991, 641; *Funk*, DRiZ 1978, 357; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 157 ff; *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 23 mwN; mit zweifelhaftem Begriffsverständnis *Staats*, DRiG, § 25, Rn. 8; vgl. auch *Schmidt-Räntsche*, DRiG, § 39, Rn. 7; *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 7; *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 1; auch BVerfG, v. 29.05.1973 – 2 BvQ 1/73-BVerfGE 35, 171.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Argumente verschiedener Zielrichtungen sein, und diese vollumfänglich und gleichwertig in seine Entscheidungsfindung einbringen.¹¹⁹⁰

Das Begriffspaar der inneren und äußeren Unabhängigkeit wird soweit ersichtlich nur selten in der hier vorgeschlagenen Weise verwendet. Das BVerfG selbst verzichtet zumeist auf den Begriff der inneren Unabhängigkeit, und umschreibt ihn wie auch ein großer Teil der Literatur¹¹⁹¹ mit den Begriffen der Unparteilichkeit und Neutralität.¹¹⁹² Dem so entstehenden Eindruck, die richterliche Unabhängigkeit sei von der Unparteilichkeit oder Neutralität fundamental zu unterscheiden, ist nach den vorstehenden Ausführungen jedoch mit aller Deutlichkeit entgegenzutreten. Überzeugender ist es, den Begriff der *Unabhängigkeit* als Oberbegriff anzuwenden, und dabei anhand der verschiedenen Aspekte und Schutzrichtungen zu differenzieren.¹¹⁹³ Dass dies möglich ist, ohne in Konflikt mit der inhaltlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu geraten, zeigen eben jene Entscheidungen, für deren Begründung das Verfassungsgericht selbst auf die hiesige Terminologie zurückgreift.¹¹⁹⁴

II.2.2) Verfassungsrechtliche Verankerung der richterlichen Unabhängigkeit

Unabhängig vom terminologischen und rechtstheoretischen Verständnis stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die soeben aufgeworfenen Elemente der richterlichen Unabhängigkeit eine Verankerung in einer oder mehreren Bestimmungen des Grundgesetzes gefunden haben. Für die vorliegende Arbeit lassen sich insofern jeweils für die äußere (I.2.2.1) wie für die innere (I.2.2.2) Unabhängigkeit folgende Fragestellungen unterschei-

1190 Schmidt-Räntscha/Schmidt-Räntscha, DRiG, § 39, Rn. 7; Staats, DRiG, § 25, Rn. 8; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 23.

1191 Bspw. Detterbeck/Sachs, GG, Art. 92, Rn. 25; Kment/Jarass/Pieroth, GG; Art. 92, Rn. 7; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 24.

1192 BVerfG, v. 29.04.1954 – 1 BvR 328/52 –BVerfGE 3, 377–383; BVerfG, v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52 –BVerfGE 4, 331–352; BVerfG, v. 08.07.1992 – 2 BvL 27/91; BVerfG, v. 08.02.2001 – 2 BvF 1/00 –BVerfGE 103, 111–142; BVerfG, v. 19.03.2013 – 1 BvR 2635/12 –BVerfGE 133, 163–168; BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16; vgl. Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 9, 13f mwN; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 10.

1193 So auch Heyde/Benda u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 77 mwN.

1194 Wie hier jedoch in BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16; BVerfG, v. 18.06.2003 – 2 BvR 383/03 –BVerfGE 108, 122–129; BVerfG, v. 23.07.1998 – 1 BvR 2470/94; BVerfG, v. 06.06.1988 – 2 BvR 111/88; BVerfG, v. 12.07.1986 – 1 BvR 713/83 – BVerfGE 73, 330–339; BVerfG, v. 29.05.1973 – 2 BvQ 1/73-BVerfGE 35, 171.

den: Welcher Verfassungsnorm ist die jeweilige Unabhängigkeitskategorie zugewiesen? Welche Schutzdimensionen sind im Sinne des Grundgesetzes von der Unabhängigkeit umfasst? Welcher Inhalt und Gegenstand ergibt sich mithin für die grundgesetzlich garantierte Unabhängigkeitskategorie? Und welche Rechtsfolgen ergeben sich aus einem objektiven Verstoß gegen die jeweilige Verfassungsbestimmung?

II.2.2.1) Die äußere Unabhängigkeit

II.2.2.1.1) Äußere Unabhängigkeit und Art. 97 Abs. 1 GG

Die *äußere* Unabhängigkeit der Richterschaft ist nach unbestrittener Auffassung verfassungsrechtlich verbürgt. Die so verstandene Unabhängigkeit lässt sich nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts in den Art. 20 Abs. 2, 3 GG, Art. 92 GG sowie Art. 97 GG verorten, und ist als zentraler Inhalt der Rechtsstaatlichkeit¹¹⁹⁵ zugleich Bestandteil der Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG.¹¹⁹⁶ Sie stellt in Anlehnung an die hier vorangestellten Überlegungen zusammen mit anderen Elementen der Rechtsstaatlichkeit einen wesentlichen Bestandteil der in Art. 92 GG formulierten richterlichen Tätigkeit dar.¹¹⁹⁷ Nach Rechtsprechung des Bundes-

1195 Siehe Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 14.

1196 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 14f; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 6 mwN; auch Heyde/Benda u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 7.

1197 BVerfG, v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52 –BVerfGE 4, 331–352; BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56–76; BVerfG, v. 24.11.1964 – 2 BvL 19/63 –BVerfGE 18, 241; BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66; BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312; BVerfG, v. 26.05.1976 – 2 BvL 13/75 –BVerfGE 42, 206–212; BVerfG, v. 02.05.1984 – 2 BvH 1/84 –BVerfGE 67, 65–70; auch Wolff/Umbach/Clemens, GG, Art. 92, Rn. 48 mwN; Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 92, Rn. 7; Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 92, Rn. 20 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

verfassungsgerichts¹¹⁹⁸ und weiten Teilen der Literatur¹¹⁹⁹ ist die Unabhängigkeit sogar konstitutiver Definitionsbestandteil der richterlichen Tätigkeit selbst.

Obwohl man hieraus schließen könnte, dass die von Art. 92 GG vorausgesetzte Unabhängigkeit auch durch ebendiese Bestimmung geschützt und gefordert würde,¹²⁰⁰ wird die äußere Unabhängigkeit dem Schutzmfang des insofern spezielleren Art. 97 Abs. 1 GG zugeordnet.¹²⁰¹ Dieser proklamiert und fordert zugleich: *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen*. Hinter dem in dieser Norm verankerten scheinbaren Widerspruch aus Freiheit und Bindung¹²⁰² steht die oben dargestellte Erwartung des Rechtsuchenden an den Richter, als unbeteiligter Dritter ohne eigene Agenda und Abhängigkeit allein auf Grundlage des geltenden Rechts über den vorgebrachten Streitgegenstand zu entscheiden.¹²⁰³

1198 Unter dem Begriff der Neutralität BVerfG, v. 24.II.1964 – 2 BvL 19/63 –BVerfGE 18, 241; BVerfG, v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66, (54); BVerfG, v. 03.06.1980 – 1 BvL 114/78 –BVerfGE 54, 159–172; zur Unparteilichkeit BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 – BVerfGE 14, 56–76; BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 04.06.1969 – 2 BvR 429/65; vor allem zum Begriff der Unabhängigkeit und dem

nichtbeteiligten Dritten BVerfG, v. 29.04.1954 – 1 BvR 328/52 –BVerfGE 3, 377–383; BVerfG, v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52 –BVerfGE 4, 331–352; BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312; BVerfG, v. 08.07.1992 – 2 BvL 27/91.

1199 Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 92, Rn. 7; Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 92, Rn. 20 ff; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 92, Rn. 25; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 92, Rn. 25, 51 ff mwN; vgl. mit anderer Perspektive Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 212–219 mwN; siehe auch Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 94 ff, insb. S. 105 ff.

1200 Zu den unklaren Verhältnissen und gegenseitigen Verweisungen Detterbeck/Sachs, GG, Art. 92, Rn. 25, auch Art. 97 Rn. 1; zur Kritik ausführlich Heyde/Benda u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 13; auch Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 92, Rn. 12, der keinen neutralen, aber einen unbeteiligten Dritten als von Art. 92 GG vorausgesetzten Richter formuliert.

1201 BVerfG, v. 09.II.1955 – 1 BvL 13/52 –BVerfGE 4, 331–352; BVerfG, v. 24.II.1964 – 2 BvL 19/63 –BVerfGE 18, 241; BVerfG, v. 06.06.1967 – 2 BvR 375/60 –BVerfGE 22, 49–83; BVerfG, v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66; BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312; BVerfG, v. 08.06.1971 – 2 BvL 17/70 –BVerfGE 31, 137–141; Wolff/Umbach/Clemens, GG, Art. 92, Rn. 49; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 10 als Konkretisierung des Neutralitätsgebots mwN aus der Rechtsprechung, außerdem Rn. 12; in diesem Sinne auch Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 1; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 4; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 92, Rn. 58; Schmidt-Jortzig, NJW 1991, 2377, S. 2380.

1202 Stern, Staatsrecht II, S. 912.

1203 BVerfG, v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 –BVerfGE 107, 395–418, Rn. 20; dazu auch Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 27–30; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 10 als Konkretisierung des Neutralitätsgebots mwN aus der Rechtsprechung, außerdem Rn. 12; in diesem Sinne auch Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 1; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 4; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 92, Rn. 58; Schmidt-Jortzig, NJW 1991, 2377, S. 2380.

II.2.2.1.2) Äußere Unabhängigkeit als alle Dimensionen umfassende Schutznorm

Auch aufgrund seines historischen Kontexts ist unbestritten, dass Art. 97 Abs. 1 GG gegenüber Einflussnahmever suchen und Übergriffen der übrigen Staatsgewalten eine möglichst umfassende Schutzgarantie ausspricht (*Staatsunabhängigkeit*).¹²⁰⁴ Der gewährte Freiraum wendet sich insofern gleichermaßen gegen Beeinträchtigungen der Exekutive wie der Legislative oder gar der Judikative selbst.¹²⁰⁵

Lange Zeit war hingegen unklar, ob Art. 97 Abs. 1 GG über die verfassungsrechtliche Verankerung der *äußeren Staatsunabhängigkeit* hinaus einen vergleichbaren Schutz auch vor Ingerenzen aus der Sphäre der Prozessparteien oder der formell unbeteiligten gesellschaftlichen Sphäre gewähren würde. Eine eher traditionelle Auslegung verneinte dies.¹²⁰⁶ Art. 97 GG müsste gerade wegen seiner Entstehungsgeschichte als auf die Abwehr staatlicher Einflussnahmen spezialisierte Vorschrift verstanden werden.¹²⁰⁷ Dies lasse sich ganz besonders in der in Art. 97 Abs. 2 GG festgehaltenen *Unabsetzbarkeit* und *Unversetbarkeit* der Richterschaft ablesen.¹²⁰⁸ Diese schützen den Richter davor, für seine in äußerer Unabhängigkeit getroffenen Entscheidungen nachträglich persönlich verantwortlich gemacht, und insofern wegen unliebsamen Entscheidungen versetzt oder des Amtes enthoben zu werden.¹²⁰⁹ Zu solchen Eingriffen sei jedoch allein die Exekuti-

mens, GG, Art. 97, Rn. 10–12; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 14–18; Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 1; vgl. Stern, Staatsrecht II, S. 912.

1204 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16; für die Literatur Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 5; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 17; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 15.

1205 Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 12–31; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 19–41; Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 3.

1206 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 85 ff; Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 34; Sendler, NJW 2001, 1909; wohl auch Papier, NJW 2001, 1089; unklar Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 24, dagegen aber Rn. 93.

1207 Wassermann, Die richterliche Gewalt, S.92; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 1, 3; Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S.221 mwN; Rudolph, DRiZ 1984, 135, S.139; Hager, ZBR 1990, 311, S. 313; Bettermann, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S.528; aber auch noch bei Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 10f; auch Gerdes, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 18 mwN.

1208 Vgl. Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 22; Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 14–16.

1209 Insofern spricht man von der *persönlichen* Unabhängigkeit des Art. 97 Abs. 2 GG, siehe stellvertretend Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 22 ff mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

ve in der Lage, vergleichbare Eingriffe durch Prozessparteien oder Gesellschaft seien undenkbar. Weil Art. 97 Abs. 2 GG sich insofern an die äußere Unabhängigkeit aus Art. 97 Abs. 1 GG anlehnt,¹²¹⁰ könne Art. 97 Abs. 1 GG keinen weiteren Adressatenkreis haben als Art. 97 Abs. 2 GG. Zuletzt sei außerdem zu beachten, dass weder Prozessparteien noch die Gesellschaft als solche Träger verfassungsrechtlicher Pflichten seien könnten.¹²¹¹ Insofern sei es unmöglich, ihnen im Rahmen des Art. 97 Abs. 1 GG Unterlassungspflichten aufzuerlegen. Stattdessen führen Pressionen oder Ingerenzen aus privater oder gesellschaftlicher Sphäre bloß dazu, dass die Pflicht des betroffenen Richters zur Verteidigung seiner inneren Unabhängigkeit auslöse.¹²¹²

Die heute weit überwiegende und mittlerweile vom Bundesverfassungsgericht¹²¹³ angeführte Ansicht möchte Art. 97 Abs. 1 GG auch als Garantienorm für die *äußere Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit* sehen. Die historische und systematische Argumentation der Gegenansicht¹²¹⁴ wird vor allem mit Blick auf den Zweck der richterlichen Unabhängigkeit überwunden.¹²¹⁵ Das anzulegende weite Verständnis ordnet Art. 97 GG insofern zurecht in jene Entwicklungslinie ein, die mit der Bedrohung durch Monarchen und Diktatoren und dem hiergegen erforderlichen Schutz begon-

1210 BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56–76; BVerfG, v. 03.07.1962 – 2 BvR 628/60 –BVerfGE 14, 156–173; BVerfG, v. 08.07.1992 – 2 BvL 27/91; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 27, Rn. 98; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 178f; Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 9 mwN.

1211 Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 24.

1212 Vgl. Stern, Staatsrecht II, S. 909 ff; ähnlich Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 1, 34.

1213 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 56.

1214 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 85, 88f.

1215 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 42 ff; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 22; Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 13; Haratsch/Sodan/Haratsch, GG, Art. 97, Rn. 8; Kissel/Mayer, GVG § 1 Rn. 109 mwN; Dütt, JuS 1985, 745, S.747, 749 ff; Gilles, DRiZ 1983, 41, S. 44; Geiger, DRiZ 1979, 65, S. 66; Wipfelder, DRiZ 1987, 117, S.119 ff; Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 220f, Fn. 1; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 176; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 17; trotz Zweifeln an der Relevanz auch Stern, Staatsrecht II, S. 912, sowie Heyde/Benda u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 79; inzident auch Heusch/ Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 33; Badura, Staatsrecht, S. 864; im Ergebnis auch Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 26 ff, 35 ff; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 31 ff, allerdings ohne klare Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Unabhängigkeit; Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 44 ff, 49f; kritisch Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 121.

nen hat:¹²¹⁶ Die Konstituierung einer autonomen rechtsprechenden Staatsgewalt, die keinem Staatsoberhaupt, keiner Verwaltungsbehörde und keinem Parlament unterstellt ist, sondern diesen gleichrangig gegenübersteht. Kommt es für eine verfassungsrechtlich geforderte, autonom-machtvolle Judikative aber auf tatsächliche Anerkennung der Richterautorität durch die Rechtssuchenden an,¹²¹⁷ kann es keinen Unterschied machen, aus welchem Grund diese Anerkennung der Richterschaft entzogen wird.

Es kann daher nicht darauf ankommen, ob nun ein staatlicher Akteur die Entscheidungsfindung beeinflusst oder eine gesellschaftliche Instanz.¹²¹⁸ Bei Art. 97 Abs. 1 GG handle es sich daher nicht um subjektive Pflichten einzelner Organe, Ingerenzen zu unterlassen, sondern um eine objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes zur *Ingerenz-Freiheit*.¹²¹⁹ Dabei ist unschädlich, dass Gesellschaft und Prozessparteien als solche vom Grundgesetz nicht zur Unterlassung verpflichtet werden können:¹²²⁰ Führen deren Einflussnahmeversuche zu einer objektiv den Anforderungen der Verfassung widersprechenden Situation, löst dies auch ohne verfassungsrechtlichen Pflichtenverstoß eine Pflicht zur Abwehr bei den zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit durch die Verfassung verpflichteten Staatsgewalten aus.¹²²¹ Die äußere Unabhängigkeit zielt auf die umfassende Freiheit von äußeren Einflussnahmen unabhängig von der Natur ihres Urhebers ab¹²²² – nicht als persönliches Privileg des Richters, sondern als Grundlage für eine eigenständige, vertrauenswürdige und anerkennenswerte Judikative.¹²²³

1216 Dazu mit Nachweisen *Lansnicker*, Richteramt in Deutschland, S. 89 ff.

1217 Siehe dazu E.II.2.1.

1218 Vgl. *Bettermann*, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S. 525 ff; *Geiger*, DRiZ 1979, 65, S. 67; *Gilles*, DRiZ 1983, 41, S. 44; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S.222f mwN; siehe auch auch *Wassermann/Denninger*, AK-GG, Art. 97, Rn. 90.

1219 *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 42; *Detterbeck/Sachs*, GG, Art. 97, Rn. 17.

1220 So die weit überwiegende Ansicht, *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 189, Fn. 425 mwN.

1221 *Bernsdorff/Umbach/Clemens*, GG, Art. 97, Rn. 15; *Heusch/Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 97, Rn. 32 ff; *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 93; *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 17 mwN; *Kissel/Meyer*, GVG, § 1, Rn. 109; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 183, 189–192.

1222 *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 42 spricht von einem Rundumschutz; siehe auch *Lansnicker*, Richteramt in Deutschland, S. 93 ff.

1223 Vgl. *Heyde/Benda u. a.*, Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 79; *Heusch/Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 97, Rn. 6; *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 19f.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Die zuletzt genannten Argumente überzeugen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, weshalb das Grundgesetz sich trotz des einheitlich verfolgten Ziels, eine effektive und vertrauenswürdige Judikative einzurichten, auf den Schutz vor Staatsingerenzen beschränken sollte. Anderes mag nur dort gelten, wo Ingerenzen tatsächlich nur aus einer der Dimensionen drohen: Es spricht daher gerade nicht gegen die herrschende Meinung, dass Art. 97 Abs. 2 GG sich auf die Gewährung einer *persönlichen Staatsunabhängigkeit* beschränkt – schließlich bestehen Möglichkeiten zur Entlassung oder Versetzung eines Richters tatsächlich αλλειν für staatliche Akteure.¹²²⁴ Den Schutzbereich der persönlichen Unabhängigkeit auf eine *Staatsunabhängigkeit* zu beschränken und damit enger zu fassen als jenen der äußeren Unabhängigkeit insgesamt ist daher nicht nur rechtstechnisch zulässig, sondern als Reaktion auf die besonderen Einflussnahmemöglichkeiten des Staates auch notwendig. Wo aber Staat, Gesellschaft und Prozessparteien in vergleichbarer Weise die Garantie einer unabhängigen Richterschaft beeinträchtigen können, ist eine tatbestandliche Beschränkung der zentralen Schutzgarantie des Art. 97 Abs. 1 GG nicht einzusehen.

Offen bleibt jedoch gerade mit Blick auf die hiermit bereits angesprochenen unterschiedlichen Beeinflussungsmöglichkeiten, ob der von Art. 97 Abs. 1 GG eingeforderte richterliche Entscheidungsfreiraum in allen Dimensionen den gleichen Umfang einnehmen kann: Es ist daher zu klären, ob die *äußere Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit* den gleichen Inhalt umfasst wie die traditionell gewachsene *äußere Staatsunabhängigkeit*.

II.2.2.1.3) Äußere Unabhängigkeit: Schutzgehalt

Äußere Staatsunabhängigkeit

Historisch betrachtet gewährleistet die *äußere Unabhängigkeit* einen Zustand der *Weisungsfreiheit*: Richterinnen und Richter unterliegen weder konkreten Einzelbefehlen noch Kollektivanordnungen, aber auch keinen internen Verhaltensanweisungen oder vergleichbaren Einflussnahmen.¹²²⁵

1224 Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 2f; 14; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 98.

1225 Vgl. BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56–76; BVerfG, v. 04.06.1969 – 2 BvR 33/66 –BVerfGE 26, 79–100; BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312; BVerfG, v. 08.06.1971 – 2 BvL 17/70 –BVerfGE 31, 137–141; BVerfG, v. 27.11.1973 – 2 BvL 12/72; BVerfG, v. 27.06.1974 – 2 BvR 429/72 –BVerfGE 38, 1–22;

Die Schutzgarantie ist insofern erkennbar vom Kampf gegen absolutistische Landesfürsten geprägt, und daher traditionell auf eine Unabhängigkeit vom übrigen Staatsapparat gemünzt.¹²²⁶ Unter dem Grundgesetz sind Weisungen oder Befehle an die Richterschaft schon aufgrund der strengen Gewaltenteilung eines demokratischen Rechtsstaats mangels entsprechender Kompetenzen von Legislative oder Exekutive unzulässig.¹²²⁷ Um der herausragenden Stellung der *äußereren Staatsunabhängigkeit* für die Position und Autorität der Richterschaft dennoch hinreichend Geltung einzuräumen, wurde Art. 97 GG von der Rechtsprechung vergleichsweise extensiv ausgelegt: Nicht erst Weisungen, sondern *jeder Versuch einer Staatsgewalt*, direkt oder indirekt, durch Pression oder subtil Einfluss auf die Entscheidung konkreter Fälle zu nehmen, eine solche Einflussnahme zu ermöglichen oder aber die Rechtsstellung des Richters in sonstiger Weise zu beeinflussen, stellt einen *Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit des Art. 97 GG* dar.¹²²⁸ Die grundgesetzlich gewährte *äußere Staatsunabhängigkeit* untersagt mithin neben Rügen und Befehlen auch bloße Empfehlungen, Ratschläge, Anregungen oder Bitten.¹²²⁹ Jede vermeidbare, also nicht zur Erreichung legitimer Ziele erforderliche, Einflussnahme insbesondere der Exekutive auf die Richterschaft hat daher zu unterbleiben.¹²³⁰ Dabei füllt das Spannungsverhältnis *äußerer Staatsunabhängigkeit* und exekutiver Dienstaufsicht die Kommentarliteratur zu Art. 97 Abs. 1 GG seitenweise.¹²³¹

BVerfG, v. 07.01.1981 – 2 BvR 401/76 –BVerfGE 55, 372–397; BVerfG, v. 24.03.1982 – 2 BvH 1/82; Heusch/ Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 6; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 14; Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 31 ff.

1226 Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 6 mwN.

1227 Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 39.

1228 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 15; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 2, 14; Stern, Staatsrecht II, S. 909, 912; siehe BVerfG, v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60 –BVerfGE 12, 81–99; BVerfG, v. 04.06.1969 – 2 BvR 33/66 –BVerfGE 26, 79–100; BVerfG, v. 27.06.1974 – 2 BvR 429/72 –BVerfGE 38, 1–22; mit Bedenken Kisker, NJW 1981, 889, S. 890 mwN, siehe auch Mishra, ZRP 1998, 402, S. 407 mwN.

1229 BGH, v. 07.06.1966 – RiZ (R) 1/66 –BGHZ 46, 147–151; Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 40 mwN.

1230 Vgl. BVerfG, v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60 –BVerfGE 12, 81–99; BVerfG, v. 04.06.1969 – 2 BvR 33/66 –BVerfGE 26, 79–100; BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 57; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 22; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 17; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 12 mwN; kritisch Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 200 ff mwN, S. 255 ff mwN.

1231 Statt aller Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 75–86; Heusch/ Schmidt-Bleibtreu GG, Art. 97, Rn. 12–26.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Es ist unbestritten, dass der mittels Dienstaufsicht angestrebte Erhalt der Funktionsfähigkeit der Gerichte sowie die Wahrung der Bindung der Richterschaft an Recht und Gesetz ein legitimes Ziel von Ingerenzversuchen sein kann.¹²³² Insofern werden auch indirekte, neutral gehaltene Informations- und Fortbildungsangebote weitgehend als unproblematisch angesehen. Dennoch erscheint es richtig, dass der Schutzmfang von Art. 97 Abs. 1 GG in Bezug auf die *Staatsunabhängigkeit* im neueren Schrifttum nicht mehr als bloße Weisungs- denn vielmehr als *Einmischungsfreiheit* beschrieben wird.¹²³³

Auch der gesetzgebenden Gewalt ist jeder unmittelbare Einfluss auf die Entscheidung konkreter Fälle in laufenden Verfahren untersagt.¹²³⁴ Dem an die Legislative gerichteten Ingerenzverbot ist bislang jedoch keine besonders große praktische Bedeutung zugekommen.¹²³⁵ Anders als der Exekutive¹²³⁶ ist im parlamentarisch-politischen Raum der Legislative und Gubernativa¹²³⁷ nämlich zumindest inhaltliche Kritik an bereits getroffenen Urteilen erlaubt, um eine gegenseitige Kontrolle der Staatsgewalten zu ermöglichen. Damit die Richterschaft jedoch eine eigenverantwortliche Entscheidung im Rahmen von Gesetz und Recht treffen kann, dürfen staatliche Ingerenzen in keinem Fall die vom Grundgesetz vorgesehene *umfassende Weisungs-, Handlungs- und Erkenntnisfreiheit* der Richterschaft vor,

-
- 1232 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 57f; auch BVerfG, v. 04.06.1969 – 2 BvR 33/66 – BVerfGE 26, 79–100; BVerfG, v. 07.01.1981 – 2 BvR 401/76 – BVerfGE 55, 372–397; siehe hierzu Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 114 ff, 143 ff mwN; Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 258 ff.
- 1233 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 21; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 12 mwN; vgl. Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 38–42.
- 1234 Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 12; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 92; Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 7; Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 27; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 41; aA wohl Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 14.
- 1235 Hierzu Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 10 mwN; Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 71f mwN.
- 1236 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 33 unter Verweis auf BGH, v. 31.01.1984 – RiZ (R) 3/83 – BGHZ 90, 41–52, Rn. 7, und BGH, v. 30.03.1987 – RiZ (R) 7/86 – BGHZ 100, 271–277; keine Unterscheidung bei Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 33; abwägend Mishra, ZRP 1998, 402, S. 403 mwN; sowie vor allem, jedoch ohne Blick für die Dienstaufsicht und ohne Unterschied zwischen Gubernativa und Exekutive Mishra, Zulässigkeit und Grenzen der Urteilsschelte, S. 209 ff, insb. 220 ff.
- 1237 Andere Ansicht Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 34, 42.

während oder nach der eigentlichen Sachentscheidung in Frage stellen.¹²³⁸ Daher muss etwa von Regierungsmitgliedern geäußerte Kritik an Gerichtsurteilen zu jedem Zeitpunkt den gegenseitigen Respekt der Staatsgewalten erkennen lassen.¹²³⁹

Äußere Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit

Der erweiterte Schutzmfang des Art. 97 Abs. 1 GG soll nach in Schrifttum und Rechtsprechung soweit ersichtlich unbestrittener Ansicht nicht für die *Partei- und Gesellschaftsunabhängig* gelten. Hierfür lassen sich überzeugende Argumente anführen.

So kommt nicht-staatlichen Ingerenzen Grundrechtsschutz zu. Anders als Maßnahmen der Exekutive oder Legislative, die ihre Ingerenzen allenfalls als demokratische oder rechtsstaatliche Kontrolle zu rechtfertigen versuchen können,¹²⁴⁰ stellen Ansprachen, Anschreiben, Veröffentlichungen, Berichterstattung, Demonstrationen, Kampagnen oder sonstige Einflussnahmeversuche von Prozessparteien oder der Öffentlichkeit grundrechtlich abgesicherte Freiheiten des Individuums dar.¹²⁴¹ Ein zu weitgehender Schutz der äußeren Unabhängigkeit stünde mithin in unmittelbarem Widerspruch zu Versammlungs-, Meinungs- oder allgemeiner Handlungsfreiheit. Andererseits besteht mit Blick auf die berechtigten Erwartungen der Rechtssuchenden zugleich die Notwendigkeit, zumindest solche Einflussnahmeversuche verfassungsrechtlich abzuwehren, denen eine für Rechtssuchende nicht hinnehmbare Gefahr innewohnt, dass sich der Richter nicht

1238 Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 8; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 15 mwN; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 14 mwN.

1239 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 24; Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 27; Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 7; mit Blick auf Art. 98 Abs. 2 GG Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 92 auch Kisker, NJW 1981, 889; ausführlich Mishra, ZRP 1998, 402, S. 403 mwN; sowie Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 103 mwN; zweifelnd Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 266-268.

1240 Zu diesem Aspekt Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 35 mwN; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 8f mwN; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 43; kritisch Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 92ff.

1241 Insbesondere unter Verweis auf Art. 5 I GG Haratsch/Sodan/Haratsch, GG, Art. 97, Rn. 8; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 43; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 19; Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 13; siehe auch Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 109; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 86 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

mehr nur dem Gesetz, sondern eben auch oder vor allem dem Willen des Einflussnehmenden unterwirft. Die Literatur diskutiert solche Fälle etwa bei in der Wortwahl unsachgemäßen Urteilsschelten¹²⁴² oder verzerrender Meinungsmache.¹²⁴³

Die Verfassungsgüter der *äußereren richterlichen Unabhängigkeit* und des Grundrechtsschutzes sind daher in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.¹²⁴⁴ Zwar kann eine Verletzung der äußereren Unabhängigkeit nach allgemeiner Ansicht nicht im eigentlichen Sinne gerechtfertigt werden.¹²⁴⁵ Dennoch handelt es sich bei Art. 97 Abs. 1 GG nicht im eigentlichen Sinne um ein *absolutes* Schutzgut.¹²⁴⁶ Für Bundesverfassungsgerichts und Literatur ist vielmehr selbstverständlich, dass zugunsten anderer Verfassungsgüter oder tatsächlicher Notwendigkeiten auch im Rahmen des Art. 97 Abs. 1 GG kein umfassender Schutz bestehen kann.¹²⁴⁷ Die angestrebte *praktische Konkordanz* hat daher richtigerweise auf tatbestandlicher Ebene stattzufinden, und führt zu einer teleologischen Reduktion des sachlichen Schutzbereichs von Art. 97 Abs. 1 GG.¹²⁴⁸

Mangels entsprechender Vorlagen¹²⁴⁹ kommt für diese Güterabwägung allein ein Rückgriff auf die erst vor Kurzem vom Bundesverfassungsgericht zur *Staatsunabhängigkeit* entwickelten Maßstäbe in Betracht.¹²⁵⁰ Deren Anwendung auf *Ingerenzen aus der nichtstaatlichen Sphäre* ist von der Rechtsprechung bislang nicht gefordert und vom Schrifttum nicht vorgenommen

1242 Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 19; dazu ausführlich E.I.

1243 Vgl. Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 109; auch Heyde/Benda u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 79.

1244 Umfassend Stürner, in: Gilles, Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung, S. 179, S. 188-193 mwN; auch Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 85 ff, insbesondere Rn. 89.

Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 19; vgl. auch Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 33; ähnlich Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 11.

1245 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 19; Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 12f; vgl. auch Stern, Staatsrecht II, S. 912, jedoch ohne Unterscheidung von Weisungen, Empfehlungen und Anregungen.

1246 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 61.

1247 Vgl. BVerfG, v. 03.07.1962 – 2 BvR 628/60 –BVerfGE 14, 156–173, Rn. 15: auch Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 19; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93.

1248 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 61 unter Verweis auf BVerfG, v. 03.07.1962 – 2 BvR 628/60 –BVerfGE 14, 156–173 Rn. 20.

1249 Vgl. dazu schon Stürner, in: Gilles, Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung, S. 179, S. 188f mwN, der pauschal zwischen unmittelbarem Druck und mittelbarem Einfluss unterscheidet.

1250 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, im Übrigen sogleich.

worden. Die abstrakt gehaltenen Formulierungen des Gerichts und der ansonsten ohne Bedeutung verbleibende Hinweis auf die nichtstaatlichen Schutzdimensionen von Art. 97 Abs. 1 GG,¹²⁵¹ nicht zuletzt aber auch der einheitliche Sinn und Zweck von Art 97 Abs. 1 GG legen jedoch den Schluss nahe, den Schutzgehalt von Art. 97 Abs. 1 GG auch hinsichtlich der *Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit* an den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien zu bemessen.

Insofern sollen nur solche Ingerenzen als mit Art. 97 Abs. 1 GG vereinbar angesehen werden können, die ein vertretbares Maß nicht überschreiten und durch gewichtige Gründe gerechtfertigt sind.¹²⁵² Dabei bestimmt das hinter Art. 97 Abs. 1 GG stehende Verfassungsziel, die Gesetzesbindung der richterlichen Entscheidung zu sichern, in welchem Umfang ein Schutz vor Weisungen und anderen Einwirkungen notwendig ist.¹²⁵³ Von Bedeutung ist deshalb nicht allein die von einem Einflussnahmeversuch theoretisch ausgehende Beeinflussungsgefahr (*abstrakte Beeinträchtigung*),¹²⁵⁴ sondern vor allem das konkrete Risiko, dass von der strengen Gesetzesbindung zu gunsten der Beeinflussungsversuche abgewichen werden wird (*konkrete Beeinträchtigung*). Hierbei müssen insbesondere existente Schutzvorkehrungen, also persönliche oder institutionalisierte Abwehrmechanismen, aber auch die Verbreitung und Alltäglichkeit der jeweiligen Einflussnahmestrategie berücksichtigt werden.¹²⁵⁵ Denn je verbreiteter das Mittel der Einflussnahme, desto eher darf von der Richterschaft erwartet werden, sich mit ihm in angemessener und abgewogener Weise auseinander setzen zu können. Gleichzeitig vermag ein ungewöhnliches Ingerenzmittel – gerade mangels eingübter Abwehrmethoden – einen für Art. 97 Abs. 1 GG durchaus problematischen Druck darstellen.

Dabei kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, welchen Gegenstand die Ingerenz betrifft: Der Richter ist schließlich nicht *in seiner Person*, sondern in seiner Funktion und Entscheidungstätigkeit geschützt. Nur diese verlangt den von Art. 97 Abs. 1 GG geschaffenen und abgesicherten Freiraum.¹²⁵⁶ Je weiter daher eine vom Richter durchgeführte Tätigkeit von

1251 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 56.

1252 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 61.

1253 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 58; vgl. Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97 Rn. 1.

1254 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 61.

1255 Vgl. BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 61; ähnlich schon Kisker, NJW 1981, 889.

1256 Vgl. BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 58.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

der eigentlichen richterlichen Entscheidungsfindung und Verfahrensleitung entfernt ist, desto weniger gebührt ihr der Schutz der äußeren Unabhängigkeit.¹²⁵⁷

Sicher nicht zufällig erinnern diese vom Bundesverfassungsgericht formulierten Abwägungsschritte an die zu § 26 Abs. 2 DRiG und dem Dienstaufsichtsrecht entwickelte Kernbereichs-Rechtsprechung des BGH.¹²⁵⁸ Eher holzschnittartig wird hier festgehalten, dass der absolute Schutz von Art. 97 Abs. 1 GG nur im *Wesenskern* der rechtsprechenden Tätigkeit gelten solle,¹²⁵⁹ also etwa hinsichtlich der Verhandlung, der Sachentscheidung oder der Beweisaufnahme und Terminsbestimmung.¹²⁶⁰ Die demgegenüber in Bezug auf *außerrichterliche* Aufgaben bestehende Befugnis zur Dienstaufsicht sei in § 26 Abs. 1 DRiG gerade ausdrücklich festgehalten.¹²⁶¹ Dazwischen gäbe es richterlichen Aufgaben, die zwar nicht zum *absolut* geschützten Wesenskern gehörten, für den der Gesetzgeber jedoch als „*Bereich der äußeren Ordnung*“ mittels § 26 Abs. 2 DRiG eine Abwägung vorgenommen hätte:¹²⁶² In diesem Bereich seien zwar keine Weisungen zulässig,¹²⁶³ sehr wohl aber objektiv gehaltene Vorhalte ohne Schuldvorwurf und Bewertung oder vergleichbare Ermahnungen.¹²⁶⁴

Die genaue Abgrenzung von absolut geschütztem Kernbereich und beschränkt dienstaufsichtsfähigem *Bereich der äußeren Ordnung* ist höchst umstritten und schwierig,¹²⁶⁵ braucht hier aber nicht vorgenommen wer-

1257 Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 24; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 24.

1258 BGH, v. 23.10.1963 – RiZ 1/62; stellvertretend Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 53 ff mwN.

1259 BGH, v. 23.10.1963 – RiZ 1/62; BGH, v. 17.10.1977 – RiZ(R) 2/77; vgl. Papier, NJW 2001, 1089, S. 1090; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 145f mwN; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 16 ff.

1260 Vgl. Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 30 mwN und weiteren Beispielen.

1261 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 31; Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 19; unter Verweis auf BGH, v. 22.10.1963 – RiZ 2/62, BGH, v. 28.03.1977 – RiZ 5/76.

1262 BGH, v. 23.10.1963 – RiZ 1/62, Rn. 28; Staats, DRiG, § 26, Rn. 14 ff; siehe auch Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 18 ff.

1263 BGH, v. 31.01.1984 – RiZ (R) 3/83 – BGHZ 90, 41-52; Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 19; Staats, DRiG, § 26, Rn. 19.

1264 Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 24-27; Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 47f.

1265 So schon BGH, v. 23.10.1963 – RiZ 1/62, Rn. 32; ausführlich Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 30-39 mwN; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 30 mwN; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 19 ff mwN; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 28 ff; siehe auch Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 24-34.

den.¹²⁶⁶ Unter Berücksichtigung dieser zu § 26 Abs. 2 DRiG ergangenen Rechtsprechung sowie den verfassungsrechtlich erarbeiteten Befugnissen und Grenzen von Dienstaufsicht und parlamentarischer Urteilskritik spricht vieles dafür, auch solche Vorhalte und Kontaktaufnahmen aus der gesellschaftlichen Sphäre als mit Art. 97 GG vereinbar anzusehen, die über objektiv gehaltene Hinweise deutlich hinausgehen. Insbesondere dürften nach soweit ersichtlich unbestritten Ansicht auch Tätigkeiten des richterlichen Kernbereichs nicht *per se* vor Kritik und Einflussnahme von nichtstaatlicher Seite geschützt sein. Nicht jede Kritik an einem Urteil, nicht jede Wortmeldung oder kritische Berichterstattung zu einem konkreten Verfahren ist als objektiver Verfassungsbruch aufzufassen.¹²⁶⁷ Hierfür besteht neben der bereits angesprochenen grundrechtlichen Perspektive¹²⁶⁸ auch eine demokratische Notwendigkeit.¹²⁶⁹

Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass eine Wortmeldung, eine Demonstration oder ein Artikel nicht ohne Weiteres eine vergleichbare Einflussnahmefahr darstellen wie entsprechendes Handeln der Gouvernante oder der Dienstaufsicht.¹²⁷⁰ Denn letztere hat mit Beurteilung und Beförderung effektive Werkzeuge zur Hand, um gegebenenfalls Anpassungsdruck auf den betroffenen Richter auszuüben.¹²⁷¹ Das insofern geringere Risiko für die Gesetzesbindung des entscheidenden Richters hat sich im Falle nichtstaatlicher Ingerenzen zugunsten der in Frage kommenden Grundrechte und zulasten des Schutzmangels der äußeren Unabhängigkeit auszuwirken.¹²⁷²

1266 Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 79 ff mwN.

1267 Vgl. *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof, § 113: Der Status des Richters, Rn. 27; Detterbeck/*Sachs*, GG, Art. 97, Rn. 19 mwN; insofern auch Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 93, der hinsichtlich von Versuchen der Einwirkung des § 240 StGB verweist; siehe auch *Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 27.

1268 Ausführlich hierzu *Mishra*, Zulässigkeit und Grenzen der Urteilsschelte, S. 98 – 202.

1269 *Kisker*, NJW 1981, 889, S. 890; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 109 mwN; *Leuze/Fri auf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 35; ausführlich auch *Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 246 ff.

1270 Siehe hierzu auch *Kisker*, NJW 1981, 889, S. 891 ff; sowie *Hirsch*, ZRP 2000, 536; zweifelnd *Sendler*, NJW 2001, 1909, S. 1910.

1271 *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 5, 8.

1272 Beispielhaft Detterbeck/*Sachs*, GG, Art. 97, Rn. 19 mwN; vgl. auch die Abstufungen bei Heyde/*Benda u. a.*, Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 79; auch *Wassermann/Denninger*, AK-GG, Art. 97, Rn. 89; unklar dagegen

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Im Einzelnen sind hier viele Abstufungen und Bewertungen denk- und begründbar, sodass außerhalb des Kernbereichs nicht zuletzt auch von einem weitreichenden legislativen Entscheidungsspielraum auszugehen ist. Anders als im Rahmen des Dienstrechts ist dieser hier jedoch noch nicht ausgefüllt worden.¹²⁷³

Die im Rahmen dieser Arbeit vorzunehmende Betrachtung kann daher allenfalls die vom Grundgesetz selbst vorgegebenen Mindestanforderungen abstecken. So müssen mit Blick auf die Bedeutung von Art. 97 Abs. 1 GG für die Position und Aufgabe der Richterschaft, aber auch vor dem historischen Kerngehalt der Vorschrift zumindest solche Beeinflussungsversuche aus der nichtstaatlichen Sphäre als *Verletzung der äußeren richterlichen Unabhängigkeit* gesehen werden, die in ihrem Umfang und ihrer Intensität das *allgemein übliche Maß in ganz erheblicher Weise übersteigen*. Solche Ingerenzen erwecken aus Sicht eines Beobachters und Rechtsuchenden den Eindruck, dass vom Richter vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, sich von diesem Druck innerlich in einer solchen Weise zu lösen, die eine neutrale Rechtsanwendung weiterhin gewährleistet.¹²⁷⁴ Auch Einwirkungen, die nicht schon für sich genommen eine unberechtigte Einflussnahme auf das richterliche Entscheidungsverhalten darstellen, aber die Gefahr einer solchen Einflussnahme mit sich bringen, können – je nach konkretem Einzelfall und konkretem Zusammenwirken der einzelnen Aspekte – den *bösen Schein* der Abhängigkeit begründen und das Vertrauen in die Objektivität und Sachlichkeit der Gerichte beeinträchtigen.¹²⁷⁵

Damit gilt für die *äußere Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit* zwar keine Einmischungsfreiheit, aber zumindest eine verfassungsrechtlich verbürgte *Freiheit von weisungsgleichen Druck- oder Zwangssituationen*. Inwiefern Methoden und Herangehensweisen des richterbezogenen Lobbyings einen solchen *weisungsgleichen Druck* aufbauen können und eine Verletzung der *äußeren Gesellschaftsunabhängigkeit* denkbar ist, wird zu klären sein.¹²⁷⁶

Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 44f, demgegenüber S. 50.

1273 Vgl. auch Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93.

1274 Ähnlich Mishra, ZRP 1998, 402, S. 407f mwN; auch Stürner, in: Gilles, Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung, S. 179, S. 189.

1275 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 58; vgl. BVerfG, v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60 – BVerfGE 12, 81–99, auch VerfGH NRW, v. 09.02.1999 – 11/98, Rn. 56f.

1276 Siehe dazu E.II.2.3.

II.2.2.1.4) Äußere Unabhängigkeit: Rechtsfolgen einer Verletzung

Stellt ein Einflussnahmeversuch auf Tatbestandsebene unter Einbeziehung des Prinzips der praktischen Konkordanz einen Eingriff in die *äußere Unabhängigkeit der Richterschaft* dar, ist dieser nicht mehr zu rechtfertigen – es liegt ein objektiv verfassungswidriger Zustand vor. Die Vermeidung und Beseitigung solcher Verfassungsverletzungen ist gemeinsame Aufgabe aller Staatsorgane, Art. 20 Abs. 3 GG.¹²⁷⁷

Sofern vor diesem Hintergrund jedoch teilweise behauptet wird, die Unabhängigkeit der Richterschaft würde in Deutschland umfassend in Perfection geschützt,¹²⁷⁸ verdient dies einiger Einschränkungen. Richtig ist, dass alle Gewalten und Organe des Staates verpflichtet sind, die *äußere Staatsunabhängigkeit* der Richterinnen und Richter zu wahren, und insbesondere solche Handlungen und Maßnahmen zu unterlassen, die zu einer Verletzung des Art. 97 Abs. 1 GG führen könnten. Der Gesetzgeber trägt diesbezüglich außerdem die verfassungsrechtliche Verantwortung, durch die Ausgestaltung des einfachen Rechts angemessene Vorkehrungen für eine effektive Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit schaffen. Neben angemessenen Reaktionsmöglichkeiten im Falle einer Verletzung darf das geltende Recht daher erst recht keine „vermeidbaren“ Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Rechtsprechung enthalten.¹²⁷⁹

Verletzt ein Staatsorgan auf die eine oder andere Weise die *äußere Staatsunabhängigkeit* der Richterschaft, hat der betroffene Richter sich dem entgegen zu stellen – es trifft ihn eine verfassungsunmittelbare Dienstpflicht zum Ungehorsam.¹²⁸⁰ Er ist im Falle von Weisungen oder Einflussnahmen daher nicht bloß rechtlich ungebunden, sondern darüber hinaus positiv zur Bewahrung seiner Unabhängigkeit verpflichtet.

1277 Vgl. Grzesick/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Abs. 4, Rn. 1ff; siehe aber abweichend Battis, in: Isensee/Kirchhof, § 275: Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen.

1278 So *Staats*, DRiG, § 26, Rn. 22.

1279 Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 7, unter Verweis auf BVerfG, v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60 –BVerfGE 12, 81–99; BVerfG, v. 07.01.1981 – 2 BvR 401/76 –BVerfGE 55, 372–397; ähnlich auch Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 17; Dettbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 2; Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 3; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 21ff.

1280 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 20; Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 8f; vgl. auch Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93; Lamprecht, NJW 1993, 2222, S. 2223; auch Thomas, Richterrecht, S. 25 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Für den traditionell von Art. 97 Abs. 1 GG umfassten Fall exekutiver Ingerenzen bestehen deshalb einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Abwehransprüche: Der Richterin steht es insbesondere offen, die Rücknahme des rechtswidrigen Eingriffs dienstgerichtlich mittels § 26 Abs. 3 DRiG sowie mittels einer Verfassungsbeschwerde durchzusetzen.¹²⁸¹ Dabei stellt die *äußere Unabhängigkeit* zwar kein Grundrecht des Richters dar,¹²⁸² ist jedoch als Teil der hergebrachten Grundsätze des richterlichen Amtsrechts über Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsbeschwerdefähig.¹²⁸³ Einmischungen durch das Präsidium des Gerichts in Angelegenheiten richterlicher Selbstverwaltung sind im Verwaltungsrechtsweg angreifbar.¹²⁸⁴

Dies gilt aber nicht für alle Verletzungen der *äußeren Staatsunabhängigkeit*: Weder § 26 Abs. 3 DRiG noch Art. 33 Abs. 5 GG finden etwa im Falle formloser legislativer Ingerenzen unmittelbare oder mittelbare Anwendung¹²⁸⁵ – hier bleibt es bei der objektiv rechtlichen Pflicht der Legislative bzw. des parlamentarischen Raums, für die Wiederherstellung der richterlichen Unabhängigkeit einzutreten.¹²⁸⁶ Ein Anspruch aus Art. 33 Abs. 5 GG mag allenfalls unter bestimmten Umständen für formelle Gesetze mit unmittelbarem Einfluss auf die äußere Unabhängigkeit existieren.¹²⁸⁷

Wieder anderes gilt mit Blick auf die *äußere Gesellschaftsunabhängigkeit*. Da Privatpersonen nicht durch Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet werden, geht mit der objektiven Forderung nach *äußerer Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit* der Richterschaft keine verfassungsrechtliche Unterlassungs-

1281 Kissel/Mayer, GVG, § 1 Rn. 164 ff, 180 ff mwN; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 15.

1282 Geiger, DRiZ 1979, 65, S. 66; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 6; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 26, Sendl, NJW 1995, 2464; siehe dazu BVerfG, v. 12.02.2003 – 1 BvR 624/01 BVerfGE 107, 205; BGH, v. 27.09.1976 – RiZ (R) 3/75 – BGHZ 67, 184-190; BGH, v. 14.09.1990 – RiZ (R) 1/90 – BGHZ 112, 189-197.

1283 Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 3; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 16 mwN; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 10 mwN; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 7 mwN; Hager, DRiZ 1988, 325, S. 325 ff.

1284 Schuster/Knauer u. a., MüKO StPO, § 1 GVG, Rn. 68, außerdem § 21e GVG, Rn. 69

1285 A.A. bei Schuster/Knauer u. a., MüKO StPO, § 1 GVG, Rn. 67; der dortige Verweis auf Art. 19 Abs. 4 GG geht jedoch fehl, da die richterliche Unabhängigkeit kein Grundrecht, sondern Funktionsschutz ist, vgl. Enders/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19, Rn. 60 ff; siehe BVerfG, v. 14.11.1969 – 1 BvR 253/68.

1286 Kissel/Mayer, GVG, § 1 Rn. 187f; so wohl auch Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93.

1287 Hierzu Schuster/Knauer u. a., MüKO StPO, § 1 GVG Rn. 69 mwN; verneinend BVerfG, v. 12.02.2003 – 2 BvR 709/99 – BVerfGE 107, 257–275.

pflicht der potentiellen Akteure einher.¹²⁸⁸ Eine solche gegebenenfalls zu schaffen und auszugestalten wäre daher Aufgabe des Gesetzgebers.¹²⁸⁹ Bislang hat er hierzu nur vereinzelt Anlass gesehen.¹²⁹⁰ Erst Einflussnahmever suchen mittels physischer Gewalt oder psychischen Zwang einerseits oder aber durch Bestechung andererseits wurden vom Gesetzgeber mit § 240 StGB, §§ 105 Abs. 1 Nr. 3, 106 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, § 333 Abs. 2 StGB und § 334 Abs. 2 StGB unter Strafe gestellt. Daneben besteht für spürbare Beeinflussungen der Rechtspflege durch Presseberichte und öffentliche Kampagnen – anders als in vor allem angelsächsisch geprägten Staaten – in Deutschland keine Verbotsregelung, die über die in §§ 176 ff. GVG geregelten sitzungspolizeilichen Maßnahmen hinausgehen würde.¹²⁹¹ Entsprechend steht dem Richter ein gerichtlich einklagbarer Abwehranspruch etwa aus Art. 33 Abs. 5 GG oder § 26 Abs. 3 DRiG in analoger Anwendung nicht zu.¹²⁹²

Weil aber ein Verfassungsverstoß objektiv unverändert vorliegt, bleibt es Aufgabe des Richters und der übrigen Staatsorgane, die verfassungskonforme Rechtslage nunmehr auf andere Weise wiederherzustellen.¹²⁹³ In erster Linie trifft diese Pflicht den unmittelbar betroffenen Richter, und zwar als Pflicht sowohl seinem Dienstherren als auch sich selbst gegenüber.¹²⁹⁴ Darüber hinaus kann sich je nach konkreter Einflussnahmesituation aber auch eine Schutzpflicht der Dienstaufsicht nach § 46 DRiG i.V.m. § 79 BBG,

1288 Heusch/*Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 97, Rn. 34; unklar Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 45.

1289 Zur Schutzpflicht Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 93.

1290 Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 93 verweist auf § §§ 240, 333 Abs. 2, 334 Abs. 2 StGB; darüber hinaus allenfalls §§ 177 GVG ff als sitzungspolizeiliche Maßnahmen; siehe auch Classen/*Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 33f.

1291 Wassermann/*Denninger*, AK-GG, Art. 97, Rn. 88f mwN; Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 45, Fn. 259; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 190, Fn. 434; sehr früh die Forderung dokumentiert bei Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 252; Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 109 mwN; insbesondere Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 243 ff; Arndt, DRiZ 1961, 198, S. 198-199; Rudolph, DRiZ 1984, 135, S. 139f mwN; auch Stürner, JZ 1978, 161; Stürner, JZ 1980, 1; siehe auch Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 93 ff mwN; ausführlich E.III.I.

1292 Unverändert seit Dütz, Jus 1985, 745, S. 749; Rudolph, DRiZ 1984, 135, S. 139.

1293 Hillgruber/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 93; Leuze/*Friauf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 10 mwN.

1294 Vgl. insofern bestätigend *Papier*, in: Merten/*Papier*, § 130: Richterliche Unabhängigkeit, Rn. 20.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

§ 48 BRRG ergeben. Gerichtspräsidium und die weitere Justizverwaltung sind dann verpflichtet, den nichtstaatlichen Ingerenzen öffentlichkeitswirksam – beispielsweise in Form von Pressemitteilungen, Pressekonferenzen, oder in entsprechenden Interviewbeiträgen¹²⁹⁵ – entgegenzutreten.¹²⁹⁶ Auch der Gesetzgeber kann aufgrund unzulässiger Einflussnahmeversuche dazu veranlasst sein, über Reformen und Neuregelungen zu diskutieren. Ob insofern ein von der betroffenen Richterschaft einklagbarer Anspruch gegenüber dem Bundes- oder Landesgesetzgeber besteht, wurde bereits mehrfach diskutiert und zu Recht wiederholt mehrheitlich abgelehnt.¹²⁹⁷ Zumindest wird jedoch noch darauf zu sprechen kommen sein, ob die Einführung weitergehender Schutzmaßnahmen nicht mit Blick auf verhältnismäßige Schutzmaßnahmen zumindest geboten sind.¹²⁹⁸

Trotz mangelhafter Schutzansprüche ist allgemein anerkannt, dass ein von staatlichen oder nichtstaatlichen Ingerenzen betroffener Richter dazu verpflichtet ist, die entsprechenden Einflussnahmeversuche den Prozessparteien gegenüber *öffentlich zu machen*.¹²⁹⁹ Auf diese Weise sollen die Rechtssuchenden in die Lage versetzt werden, ihre eigenen justizbezogenen Ansprüche und Rechte durchzusetzen.¹³⁰⁰ Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum beschränken dieses Rügerecht nicht auf die *innere Unabhängigkeit* des Richters,¹³⁰¹ sondern sprechen dem Rechtsuchenden auch einen Anspruch auf Erhaltung der *äußeren Unabhängigkeit*

1295 So auch *Rudolph*, DRiZ 1984, 135; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 191; für *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. III sind dies bloß "rechtspolitische Appelle".

1296 *Heusch/Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 97, Rn. 33; *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 93; *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 35; *Detterbeck/Sachs*, GG, Art. 97, Rn. 2; *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 43; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 189, Fn. 428, S. 192; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 192; vgl. hierzu BGH, v. 09.08.2006 – 1 StR 50/06, Rn. 17-22; aA *Peschel-Gutzeit*, DRiZ 2002, 345.

1297 Für einen Verfassungsauftrag *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 121; dagegen *Leuze/Friauf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 35; *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 71; *Papier*, NJW 2001, 1089, S. 1091.

1298 Vgl. *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 46; siehe dazu E.III.

1299 BVerfG, v. 08.06.1993 – 1 BvR 878/90 – BVerfGE 89, 28–38; *Morgenthaler/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 4; *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 20.

1300 Vgl. *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 144f; S. 295 mwN.

1301 BVerfG, v. 03.07.1962 – 2 BvR 628/60 – BVerfGE 14, 156–173; BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312; BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12; BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16.

keit des Richters zu.¹³⁰² Schließlich wolle insbesondere der extensiv gelesene Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG der Gefahr vorbeugen, dass die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird, um auf diese Weise auch die Unabhängigkeit der Rechtsprechung bewahren.¹³⁰³ Als Bestandteil des gesetzlichen Richters garantiere Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG daher jedem rechtssuchenden Bürger, dass dieser allein vor einem nicht nur unparteilichen, sondern auch äußerlich unabhängigen Richter zu stehen haben kann.¹³⁰⁴

Damit steht es den individuellen Rechtssuchenden nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu, die von Art. 97 GG objektiv an die Unabhängigkeit der Richterschaft gestellten Anforderungen im konkreten Einzelfall vom jeweiligen Richter auch tatsächlich einzufordern. Dieser Umstand hat bereits wiederholt zu einer mittelbar durchgeführten objektiven Normenkontrolle anhand verfassungsrechtlicher Garantien geführt.¹³⁰⁵ Dies stößt mit Blick auf die oben dargestellte Schutzrichtung der äußeren Unabhängigkeit auf Bedenken, und steht im inhaltlichen Widerspruch zur allgemeinen Dogmatik auch der herrschenden Rechtsprechung: Zwar mag es gemeinsamer Zweck von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sein, das Vertrauen der Rechtssuchenden in die Judikative und damit die Selbstständigkeit und Macht der rechtsprechenden Gewalt zu bewahren. Die äußere Unabhängigkeit ist aber nichtsdestotrotz gerade in Abgrenzung zur Unparteilichkeit als Schutzrecht zugunsten des Richters und gerade nicht zugunsten der Rechtssuchenden zu umschreiben.¹³⁰⁶

Das gilt umso mehr, weil den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht zu entnehmen ist, inwiefern die getroffenen Aussagen nicht womöglich auf staatliche Ingerenzen beschränkt sein sollen. Wäre dies nämlich nicht der Fall, so könnten Rechtssuchende sich gegen *Partei- und Gesellschaftsingerenzen* besser zur Wehr setzen als die unmittelbar betroffene

1302 Siehe bei Morgenthaler/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 101, Rn. 14; Kment/*Jarass/Pieroth*, GG; Art. 101, Rn. 5; Jachmann-Michel/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn. 85 mwN und Verweis auf BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312.

1303 Vgl. BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 11 mwN.

1304 Vgl. BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 12 mwN.

1305 Siehe BVerfG, v. 03.07.1962 – 2 BvR 628/60 –BVerfGE 14, 156–173; BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16; auch BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 12 mwN.

1306 So mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG wohl auch Jachmann-Michel/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn. 85 ff mwN; unter Verweis auf BVerfG, v. 10.01.1992 – 2 BvR 347/91.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

nen Richterinnen und Richter selbst. Es hätte insofern nahe gelegen, die frühen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als bloß terminologisch unsauber formuliert zu verstehen: So hätte man die Entscheidungen etwa so verstehen können, dass der Verstoß gegen die *äußere Unabhängigkeit* nur inzident als Teil einer stillschweigend durchgeführten *Unparteilichkeitsprüfung* vorgenommen worden sind, und sich insofern bloß die Frage nach dem Verhältnis von innerer und äußerer Unabhängigkeit auftut.¹³⁰⁷

Einem solchen Verständnis hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum *BGH-Doppelvorsitz* eine klare Absage erteilt, zugleich aber die dogmatischen Fragestellungen nicht beantworten können. Im Rahmen einer ausführlichen Maßstabsbildung zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unterscheidet es zwischen den jeweils einklagbaren Garantien der Unabhängigkeit einerseits und der Unparteilichkeit andererseits.¹³⁰⁸ Dem Rechtssuchenden stehe insbesondere „die materielle Gewähr eines unabhängigen Richters“ zu – zugleich sei er jedoch nicht „Interessenwalter des Richters“.¹³⁰⁹ Es sei insofern zwischen dem subjektiven Anspruch zu Gunsten des Rechtssuchenden und dem Abwehranspruch der Richterinnen und Richter zu unterscheiden.¹³¹⁰ Der Rechtssuchende könne letztlich nur Auswirkungen der Unabhängigkeitsverletzung auf den eigenen Prozess, nicht aber abstrakte Verletzungen der äußeren Unabhängigkeit rügen.¹³¹¹ Wie im Einzelfall mit Beeinträchtigungen der richterlichen äußeren Unabhängigkeit umzugehen sei, insbesondere, ob und auf welche Weise der Richter Widerstand gegen die Beeinflussungsversuche leistet, stehe – wiederum als Ausfluss der richterlichen Unabhängigkeit – allein dem jeweils beeinträchtigten Richter zu.¹³¹²

Es bleibt offen, welchen Umfang das Bundesverfassungsgericht dem von ihm festgehaltenen *Garantieanspruch der Rechtssuchenden auf äußere richterliche Unabhängigkeit* tatsächlich einräumt. In der Vergangenheit schien insbesondere die *persönliche* bzw. *strukturelle Unabhängigkeit* des Richters nach Art. 97 Abs. 2 GG vom subjektiven Anspruch des Rechtssuchenden erfasst. Jedoch zeichnen sich gerade die vom BVerfG zuletzt entschiedenen Fälle durch eine große inhaltliche Nähe zur richterlichen *Unparteilich-*

1307 BVerfG, v. 03.07.1962 – 2 BvR 628/60 –BVerfGE 14, 156–173.

1308 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 14.

1309 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 19; vgl. BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312.

1310 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 14.

1311 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 14.

1312 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 14–19.

keit, nicht aber zu Art. 97 Abs. 2 GG aus.¹³¹³ Das Verfassungsgericht selbst hält fest, dass belastungsbedingte Erledigungsverzögerungen nicht als Anspruchsinhalt der *äußeren Unabhängigkeit* zu verstehen seien.¹³¹⁴ Dasselbe hat wohl vor dem Hintergrund der deutlichen Unterscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwischen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit¹³¹⁵ auch für Befangenheitsüberlegungen aufgrund unkonzentrierter oder sachwidriger Verfahrensleitung oder Prozessverzögerungen zu gelten.¹³¹⁶

II.2.2.1.5) Äußere Unabhängigkeit: Zusammenfassung

Damit lassen sich die Ergebnisse der Untersuchung wie folgt zusammenfassen: Die *äußere Unabhängigkeit* ist in Art. 97 GG verankert. Sie ist nach einheitlichem Verständnis darauf gerichtet, die richterliche Entscheidungsfindung vor illegitimen, sachfremden Einflussnahmen zu schützen. Der Ursprung dieser Einflussnahmeversuche kann sowohl in der staatlichen als auch in der nichtstaatlichen Sphäre liegen, sodass von einer verfassungsrechtlich abgesicherten *äußeren Staats-, Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit* gesprochen werden muss.

Der konkrete *Schutzmfang der äußeren Unabhängigkeit* variiert je nach Einflussdimension: Während sich aus der äußeren *Staatsunabhängigkeit* die Forderung nach einer weitgehenden *Einmischungsfreiheit* ergibt, ist Art. 97 GG durch *Ingerenzen aus der nichtstaatlichen Sphäre* erst verletzt, wenn diese aufgrund ihrer Intensität und Organisation einen *weisungsgleichen* Charakter aufweisen.

Die Organe des Staates sind durch Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 97 GG unmittelbar zur Unterlassung solcher Handlungen verpflichtet, die eine Verletzung der äußeren Unabhängigkeit darstellen würden. Eine vergleichbare Unterlassungspflicht gilt für Prozessparteien oder gesellschaftliche Akteure weder verfassungsrechtlich noch *de lege lata* einfachgesetzlich. In jedem Fall löst jedoch eine objektivrechtliche Verletzung der *äußeren Unabhängigkeit* aus.

1313 BVerfG, v. 03.07.1962 – 2 BvR 628/60 – BVerfGE 14, 156–173; BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16; auch BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12.

1314 Als Bestandteile eines effektiven Rechtsschutzes, BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12, Rn. 20 mwN.

1315 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16.

1316 Vgl. OLG Köln, v. 23.06.2017 – 27 WF 95/17; BGH, v. 17.06.2015 – 2 StR 228/14, Rn. 8f; siehe auch *Sticken*, § 139 ZPO und Unparteilichkeit, S. 12.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

hängigkeit der Richterschaft die verfassungsrechtliche Pflicht aller Staatsorgane zur Wiederherstellung eines grundgesetzkonformen Zustands aus.

Im Falle exekutiver Ingerenzen kommt dem betroffenen Richter ein wegen § 26 Abs. 3 DRiG und Art. 33 Abs. 5 GG einklagbarer Anspruch hierauf zu, nicht jedoch im Falle Ingerenzen aus dem nicht-staatlichen Bereich. Es ist nach herrschender Auffassung unklar und im Ergebnis eher abzulehnen, dass dem einem Rechtssuchenden, der als Prozessbeteiligter von einer Beeinflussung des Richters durch Dritte betroffen ist, über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ein vergleichbarer oder sogar weitergehender Anspruch zuzubilligen wäre.

II.2.2.2) Die innere Unabhängigkeit

II.2.2.2.1) Innere Unabhängigkeit als alle Dimensionen umfassendes Prinzip

Neben der Garantie *äußerer Unabhängigkeit* wird für die Einrichtung und Ausgestaltung einer effektiven, funktionierenden und machtvollen Judikative einhellig in Rechtsprechung und Literatur die *Gewährleistung innerer richterlicher Unabhängigkeit* gefordert.¹³¹⁷ Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass trotz der anerkannten Bedeutung *innerer Unabhängigkeit* für die Rechtsstaatlichkeit auch hier kein einheitliches Begriffsverständnis besteht.¹³¹⁸

So hat das Bundesverfassungsgericht schon früh formuliert, dass eine richterliche Tätigkeit notwendigerweise von einem *nichtbeteiligten Dritten* ausgeübt werden muss.¹³¹⁹ Umschrieben wurde diese *Nichtbeteiligung* teilweise damit, dass der Richter nicht in eigener Sache entscheiden könne,¹³²⁰ oder aber damit, dass dem Richter kein anderes Interesse zur Wahrneh-

1317 BVerfG, v. 29.04.1954 – 1 BvR 328/52 –BVerfGE 3, 377–383, Rn. 14; BVerfG, v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52 –BVerfGE 4, 331–352, Rn. 50; BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56–76, Rn. 43; BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96.

1318 Siehe schon E.II.2.1.

1319 BVerfG, v. 29.04.1954 – 1 BvR 328/52 –BVerfGE 3, 377–383, Rn. 14; BVerfG, v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52 –BVerfGE 4, 331–352, Rn. 50; BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56–76, Rn. 43; BVerfG, v. 24.03.1982 – 2 BvH 1/82 mwN; *Stern*, Staatsrecht II, S. 897; Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 92, Rn. 15; Kiesel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 157.

1320 BVerfG, v. 29.04.1954 – 1 BvR 328/52 –BVerfGE 3, 377–383, Rn. 14.

mung anvertraut sein dürfe als das Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung durch die Feststellung dessen, was im Einzelfall rechtens ist.¹³²¹ Im weiteren Verlauf entwickelte die Rechtsprechung das Begriffspaar der *Neutralität* und *Distanz*, und stellte damit vermeintlich klar, dass das Grundgesetz eine Äquidistanz zu Prozessparteien und Verfahrensgegenstand vorschreibt.¹³²²

Doch auch diese Umschreibungen vermochten nur teilweise die vor allem in den 1970er und 1980ern als Problem richterlicher Entscheidungstätigkeit diskutierten Einflüsse aus menschlicher Psyche, sozialem Umfeld und allgemein-gesellschaftliche Zeitgeist zu erfassen.¹³²³ Teile der Literatur formulierten insofern die Forderung nach einer auch diese Einflüsse umfassenden *inneren Unabhängigkeit* des Richters,¹³²⁴ die der Richter dadurch zu erreichen habe, dass er sich für Öffentlichkeit und Prozessparteien wahrnehmbar von rechtsfremden Einflüssen innerlich löst.¹³²⁵

Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht die Thematik nunmehr unter dem Begriff der *Garantie der richterlichen Unparteilichkeit* zusammengefasst.¹³²⁶ Damit greift das Gericht den seit Inkrafttreten des Grundgesetzes

1321 So bei *Stern*, Staatsrecht II, S. 897 mwN.

1322 BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 26.01.1971 – 2 BvR 443/69-BVerfGE 30, 149, Rn. 15, 40; BVerfG, v. 28.10.1975 – 2 BvR 258/75 –BVerfGE 40, 268–272, Rn. 14; BVerfG, v. 06.06.1988 – 2 BvR 111/88, Rn. 5; Leuze/*Friauf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 26; Detterbeck/*Sachs*, GG, Art. 92, Rn. 25; Meyer/*Münch/Kunig*, GG, Art. 92, Rn. 15 mwN; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 101; hierzu auch *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 162f; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 76 ff.

1323 Umfassend *Gilles*, in: *Gilles*, Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung, S. 105 mwN.

1324 Grundlegend *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 68 ff mwN, der einen Bezug zum Vorverständnis macht; *Faller*, in: *Faller/Zeidler/Maunz u.a.*, Festschrift Hans Joachim Faller, S. 83 ff mwN; *Wipfelder*, DRiZ 1987, 117, S. 119 ff; *Dütz*, JuS 1985, 745, S. 749; *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 141; *Geiger*, DRiZ 1979, 65, S. 66; *Gilles*, DRiZ 1983, 41, S. 44; *Sendler*, NJW 1983, 1449, S. 145; *Thomas*, Richterrecht, S. 25 ff; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 85–98 mwN; *Wassermann/Denninger*, AK-GG, Art. 97, Rn. 77 ff; *Papier*, NJW 2001, 1089, S. 1090f; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 157 ff; *Schuster/Knauer u. a.*, MüKO StPO, § 1 GVG, Rn. 32; kritisch *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 111; vgl. auch BVerfG, v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83 –BVerfGE 73, 206–261, Rn. 15; BVerfG, v. 06.06.1988 – 2 BvR 111/88, Rn. 5; BVerfG, v. 23.07.1998 – 1 BvR 2470/94, Rn. 35f; BVerfG, v. 17.06.2004 – 2 BvR 383/03, Rn. 25.

1325 *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 157 ff; *Staats*, DRiG, § 25, Rn. 8.

1326 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 108; BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96f.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

in Rechtsprechung und Literatur mal synonym, mal erläuternd mitgeführten Terminus der *Unparteilichkeit* auf, und stellt ihn *gleichrangig neben* die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit.¹³²⁷

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Ebenso wie die *äußere Unabhängigkeit* sichert die *innere Unabhängigkeit* im Falle ihrer Einhaltung die Autoritätsmacht der Rechtsprechung beim jeweiligen Rechtssuchenden sowie der Bevölkerung insgesamt. Um auch feinere, diffusere Beeinflussungen der Richterschaft ausdrücklich miteinzubeziehen und die innere Verknüpfung der beiden Schutzdimensionen deutlicher hervorzuheben soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit neben dem vom Bundesverfassungsgericht geprägten Begriff der *Unparteilichkeit* auch weiterhin synonym der Begriff der *inneren Unabhängigkeit* verwendet werden.

Die terminologische Entwicklung zeigt, dass die *Unparteilichkeit* sich auf keine Unabhängigkeitsdimension beschränken lässt: Die vom Richter eingeforderte *innere Unabhängigkeit* fordert eine gleichmäßige Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten,¹³²⁸ aber eben auch gegenüber dem Verfahrensgegenstand.¹³²⁹ Letzteres umfasst jedenfalls die konkrete Vorbefassungen mit der Streitsache, womöglich aber auch innerliche Vorbewertungen, ein etwaiges Interesse am Ausgang des Verfahrens oder gar eine wie auch immer geartete Abhängigkeit des Richters im Allgemeinen,¹³³⁰ etwa aufgrund der Staatseingebundenheit des Richters oder aber der von politischen Parteien und Verbänden eingefärbten öffentlichen Meinung. All diesen Positionen und Einflüssen gegenüber ist in gleichem Maße Distanz zu wahren – Zweifel an der richterlichen Unparteilichkeit dürfen nicht aufkommen.¹³³¹

II.2.2.2.2) Innere Unabhängigkeit und Art. 97 Abs. 1 GG

Obwohl nicht immer ausdrücklich formuliert dürfte daher unbestritten sein, dass die *richterliche Unparteilichkeit* gleichermaßen durch unmittelbare oder mittelbare staatliche, gesellschaftliche und prozessparteiliche

1327 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 46.

1328 Zuletzt BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96.

1329 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 69; hierzu *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 70 ff; 115 ff.

1330 Früh und grundlegend *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 58 ff; 152 ff.

1331 Vgl. *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S.139f; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 179 mwN.

Einflüsse gefährdet sein kann.¹³³² Vor diesem Hintergrund dürfte es als unbestritten gelten, dass auch die *richterliche Unparteilichkeit* eine Schutzgarantie von Verfassungsrang darstellt. Einig ist man sich insbesondere darüber, dass Rechtssuchende von Verfassung wegen die prozessuale Möglichkeit haben müssen, einen parteiischen oder unsachlichen Richter abzulehnen.¹³³³ Auch das richterbezogene Dienst- und Nebentätigkeitsrecht findet seine Rechtfertigung letztlich im Schutz der *inneren Unabhängigkeit der Richterschaft*.¹³³⁴

Die Suche nach der korrekten verfassungsrechtlichen Verankerung stellt sich demgegenüber als schwerfällig und müßig heraus.¹³³⁵ Denn eine mit Art. 47 Abs. 2 Satz 1 EU-GRC¹³³⁶ oder auch Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK¹³³⁷ vergleichbare Bestimmung fehlt dem Grundgesetz. Statt rechtsstaatliche Rechtsweg- und Verfahrensgarantien in einer solchen Norm zusammenzufassen, finden sich einzelne Aspekte auf verschiedene Verfassungsbestimmungen verteilt: In Betracht kommen insofern die Unabhängigkeit des Richters in Art. 97 GG, der gesetzliche Richter in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, der Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 103 Abs. 1 GG, der Anspruch auf

1332 Siehe BVerfG, v. 24.03.1964 – 2 BvR 42, 83, 89/63-BVerfGE 17, 294; BVerfG, v. 09.05.1978 – 2 BvR 952/75 – BVerfGE 48, 246–271; BVerfG, v. 10.07.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87-BVerfGE 82 286; außerdem *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 157f; siehe *Heyde/Benda u. a.*, Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 77 mwN.

1333 BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 26.01.1971 – 2 BvR 443/69-BverfGE 30, 149; siehe *Morgenthaler/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 101, Rn. 22; *Leuze/Friauf/Höfling*, GG, Art. 97, Rn. 27 ff; erneut *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S.179 mwN; ausführlich *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 9, 20 ff; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 216 ff; *Käßner*, in: *Scheffczyk/Wolter*, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 4; siehe mit historischer Herleitung *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 5-12.

1334 Vgl. *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 44; *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 34 mwN; auch insgesamt *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen.

1335 Vgl. *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 101, Rn. 17-19; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S.179 ff mwN; auch *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 18 ff; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 9 ff, 212 ff; siehe schon *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S.141.

1336 *Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, parteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.*

1337 Hierzu umfangreich *Müller*, Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK, S. 39 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

effektiven Rechtschutz und Justizgewährleistung in Art. 19 Abs. 4 GG sowie stützend in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip.¹³³⁸ In keiner der Normen findet sich jedoch eine *ausdrückliche Nennung der richterlichen Unparteilichkeit*. Es bedarf daher zwingend der erweiternden Auslegung zumindest einer der genannten Verfassungsbestimmungen.¹³³⁹

Das Bundesverfassungsgericht ist diesen Schritt schon früh gegangen. Es hat die richterliche Unparteilichkeit in heute ständiger Rechtsprechung in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verortet. Denn sie sei essentieller Bestandteil des dort eingeforderten *gesetzlichen Richters*.¹³⁴⁰ Es dürfe insofern nicht bei der traditionell-historischen Lesart des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG¹³⁴¹ bleiben. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gehe über den formalen Schutz vor willkürlichen *ad hoc* Besetzungen der Richterbank hinaus,¹³⁴² und diene stattdessen vor allem dem allgemeineren Zweck, Justiz und Entscheidungsergebnis zugunsten des einzelnen Rechtssuchenden vor sachfremden und damit illegitimen Einflüssen zu schützen.¹³⁴³ Insofern müsse die Verfassungsbestimmung teleologisch zu Ende gedacht werden:¹³⁴⁴ Wenn Ziel der Bestimmung der Schutz vor illegitimen Einflüssen und damit auch das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die zur Streitschlichtung berufenen Gerichte sein soll,¹³⁴⁵ dann müsse die Garantie des gesetzlichen Richters – so das Bundes-

1338 Siehe BVerfG, v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 –BVerfGE 107, 395–418; Schmidt-Aßmann/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 16; Huster/Rux/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20, Rn. 199.

1339 *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 111.

1340 St.Rspr. seit BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 I 39; dazu ausführlich *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 10 ff mwN.

1341 Siehe dazu E.II.I.

1342 BVerfG, v. 16.01.1957 – 1 BvR 134/56 –BVerfGE 6, 45–54; BVerfG, v. 18.05.1965 – 2 BvR 40/60 –BVerfGE 19, 52–64; siehe auch Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 101, Rn. 6, 10–33; Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 101, Rn. 1; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 101, Rn. 1–6 mit historischer Betrachtung und weiteren Nachweisen, dazu auch *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof, § II4, Gerichtsorganisation, Rn. 34 ff; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 170 ff, 175 ff mwN; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 112f.

1343 BVerfG, v. 20.03.1956 – 1 BvR 479/55 –BVerfGE 4, 412–424; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 152f.

1344 *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 236; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 113; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 9.

1345 Vgl. BVerfG, v. 20.03.1956 – 1 BvR 479/55 –BVerfGE 4, 412–424; BVerfG, v. 17.11.1959 – 1 BvR 88/56 –BVerfGE 10, 200–221; BVerfG, v. 03.07.1962 – 2 BvR 628/60 –BVerfGE 14, 156–173; BVerfG, v. 03.06.1980 – 1 BvL 114/78 –BVerfGE 54, 159–172; BVerfG, v. 10.07.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87-BVerfGE 82

verfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung¹³⁴⁶ – auch die umfassende Einhaltung der vom Grundgesetz an den berufenen Richter gestellten Anforderungen einfordern.¹³⁴⁷ Ebenso wie der objektiv-rechtlich ausgestaltete Art. 92 GG¹³⁴⁸ setze Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG deshalb eine distanzierte Neutralität des jeweiligen Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten und der Streitsache voraus.¹³⁴⁹ Ein im konkreten Einzelfall aufgrund fehlender Unparteilichkeit ablehnbarer Richter, der rechtsprechende Gewalt ausübe,¹³⁵⁰ erfülle daher nicht die Voraussetzungen an einen verfassungsmäßig garantierten *gesetzlichen Richter*, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.¹³⁵¹

286; BVerfG, v. 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95-BVerfGE 95, 322; außerdem Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 101, Rn. 13; kitisch Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 101, Rn. 19; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 101, Rn. 14f, 27; Degenhart/Sachs, GG, Art. 101, Rn. 2, 5 ff; Kment/Jarass/Pierothen, GG, Art. 101, Rn. 3; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 101, Rn. 2, 4; Badura, Staatsrecht, S. 872; aA Bettermann, AÖR 1967, 496; Bettermann, AÖR 1969, 263.

- 1346 Zur Grundsatzentscheidung BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139 meinen beispielsweise *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 9 "bahnbrechend" und *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 176 „Durchbruch“.
- 1347 Siehe Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 101, Rn. 1, 17; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 171 ff beschreibt dies als problematische Extensivierung des Tatbestands.
- 1348 *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 110f meint, dass das BVerfG die Unparteilichkeit wohl nicht in Art. 92 GG verortet, sondern auf ein ververfassungsrechtliches Gesamtbild zurückgreife; siehe dazu auch *Stern*, Staatsrecht I, S. 844 ff mwN; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 216–219 mwN.
- 1349 BVerfG, v. 29.04.1954 – 1 BvR 328/52 – BVerfGE 3, 377–383; BVerfG, v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52 – BVerfGE 4, 331–352; BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 – BVerfGE 14, 56–76; BVerfG, v. 24.11.1964 – 2 BvL 19/63 – BVerfGE 18, 241; BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312; BVerfG, v. 08.07.1992 – 2 BvL 27/91; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 92, Rn. 51 ff sowie Art. 97 Rn. 45 Fn. 251; Kment/Jarass/Pierothen, GG, Art. 92, Rn. 5; Wolff/Umbach/Clemens, GG, Art. 92, Rn. 13, 51f mwN; *Stern*, Staatsrecht II, S. 902 ff; noch frühere Hinweise in der Rechtsprechung des BVerfG bei *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 8 ff Fn. 1; diff. *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 225 ff; Müller-Terpitz/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 101, Rn. 5 ff; *Papier*, in: *Merten/Papier*, § 130: Richterliche Unabhängigkeit, Rn. 20, 24.
- 1350 Umstritten aus verfassungsrechtlicher Sicht ist, ob es auf die Ablehnung durch die Partei ankommen kann, siehe hierzu *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 18 ff, 91 ff mwN.
- 1351 BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139 mwN; BVerfG, v. 24.03.1982 – 2 BvH 1/82, BVerfGE 60, 175; BVerfG, v. 10.07.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87-BVerfGE 82 286; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 11–23; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 216 ff; *Käßner*, in: *Scheffczyk/Wolter*, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 4f; anders *Herzog/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 92, Rn. 73 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Die Mehrheit des Schrifttums folgt dieser Argumentation.¹³⁵² Die extensive Auslegung wird vor allem deshalb hingenommen, weil die Lösung des Bundesverfassungsgerichts die Eröffnung der Verfassungsbeschwerde bei Verletzungen der *richterlichen Unparteilichkeit*, Art. 93 Abs 1 Nr. 4a GG, sicherstelle. Anders als beispielsweise Art. 92 GG, Art. 97 GG oder Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG, die allesamt bloß eine objektive Sicherung der Unparteilichkeit zu vermitteln scheinen,¹³⁵³ eröffne Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG den unmittelbaren Zugang zu höchstinstanzlicher Überwachung unparteilichkeitsrechtlicher Ablehnungsgesuche.¹³⁵⁴

Eine solche subjektive Einklagbarkeit sei aber notwendig, um der inneren Unabhängigkeit diejenige Wirkung zukommen zu lassen, die ihrer Bedeutung für Stellung und Macht der rechtsprechenden Gewalt tatsächlich entspricht.¹³⁵⁵ Dem Bundesverfassungsgericht sei es daher gelungen, die gerade im Vergleich mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 EU-GRC bestehende Rechtschutzlücke erfolgreich zu schließen.¹³⁵⁶

1352 Für die herrschende Meinung Wolff/Umbach/Clemens, GG, Art. 92, Rn. 51; Mengenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 101, Rn. 14; Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 101, Rn. 87 ff mwN; siehe auch Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 101, Rn. 17-19 mwN; Degenhart/Sachs, GG, Art. 101, Rn. 9 mwN; wohl auch Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 101, Rn. 22; dazu Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 246 ff; Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 112 ff.

1353 Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 9.

1354 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 101, Rn. 41; Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 101, Rn. 17f mwN; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 101, Rn. 9 ff; Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 101, Rn. 1; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 101, Rn. 1 mwN; Degenhart, in: Isensee/Kirchhof, § 114, Gerichtsorganisation, Rn. 3, 33; Stern, Staatsrecht II, S. 916; Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 112 ff mwN; Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 33f, 36 ff; Dörr, Faires Verfahren, S. 97; Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 36; Bettermann, AÖR 1969, 263, S. 264f; Henkel, Der gesetzliche Richter, S. 173f; Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 182, Fn. 91; Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 213f, 238-258, insbesondere S. 256.

1355 Siehe Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 111f; Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 9 ff.

1356 Ausdrücklich Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 9; auch Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 101, Rn. 8; Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 101, Rn. 12f; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 101, Rn. 9; Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 101, Rn. 5; Staats, DRiG, § 25, Rn. 8; Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 225, 246 ff, 263f; siehe Degenhart, in: Isensee/Kirchhof, § 114, Gerichtsorganisation, Rn. 3, 33, 42; Gerdes, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 19 ff; Zuck, DRiZ 1988, 172, S. 176 Fn. 35; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 101, Rn. 9; Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 9 meint resigniert, die Rechtsprechung

Dem ist zuzugeben, dass sich die Verankerung der richterlichen Unparteilichkeit in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht nur ergebnisorientiert begründen lässt. Ein inhaltlicher Bezug zum *gesetzlichen Richter* lässt sich nicht von der Hand weisen, stellt doch ein rechtsgrundlos von der Entscheidung ausgeschlossener Richter mindestens für *eine* Prozesspartei den ungewollten Entzug des gesetzlich zugewiesenen Richters dar.¹³⁵⁷ Auch wurde die *Unparteilichkeit* vom Bundesverfassungsgericht sprachlich ohnehin die längste Zeit von der *Unabhängigkeit* unterschieden, weshalb sich eine alternative Subsumtion gerade unter Art. 97 GG nach traditioneller Terminologie nicht aufgedrängt hätte.¹³⁵⁸

Einige Stimmen im Schrifttum erheben zurecht dennoch dogmatische Bedenken, und kritisieren die Auslegung der Garantie des gesetzlichen Richters als zu weitgehend.¹³⁵⁹ Die herrschende Ansicht verkenne den eigenständigen Wert des traditionell formal-prozessualen Charakters von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Die Garantie des gesetzlichen Richters sei von den Müttern und Vätern der Verfassung bewusst als enge, aber strenge Verfahrensvorschrift ausgestaltet worden.¹³⁶⁰ Gerade die nationalsozialistische Diktatur habe die Bedeutung eines abstrakt-generell bestimmten Richters und den Wert tatsächlich eingehaltener Zuständigkeiten zur Abwehr von Einzelfallmanipulation und Willkürherrschaft unter Beweis gestellt.¹³⁶¹ Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG komme im Gesamtgefüge der Verfassung daher selbst bei Beschränkung auf seinen formellen Kerngehalt eine ausreichend ge-

werde "nicht mehr in Frage gestellt"; ähnlich *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 174f.

1357 Vgl. BVerfG, v. 08.06.1993 – 1 BvR 878/90 –BVerfGE 89, 28; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 89f.

1358 Vgl. für die Unabhängigkeit BVerfG, v. 20.03.1956 – 1 BvR 479/55 –BVerfGE 4, 412–424; BVerfG, v. 14.05.1968 – 2 BvL 9/68 –BVerfGE 23, 321–326; BVerfG, v. 10.07.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87-BVerfGE 82 286; für die Neutralität und Distanz BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 26.01.1971 – 2 BvR 443/69-BVerfGE 30, 149, Rn. 15, 40; BVerfG, v. 28.10.1975 – 2 BvR 258/75 –BVerfGE 40, 268–272, Rn. 14; siehe auch *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 183f.

1359 Zur Übersicht *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 179 ff mwN.

1360 *Bettermann*, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S.542; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 18 ff; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 174 ff u.a. mit Fn. 38, 179 ff, 201; *Henkel*, Der gesetzliche Richter, S. 163 ff.

1361 *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S.181; *Wassermann/Denninger*, AK-GG, Art. 101, Rn. 2; *Müller-Terpitz/Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 101, Rn. 3; *Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn.11.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

wichtige Bedeutung zu.¹³⁶² Wenn nun das Bundesverfassungsgericht durch seine Auslegung den Normgehalt aber materialisiert, stelle es sich nicht nur gegen die Struktur des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.¹³⁶³ Es überhöhe zudem Art. 101 Abs. 2 S. 2 GG faktisch zu einem an Art. 47 Abs. 2 S. 1 EU-GRC orientierten und den übrigen rechtsstaatlichen Verfassungsbestimmungen wie Art. 20 Abs. 3 GG oder Art. 97 GG übergeordneten allgemeinen Justizgrundrecht.¹³⁶⁴ Dies sei aber in der Systematik des Grundgesetzes gerade nicht angelegt: Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG stehe allenfalls gleichrangig¹³⁶⁵ neben den übrigen Verfassungsnormen.¹³⁶⁶ Für einen Bruch mit der Struktur des Verfassungstextes gebe es weder Notwendigkeit noch Rechtfertigung: Die Unparteilichkeit lasse sich ohne inhaltliche Einbußen unter weitaus geringfügigerem Eingriff unter einer der bereits materiell aufgeladenen rechtsstaatlichen Prinzipien fassen.¹³⁶⁷

Welche der bereits angesprochenen Normen stattdessen die *innere Unabhängigkeit* umfassen soll, wird unterschiedlich beantwortet. So finden sich solche Stimmen, die mit Blick auf die *richterliche Unparteilichkeit* auf Art. 3 Abs. 1 GG oder Art. 103 Abs. 1 GG zurückgreifen wollen: Ein parteiischer oder unsachlicher Richter halte schließlich gerade nicht die von ihm verlangte gleichmäßige Distanz zu den einzelnen Interessen und Positionen der Streitparteien.¹³⁶⁸ Er lasse sich alternativ auch als ein Richter beschreiben, der zumindest einer der Parteien nicht mehr das angemesse-

1362 *Bettermann*, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, S.557f; *Bettermann*, AöR 1969, 263, S. 272; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S.18, Fn. 32 mwN; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S.180f; siehe beispielhaft BVerfG, v. 24.03.1964 – 2 BvR 42, 83, 89/63-BVerfGE 17, 294, Rn. 13 ff; aA *Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn. 13; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 241, 253; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 113, Fn. 309.

1363 Vgl. *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 174 ff.

1364 *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S.181f mwN; vgl. *Kment/Jarass/Pieroth*, GG, Art. 101, Rn. 5.

1365 *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 213; *Henkel*, Der gesetzliche Richter, S. 164; *Bettermann*, AöR 1969, 263, S. 270f; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 182; vgl. auch *Zuck*, DRiZ 1988, 172, S. 178f; *Krekeler*, NJW 1981, 1633.

1366 Insbesondere *Bettermann*, AöR 1969, 263 mwN; auch *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 101, Rn. 18f; vgl. auch *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 180; vgl. *Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn. 20f mwN.

1367 Siehe *Heyde/Benda u. a.*, Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 77f; siehe auch *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 178, Fn. 60.

1368 Zu Art. 3 Abs. 1 GG: *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 192, Fn. 150 mwN; vgl. *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 13 ff; *Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn. 22 ff mwN; vgl. *Heyde/Benda u. a.*, Hand-

ne rechtliche Gehör schenkt.¹³⁶⁹ Auch wird vertreten, die *Unparteilichkeit* des Richters sei mangels überzeugender Alternativen im Rechtsstaatsgebot selbst oder aber im vom Bundesverfassungsgericht entwickelten allgemeinen Grundrecht auf ein faires Verfahren zu verankern, Art. 19 Abs. 4 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 3 GG.¹³⁷⁰

Nach der hier stattdessen befürworteten Ansicht hat Ausgangspunkt aller Überlegungen zur *Unparteilichkeit* und *inneren Unabhängigkeit* Art. 97 GG zu sein.¹³⁷¹ Denn die unbestritten in dieser Norm verankerte *äußere richterliche Unabhängigkeit* steht im Vergleich zu den übrigen Justizgewährleistungsgarantien in besonders engem Zusammenhang zur Unparteilichkeit des Richters. Dies unterstreicht bereits der Blick in die Verfassungstexte anderer europäischer Staaten, die zwar das Institut des gesetzlichen Richters nicht in allen Rechtstraditionen gleichermaßen geschützt sehen, sehr wohl jedoch die gemeinsam eingeforderten Prinzipien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.¹³⁷² Bleibt man im nationalen Verfassungskontext, spiegelt sich die inhaltliche Nähe von *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit* auf Tatbestandsebene wider. So können zugunsten der *äußersten Unabhängigkeit*

buch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 64 mwN; vgl. hierzu auch *Sticken*, § 139 ZPO und Unparteilichkeit, S. 11.

1369 Zu Art. 103 GG: : *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 190 ff mwN; abwägend *Zuck*, DRiZ 1988, 172, S. 190 ff mwN.

1370 Zum Grundrecht auf ein faires Verfahren BVerfG, v. 18.03.2003 – 2 BvB 1/01 –BVerfGE 107, 339, Rn. 131f; BVerfG, v. 17.01.2017 – 2 BvB 1/13 –BVerfGE 144, 20, Rn. 416f; *Lang/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 2, Rn. 6; zur dortigen Verankerung der Unparteilichkeit *Papier*, in: *Merten/Papier*, § 130: Richterliche Unabhängigkeit, Rn. 2; *Uhle*, in: *Merten/Papier*, § 129: Rechtsstaatliche Prozessgrundrechte und -grundsätze, Rn. 16; *Papier*, NJW 1990, 8, S. 9 mwN; auch *Papier*, NJW 2001, 1089; hierzu BVerfG, v. 22.06.1960 – 2 BvR 37/60 –BVerfGE 11, 232-234; BVerfG, v. 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76 –BVerfGE 49, 329-343; aA. stellvertretend *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 31f.

1371 Vgl. *Dütz*, JuS 1985, 745, S. 747; *Geiger*, DRiZ 1979, 65, S. 66; *Gilles*, DRiZ 1983, 41, S. 44; wohl auch *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 44; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 140 ff; *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 33 und Art. 101, Rn. 6; siehe auch *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 88-95 mwN; mit anderer Schlagrichtung darauf verweisend, dass nahezu alles im Bereich der richterlichen Gewalt im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit stehe *Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 215; *Stern*, Staatsrecht II, S. 914; siehe beispielsweise auch BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223, Rn. 11.

1372 Meyer/*Münch/Kunig*, GG, Art. 101, Rn. 2; *Eser/Kubiciel/Meyer/Hölscheidt*, EU-GRC, Art. 47, Rn. 34; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 8f, 36, dazu dort Fn. 110, 111 mwN; umfangreich insbesondere *Eser*, in: *Salger/Eser*, Festschrift für Hannskarl Salger, S. 247, S.258 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

keit abzuwehrende Versuche der Einflussnahme – beispielsweise medialer Druck oder persönliche Ansprachen – zugleich zu einem verfassungswidrigen Zustand des inneren Beeinflusstseins des Richters führen.¹³⁷³ Ein und dieselbe tatsächliche Handlung eines Interessenrepräsentanten kann damit sowohl im Spannungsverhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit als auch zur richterlichen Unparteilichkeit stehen.

Vor allem aber ist ein Richter „*trotz der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit*“ ohne gleichzeitige Unparteilichkeit „*nicht wirklich unabhängig*“:¹³⁷⁴ Denn für den Rechtssuchenden stellt sich die Frage, ob er eine zwar unabhängige aber parteiische Person vernünftigerweise als Streitentscheider akzeptieren kann. Das Vertrauen der Öffentlichkeit sowie der konkreten Rechtssuchenden ist gleichermaßen von der *Unabhängigkeit* wie von der *Unparteilichkeit* der Richterschaft abhängig.

Das Bundesverfassungsgericht argumentiert letztlich ähnlich, wenn es zugunsten des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG festhält, dass die Garantie des gesetzlichen Richters als Teil der Grundfesten rechtstaatlicher Judikative das Ziel verfolge, die Spruchtätigkeit der Richterschaft von unsachlichen Einflussnahmen frei zu halten.¹³⁷⁵

Tatsächlich ist dieser Zweck jedoch nicht allein dem gesetzlichen Richter, sondern allen rechtstaatlichen Justizgrundsätzen und ihren entsprechenden Verfassungsbestimmungen gleichermaßen zugewiesen.¹³⁷⁶ Anders als der nur formell ausgestaltete Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG präzisiert aber Art. 97 GG zudem den materiellrechtlichen *Grund* für die eingeforderte Freiheit von Einflussnahmen: Die von Rechtssuchenden und Öffentlichkeit vorausgesetzte und von der Verfassung eingeforderte strenge Gesetzesbindung der Richterschaft.¹³⁷⁷ Diese zu erreichen ist allein mit einer *äußereren richterlichen Unabhängigkeit* nicht möglich – stattdessen ist es vor allem die *innere Unabhängigkeit*, die strenge Gesetzesbindung im Einzelfall gewährleistet.

1373 Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 146 ff; Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 182f; Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 156; Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 86 mwN.

1374 Vgl. Barthe/Hannich, Karlsruher Kommentar, GVG, § 1, Rn. 5 mwN.

1375 BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/4 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 20.03.1956 – 1 BvR 479/55 – BVerfGE 4, 412.

1376 Vgl. Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 6; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 19f; Heyde/Benda u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 79.

1377 Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 7, 31 ff, sowie Art. 92, Rn. 8f.

Damit stellt die *Unparteilichkeit* letztlich die wichtigste Erscheinungsform und eigentliche Grundlage jeder im weiteren Sinne verstandenen *richterlichen Unabhängigkeit* dar.¹³⁷⁸

Mit einer Verankerung sowohl der *äußeren* als auch der *inneren Unabhängigkeit* in Art. 97 GG würden die inhaltlich miteinander verschränkten justiziellen Grundsätze der *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit* einander räumlich und sachlich angenähert.¹³⁷⁹ Anders als die von der herrschenden Meinung vorgenommene Zersplitterung böte die gemeinsame Verfassungsaufhangung die Chance, auf Grundlage eines abgeschlossenen und einheitlichen Verständnisses möglicher Gefahren für die Gesetzesbindung der Richterschaft eine am gemeinsamen Normzweck orientierte Dogmatik und Terminologie zu entwickeln.¹³⁸⁰ Dies ist dem Bundesverfassungsgericht unter Zugrundelegung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bislang nicht gelungen. Dort konnte es sich auf die Existenz und Durchführung des Ablehnungsverfahrens im fachgerichtlichen Verfahren konzentrieren, während es eine verfassungsrechtliche Inhaltsbestimmung des Unparteilichkeitsgrundsatzes bislang nicht vorgenommen hat.¹³⁸¹

Eine hier vorgeschlagene Verankerung der Unparteilichkeit in Art. 97 GG darf mit Blick auf die völker- und europarechtlichen Verpflichtungen Deutschlands freilich nicht dazu führen, dass den Rechtssuchenden eine verfassungsbeschwerdefähige Rechtsposition entzogen wird.¹³⁸² Ein Teil des Schrifttums verweist auf den vom Bundesverfassungsgericht erst nach seiner grundlegenden Entscheidung zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG¹³⁸³ entwickelten

1378 *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 141, siehe auch Fn. 73; *Barthe/Hannich*, Karlsruher Kommentar, GVG, § 1, Rn. 5 mwN.

1379 Vgl. *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 71; siehe *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 141; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 1; unter Bezugnahme auf BVerfG, v. 04.04.1969 – 2 BvR 343/66 –BVerfGE 26, 141-163; deutlich Müller-Triepitz/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 101, Rn. 2, 5 16 ff; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 101, Rn. 57; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 17f, 34; vgl. auch BVerfG, v. 20.03.1956 – 1 BvR 479/55 –BVerfGE 4, 412-424.

1380 Vgl. *Detterbeck/Sachs*, GG, Ar. 97, Rn. 17 ff; *Pieroth/Jarass/Pieroth*, GG, Art. 97, Rn. 7; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 45 mwN.

1381 Dazu ausführlich E.II.2.2.2.3; außerdem *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 9 ff, 18–20, 34 ff, 41, jeweils mwN und dem Ergebnis, dass das formelle Recht auf den gesetzlichen Richter und der materielle Anspruch auf einen unparteiischen Richter auch inhaltlich deutlicher voneinander zu trennen seien.

1382 *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 179 ff, 187 ff mwN.

1383 *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 36f, Fn. 112 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Weg über Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG:¹³⁸⁴ Der hier verankerte Anspruch jedes Rechtssuchenden auf ein faires Verfahren zwingt zur Prüfung, inwiefern das Grundgesetz Vorgaben an Verfahrensvorschriften stellt, und zu welchem Maße diese eingehalten wurden. Auf diesem Wege müsste auch überprüft werden, inwiefern die richterliche Unparteilichkeit als verfassungsrechtliche Verfahrensgarantie im konkreten Einzelfall eingehalten worden ist.¹³⁸⁵ Eine Verletzung der richterlichen Unparteilichkeit aus Art. 97 GG könnte insofern mittels des allgemeinen Verfahrensgrundrechts¹³⁸⁶ verfassungsrechtlich gerügt werden.¹³⁸⁷

Noch näher an der Lösung des Bundesverfassungsgerichts wäre es, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als gegenüber dem *fair trial*-Grundsatz spezielle, prozessrechtliche Umsetzungsnorm der in Art. 97 GG verankerten *inneren Unabhängigkeit* zu verstehen. Wie auch im Rahmen der *äußeren Unabhängigkeit* wäre die Unparteilichkeit aber nicht unmittelbar von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG garantiert oder verlangt.¹³⁸⁸ Stattdessen würde die prozessuale Umsetzungsnorm des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG den materiellen Schutzgehalt aus Art. 97 GG „Huckepack nehmen“ und subjektiv einklagbar machen.¹³⁸⁹ Ein solches Konstrukt fügt sich ohne größere Konflikte in die Bewertungen und Ausführungen der herrschenden Meinung ein. Eine Übertragung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist daher durch-

1384 BVerfG, v. 26.05.1981 – 2 BvR 215/81 –BVerfGE 57, 250–295; BVerfG, v. 12.01.1983 – 2 BvR 864/81 –BVerfGE 63, 45–73; BVerfG, v. 12.04.1983 – 2 BvR 1304/80 –BVerfGE 63, 380–395; *Hill*, in: Isensee/Kirchhof, § 156: Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, Rn. 38; *Tettinger*, Fairness und Waffengleichheit, S. 51ff; Di Fabio/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 72.

1385 Vgl. BVerfG, v. 26.04.1988 – 1 BvR 669/87 –BVerfGE 78, 123–127; BVerfG, v. 09.08.1991 – 1 BvR 630/91; siehe *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 37 ff; *Zuck*, DRiZ 1988, 172, S. 177–179; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 179 ff; unklar *Uhle*, in: Merten/Papier, § 129: Rechtsstaatliche Prozessgrundrechte und -grundsätze, Rn. 42.

1386 Vgl. *Badura*, Staatsrecht, S. 888.

1387 Ebenso *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 189f; siehe schon auch *Stürner*, JZ 1980, I.

1388 Siehe stellvertretend BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16 Rn. 53 ff.

1389 Vgl. *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 181f, Fn. 88, 182–184 mwwN; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 38; so wohl im Ergebnis Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 101, Rn. 27; *Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn. 20f mwwN; siehe auch *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof, § 114, Gerichtsorganisation, Rn. 34.

führbar, sofern nur die Unparteilichkeit als Bestandteil des Art. 97 GG anerkannt würde.¹³⁹⁰

Hiergegen haben nicht wenige Stimmen in der Literatur wiederholt ihre Zweifel angebracht. So sei Art. 97 GG etwa zwingend als Abwehranspruch zugunsten des Richters konzipiert,¹³⁹¹ und könne daher keine Pflicht des Richters zugunsten rechtssuchender Dritter enthalten.¹³⁹² Mit seinen neueren Entscheidungen zur richterlichen Unparteilichkeit¹³⁹³ scheint das Bundesverfassungsgericht diese Kritik sowie die dargestellten mühsamen dogmatischen Streitstände überwinden zu wollen. Das Bundesverfassungsgericht stellt nunmehr klar, dass „*die Garantie der richterlichen Unparteilichkeit [...] aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 20 Abs. 3 GG*“ sowie den „*die Justiz betreffenden Vorgaben des Art. 92, Art. 97 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG*“ folge.¹³⁹⁴ Sie sei zwar von der Unabhängigkeit abzugrenzen, mit dieser inhaltlich aber mittelbar verbunden.¹³⁹⁵ Das Bundesverfassungsgericht verzichtet darauf, das genaue Verhältnis der Normen aufzulösen, und gab seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht ausdrücklich auf. Es scheint jedoch klarstellen zu wollen, dass es von einem *einheitlichen Unparteilichkeitsbegriff* ausgehen möchte, der weniger durch den Text des Grundgesetzes als vielmehr von vorkonstitutionellen Verständnissen und einfachgesetzlicher Fachgerichtsbarkeit geprägt ist.¹³⁹⁶

Festzuhalten bleibt daher, dass das Bundesverfassungsgericht sich einer materiell rechtlichen Verankerung der *richterlichen Unparteilichkeit* (auch) in Art. 97 GG nicht mehr grundsätzlich zu verschließen scheint. Es hat vielmehr die Möglichkeit eröffnet, den materiellen Gehalt von *Unparteilichkeit* und *Unabhängigkeit* einheitlich unter Art. 97 GG zu fassen, während das prozessuale Einklagen durch die betroffenen Rechtssuchenden in beiden

1390 Vgl. *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 189.

1391 *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 223f; *Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 31 ff.

1392 *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 111; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 183f; zu den Argumenten gegen diese Ansicht siehe etwa *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 8f; *Thomas*, Richterrecht, S. 25 ff; *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 91f; *Heusch/Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 97, Rn. 24 mwN unter Bezug auf Art. 97 Abs. 2 GG *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 153.

1393 Siehe insbesondere BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17.

1394 BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96; so schon *Heyde/Benda u. a.*, Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 77; *Leuze/Friauf/Höfling*, GG, Art. 101, Rn. 1; *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 21 und Art. 101, Rn. 1.

1395 Vgl. BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96.

1396 Vgl. *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 92, Rn 19.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Fällen weiterhin über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu erfolgen hat. Dies genügt, um im Rahmen der vorliegenden Bearbeitung von einem einheitlichen Unabhängigkeitskern ausgehen zu dürfen.

II.2.2.2.3) Innere Unabhängigkeit: Schutzgehalt

Stattdessen bleibt zu klären, welcher materiellrechtliche Gehalt dem Grundgesetz hinsichtlich der Garantie der inneren Unabhängigkeit zu entnehmen ist.

II.2.2.2.3.1) Definitionsdefizit auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene

Die *innere Unabhängigkeit* umschreibt den fundamentalen rechtstaatlichen Grundsatz, dass niemand Richter in eigener Sache sein darf. Bei der streitschlichtenden Person muss es sich stattdessen um einen nichtbeteiligten Dritten handeln.¹³⁹⁷

Dies erfordert neben struktureller Unabhängigkeit vor allem Neutralität und Distanz¹³⁹⁸ sowie Objektivität und Sachlichkeit¹³⁹⁹ im Hinblick auf das Verhältnis des Richters zu den Prozessbeteiligten und dem konkreten Streitgegenstand. Weil erst mit der Anerkennung des Richters als nichtbeteiligtem Dritten von einem vernünftigen Rechtssuchenden erwartet werden kann, dass er den zuständigen Richter als Streitschlichter akzeptiert, ist es nach allgemeiner Auffassung verfassungsrechtliche Pflicht jedes einzelnen Richters, diesen Unparteilichkeitszustand zu schaffen und zu erhalten.¹⁴⁰⁰ Daraus folgt nicht nur Pflicht zur Gleichbehandlung der am Rechtsstreit

1397 Siehe hierzu E.II.2.1 und E.II.2.2.2.1.

1398 BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96 mwN.

1399 BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96; BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16 Rn. 69.

1400 Siehe BVerfG, v. 29.05.1973 – 2 BvQ 1/73-BVerfGE 35, 171; zudem *Kissel/Mayer*, *GVG*, § 1, Rn. 157; *Sauer/Walter/Grünwald*, *BeckOK BVerfGG*, § 19, Rn. 3; *Vollkommer*, *Der ablehnbare Richter*, S. 43; *Meyer/Münch/Kunig*, *GG*, Art.97 Rn. 5, 33; *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, *GG*, Art. 97, Rn. 38 mwN; *Dütz*, *JuS* 1985, 745, S. 747; *Gilles*, *DRiZ* 1983, 41, S. 44; *Geiger*, *DRiZ* 1979, 65, S. 66; vgl. insofern einfachgesetzlich § 39 DRiG und *Schmidt-Räntsche*, *DRiG*, § 39, Rn. 6 ff.

beteiligten Parteien.¹⁴⁰¹ Der Richter hat vielmehr alles zu unterlassen, was die eigene Voreingenommenheit begründen könnte.¹⁴⁰²

Mit diesen vorangestellten allgemeinen Feststellungen ist nicht viel gewonnen, solange nicht geklärt ist, welches richterliche Verhalten im Einzelnen denn nun als konform oder konträr zur verfassungsrechtlichen Unparteilichkeitsgarantie anzusehen ist.¹⁴⁰³ Das Grundgesetz selbst formuliert diesbezüglich keine expliziten Anforderungen. Stattdessen knüpften die Mütter und Väter des Grundgesetzes, als sie in Art. 92 GG von „Richtern“ und in Art. 97 GG von der „Unabhängigkeit“ sprachen, stillschweigend an ihren vorkonstitutionellen Verständnishorizont an, der wiederum etwa durch das Gerichtsverfassungsgesetzes aus dem Jahre 1877, die Zivil- und Strafprozessordnung aus dem Jahre 1879, oder durch Landes- und Reichsbeamtenrecht vor und seit 1937 geprägt waren.¹⁴⁰⁴ Weder Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG noch Art. 97 GG noch den übrigen Verfahrensgarantien lassen sich daher unmittelbare Ansätze dafür entnehmen, wie ein die *Unparteilichkeit* wahrnder Verhaltenskodex ausgestaltet sein könnte.¹⁴⁰⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat es bislang vermieden, eigenständige materielle Vorgaben an die *richterliche Unparteilichkeit* zu entwickeln.¹⁴⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht prüft zwar abstrakt, ob das einfachgesetzliche Ablehnungsverfahren den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht. Ausweichend reagiert es hingegen auf die einzelfallbezogene Frage, inwiefern die fachgerichtliche Bewertung eines Verhaltens oder eines Umstands den materiellen verfassungsrechtlichen Unparteilichkeitsanforderungen selbst genügt.¹⁴⁰⁷ *Vollkommer* kritisiert diese Vorgehensweise als

1401 Geiger, DRiZ 1979, 65, S. 66; zum Gedanken der Waffengleichheit *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 13 ff und 16 ff mwN; siehe dazu auch *Vollkommer*, in: Schwab/Gottwald/Prütting, FS Schwab, S. 503 mwN aus der Rechtsprechung.

1402 Vgl. Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 81; Dütz, JuS 1985, 745, S. 749 ff; *Pfeiffer*, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 71f; zur einfachgesetzlichen Regelung *Schmidt-Räntsche*, DRiG, § 39, Rn. 8–16.

1403 Siehe *Pfeiffer*, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 72.

1404 Vgl. Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 92, Rn 19; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 92, Rn. 2; hierzu auch *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 20–22 mwN.

1405 Vgl. *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 216 ff; *Käfner*, in: Scheffczyk/Wolter, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 4.

1406 *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 9f, 11 ff, S. 34.

1407 *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 17f.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

verfahrensrechtlichen Ansatz:¹⁴⁰⁸ Statt einen Maßstab zur *inneren Unabhängigkeit* zu entwickeln, beschränkt sich das Gericht auf eine Willkürprüfung.¹⁴⁰⁹ Auf diese Weise übernimmt das Bundesverfassungsgericht letztlich Prinzipien des einfachgesetzlichen Ablehnungsrechts in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, und überhöht sie zu grundgesetzlichen Garantien, ohne auf diese Weise einen Rahmen für die Kontrolle der einfachgesetzlichen Regelungen bieten zu können.¹⁴¹⁰

Die Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts rückt den demokratischen Gesetzgeber in den Mittelpunkt: Mangels präziser verfassungsrechtlicher Vorgaben kommen diesem die grundgesetzliche Aufgabe und der Entscheidungsspielraum zu, zulässige und unzulässige Verhaltensweisen einer Richterin einerseits und hinzunehmende beziehungsweise nicht mehr zu tolerierende Verbindungen eines Richters andererseits zu definieren.¹⁴¹¹ Dem ist der Gesetzgeber bislang jedoch allenfalls bruchstückhaft nachgekommen.¹⁴¹² Zwar hat er mit den abstrakt-generellen Vorschriften der §§ 40 ff DRiG und dem über §§ 46, 71 DRiG anwendbaren Beamtenrecht des Bundes und der Länder – darunter vor allem das richterliche Nebentätigkeitsrecht – einige Feststellungen dahingehend getroffen, in welchem Rahmen er sich Inkompatibilitäten mit der richterlichen Unparteilichkeit vorstellen kann.¹⁴¹³ Auch die abschließend normierten prozessualen Ausschlussgründe in § 41 ZPO, §§ 22, 23 StPO, § 54 VwGO oder auch § 18 BVerfGG legen Konstellationen fest, die im konkreten Streitverfahren mit der *Unparteilichkeit* des Richters unvereinbar sein sollen.¹⁴¹⁴

1408 Vgl. *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 17 ff, 20 ff; unter Verweis z.B. auf BVerfG, v. 26.01.1971 – 2 BvR 443/69-BverfGE 30, 149; BVerfG, v. 23.09.1997 – 1 BvR 116/94.

1409 Siehe *Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Fn. 89; vgl. BVerfG, v. 20.07.2007 – 1 BvR 2228/06, Rn. 23 mwN; siehe in Abgrenzung BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 13 mwN.

1410 *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 9f, 11 ff, S. 34.

1411 *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 101, Rn. 38 mwN; *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 101, Rn. 23; *Kment/Jarass/Pieroth*, GG, Art. 101, Rn. 1; siehe auch BVerfG, v. 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95 -BVerfGE 95, 322–335, Rn. 27.

1412 Vgl. *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, S. 185 ff mwN.

1413 *Classen/Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 33f mwN; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 161 ff; *Staats*, DRiG, Vorb. §§ 40–42, Rn. 1 ff mwN.

1414 Vgl. *Leuze/Friauf/Höfling*, GG, Art. 101, Rn. 34; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 163; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 12–14; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 48 ff.

Für die übrigen Fälle bedient sich der Gesetzgeber jedoch zweier Auffangtatbestände, die nicht mehr darstellen als eine Übersetzung der verfassungsrechtlichen Unparteilichkeitsproblematik in unterkonstitutionelles Recht:¹⁴¹⁵ § 39 DRiG fordert den Richter dazu auf, sich innerhalb und außerhalb seines Amtes so zu verhalten, dass das *Vertrauen in seine Unabhängigkeit* – gemeint sind *äußere* wie *innere Unabhängigkeit*¹⁴¹⁶ – nicht gefährdet wird.¹⁴¹⁷ Und der für alle Prozessordnungen modellhafte § 42 Abs. 2 ZPO¹⁴¹⁸ ermöglicht die Ablehnung des Richters, wenn ein Grund vorliegt, der im konkreten Einzelfall dazu geeignet ist, *Misstrauen gegen die Unparteilichkeit* eines Richters zu rechtfertigen.¹⁴¹⁹ Auf diese Weise überträgt der Gesetzgeber den ihm als demokratisch legitimierte Staatsgewalt erteilten Ausgestaltungsauftrag zurück an die Fachgerichte, die zur Auslegung der einfachgesetzlichen Auffangnormen berufen sind.

II.2.2.3.2) Maßstabsbildung: Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen

Es ist offensichtlich, dass dieses Ergebnis den Anforderungen eines vom Grundgesetz geforderten demokratischen Rechtsstaats nicht gerecht werden kann. Denn die Fachgerichte finden sich nun in einem interpretatorischen Dilemma.¹⁴²⁰

Die einfachgesetzlichen Generalklauseln bieten mangels gesetzgeberischen Entscheidungswillens kaum Anhaltspunkte zur Ausformung eines Auslegungsmaßstabs. Inwiefern sich die Ausschlussgründe oder das richterliche Dienstrecht verallgemeinern und als Auslegungshilfe für das Ableh-

1415 Vgl. insofern auch *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 1-4; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 90.

1416 BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223; *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 2.

1417 Vgl. dazu BGH, v. 19.05.1995 – RiZ (R) 1/95 mwN; auch BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223; im Übrigen *Badura*, Staatsrecht, S. 864; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 88–91.

1418 Siehe *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 155f mwN; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 46 mwN.

1419 Über das Verhältnis von Ausschließung und Ablehnung ausführlich *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 46 ff mwN, auch *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 10–38.

1420 *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 92, Rn. 19; auch *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, S. 189 ff mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

nungsrecht heranziehen lassen, ist dogmatisch umstritten, doch sind auch diese Regelungen ohnehin nur wenig ergiebig.¹⁴²¹ Und auch eine verfassungskonforme Auslegung kann angesichts der oben dargestellten lückenhaften Regelungen des Grundgesetzes sowie der Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts bei deren Auslegung nicht weiterhelfen.¹⁴²² Nichtsdestotrotz hat sich der Schutzgehalt der richterlichen Unparteilichkeit trotz teilweiser Fortschreibung vorkonstitutioneller Begrifflichkeiten aus einer autonomen Interpretation des Verfassungstexts zu ergeben.¹⁴²³ Weder der Gesetzgeber noch die Fachgerichte dürfen daher bei der Bestimmung oder Anwendung einfachgesetzlichen Unparteilichkeitsrechts in Form des Befangenheits- oder Nebentätigkeitsrechts das verfassungsrechtlich eingeforderte Mindestmaß *innerer richterlicher Unabhängigkeit* unterschreiten.¹⁴²⁴ Bei der Bestimmung dieses verfassungsrechtlichen Mindestmaßes ist die Gesamtheit der Verfassung zu berücksichtigen,¹⁴²⁵ und damit sowohl die verfassungsrechtliche Entscheidung zugunsten einer machtvollen und eigenständigen Judikative¹⁴²⁶ als auch die besondere Bedeutung von Grundrechten auch für Amtsträger öffentlicher Gewalt.¹⁴²⁷

1421 Hierzu *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 46 ff; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungäußerungen, S. 33 ff; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 20 ff; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 7, und § 41, Rn. 15; *Meissner/Schenk/Schoch/Schneider*, VwGO, § 54, Rn. 33; hinsichtlich §§ 18, 19 BVerfGG BVerfG, v. 29.05.1973 – 2 BvQ 1/73-BVerfGE 35, 171; siehe *Klein//Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 19, Rn. 1.

1422 *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 101, Rn. 38 mwN; anders *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 87f; zur Feststellung, dass die Unparteilichkeit sowohl den Bezug zur Streitsache als auch zu den Verfahrensbeteiligten umfasst BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96; BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 69; außerdem schon *Dütz*, JuS 1985, 745, S. 747 mwN; *Geiger*, DRiZ 1979, 65, S. 66.

1423 *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 22; so auch *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 92, Rn. 19 sowie Art. 101, Rn. 38.

1424 *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 101, Rn. 38 sowie Art. 92, Rn. 19 mwN.

1425 Vgl. *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 42 ff.

1426 *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 114 spricht von zu stellenden strengen Anforderungen an die richterliche Unparteilichkeit; vgl. *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337; siehe mit umgekehrtem Schwerpunkt *Zuck*, DRiZ 1988, 172, S. 176 mwN.

1427 *Germann/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 4, Rn. 28 mwN; *Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5, Abs. 1, Abs. 2; Rn. 31 mwN zum zum Sonderstatus im Allgemeinen; zu Grundrechten von Richtern im Speziellen *Schneider*, DRiZ 1978, 42, S. 44; *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 141; *Schmidt-Jortzig*, NJW 1984, 2057, S. 2057; *Rottmann*, DRiZ 1987, 317, S. 317; *Hager*, ZBR 1990, 311, S. 311; umfangreich zum Dienstrecht *Ossenbühl/Cornils*, Nebentätigkeit und Grundrechtschutz.

Aber auch die vom Gesetzgeber formulierten einfachgesetzlich formulierten Wertungen müssen in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden: Denn auch wenn es nicht zu einer Entkopplung des auszulegenden einfachen Rechts vom Verfassungsrecht kommen darf,¹⁴²⁸ muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Mütter und Väter des Grundgesetzes zur Anknüpfung an einfachgesetzliche Verfahrensprinzipien entschieden haben.

Es soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, den soweit ersichtlich bislang weder vom Bundesverfassungsgericht noch vom Gesetzgeber formulierten materiellrechtlichen Maßstab der richterlichen Unparteilichkeit aus Art. 97 Abs. 1 GG unter Einbeziehung der Wechselwirkung mit dem einfachen Recht überblicksmäßig zusammenzufassen.

- Extensive Auslegung der verfassungsrechtlichen Unparteilichkeit zugunsten der Eigenständigkeit der Judikative -

So ist bereits hervorgehoben worden, dass es das deutlich zu erkennende Ziel der Mütter und Väter des Grundgesetzes gewesen ist, eine im Gesamtgefüge der Staatsgewalten wahrhaftig gleichberechtigte Judikative zu schaffen,¹⁴²⁹ die aufgrund ihrer tatsächlichen Autoritätsmacht die anderen Organe wirksam hemmen und kontrollieren kann.¹⁴³⁰

Zu diesem Zweck wird von der Richterschaft eine möglichst umfassende Unabhängigkeit eingefordert. Institutionell geht diese sogar noch über die eigentliche Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG hinaus,¹⁴³¹ und verlangt eine strenge organisatorische Trennung von Judikative und Exekutive.¹⁴³² Die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt darf insbesondere nicht durch eine persönliche Verbindung von Ämtern der Rechtspflege

1428 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 92, Rn. 19; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 92, Rn. 2; siehe Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 9 ff mwN.

1429 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 92, Rn. 6.

1430 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 92, Rn. 8f mwN; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 92, Rn. 10 ff; Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 92, Rn. 8 ff; siehe dazu E.II.2.

1431 Hierzu Schmidt-Jortzig, NJW 1991, 2377, S. 2378.

1432 BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56, Rn. 40 ff; BVerfG, v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66, BVerfGE 26, 186-206, Rn. 32 ff; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 92, Rn. 13.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

und der Verwaltung oder der Legislative in Frage gestellt werden.¹⁴³³ Darüber hinaus sollen Einflussnahmen von außen auf die Rechtsprechung ausgeschlossen werden, sei es durch eine Manipulierung der Richterbank – Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in seinem historisch-traditionellen Verständnis¹⁴³⁴ – oder durch wie auch immer geartete Einflussnahmevereuche auf den Verfahrensausgang – Art. 97 GG und die Garantie äußerer Unabhängigkeit.¹⁴³⁵

Gewährleistet werden soll auf diese Weise die in Art. 97 Abs. 1 GG eingeforderte strenge Gesetzesbindung der Richterschaft.¹⁴³⁶ Denn allein diese gewährleistet aus Sicht eines demokratischen Rechtsstaats, dass vom Rechtssuchenden verlangt werden kann, dem jeweils zum Streitentscheid berufenen Richter zu vertrauen und ihn als gerechten Entscheider zu akzeptieren,¹⁴³⁷ und verschafft dem Richter wie auch der Judikative auf diese Weise eine mit den übrigen Staatsgewalten vergleichbare Autoritätsmacht.¹⁴³⁸

Da gerade die *richterliche Unparteilichkeit* die Gesetzesbindung der Richterschaft zu schützen anstrebt, muss die soeben beschriebene verfassungsrechtliche Zielsetzung auch bei der Auslegung der eingeforderten *inneren Unabhängigkeit* berücksichtigt werden.¹⁴³⁹ Eine Verpflichtung der Richterschaft zum Schutz der eigenen Unparteilichkeit darf daher nicht als enge Nebenpflicht verstanden werden. Es muss stattdessen als umfassendes Schutzprinzip gelebt und angewendet werden.¹⁴⁴⁰ So können etwa unbedachte Äußerungen zugunsten oder zulasten einer Prozesspartei das Vertrauen der Rechtssuchenden in die *innere Unabhängigkeit* der Richter gefährden. Aber auch „*parteipolitische Parolen, abfällige Äußerungen gegen*

1433 BVerfG, v. 24.11.1964 – 2 BvL 19/63 – BVerfGE 18, 241, Rn. 54 ff; BVerfG, v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66, BVerfGE 26, 186–206, Rn. 32 ff; BVerfG, v. 03.06.1980 – 1 BvL 114/78 – BVerfGE 54, 159–172, Rn. 27 ff.

1434 Siehe E.I.1.

1435 Siehe E.II.2.2.1.

1436 Siehe Classen/Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 6 mwN; dazu beispielsweise BVerfG, v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395–418, R. 20.

1437 Siehe E.II.2.

1438 Siehe E.II.2; außerdem nochmals Brodocz, Die Macht der Judikative, S. 13 ff, 98 ff; Lembcke, Hüter der Verfassung, S. 67 ff; Popitz, Phänomene der Macht, S. 104; Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 189 ff; auch Wipfelder, DRiZ 1983, 337

1439 Classen/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 7 mwN.

1440 Vgl. Loschelder, in: Isensee/Kirchhof, § 202: Grundrechte im Sonderstatus, Rn. 53 mwN; siehe grundlegend Faller, in: Faller/Zeidler/Maunz u.a., Festschrift Hans Joachim Faller, S. 91; Gilles, DRiZ 1983, 41, S. 44; Geiger, DRiZ 1979, 65, S. 66; Gilles, in: Gilles, Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, S. 105 mwN.

Gruppen oder ideologisch vorgeprägte Begriffe [können] in der mündlichen Verhandlung oder in den Urteilsgründen den Anschein erwecken, dass der Richter sich nicht von den Tatsachen des Falles und dem für den Fall anwendbaren Recht, sondern auch von einer fixierten Gedankenwelt leiten lässt, die zu einer schiefen Bewertung führen kann, selbst wenn dies im konkreten Fall der einen oder beiden Parteien behagt“.¹⁴⁴¹

Auch außerprozessuales Handeln des Richters kann Zweifel an seiner Unbefangenheit auslösen, da es womöglich Rückschlüsse auf gegenwärtige und künftige richterliche Tätigkeiten zulässt.¹⁴⁴² Die denkbaren Konflikte sind dabei ebenso vielfältig wie die persönlichen Vorlieben, sozialen Beziehungen und Freiheiten der einzelnen Richterperson:¹⁴⁴³ Finanzielle Abhängigkeiten,¹⁴⁴⁴ wissenschaftliche oder journalistische Veröffentlichungen oder die Teilnahme an entsprechenden Tagungen,¹⁴⁴⁵ politische oder sonstige Äußerungen im analogen oder digitalen außerprozessuellen Alltag¹⁴⁴⁶ oder die aktive Mitgliedschaft in Kirchen, Verbänden, Vereinen oder Interessengemeinschaften.¹⁴⁴⁷ All diese Fälle sind schon einmal zum Anlass

1441 Staats, DRiG, § 39, Rn. 6; vgl. im Ablehnungsrecht Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 33.

1442 Classen/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 34; Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 32–34; Staats, DRiG, § 39, Rn. 7; vgl. BGH, v. 12.01.2016 – 3 StR 482/15, Rn. 3, 5f.

1443 Vgl. Schnelle/Hopkins, NVwZ 2010, 1333, S. 1333f.

1444 BGH, v. 10.08.2001 – RiSt (R) 1/00, Rn. 29 ff; siehe auch Rottmann, DRiZ 1987, 317, S. 321.

1445 Vgl. BVerfG, v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96 – BVerfGE 102, 122, Rn. 4; ausführlicher BVerfG, v. 11.10.2011 – 2 BvR 1010/10, Rn. 24 ff; siehe auch BGH, v. 07.11.2018 – IX ZA 16/17; vgl. Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 82; Wipfelder DRiZ 1987, 117, S. 122 ff; Hamelbeck, NJW 1956, 540; Schuler, NJW 1956, 857, jeweils zur anonym veröffentlichten Glosse in NJW 1956, 256; zur Thematik allgemein Wipfelder, ZRP 1982, 121, S. 122; Börstinghaus/Artz, NZM 2017, 209, S. 210.

1446 BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14 mwN; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 83, 85 ff; Heimeshoff, DRiZ 1975, 261; Schneider, DRiZ 1978, 42, S. 44; Geiger, DRiZ 1979, 65, S. 66; Wipfelder, ZRP 1982, 121; Wipfelder, DRiZ 1983, 337; Hill, DRiZ 1986, 81; Rudolph, DRiZ 1987, 337, S.345 ff; Zuck, MDR 1988, 280; weitergehende Überlegungen Pfeiffer, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, S. 67; Hannack, in: Schwinge, Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag, S. 127, S. 129 ff, 132 ff; zur umfangreichen Diskussion um die Zulässigkeit von Meinungsäußerungen von Richterinnen und Richtern zu tagespolitischen Fragen Wipfelder, DRiZ 1987, 117, S. 122 ff; Dütz, 1985 S. 746, 751 mwN; Rudolph, DRiZ 1984, S. 142 mwN; Sendler, NJW 1984, S. 689, 697; Schmidt-Jortzig, NJW 1984, 2057; Hager, ZBR 1990, 311, S. 311 ff mwN, insb. Fn. 10, 11, 19.

1447 OLG Karlsruhe, v. 17.08.1987 – 15 W 24/87; OLG Koblenz, v. 14.03.1969 – 4 W 69/69; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 83, 85 ff; Staats, DRiG, § 39,

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

genommen worden, im Wege des Dienst- oder Ablehnungsrechts die innerliche Unabhängigkeit des Richters anzuzweifeln.¹⁴⁴⁸

Der Gesetzgeber hat sich insofern zurecht für die Formulierung des § 39 DRiG entschieden, welcher zur umfassenden Bewahrung der richterlichen Unparteilichkeit „innerhalb und außerhalb seines Amtes“ aufruft.¹⁴⁴⁹ Auch im Rahmen des Befangenheitsrechts ist allgemein anerkannt, dass inner- wie außerprozessuales Verhalten des Richters eine Besorgnis der Befangenheit begründeterweise auslösen kann.¹⁴⁵⁰ Denn gerade weil auch Richterinnen und Richter keine freischwebenden Intelligenzen ohne soziales Umfeld und Privatleben sein können,¹⁴⁵¹ darf die verfassungsrechtlich eingeforderte Unparteilichkeit nicht zwischen außerdienstlichem und innerdienstlichem Verhalten unterscheiden.

Als verfehlt müssen deshalb jene weitverbreiteten Ansätze angesehen werden, die von der verfassungsrechtlichen Unparteilichkeit solche Einflüsse ausnehmen wollen, die für Richterinnen und Richter scheinbar unvermeidbar sind. So sollen abstrakte persönliche Merkmale wie Geschlecht, gesellschaftlich-sozialer Hintergrund, politische Grundeinstellung sowie die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgruppe oder Weltanschauung keine Gefahr für die *verfassungsrechtliche Unparteilichkeit* im Sinne der Art. 97

Rn. 11f; Schmidt-Räntsche, DRiG, § 39, Rn. 27 ff; siehe auch Burghardt, DRiZ 2010, 351; Wipfelder, DRiZ 1983, 337; Jung, Recht und Politik 2013, 203; siehe auch zu Freundschaften und Feindschaften OLG Hamm, v. 15.05.2012 – I-1 W 20/12; Hüßtege/Thomas/Putzo, ZPO, § 42, Rn. 10; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 8; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 24, Rn. 11; auch Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 8 ff.

1448 Zur Übersicht Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 15-59; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 8-64; auch Moll, ZRP 1986, 31 mwN; Strecker, ZRP 1984, 122, S. 123 ff. zur vermeintlich erhöhten Erwartungshaltung gegenüber Eliten Rottmann, DRiZ 1987, 317, S. 319 ff.

1449 Siehe Staats, DRiG, § 39, Rn. 6 ff; Rudolph, DRiZ 1984, 135, S. 141; mit Blick auf Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts Kischel, in: Isensee/Kirchhof, § 69: Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 78 ff mwN; aus historischer Perspektive Arndt, DRiZ 1961, 198.

1450 Vgl. Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 33-64; Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 13-30; Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn 31-42; Wipfelder, DRiZ 1987, 117, S.122; vgl. auch zur psychologischen Sicht auf Richterentscheidungen Berkemann, JZ 1971, 537, S. 537 ff; Schneider, DRiZ 1975, 265, S. 265 ff.

1451 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 78 ff mwN.

GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darstellen können.¹⁴⁵² Stattdessen handle es sich allein um eine Frage der richterlichen Ethik und der amtlichen wie persönlichen Tugend.¹⁴⁵³ Diese Unterteilung in rechtlich relevante Parteilichkeit und moralisch relevante Abhängigkeit widerspricht dem vom Grundgesetz eingeforderten *weiten Unparteilichkeitsverständnis*. Es ist Teil der Realität, dass Rechtssuchende etwa das Geschlecht, die sexuelle Orientierung oder die Religionszugehörigkeit der streitschlichtenden Person zum Anlass nehmen, im konkreten Fall an deren Unparteilichkeit zu zweifeln.¹⁴⁵⁴ Das von Vertretern dieser Ansicht im Ergebnis zurecht angestrebte, aber zumeist unausgesprochene Ziel, diffuse Beeinflussungen der Richterperson nicht ohne Weiteres zur Ablehnung im Rahmen des Befangenheitsrechts genügen zu lassen, lässt sich stattdessen nachvollziehbarer als Endergebnis einer noch vorzunehmenden verfassungsrechtlichen Abwägung verstehen.¹⁴⁵⁵

- Restriktive Auslegung der verfassungsrechtlichen Unparteilichkeit zugunsten der Garantie des gesetzlichen Richters, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG -

Denn längst nicht einzelnen alle verfassungsrechtlichen Bestimmungen weisen auf eine extensive Lesart der richterlichen Unparteilichkeit hin. So ist insbesondere bereits auf das Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unparteilichkeit und dem Anspruch eines jeden Rechtssuchenden

1452 Meyer/*Münch/Kunig*, GG, Art.97 Rn. 5, 33; unklar Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 38; ebenso *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 20f; *Benda*, DRiZ 1975, 166, S. 168.

1453 Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 38 mwN; so auch *Rottmann*, DRiZ 1987, 317, S. 320 ff; in diese Richtung auch *Wipfelder*, DRiZ 1987, 117, S. 119-121.

1454 BVerfG, v. 23.10.2007 – 1 BvR 782/07 –BVerfGE 119, 292–302; BGH, v. 02.12.2004 – I ZR 92/02, Rn. 2; LSG Hessen, v. 27.11.2002 – L 5 V 1038/01, Rn. 4; FG Hamburg, v. 09.02.2012 – 3 K 161/11, Rn. 7; vgl. *Pfeiffer*, in: *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, S. 69 mwN; *Wassermann/Denninger*, AK-GG, Art. 97, Rn. 79 ff; *Wassermann*, NJW 1963, 429, S. 430; *Krekeler*, NJW 1981, 1633, S. 1636; auch *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 38; *Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 50-52; in diesem Sinne auch von *Münchhausen*, DRiZ, 1969, S. 4f; *Geiger*, DRiZ 1979, 65, S. 66; *Kissel*, DRiZ 1987, 301, S. 304; *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 141

1455 Siehe *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 38; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 25.

auf seinen gesetzlich bestimmten Richter hingewiesen worden.¹⁴⁵⁶ Ebenso wie jeder Partei ein Ablehnungsrecht für den Fall zusteht, dass der zur Entscheidung des Falls konkret berufene Richter keine Gewährleistung für eine unparteiliche Aufgabenwahrnehmung bietet, steht jedem Verfahrensbeteiligten und insbesondere der Gegenseite ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Verfahrensdurchführung und Entscheidungsfindung gerade durch den abstrakt-generell berufenen Richter zu.¹⁴⁵⁷ Eine Entziehung dieses Richters im Wege des Ablehnungsrechts kann nur bei Vorliegen eines mit Blick sowohl auf die Unparteilichkeit als auch das Gebot des gesetzlichen Richters hinreichenden Grundes hingenommen werden.¹⁴⁵⁸

Daran ändert nichts, dass nach heute wohl überwiegender Ansicht nur ein solcher Richter, der nicht begründeterweise abgelehnt werden kann, die von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eingeforderte Gesetzlichkeit erfüllt.¹⁴⁵⁹ Die Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nunmehr „vorgesetzte“ Durchführung eines Ablehnungsverfahrens darf nicht den Blick darauf verstellen, dass die innere Unparteilichkeit und die Gesetzlichkeit des entscheidenden Richters gleichrangige Verfahrensgarantien derselben dem Rechtsstaatsprinzip verpflichteten Rechtspflege sind.¹⁴⁶⁰

Bei der Ermittlung des verfassungsrechtlichen Unparteilichkeitsmaßstabs ist daher auch der womöglich entgegenstehende Anspruch aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG am durch Gesetz berufenen Richter in hinreichender Weise zu beachten. Die in unterschiedliche Richtungen weisenden Verfassungsbestimmungen sind mithin in Ausgleich zu bringen.¹⁴⁶¹

1456 Siehe hierzu E.II.2.2.2; dazu außerdem Jachmann-Michel/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn. 88 mwN.

1457 Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 6 mwN; Zuck, DRiZ 1988, 172, S. 176; ausführlicher *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 225-266; und *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 89 ff.

1458 BVerfG, v. 29.06.2004 – 1 BvR 336/04, Rn. 6 ff; Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 6 mwN; Gerken/*Schütze/Wieczorek*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Vor § 41, Rn. 3; Jachmann-Michel/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101, Rn. 88f; aA zugunsten der Unparteilichkeit OLG Stuttgart, v. 28.11.2006 – 3 W 83/06; OLG Stuttgart, v. 04.06.2010 – 12 W 18/10; *Vollkommer/Zöller*, ZPO, § 42, Rn. 10 mwN.

1459 Vgl. *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 253 ff.

1460 Siehe Art. 47 Abs. 1 EU-GRC.

1461 Vgl. *Morgenthaler/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 101, Rn. 24 mwN; vgl. zur Rechtfertigung der faktischen Rügeobligieheit als Bestandteil des Ablehnungsrechts *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 97 ff, S. 101 ff, S. 266 ff.

- Restriktive Auslegung der verfassungsrechtlichen Unparteilichkeit zugunsten einer effektiven und rechtsstaatlichen Verfahrensleitung -

Außerdem in die Abwägung miteinbezogen werden muss die an den Justizgewährleistungs-anspruch angelehnte Forderung nach effektivem staatlichem Handeln einerseits, und der von Art. 92 GG und Art. 97 GG abgesicherte richterliche Spielraum im Rahmen der Verfahrensleitung andererseits. So fordern Art. 19 Abs. 4 GG sowie der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG¹⁴⁶² als allgemeingültige Wertentscheidung des Grundgesetzes¹⁴⁶³ einen *effektiv* gewährleisteten Rechtsschutz durch staatliche Gerichte ein.¹⁴⁶⁴ Dies umfasst, wie insbesondere auch Art. 47 Abs. 1 EU-GRC und Art. 13 EMRK festhalten, einen Zugang zu wirkungsvoller gerichtlicher Kontrolle,¹⁴⁶⁵ mithin die tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitbegehrens¹⁴⁶⁶ in einem förmlichen Verfahren samt verbindlicher Endentscheidung.¹⁴⁶⁷ Nach Rechtsprechung auch des Bundesverfassungsgerichts¹⁴⁶⁸ erfordert dies insbesondere, dass das Verfahren innerhalb einer fall- und situationsangemessenen Dau-

-
- 1462 BVerfG, v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92 –BVerfGE 88, 118, Rn. 20; insbesondere BVerfG, v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 –BVerfGE 107, 395–418, Rn. 16 ff; Schenke/ *Kahl u. a.*, BK, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 57 ff mwN; Schmidt-Aßmann/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 16 ff; Sachs/*Sachs*, GG, Art. 19, Rn. 11, 121 sowie Art. 20, Rn. 162; Enders/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 19, Rn. 51.
- 1463 BVerfG, v. 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09 – BVerfGE 149, 346; Rn. 34 ff mwN; Schmidt-Aßmann/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 6–13.
- 1464 Enders/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 19, Rn. 74–84a; siehe zum Streit der korrekten Verfassungsbestimmung *Tiwisina*, Überlange Verfahrensdauer, S. 62 ff mwN.
- 1465 Siehe etwa BVerfG, v. 12.11.1958 – 2 BvL 4/56; BVerfG, v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69 – BVerfGE 35, 263–280; BVerfG, v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 –BVerfGE 101, 106–132; BVerfG, v. 05.12.2001 – BVerfGE 104, 220–238; BVerfG, v. 18.07.2005 – BVerfGE 113, 273–348; BVerfG, v. 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09 –BVerfGE 149, 346–374; BVerfG, v. 07.04.2003 – 1 BvR 2129/02; BVerfG, v. 09.09.2005 – 2 BvR 431/02.
- 1466 BVerfG, v. 22.11.2016 – 1 BvL 6/14 –BVerfGE 143, 216–246; BVerfG, v. 23.03.2020 – 2 BvR 2051/19, Rn. 28 mwN; siehe außerdem Enders/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 19, Rn. 74.
- 1467 BVerfG, v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 –BVerfGE 107, 395; BVerfG, v. 18.07.2005 – BVerfGE 113, 273.
- 1468 BVerfG, v. 18.07.1973 – 1 BvR 23/73 – BVerfGE 35, 382–409, Rn. 60 ff; BVerfG, v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 –BVerfGE 40, 237–261, Rn. 49f; BVerfG, v. 16.12.1980 – 2 BvR 419/80 –BVerfGE 55, 349–370, Rn. 42; BVerfG, v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92 –BVerfGE 88, 118–128, Rn. 22; BVerfG, v. 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09 –BVerfGE 130, 1–51, Rn. 114 ff; -BVerfG, v. 20.07.2000 – 1 BvR 352/00; BVerfG, v. 07.06.2011 – 1 BvR 194/11.

er zu Ende gebracht wird.¹⁴⁶⁹ Dies setzt wiederum eine entsprechend zeitorientierte Leitung, Terminierung und Strukturierung des Streitentscheidungsverfahrens voraus.¹⁴⁷⁰ Der Gedanke der Prozessökonomie findet sich daher gesetzesübergreifend in Bestimmungen wie §§ 4, 266, 153 ff, 407 ff StPO,¹⁴⁷¹ §§ 59 ff, 147, 263, 282 ZPO¹⁴⁷² oder auch §§ 43 Abs. 2, 65 VwGO.¹⁴⁷³ Auch der plakative § 278 Abs. 1 ZPO, dem zufolge selbst ein Zivilrichter jederzeit auf eine gütliche Einigung der Parteien hinwirken soll, dient der Kostenersparnis und Beschleunigung des Verfahrens.¹⁴⁷⁴

Teilweise wurde hieraus eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates zu allgemeiner *Effizienz* abgeleitet:¹⁴⁷⁵ Verwaltung und Justiz hätten sich im Sinne der Bürgerinnen und Bürger sowie zugunsten des Staatshaushaltes an betriebswirtschaftlicher Rationalität und ökonomischer Ressourceneffizienz zu orientieren.¹⁴⁷⁶ Der Gedanke schlug sich in verschiedenen Reformen nieder,¹⁴⁷⁷ und fand seine wahrscheinlich wichtigste Umsetzung im Rahmen interner Strukturreformen: Anhand „neuer Steuerungsmodelle“ wurde in Verwaltung und Justiz ein wirtschaftlicheres, effizienteres und

1469 Schmidt-Aßmann/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 262; Schulze-Fießlitz/Dreier u. a., GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. III; Huber/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 484; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, § 177: Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, S. 507, S. 547f; zur Abwägung von Zeit und Gerechtigkeit *Schlette*, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist S. 23 ff, 30 ff; *Tiwisina*, Überlange Verfahrensdauer, S. 17, 78 ff, 92 ff.

1470 Vgl. einfachgesetzlich § 26 Abs. 2 DRiG, hierzu *Staats*, DRiG, § 26, Rn. 12 ff mwN.

1471 Etwa Norouzi/*Knauer* u. a., MüKO StPO, § 266, Rn. 1; Eschelbach/*Graf*, BeckOK StPO, § 261, Rn. 7 ff; kritischer insgesamt Rn. 4 ff.

1472 Stadler/*Musielak/Voit*, ZPO, § 147, Rn. 1; Prütting/*Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 282, Rn. 27f; außerdem Becker-Eberhard/*Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 263, Rn. 32.

1473 Bier/Steinbeiß-Winkelmann/*Schoch/Schneider*, VwGO, § 65, Rn. 6; siehe auch § 64, Rn. 3.

1474 Prütting/*Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 278, Rn. 2; zur Geschichte der Norm Rn. 6.

1475 Vgl. *Schlette*, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, S. 23 ff mwN; *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 69 ff; aA *Kuhn*, Der Verfassungsgrundsatz effektiver parlamentarischer Opposition, S. 103 ff mwN; *Brunn*, ZZP 2011, 29; vgl. *Carsten Schütz*, Der ökonomisierte Richter S. 415 ff, 420 f mwN, 439 ff; aA *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 67-86.

1476 Siehe *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, S. 169 ff mwN; zu Gerichten *Schlette*, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, S. 19 ff mwN; zur Terminologie *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 47 ff

1477 *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, S. 174f mwN.

ressourcenschonendest Arbeiten einzuführen versucht.¹⁴⁷⁸ Das in diesem Zuge in allen Bundesländern eingeführte Personalbedarfsberechnungssystem „PEBBSY“ erfasst heute die tatsächlich geleistete Arbeitszeit der Richterinnen und Richter, und soll so zur Optimierung interner Abläufe, des Ressourceneinsatzes sowie zur Bemessung der Bedarfe beitragen.¹⁴⁷⁹ Längst werden die erfassten Zahlen aber auch dazu genutzt, auch Verfahrensdauern einzelner Gerichte oder Kammern miteinander zu vergleichen.¹⁴⁸⁰

Gegen die Ökonomisierung vor allem richterlichen Handelns regte sich jedoch schnell Widerstand. Die Verfahrensleitung einschließlich der Terminsbestimmung, der Verhandlungsführung und auch der Beweisaufnahme gehörten als notwendige Vorbereitungs- und Durchführungshandlungen zur Erreichung einer Entscheidung zum besonders geschützten Kernbereich richterlicher Hoheitsaufgaben.¹⁴⁸¹ Müssten sich Richterinnen und Richter von der verfassungsrechtlich geforderten Gesetzesbindung zugunsten einer Kosten-Nutzen-Analyse oder Wirtschaftlichkeitsprüfung entfernen, sei dies eine unzulässige Einflussnahme auf die Wahrnehmung richterlicher Aufgaben.¹⁴⁸² Selbst wenn die Neuorganisation der äußeren Arbeitsabläufe innerhalb des Gerichts als allenfalls mittelbare Einflüsse auf die Arbeit des einzelnen Richters hinzunehmen sei,¹⁴⁸³ würde die äußere

1478 *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, S. 174; weitere Begrifflichkeiten bei Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 32 mwN; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 472 ff; auch *Kramer*, NJW 2001, 3449; *Francken*, NZA 2003, 457, S. 459 mwN.

1479 Zu PEBBSY auch *Schulte-Kellinghaus*, ZRP 2006, 169; insgesamt siehe Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 31f; außerdem *Sachverständigenrat „Schlanker Staat“*, DRiZ 1998, 135; noch zuvor kritisch zu den absehbaren Tendenzen *Schäfer*, DRiZ 1995, 461.

1480 Kritisch *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 96; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 33; kritisch zur Methode *Mäurer*, DRiZ 2000, 65, S. 68; außerdem Stellungnahme des Bundesvorstands der Neuen Richtervereinigung zu Pebbsy vom 22.04.2015, abrufbar unter: <https://www.neuerichter.de/details/artikel/article-pebbsy-408> [Stand 01.01.2022].

1481 *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 84; siehe außerdem *Morgenthaler/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 92, Rn. 1ff; *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 22 ff.

1482 Deutlich *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 42 mwN, auch 96; vgl. auch *Papier*, NJW 2001, 1089, S. 1093f; siehe umfangreich *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, S. 329 ff mwN.

1483 *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 35; *Classen/von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 7, 31; Bernsdorff/Umbach/Clemens, GG, Art. 97, Rn. 28, 35 mwN; *Voss*, DRiZ 1998, 379; *Röhl*, DRiZ 2000, 220; *Hoffmann-Riem*, DRiZ 2000, 18; *Francken*, NZA 2003, 457, S. 459 mwN; *Papier*, NJW 2001, 1089, S. 1094.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Unabhängigkeit des Richters jedenfalls dann verletzt, wenn der durch die verpflichtende Berücksichtigung ökonomischer Parameter erzeugte Druck dazu führen würde, dass ein Richter einen Fall in sachwidriger Weise bearbeiten oder angesichts des zu erreichenden Arbeitspensums eine bestimmte Erschließungsart in sachwidriger Weise anstreben müsste.¹⁴⁸⁴ Auch die konkrete Anleitung oder Empfehlung hinsichtlich eines prozessrechtlichen Verfahrensablaufs wäre unzulässig.¹⁴⁸⁵

Nichtsdestotrotz hat die verfassungsrechtliche Legitimierung prozessökonomischer Überlegungen Auswirkungen auf die hier vorzunehmende Auslegung des materiellrechtlichen Umfangs richterlicher Unparteilichkeit. Denn diese können ein rechtstaatlich-objektives Interesse gerade an solchen *innerdienstlichen* Handlungen, Äußerungen und Entscheidungen begründen, die aus Sicht von Prozessparteien zu Zweifeln an der Unvoreingenommenheit des Richters führen könnten.¹⁴⁸⁶

Wenn aber aus rechtsstaatlichen Überlegungen die Beschleunigung von Gerichtsverfahren gefordert wird, und Effizienzüberlegungen in keinem grundsätzlichem Widerspruch zur richterlichen Tätigkeit stehen,¹⁴⁸⁷ so muss es den Richterinnen und Richtern freistehen, sich bei der Ausschöpfung dieses Entscheidungs- und Leitungsspielraums auch an Überlegungen zum Beschleunigungsgrundsatz und dem allgemeinen Anspruch auf Justizgewährleistung zu orientieren.¹⁴⁸⁸ Als dem Kernbereich der richterlichen Tätigkeit zugeordneter Freiraum¹⁴⁸⁹ dürfen Entscheidungen im Rahmen der Verfahrensleitung dürfen nur bedingt von außen bewertbar und beeinflussbar sein.¹⁴⁹⁰

1484 Voss, DRiZ 1998, 37; vgl. BGH, v. 22.06.2011 – I ZB 77/10.

1485 Classen/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 29f mwN; Kment/Jarass/Pierothe, GG, Art. 97, Rn. 8 mwN.

1486 Vgl. BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14, Rn. 11; siehe auch § 18 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG und die zugehörige BT-Drucks. VI/1471, S. 4; hierzu Klein/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 18, Rn. 10 mwN; insgesamt Staats, DRiG, § 39, Rn. 6; Bund/Brinktrine/Schollendorf, BeckOK Beamtenrecht, § 100, Rn. 4; Schwab/Hawickenbrauck, JZ 2019, 77; historisch Brand, Das deutsche Beamtenge- setz, S. 513, Fn. 4.

1487 Statt aller *Tiwisina*, Überlange Verfahrensdauer, S. 17, 61 ff mwN.

1488 Redeker, NJW 2000, 2796, S. 2797.

1489 Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 92, Rn. 1 ff; Hager, Freie Mei- nung und Richteramt, S. 22 ff.

1490 Vgl. BGH, v. 21.04.1978 – RiZ (R) 4/77; BGH, v. 20.06.2001 – RiZ (R) 2/00; BGH, v. 22.02.2006 – RiZ(R) 3/05; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn 84; Joeres, DRiZ 2005, 321, S. 322 mwN.

Damit ist das Spannungsverhältnis zur *inneren Unabhängigkeit* aufgezeigt.¹⁴⁹¹ Einerseits schützt die Unparteilichkeit die Rechtssuchenden vor innerprozessualen Verhaltensweisen des Richters, die Anlass zum Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit geben. Andererseits eröffnet das Grundgesetz dem Richter gerade bei Maßnahmen der Verfahrensleitung einen Handlungsspielraum,¹⁴⁹² bei dessen Ausgestaltung sowohl Effizienzargumente¹⁴⁹³ als auch die eigene Pflicht zur Wahrung der Unparteilichkeit berücksichtigt werden müssen.

- Grundrechtsausübung im dienstlichen Interesse: Uneinheitliche Auswirkung von Grundrechten auf die richterliche Unparteilichkeit -

Konsequenz dieses Spannungsfeldes ist, dass nicht jede Unzufriedenheit der Parteien mit der Verfahrensführung als berechtigter Zweifel an der richterlichen Unparteilichkeit zu sehen sein können, selbst wenn diese mittelbar oder unmittelbar der Gegenseite zugutekommt.¹⁴⁹⁴ Dem im Rahmen der *äußeren Unabhängigkeit* nach außen hin verteidigten Freiraum der Richterschaft muss auch bezüglich des vom Richter abverlangten Verhaltens angemessene Bedeutung zugesprochen werden.¹⁴⁹⁵ Unterschiedliche Richterpersonen müssen in vergleichbaren Situationen unterschiedlich über die Erhebung eines Beweismittels, die Befragung eines Zeugen, die Einräumung von Schriftsatzfristen oder auf die inhaltliche Auseinandersetzung mit rechtlichen Argumenten entscheiden dürfen, ohne dass dies für

1491 Vgl. BVerfG, v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92 –BVerfGE 88, 118–128; BVerfG, v. 06.05.1997 – 1 BvR 711/96; siehe auch *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, S. 177; Schmidt-Aßmann/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 263f; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 57 ff mwN; Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 35 ff mwN, 31–42; Krehl/Hannich, Karlsruher Kommentar, StPO, § 24, Rn. 13 mwN; *Redeker*, NJW 2000, 2796, S. 2797.

1492 Siehe *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 6.

1493 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 35; Classen/von *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97 Rn. 29f samt Fn. 126 mwN.

1494 Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 17; Bork/Stein/Jonas, ZPO, § 42, Rn. 14.

1495 Vgl. BGH, v. 12.10.2011 – V ZR 8/10; BAG, v. 20.08.2019 – 3 AZN 530/19; EGNR, v. 25.04.1999 – 25444–94; OLG Karlsruhe, v. 26.11.2013 – 17 U221/12; OLG Dresden, v. 19.05.2020 – 4 W 300/20; hierzu ausführlicher *Sodan*, NJW 2003, 1494, S. 1495 ff mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

sich genommen zu einklagbaren Verletzungen der inneren Unabhängigkeit führen darf.¹⁴⁹⁶

Die überragende Bedeutung der Grundrechte für das Grundgesetz verbietet einen Widerspruch des sich aus dem von Art. 92 GG hervorgehobenen Sonderstatus der Richterschaft zu der an der Spitze der Verfassung stehenden objektiven Wertentscheidung.¹⁴⁹⁷ Die Grundrechte beherrschen nicht nur das unterverfassungsrechtliche Recht,¹⁴⁹⁸ sondern prägen auch das verfassungsrechtliche Richterbild.¹⁴⁹⁹

Die Verfassung akzeptiert den Einfluss der Richterpersönlichkeit und des persönlichen Vorverständnisses auf die Entscheidungsfindung. Sie toleriert die verschiedentliche Entscheidung gleichartiger Sachverhalte durch unterschiedliche Richterpersonen.¹⁵⁰⁰ Denn selbst im Kernbereich richterlicher Aufgaben wirkt das freiheitliche Menschenbild fort. Das muss umso mehr gelten, je geringer die richterlichen Handlung oder Verhaltensweise mit der eigentlichen dienstlichen Tätigkeit funktional verbunden ist.¹⁵⁰¹ Die einfachgesetzlich mit § 39 DRiG umgesetzte verfassungsrechtliche Pflicht

1496 Siehe *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 6; eine Ausnahme sei nur dann geboten, wenn die Gestaltung des Verfahrens oder die Entscheidungen des Richters sich so weit von anerkannten rechtlichen – insbesondere verfassungsrechtlichen – Grundsätzen entfernen, dass sie nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheinen und dadurch den Eindruck einer willkürlichen oder doch jedenfalls sachfremden Einstellung des Richters erwecken, KG, v. 08.06.2006 – 15 W 31/06; Heinrich/Musielak/Voit, ZPO, § 42, Rn. II.

1497 BVerfG, v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71 –BVerfGE 33, 1–18; ausführlich *Loschelder*, in: Isensee/Kirchhof, § 202: Grundrechte im Sonderstatus, Rn. 1ff; auch *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, § 196: Grundrechtsträger, Rn. 31; ebenfalls Gärditz, JZ 521 mwN; zur problematischen Durchsetzung im Rahmen des Nebentätigkeitsrechts *Gärditz*, ZBR 2009, 145, S. 145f mwN.

1498 BVerfG, v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; BVerfG, v. 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 –BVerfGE 35, 79–170; BVerfG, v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 –BVerfGE 39, 334; *Loschelder*, in: Isensee/Kirchhof, § 202: Grundrechte im Sonderstatus, Rn. 3f.

1499 *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 72f; *Wipfelder*, DRiZ 1987, 117, S. 118 ff; *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 3f; erhellende Darstellung bei *Schneider*, DRiZ 1978, S. 42 ff.

1500 Vgl. *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 16 ff; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 27 ff; *Thomas*, Richterrecht, S. 25f; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 157; *Faller*, in: Faller/Zeidler/Maunz u.a., Festschrift Hans Joachim Faller, S. 86f mwN; *Hager*, ZBR 1990, 311, S. 312; *Geiger*, DRiZ 1979, 65; *Kissel*, DRiZ 1987, 301, S. 304; aus der Methodenlehre *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S.163 ff; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 21; auch *Schneider*, DRiZ 1978, 42, S. 42f; siehe dazu oben C.IV.1.2.

1501 Dazu umfassend und bedeutsam *Ossenbühl/Cornils*, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 25 ff; außerdem *Loschelder*, in: Isensee/Kirchhof, § 202: Grund-

des Richters, sich auch *außerdienstlich* in einer Weise zu verhalten, die keinen Zweifel an seiner *richterlichen Unparteilichkeit* aufkommen lässt, stellt vor diesem Hintergrund unzweifelhaft einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Freiheits- und Grundrechte der Richterinnen und Richter dar.¹⁵⁰²

Betroffen sind letztlich alle verfassungsrechtlich verbürgten Freiheiten: Sofern dem Richter beispielsweise seine private Verbindung zu Personen aus kriminellen Kreisen oder seine finanziellen Verpflichtungen diesen gegenüber im Rahmen der behaupteten Parteilichkeit vorgeworfen werden, berührt der Vorwurf seine durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Privat- und Sozialsphäre.¹⁵⁰³ Nimmt man Anstoß an wissenschaftlichen oder journalistischen Veröffentlichungen des Richters, weil man meint, dass sich aus diesen eine Vorabfestlegung ableiten ließe, betrifft dies die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit des Richters, Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 5 Abs. 1 GG.¹⁵⁰⁴ Selbiges gilt für privat geäußerte Meinungen, wobei hier je nach Inhalt auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit aus Art. 4 GG oder das Recht auf Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG betroffen sein

rechte im Sonderstatus, Rn. 8f mwN; ebenso *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, 141; *Baßl-sperger*, ZBR 2004, 369, S. 370 mwN; *Schnelle/Hopkins*, NVwZ 2010, 1333.

- 1502 Klarstellend BVerfG, v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71 –BVerfGE 33, 1–18; BVerfG, v. 25.03.1992 – 1 BvR 1430/88 –BVerfGE 85, 386–405; *Herdegen/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 47; *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 3f, 8, 21f jeweils mwN; siehe *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 196: Grundrechtsträger, Rn. 1 mwN; vgl. *Loschelder*, Rn. 53.
- 1503 Vgl. BGH, v. 10.08.2001 – RiSt (R) 1/00, Rn. 29 ff; *Lang/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 2, Rn. 41 ff mwN; Art. 2, Rn. 41 ff mwN; siehe dazu auch *Rojahn/Jerger*, NJW 2014, 1147.
- 1504 BVerfG, v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96 –BVerfGE 102, 122–126; BVerfG, v. 11.10.2011 – 2 BvR 1010/10; BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223; *Grabenwarter/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 80 ff; *Gärditz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 3, Rn. 52 ff; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 45f; *Faller*, in: *Faller/Zeidler/Maunz* u.a., Festschrift Hans Joachim Faller, S. 89 ff; S. 92f; *Münchhausen*, DRiZ 1969, 3; *Heimeshoff*, DRiZ 1975, 261, S. 264; *Benda*, ZRP 1977, 1, S. 4; *Dürholt*, ZRP 1977, 217, S. 218; *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337, S. 341; *Hase*, Kritische Justiz 1984, 142; *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 142; *Sendler*, NJW 1984, 689, S. 690–696; *Dütz*, JuS 1985, 745, S. 751f; *Fangmann*, AuR 1985, 7, S. 10 ff; *Hager*, ZBR 1990, 311, S. 313–315; *Engelken*, ZRP 1998, 50, S. 50–52; *Badura*, ZBR 2000, 109, S. 114; *Wagner*, DÖD 2007, 106; *Gärditz*, ZBR 2009, 145, S. 147; *Rieble*, DRiZ 2009, 156, S. 159f; *Rieble*, DRiZ 2009, 185, S. 185 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

kann. Oftmals werden auch die Privatsphäre¹⁵⁰⁵ oder das Versammlungsrecht sowie das Recht zur Teilhabe an politischer und gesellschaftlicher Diskussion berührt.¹⁵⁰⁶ Knüpft man die vermeintliche Parteilichkeit an die Mitgliedschaft des Richters in einer bestimmten Gruppe an, so betrifft dies Bereiche des Art. 9 GG ebenso wie des Art. 4 GG, des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG oder eben des Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁵⁰⁷

Eine verfassungsrechtliche Pflicht, sich all dieser mutmaßlichen Einflussrisiken auch im Privaten zu erwehren, kann auch aufgrund einer so bedeutsamen Bestimmung wie der richterlichen Unparteilichkeit allenfalls gerechtfertigt sein, wenn auch im konkreten Einzelfall ein angemessener Ausgleich der betroffenen Verfassungsbestimmungen sichergestellt ist.¹⁵⁰⁸

Bei der Güterabwägung ist aber zusätzlich zu berücksichtigen, dass auch und gerade an außerdienstlichem Verhalten des Richters ein großes öffentliches Interesse bestehen kann.¹⁵⁰⁹ Besonderes öffentliches Interesse wecken vor allem außerdienstlich in Form einer von Art. 12 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Nebentätigkeit betriebene wissenschaftliche Befassungen der Richterinnen und Richter mit inhaltlichem Bezug zur eigentlich dienstlichen Tätigkeit.¹⁵¹⁰ Denn auf diese Weise erweitern die Richterinnen und

1505 BVerfG, v. 26.04.1994 – 1 BvR 1689/88 –BVerfGE 90, 255–263; vgl. *Benda*, DRiZ 1975, 166, S. 168; *Faller*, in: *Faller/Zeidler/Maunz* u.a., *Festschrift Hans Joachim Faller*, S. 92f.

1506 Dazu deutlich und für Richter übertragbar BVerwG, v. 30.06.1983 – 2 C 57/82 –BVerwGE 67, 287–300, Rn. 28; *Heimeshoff*, DRiZ 1975, 261, S. 264; *Sendler*, NJW 1984, 689, S. 690 ff; *Rudolph*, DRiZ 1987, 337; *Rudolph*, NJW 1997, 2928; auch *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 65 ff; *Schneider*, DRiZ 1978, 42, S. 44f.

1507 Vgl. *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 10f mwN; *Hanack*, in: *Schwinge*, Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag, S. 127, S. 129f, 131f; *Benda*, DRiZ 1975, 166, S. 168f; *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337, S. 341 mwN; *Strecker*, ZRP 1984, 122, S. 125; *Dütz*, JuS 1985, 745, S. 751; *Kempen*, AuR 1985, 1, S. 5 ff; *Fangmann*, AuR 1985, 7, S. 13f mwN; *Hill*, DRiZ 1986, 81, S. 88.

1508 Erneut *Loschelder*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 202: Grundrechte im Sonderstatus, Rn. 47 ff.

1509 *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 161; *Geiger*, DRiZ 1979, 65; *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 22 ff.

1510 Zur Berufsfreiheit bei Nebentätigkeiten BVerfG, v. 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01, BVerfGE 110, 141; konkret zu Nebentätigkeiten von Beamten auch zur Rechtsprechung des BVerfG BVerwG, v. 24.11.2005 – 2 C 32/04 –BVerwGE 124, 347–356, Rn. 21ff mwN; zum Streitstand *Kahl*, ZBR 2001, 225, S. 227 ff, Fn. 25f; siehe zur auch ohne grundrechtliche Begründung langanhaltende Tradition privilegierter Nebentätigkeiten vor allem im wissenschaftlichen und schriftstellerischen Bereich *Gugel*, Das Württ[embergische] Beamten gesetz vom 28. Juni 1876, S. 20; *Brand*,

Richter außerhalb ihrer Dienstzeit ihre wiederum dienstlich verwertbare Fachexpertise, und verbessern ihre richterlichen Fähigkeiten.¹⁵¹¹ Gerade auch die mit wissenschaftlichen Vorträgen in Zusammenhang stehende Teilnahme an Fachtagungen lässt sich aus Sicht des Staates befürworten: Schließlich besteht gerade hier die Möglichkeit, außerrechtliche Expertise schnell und problembezogen zu erlangen.¹⁵¹² Auch an entsprechenden Fachpublikationen oder Vortragstätigkeiten der Richterinnen und Richter besteht daher ein öffentliches Interesse. Die Richterschaft tritt hier in einen Diskurs mit der Fachwelt, was sowohl zur fachlichen Weiterbildung als auch zur Vermittlung und Erläuterung höchstgerichtlicher Rechtsprechung beiträgt.¹⁵¹³ Einen Beleg für das öffentliche Interesse an der Grundrechtsbe-

Das Beamtenrecht, S. 513 ff; *Köttgen*, Beamtenrecht, S. 85; *Brand*, Das deutsche Beamtengesetz, S. 161f; *Henland*, Deutsches Beamtenrecht, S. 207.

- 1511 Noch immer gültig *Brand*, Das Beamtenrecht, S. 513, Fn. 4: „Dennoch ist diese Verwaltungsübung [die Genehmigungsfreiheit literarischer Nebentätigkeiten, Anm. des Verfassers] [...] zu billigen, da sonst die den Staatsinteressen regelmäßig durchaus dienliche Fachschriftstellerei erheblich eingeschränkt und vielfach den Beamten die Möglichkeit genommen würde, nicht nur sich selbst durch ihre schriftstellerische Tätigkeit weiter zu bilden, sondern auch die in ihrem Berufe gesammelten Kenntnisse und Erfahrungen in einer für die Allgemeinheit und ihre Berufsgenossen nutzbringenden Weise literarisch zu verwerten.“
- 1512 Zum richterlichen Informationsbedürfnis schon umfangreich oben, siehe insofern *Rehder*, Rechtsprechung als Politik, S.25ff; *Stegmaier*, Wissen, was Recht ist, S. 196 ff; *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, S.133 ff; *Kühne*, Amicus curiae, S. 182 ff mwN; zu Tagungen und ähnlichen Veröffentlichungsformen siehe BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14 Rn. 1ff und vor allem BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01; für das BVerfG mwN *Kliegel/Barczak*, BVerfGG, § 18, Rn. 31; BVerfG, v. 11.10.2011 – 2 BvR 1010/10; BVerfG, v. 2007.5 n. Chr. – 1 BvR 1696/03; BVerfG, v. 15.05.2017 – 2 BvR 865/17, Rn. 4.
- 1513 *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit; *Sendler*, NJW 1984, 689; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen; *Jahn*, Verfassungsrichter in der Defensive; *Klein/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 18, Rn. 10 meint, die wissenschaftliche Profilierung sei in hohem Maße erwünscht; vgl. *Sauer/Walter/Grünewald*, BeckOK BVerfGG, § 18, Rn. 18-24; auch BVerfG, v. 11.12.2018 – 2 BvL 4/11 -BVerfGE 150, 204–244, Rn. 65 ff; *Kischel*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 69: Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 84 spricht von einer sinnvollen Ergänzung, um Akzeptanz, Kommunikation und Repräsentation zu verbessern; BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01; BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14 sprechen von einem unverzichtbaren Austausch; vgl. auch *Schnitzler*, NZFam 2016, 781 und BVerfG, v. 05.02.1997 – 1 BvR 2306/96 –BVerfGE 95, 189–192; *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337 S. 341 spricht von einer wünschenswerten Anteilnahme, dazu auch Fn. 40; *Badura*, ZBR 2000, 109, S. 111, 114 meint, die Teilnahme sei wünschenswert wenn nicht sogar notwendig; *Engelken*, ZRP 1998, 50; *Rieble*, DRiZ 2009, 156; *Rieble*, DRiZ 2009, 185; *Schwab/Hawi-*

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

tätigung der Richterinnen und Richter liefern insofern etwa die Privilegierung gerade dieser Nebentätigkeiten durch § 46 DRiG i.V.m. §§ 99, 100 BBG sowie auch der klarstellende § 18 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG.¹⁵¹⁴

Nichtsdestotrotz ist dieser Befund schon seit Längerem nicht mehr ungefochten. Seit den 1980er Jahren lässt sich eine rechtspolitische Tendenz feststellen, das Nebentätigkeitsrecht des öffentlichen Dienstes zunehmend zu beschränken.¹⁵¹⁵ Hierfür soll gerade dann eine Notwendigkeit bestehen, wenn die Nebentätigkeit unmittelbare inhaltliche oder gegenständliche Bezüge zum dienstlichen Hauptamt aufweist. Denn dann bestünde regelmäßig die Gefahr, dass der Richter zum Diener zweier Herren werde.¹⁵¹⁶ In eine ähnliche Richtung gehen die innergerichtlichen Reaktionen auf die in jüngster Zeit laut gewordene Kritik vor allem an Vortrags- und Veröffentlichungstätigkeiten der obergerichtlichen Richterschaft.¹⁵¹⁷ Heute werden sogenannte Inhouse-Veranstaltungen ohne allgemeine Öffentlichkeit und Zugang für möglicherweise entgegengesetzte Interessengruppen durchgehend als mit der Unparteilichkeit unvereinbar angesehen.¹⁵¹⁸

ckenbrauck, JZ 2019, 77; zum schwierigen Verhältnis von Nebentätigkeiten und Dienstinteresse Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 146; Sendler, NJW 1984, 689, S. 693; Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 166; Gerdes, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen; Jahn, Verfassungsrichter in der Defensive; außerdem Abschnitt I Nr. 2 der BVerfG-Verhaltensleitlinien.

- 1514 Zur Privilegierung Battis, BBG, § 100, Rn. 6 mwN; zur Regelungsentwicklung Battis, NVwZ 1998, 34; Wagner, NVwZ 1989, 515; zur Verfassungskonformität der Anzeigepflicht BVerfG, v. 01.09.2008 – 2 BvR 1872/07; BVerwG, v. 21.06.2007 – 2 C 3/06; Ossenbühl/Cornils, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 47 ff; mit weiteren nachweisen auch Fürst, ZBR 1990, 305; Engelken, DVBl 2008, 117.
- 1515 Siehe dazu BVerfG, v. 28.09.2007 – 2 BvR 1121/06; Günther, ZBR 2012, 187, S. 189 mwN; siehe Gärditz, ZBR 2009, 145, mwN zum Begriff des Nebentätigkeitsverhinderungsrechts; dazu auch BVerfG, v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247–292.
- 1516 BVerfG, v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247; Gärditz, ZBR 2009, 145, S. 145f mwN.
- 1517 Lorenz, "Es läuft etwas schief – auch in Deutschland", 2018, abrufbar unter https://www.lto.de/recht/justiz/j_justiz-menschenrechte-verhaeltnis-deutschland-europa-primat-recht/ [Stand: 01.01.2022; in diesem Zusammenhang auch die Recommendation Rec (2010)12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to meber states on judges, abrufbar unter <http://wcd.coe.int/viewdoc.jsp?id=1707137> [Stand: 01.01.2022].
- 1518 Stellvertretend Rieble, DRiZ 2009, 156; die Reaktion überrascht insofern, als dass die richterliche Unparteilichkeit nur am Rande Gegenstand der von Außen erhobenen Kritik war. Auslöser waren vielmehr die Höhe einiger richterlicher Nebeneinkünfte und die damit verbundenen Zweifel, ob die Betroffenen denn ihrem Hauptamt noch in angemessener Weise nachgehen würden, siehe Zerfaß/Fischer,

II.2.2.3.3) Maßstabsbildung: Berücksichtigung einfachgesetzlicher Wertungen

Die einbezogenen verfassungsrechtlichen Wertungen geben ein uneinheitliches und komplexes Bild wieder. Unterschiedliche Normen und Bestimmungen stehen mit den von der richterlichen Unparteilichkeit gestellten Anforderungen an außer- und innerdienstliches Verhalten in Zusammenhang und zugleich in Widerspruch. Es existieren keine absoluten Vor- und Nachrangigkeiten, vielmehr können faktische Entwicklungen eine Neubewertung althergebrachter Abwägungen erforderlich machen.

Der Ausgleich der Verfassungsgarantien ist daher maßgeblich vom Zeitgeist, den faktischen Umständen und Risiken sowie politisch-gesetzgeberischen Entscheidungen beeinflusst.¹⁵¹⁹ Letztlich haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes gerade hierauf Rücksicht genommen, als sie entschieden haben, sich hinsichtlich der richterlichen Unparteilichkeit auf ihr vorkonstitutionelles Begriffsverständnis und damit auf die Bewertungen des historischen Gesetzgebers zurückzuziehen.¹⁵²⁰ Es ist daher zur Bestimmung eines verfassungsrechtlichen Unparteilichkeitsbegriffs angebracht und erforderlich, auch einfachgesetzliche Wertungen miteinzubeziehen – auch und gerade, weil sich aufgrund des Vorrangs der Verfassung auch bei deren Auslegung verfassungsrechtliche Überlegungen nachzeichnen lassen werden.

- Dienst- und Befangenheitsrecht: Struktur und Verhältnis -

Der Verweis ins einfache Recht führt einerseits ins Dienst- und Nebentätigkeitsrecht, §§ 39 ff DRiG, und andererseits ins einheitlich zu verstehende Befangenheitsrecht.¹⁵²¹

Wirtschaftswoche 2014, 18; *Lamprecht*, NJW 2017, 1156; dazu auch BT-Drs. 18/832; BT-Drs. 18/10781; außerdem Nrn. 3, 8, 9, 10 der neu aufgestellten Verhaltensleitlinien des Bundesverfassunggerichts.

1519 Siehe auch *Rudolph*, DRiZ 1987, 337.

1520 Vgl. Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 92, Rn 19; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 156 mwN.

1521 Siehe *Roth*, NJW 2016, 1024 mwN; zweifelnd *Zuck*, DRiZ 1988, 172, S. 172 ff mit Blick auf unterschiedliche richterrechtliche Obersätze; zur Bedeutung des Ablehnungsrechts für die verfassungsrechtliche Unparteilichkeit BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; BVerfG, v. 26.01.1971 – 2 BvR 443/69-BVerfGE

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Das *richterliche Dienstrecht* umfasst spezielles Richterrecht und für anwendbar erklärtes Beamtenrecht¹⁵²² und ist über Bundes- und Landesrecht¹⁵²³ verteilt. Es umfasst innerdienstliche Pflichten wie die in § 61 BBG geforderte dienstliche Hingabe oder das Tragen der Dienstkleidung aus § 74 BBG¹⁵²⁴ wie außerdienstliche Verhaltensaufgaben, wobei besonders der bereits als Generalklausel beschriebene § 39 DRiG zu nennen ist.¹⁵²⁵ Der Richter muss nicht nur unparteilich sein, sondern vor allem auch unparteilich erscheinen.¹⁵²⁶

Präziser ausgestaltet ist das dem Dienstrecht zugewiesene Nebentätigkeitsrecht. Hiervon umfasst sind all solche Handlungen, die nicht zum Kreis der hauptamtlichen Richteraufgaben gehören.¹⁵²⁷ Damit erheben die Normen des Dienstrechts Anspruch darauf, weite Teile der privaten Sphäre der Richterschaft zu reglementieren.¹⁵²⁸ Es lassen sich untersagte (§§ 40, 41 DRiG), grundsätzlich untersagte aber genehmigungsfähige (§ 99 BBG i.V.m. § 46 DRiG, §§ 4 ff BRiNV bzw. etwa §§ 4 ff LNTVO-BW) und erlaubte, aber einschränkbare Nebentätigkeiten (§ 100 BBG i.V.m. § 46 DRiG) unterscheiden. Zu den letzteren, privilegierten Nebentätigkeiten zählen mit schriftstellerischen, wissenschaftlichen und sonstigen Vortragstätigkeiten (§ 100 Abs. 1 Nr. 2 BBG) gerade solche Nebentätigkeiten, die bei der Richterschaft heute besonders beliebt sind und an denen ein überdurchschnittlich hohes öffentliches Interesse besteht.¹⁵²⁹ Doch auch in diesem Rahmen gilt der von § 39 DRiG wiederholte Auftrag an die Richterschaft, die eigene Unparteilichkeit zu wahren. Daher haben Richterinnen und Richter selbst solches, an sich von § 100 Abs. 1 Nr. 2 BBG toleriertes Verhalten zu unterlassen, wenn es im Einzelfall das Vertrauen in die eigene

30, 149; Classen/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art.97, Rn. 31; Degenhart/Sachs, GG, Art. 101, Rn. 9 mwN.

1522 §§ 39–43 DRiG, § 46 DRiG, § 71 DRiG; dazu Staats, DRiG, § 46, Rn. 4 ff.

1523 §§ 97 ff BBG, § 40 BeamStG, zudem bspw. §§ 60 ff LBG Baden-Württemberg, §§ 72 ff LBG Sachsen-Anhalt; §§ 70 ff Niedersächsisches BG, §§ 71 ff Hessisches BG.

1524 Staats, DRiG, § 46, Rn. 41f, Rn. 43 mwN.

1525 Staats, DRiG, § 46, Rn. 31 ff.

1526 Staats, DRiG, § 39, Rn. 4.

1527 § 97 Abs. 2 BBG i.V.m. § 46 DRiG; zum Begriff der Nebenbeschäftigung wiederum Battis, BBG, § 97, Rn. 11 mwN; Battis, Bundesbeamten gesetz, BBG § 97 Rn. 11 mwN; Bund/Brinktrine/Brinktrine/Schollendorf, BeckOK Beamtenrecht, BBG, § 97, Rn. 13.

1528 Kritisch Staats, DRiG, Vorberemarkungen zu §§ 40 – 42, Rn. 2.

1529 Vgl. Gerdes, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen; S. 60 ff; siehe D.III

Unparteilichkeit gefährden würde, was mit Blick auf den grundrechtlich geschützten Freiheitsbereich¹⁵³⁰ typischerweise nur dann in Frage kommen soll, wenn ein konkretisierter Bezug der Nebentätigkeit zum richterlichen Aufgabenbereich besteht.¹⁵³¹ Die Unparteilichkeit stellt sich insofern als ein zu bewahrender Zustand dar.

Nähert man sich dem verfassungsrechtlichen Begriff *innerer Unabhängigkeit* dagegen aus Sicht des Ablehnungsrechts, stellt sich Unparteilichkeit als das *Fehlen von Umständen* dar, die zur Befangenheit des Richters führen könnten.¹⁵³² Dabei stellt § 42 Abs. 2 ZPO als verfahrensübergreifende Grundnorm des Ablehnungsrechts¹⁵³³ klar, dass eine Möglichkeit zur Rüge des richterlichen Verhalts schon dann gegeben sein muss, wenn der Umstand innerer Voreingenommenheit bloß zu besorgen ist.¹⁵³⁴ Diese Besorgnis muss sich ergeben aus der Wahrnehmung äußerlicher Umstände, die eine richterliche Parteilichkeit entweder auslösen oder aber eine bereits bestehende Parteilichkeit dokumentieren könnten.¹⁵³⁵ Anlass zur Besorgnis kann jedes Verhalten des Richters sowohl innerhalb als auch außerhalb

1530 Staats, DRiG, § 39, Rn. 7 ff.

1531 Badura, ZBR 2000, 109; vgl. Rudolph, DRiZ 1987, 337, S. 345 ff; Staats, DRiG, § 39, Rn. 8 ff, insb. 10; dazu BVerfG, v. 11.10.2011 – 2 BvR 1010/10.

1532 Siehe Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S.8; Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 21; 76 ff; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 24 ff; Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 162f; der Terminus der Befangenheit findet sich anders als in den Prozessordnungen nur selten in der verfassungsrechtlichen Terminologie, vgl. BVerfG, v. 04.05.2020 – 2 BvL 4/18, Rn. 87, unter Verweis auf BVerfG, v. 04.04.1969 – 2 BvR 343/66 – BVerfGE 26, 141–163; siehe aber Zuck, DRiZ 1988, 172, S. 176 ff; in Bezug auf Richterablehnung nach BVerfGG dann aber bspw. BVerfG, v. 22.04.2020 – 1 BvR 635/20 Rn. 5; BVerfG, v. 31.03.2020 – 2 BvC 19/19, Rn. 3 mwN; BVerfG, v. 18.02.2020 – 2 BvR 2082/19, Fn. 4f.

1533 BVerfG, v. 02.03.1966 – 2 BvE 2/65-BVerfGE 20, 1; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 5ff, 10 ff; Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 48-88 mwN; vgl. Käßner, in: Scheffczyk/Wolter, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 4f; Sauer/Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 19, Rn. 3; abwägender Klein/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 19, Rn. 1 mwN und Verweis auf BVerfG, v. 02.03.1966 – 2 BvE 2/65-BVerfGE 20, 1; BVerfG, v. 03.03.1966 – 2 BvE 2/64 – BVerfGE 20, 9–18; BVerfG, v. 25.01.1972 – 1 BvL 1/71 – BVerfGE 32, 279–288, BStBl II 1972, 206; auch Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 155f mwN; mit anderem Schwerpunkt Zuck, DRiZ 1988, 172, S. 175.

1534 Vgl. für die st. Rspr BGH, v. 20.08.2014 – AnwZ 3/13 mwN.

1535 Zum sogenannten *bösen Schein der Befangenheit* vgl. BVerfG, v. 24.03.1982 – 2 BvH 1/82, (175); BVerfG, v. 10.07.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87-BVerfGE 82 286; Geiger, DRiZ, 65, S. 66; Käßner, in: Scheffczyk/Wolter, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 5; Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 9ff, 17 ff, 20–86, 209f, 216 ff, 255.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

des konkreten Gerichtsverfahrens geben, sodass der Richter aus Sicht des Befangenheitsrechts „bis zum Erlass seines Urteils alles zu unterlassen [hat], was eine Voreingenommenheit oder auch nur den begründeten Verdacht einer solchen begründen könnte“¹⁵³⁶.

Anders als das Dienstrecht knüpft das Ablehnungsrecht jedoch nicht unmittelbar an der *Unparteilichkeit* an. Der Begriff der Befangenheit ist nämlich nur scheinbar deckungsgleich: Mittels des § 42 Abs. 2 ZPO kann nämlich nicht bereits der *Anschein der Parteilichkeit* gerügt werden, sondern erst die *mögliche Auswirkung auf den eigenen Prozess*. Noch deutlicher als im Rahmen des § 39 DRiG setzt das Befangenheits- und Ablehnungsrecht damit einen konkreten Bezug zum Einzelfall voraus.¹⁵³⁷ Wenn Teile der Literatur betonen, § 39 DRiG schütze das Vertrauen der Allgemeinheit, § 42 Abs. 2 ZPO aber das Befangenheitsrecht das Vertrauen des konkreten Rechtssuchenden,¹⁵³⁸ so ist auf den Umstand hingewiesen, dass eine Ablehnung trotz innerlicher Abhängigkeit der Richterin erfolglos sein kann, sofern sich keine Auswirkungen auf das konkrete Verfahren ergeben. Im Ergebnis meint *Befangenheit* damit eine innere Haltung eines Richters, die seine Neutralität, Distanz und Unparteilichkeit gegenüber den Verfahrensbeteiligten in Bezug auf den konkret zu entscheidenden Fall störend beeinflusst.¹⁵³⁹

Auch weil sich die Unterscheidung zwischen *Parteilichkeit* und *Befangenheit* in Literatur und Rechtsprechung nicht durchgängig wiederfindet, ist das genaue Verhältnis von Befangenheitsrecht und Dienstrecht trotz vielfacher wissenschaftlicher Auseinandersetzung nicht abschließend geklärt.¹⁵⁴⁰

1536 Schmidt-Räntsche, DRiG, § 39, Rn. 8–16 mwN.

1537 Umfassend Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 58 ff mwN, S. 71 ff mwN; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 25; Rudolph, DRiZ 1987, 337, S. 345 ff, insbesondere S. 347.

1538 BVerfG, v. 30.08.1983 – 2 BvR 1334/82; Gerdes, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 44f mwN; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 34 ff; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 7; Göbel, NJW 1985, 1057, S. 1058 mwN.

1539 BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 –BVerfGE 21, 139–148; BGH, v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99; BVerfGE 21, 139 (146); BGHSt 45, 353; Scheuten/Hannich, Karlsruher Kommentar, StPO, § 24, Rn. 3.

1540 VGH Kassel, v. 18.10.1984 – 2 TE 2437/84; Gerdes, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 78 ff mwN; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 31 ff; vgl. Käßner, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 20 ff; Klein/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 19, Rn. 4; unklar BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223; kritisch Hager, NJW 1988, 1694, S. 1696; Hager, ZBR 1990, 311, S. 317 mwN, Fn. 102; sehr deutlich

Es dürfte der heute überwiegenden Ansicht entsprechen, dass beide Rechtsbereiche jedenfalls mittelbar dem Schutz der richterlichen Unparteilichkeit dienen, und deshalb inhaltlich miteinander verknüpft sind. Auch aufgrund des bereits angesprochenen Auslegungsproblems wird bei der Auslegung der beiden Generalklauseln daher auf die jeweils andere Jurisdiktion Rücksicht genommen. Insbesondere können Verbote aus dem Nebentätigkeitsrecht ebenso wie gesetzliche Ausschlussgründe nach § 41 ZPO¹⁵⁴¹ bei der Auslegung des jeweils anderen Rechtsregimes vergleichend herangezogen werden.¹⁵⁴²

Dennoch darf nicht übersehen werden, dass die Schutzrichtungen und Tatbestände keinesfalls deckungsgleich sind. So können insbesondere dienstrechtlich unproblematische Fälle im konkreten Einzelfall aufgrund des besonderen Bezugs zum Streitgegenstand zur berechtigten Ablehnung des betroffenen Richters führen. Fehlt andererseits ein konkreter Fallbezug, können auch solche Umstände nicht zur Ablehnung des Richters führen, die im Rahmen des § 39 DRiG als Verletzung der richterlichen Unparteilichkeit zu bewerten sind.¹⁵⁴³ Trotz der wohl weitestgehend anerkannten Wechselwirkung bleibt im Einzelnen Vieles umstritten. Dies gilt es zu berücksichtigen, soll – wie hier – aus den Entscheidungen des Gesetzgebers und der fachgerichtlichen Rechtsprechung auf den verfassungsrechtlichen Unparteilichkeitsmaßstab geschlossen werden.

- Einfachgesetzlicher Unparteilichkeitsmaßstab -

Ablehnungs- und Dienstrechtfertigung liegt ein einheitliches, objektives Verständnis von richterlicher Unparteilichkeit zugrunde.

Dies ist für das Dienstrechtfertigung soweit ersichtlich unbestritten.¹⁵⁴⁴ Als Norm des öffentlichen Dienstrechts schützt § 39 DRiG das *Vertrauen der Allgemeinheit*.

dagegen *Göbel*, NJW 1985, 1057, S. 1059; ausführlich *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 46 ff, 56 ff mwN.

1541 Vgl. § 18 BVerfGG, § 54 VwGO, §§ 22f StPO.

1542 Vgl. *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337, S. 340 Fn. 28f; zu Möglichkeiten und Grenzen solcher Auslegungsmittel vgl. *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 11ff mwN; dazu *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 38 ff; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 7; *Ignor*, ZIS 2012, 228, S. 232.

1543 *Göbel*, NJW 1985, 1057, S. 1058 mwN.

1544 Zu § 39 DRiG *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 45; *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 86 – 88 mwN; aA *Zapka*, RuP 1984, 149, S. 151f.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

meinheit und Öffentlichkeit in die richterliche Unparteilichkeit.¹⁵⁴⁵ Entscheidend ist die objektivierte, intersubjektiv vermittelbare Ansicht aller potentiell Rechtssuchenden.¹⁵⁴⁶

Eine Minderheit möchte dies für das Befangenheitsrecht nicht gelten lassen. Stattdessen müssten die konkreten Verhältnisse und Umstände des Antragstellers einbezogen werden. Schließlich komme es für den Rechtsfrieden und die Anerkennung des Richters als unparteilich gerade auf die subjektive Perspektive eines unmittelbar am Rechtsstreit beteiligten und damit emotional involvierten Rechtssuchenden an.¹⁵⁴⁷ Dem widersprechen Rechtsprechung und herrschende Meinung zurecht entschieden.¹⁵⁴⁸ Denn andernfalls droht das Ablehnungsrecht zum bloßen „Recht auf stetigen Richterwechsel“ zu verkommen.¹⁵⁴⁹ Auch das Recht der Gegenpartei auf den gesetzlich bestimmten Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verbiete es, den an sich zuständigen Richter ohne zureichend objektivierbaren Grund und damit durch ein zu freimüdig angewandtes Ablehnungsrechts von der Mitwirkung an der Entscheidung auszuschließen.¹⁵⁵⁰ Anzuwenden ist stattdessen ein verobjektivierter Betrachtungsmaßstab.¹⁵⁵¹ Es komme auf den Blick einer ruhig und vernünftig denkenden¹⁵⁵² oder auch an sich vernünftigen

1545 BVerfG, v. 30.08.1983 – 2 BvR 1334/82; *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 88; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 44.

1546 *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 87.

1547 Hierzu *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 29; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 35f mwN, darunter insbesondere Fn. 9, S. 40 – 42, 47–55; außerdem *Schneider*, Befangenheitsablehnung im Zivilprozeß, § 3, Rn. 15; *Conen/Tsambikakis/Knauer u. a.*, MüKO StPO, § 24, Rn. 18 mwN.

1548 Statt aller BVerfG, v. 11.08.2009 – 2 BvR 343/09, Rn. 11; BGH, v. 27.01.1955 – 3 StR 591/54; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 4; *Scheuten/Hannich*, Karlsruher Kommentar, StPO, § 24, Rn. 3a; besonders streng zu § 19 BVerfGG BVerfG, v. 25.01.1972 – 2 BvA 1/69 –BVerfGE 32, 288–295; BVerfG, v. 29.05.1973 – 2 BvQ 1/73-BVerfGE 35, 171; BVerfG, v. 07.12.1976 – 1 BvR 460/72 –BVerfGE 43, 126–130. dazu *Klein/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 19, Rn. 2.

1549 *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 31.

1550 BVerfG, v. 09.06.1971 – 2 BvR 225/69 –BVerfGE 31, 145–180; BGH, v. 13.03.1997 – 1 StR 793/96 –BGHSt 43, 16–22.

1551 Siehe *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 114; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 158 ff mwN; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 27 ff mwN.

1552 ArbG Frankfurt, v. 11.05.1982 – 12 Ca 31/82; *Vollkommer/Zöller*, ZPO, § 42, Rn. 9.

tigen¹⁵⁵³ beziehungsweise verständigen¹⁵⁵⁴ beziehungsweise besonnenen,¹⁵⁵⁵ im Ergebnis also idealen Partei an, die zu einer sachlichen und vernünftigen Wertung aller tatsächlichen Umstände¹⁵⁵⁶ und einer lebensnahen Beurteilung fähig ist.¹⁵⁵⁷ Nur im Falle insofern *vernünftiger Zweifel* an der inneren Unabhängigkeit des Richters stellen die gerügten Umstände einen Grund dar, der Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters und damit dessen Ablehnung rechtfertigen können.¹⁵⁵⁸

Die vorliegende Untersuchung geht mit der wohl herrschenden Ansicht von einem schon mit Blick auf die Normenhierarchie notwendigerweise einheitlichen, objektiven Unparteilichkeitsverständnis aus. Der vom Bundesverfassungsgericht eingeforderte *unbeteiligte Dritte* verlangt ein richterliches Verhalten, welches von der Allgemeinheit und damit aus Sicht eines objektivierten Betrachters¹⁵⁵⁹ akzeptiert wird und das Vertrauen in die richterliche Objektivität gewährt.¹⁵⁶⁰ Hierfür muss es daher auf die Sicht

1553 Vgl. BGH, v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 – BGHSt 21, 334–367; Scheuten/Hannich, Karlsruher Kommentar, StPO, § 24, Rn. 3.

1554 Dazu Zuck, DRiZ 1988 S. 174 f mwN.

1555 BGH, v. 09.11.2004 – 5 StR 380/04; BVerfG, v. 28.02.2012 – 2 BvE 8/11; Cieren/Graf, BeckOK StPO, § 24, Rn. 6.

1556 BVerfG, v. 02.12.1992 – 2 BvF 2/90; VGH München, v. 26.01.1984 – 8 C 83 A.3000; dazu *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 34; siehe auch *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 29 ff; siehe Sauer/Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 19, Rn. 3 mwN; Scheuten/Hannich, Karlsruher Kommentar, StPO, § 24, Rn. 3 mwN, darunter BGH, v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 – BGHSt 21, 334–367.

1557 BVerfG, v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96 – BVerfGE 102, 122–126.

1558 BVerfG, v. 02.12.1992 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 1–4, Rn. 13; BVerfG, v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96 – BVerfGE 102, 122–126, Rn. 8; BGH, v. 06.09.1968 – 4 StR 339/68, Rn. 15; BGH, v. 21.02.2011 – II ZB 2/10, Rn. 13 ff; unter Verweis auf den Wortlaut von z.B. § 42 Abs. 2 ZPO OLG Koblenz, v. 30.04.1999 – 3 U 543/98; siehe *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 24, 31 ff, *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 3f; zum unterschiedlichen Prüfungsmaßstab *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 4 ff, 42 ff; *Sticken*, § 139 ZPO und Unparteilichkeit, S. 12 mwN; *Heinrich/Musielak/Voit*, ZPO, § 42, Rn. 6; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 4; zu begrifflichen Unterschieden zwischen den Prozessordnungen Zuck, DRiZ 1988, S. 173 ff.

1559 *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 114; auch Conen/Tsambikakis/*Knauer u. a.*, MüKO StPO, § 24, Rn. 18–20 mwN; siehe auch zu § 39 DRiG *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 42 ff; vgl. *Seibert*, JZ 1960, 85, S. 85f.

1560 BVerfG, v. 18.06.2003 – 2 BvR 383/03 – BVerfGE 108, 122–129; Sauer/Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 19, Rn. 3.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

eines objektivierten Betrachters ankommen.¹⁵⁶¹ Es ist an dieser Stelle festzuhalten, dass das einfache Recht – aber auch das Grundgesetz – von einer grundsätzlich anzunehmenden und nur ausnahmsweise in Zweifel zu ziehenden Unparteilichkeit ausgehen. So hat das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf seine Richterinnen und Richter postuliert, man dürfe und müsse „grundsätzlich davon [ausgehen], daß sie jene innere Unabhängigkeit und Distanz zu den rechtssuchenden Parteien besitzen, die sie befähigen, in Unvoreingenommenheit und Objektivität auch in politisch heiß umstrittenen Verfahren zu entscheiden“¹⁵⁶². Diese Aussage hat Gültigkeit für alle Prozessordnungen, und findet sich daher auch in der Struktur des Befangenheitsrechts wieder.¹⁵⁶³ Die Umstände, die zur mit der Parteilichkeit womöglich verbundenen Befangenheit führen können, stellen eine begründungsbedürftige Ausnahme dar.¹⁵⁶⁴ Für das Nebentätigkeitsrecht und § 39 DRiG gilt nichts anderes – das Vertrauen der Öffentlichkeit in die richterliche Unparteilichkeit wird auch hier nicht erst durch die Handlungen des einzelnen Richters errungen, sondern nur davor geschützt, durch Verhaltensweisen des Richters in Zweifel gezogen zu werden.¹⁵⁶⁵

Die Pflicht des Richters zur Unparteilichkeit erhält daher in seiner einfachgesetzlichen Ausgestaltung noch deutlicher den Charakter einer Be-

-
- 1561 Ohnehin böte eine subjektiv geprägte *Befangenheitsbesorgnis* kaum eine taugliche Grundlage zur Entwicklung abstrakt-genereller Maßstäbe; vgl. *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 156, 159 ff; *Conen/Tsambikakis/Knauer u. a.*, MüKO StPO, § 24, Rn. 20.
- 1562 BVerfG, v. 29.05.1973 – 2 BvQ 1/73-BVerfGE 35, 171, unter Verweis auf *Sarstedt*, JZ 1966, 314; außerdem BVerfG, v. 25.01.1972 – 2 BvA 1/69 –BVerfGE 32, 288–295; BVerfG, v. 29.05.1973 – 2 BvQ 1/73-BVerfGE 35, 171; BVerfG, v. 07.12.1976 – 1 BvR 460/72 –BVerfGE 43, 126–130; *Käfner*, in: *Scheffczyk/Wolter*, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 3, 6, 18f.
- 1563 RG, v. 08.12.1930 – II 827/30 –RGSt 65, 40–43; BGH, v. 18.12.1968 – 2 StR 322/68 – BGHSt 22, 289; kritisch *Gerdts*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 37f; vgl. zur Notwendigkeit staatlicher Voraussetzungen insbesondere *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, S. 92 und S. 112; mit Blick auf Art.6 EMRK außerdem *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 44 mwN; *Hüßtege/Thomas/Putzo*, ZPO, § 42, Rn. 9; *Hanack*, JZ 1971, 89, S. 91.
- 1564 BVerfG, v. 09.06.1971 – 2 BvR 225/69 –BVerfGE 31, 145–180; BVerfG, v. 08.06.1993 – 1 BvR 878/90 –BVerfGE 89, 28–38; BGH, v. 13.03.1997 – 1 StR 793/96 –BGHSt 43, 16–22; *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 89f; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 6; *Scheuten/Hannich*, Karlsruher Kommentar, StPO, § 24, Rn. 3a; *Cirener/Graf*, BeckOK StPO, § 24, Rn. 5.
- 1565 *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 4; *Schmidt-Räntsche*, DRiG, § 39, Rn. 2, 6 ff mwN; vgl. *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 85 ff, 91 ff; vgl. BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17 –BVerfGE 153, 1–72, Rn. 91 ff.

wahrungspflicht. Der Richter ist im Rahmen des § 39 DRiG mitnichten zur Förderung der Akzeptanz und Anerkennung der eigenen Unparteilichkeit angehalten.¹⁵⁶⁶ Stattdessen formulieren die einfachgesetzlichen Genauklauseln – aber auch die Verfassungsnormen – allein die *Pflicht, den vernünftigen Zweifel an seiner richterlichen Unparteilichkeit und damit den bösen Schein der Parteilichkeit zu vermeiden*.¹⁵⁶⁷ Die innere Unabhängigkeit aus Art. 97 GG – dies tritt hier deutlich zu Tage – meint insofern einen ohne Weiteres als vorhanden unterstellten *inneren Zustand des Richters, der allenfalls aufgrund konkreter, nach außen tretender Umstände vernünftigerweise in Zweifel gezogen werden kann*.¹⁵⁶⁸ Damit ist der Gehalt der verfassungsrechtlichen Unparteilichkeit jedoch vor allem negativ durch diejenigen Umstände definiert, die einen *vernünftigen Zweifel* an der inneren Unabhängigkeit rechtfertigen.

- Fallgruppen statt Maßstabsbildung -

Mit den vorstehenden Ausführungen wurde das Problem der Maßstabsbildung auf die Frage nach *vernünftigen Zweifeln* einer wie auch immer *verobjektivierten Allgemeinheit* verschoben, nicht aber die Frage nach der Maßstabsbildung beantwortet.¹⁵⁶⁹

Die dargestellten bisherigen Objektivierungsversuche bieten keinen greifbaren Anhaltspunkt dafür um festzustellen, unter welchen Umständen *Zweifel* an der Unparteilichkeit etwa aufgrund des fachlichen, institutionellen oder persönlich-ideologischen Vorverständnisses des Richters, oder aufgrund einer bestimmten Handlung oder Äußerung während oder am Rande des Verfahrens, oder aber aufgrund wie auch immer gestalteter persönlicher Vernetzungen zu einer der Prozessparteien vernünftigerweise

1566 Zur hier ansetzenden richterlichen Ethik *Titz*, DRiZ 2009, 34; *Titz*, DRiZ 2013, 200; siehe außerdem *Schleswiger Ethikrunde*, Säulen richterlichen Handelns – Gedanken zu einer Ethik richterlichen Verhaltens.

1567 Vgl. Wassermann/*Denninger*, AK-GG, Art. 97, Rn. 81; vgl. *Roth*, NJW 2016, 1022,

1568 BGH, v. 23.01.1991 – 3 StR 365/90 –BGHSt 37, 298–305; vgl. *Classen/von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 7, 32; *Meyer/Münch/Kunig*, GG, Art. 97, Rn. 1; *Cirener/Graf*, BeckOK StPO, § 24, Rn. 5; vgl. *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 43; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 22f; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 9 ff; S. 86; außerdem *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 75; auch *Heussen*, NJW 2015, 1927.

1569 Vgl. *Sticken*, § 139 ZPO und Unparteilichkeit, S. 11–13 mwN; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 20, 22.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

angenommen werden dürfen.¹⁵⁷⁰ Denn auch die neu eingeführten Oberbegriffe zu definieren ist der Rechtsprechung bislang nicht gelungen.

Stattdessen wird das einfachgesetzliche Unparteilichkeitsrecht von einem unübersichtlichen, weit verzweigten und kaum abstrahierbaren Einzelfallrecht dominiert,¹⁵⁷¹ dem man nach allgemeiner Auffassung nur noch anhand von Fallgruppen versuchen kann Herr zu werden.¹⁵⁷²

Soll das Spannungsfeld von richterlicher Unparteilichkeit und allgemeiner Lobbyingfreiheit praxisnah ausgeleuchtet und letztlich interessenge recht aufgelöst werden, wird es auch der vorliegenden Arbeit nicht möglich sein, auf von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Fallgruppen und die hierzu ergangene fachgerichtliche Rechtsprechung zu verzichten.¹⁵⁷³ Dabei werden etwa Parteilichkeitsgründe aufgrund einer besonderen Beziehung zu entweder den Prozessbeteiligten oder dem konkreten Streitgegenstand einerseits¹⁵⁷⁴ und andererseits aufgrund des Verhaltens des Richters außerhalb oder innerhalb des Dienstes unterscheiden.¹⁵⁷⁵

Differenziert man anhand der bislang von Rechtsprechung und Literatur diskutierten Fälle, kategorisiert man im Rahmen der besonderen Beziehung zum Streitgegenstand sinnvollerweise zwischen der konkreten Vorbefassung mit dem individuellen Streitgegenstand und Verfahren einerseits und der abstrakten Vorbefassung mit dem abstrahierten Rechtsproblem des Streitfalls andererseits.¹⁵⁷⁶ Außerdem erscheint zweckmäßig, beim außerprozessualen Verhalten nach den typischen Verhaltensweisen zu unterscheiden, also die in welcher Form auch immer vorgenommene Äußerung von Rechtsauffassungen einerseits und eher politischen oder all-

1570 Zuck, DRiZ 1988, 172, S. 175 mwN, 179; *Ignor*, ZIS 2012, 228, S. 232; siehe auch *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 20f, der von Fallrecht spricht.

1571 *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 3 spricht von einem „Dschungel“; ähnlich *Vossler/Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 4; *Conen/Tsambikakis/Knauer u. a.*, MüKO StPO, § 24, Rn. 23 mwN; siehe auch Zuck, DRiZ 1988, 172, S. 179; *Ignor*, ZIS 2012, 228.

1572 *Hanack*, in: *Schwinge*, Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag, S. 127, S. 136 ff; *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 130 ff; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 32 ff; schon Resignation feststellend Zuck, DRiZ 1988, 172, S. 175; auch *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 142.

1573 Siehe dazu E.II.2.3.2.

1574 Siehe *Sticken*, § 139 ZPO und Unparteilichkeit, S. 81 ff.

1575 Vgl. zu dieser Unterscheidung bspw. *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 8 ff.

1576 Vgl. *Meissner/Schenk/Schoch/Schneider*, VwGO, § 54, Rn. 37 ff; *Scheuten/Hannich*, Karlsruher Kommentar, StPO § 24, Rn. 8 ff; *Heinrich/Musielak/Voit*, ZPO, § 42, Rn. 14 ff; *Ignor*, ZIS 2012, 228, S. 232f.

gemeinen Meinungen oder Weltanschauungen andererseits.¹⁵⁷⁷ Auch eine Fallgruppe, die Einflussnahmever suchen Dritter zusammenfasst, wird teilweise vorgeschlagen.¹⁵⁷⁸

Fasst man jedoch die bisher angestellten Überlegungen nochmals kurz zusammen, so muss der Versuch, den verfassungsrechtlichen Unparteilichkeitsbegriff präziser zu beschreiben, als missglückt angesehen werden. Denn trotz einiger Annäherungen an den Charakter der Unparteilichkeit konnte kein solcher Maßstab zur Bewertung der vorgefundenen Lobbyingversuche gegenüber der Richterschaft gebildet werden, anhand dessen die rechtliche Bewertung eines problematischen Sachverhalts vorhersehbar werden würde.

II.2.2.2.3.4) : Unmöglichkeit einer verfassungsrechtlichen Maßstabsbildung?

Nicht erst der Blick ins einfache Recht hat verdeutlicht, dass dem Unparteilichkeitsbegriff ein positiver Gehalt bislang kaum zu entnehmen ist. Statt dessen nähern sich Rechtsprechung und Literatur „negativ“, und kreisen die Unparteilichkeitsgarantie mithilfe von Verhaltensweisen der Richterinnen und Richter ein, die bislang als aus objektiver Sicht unvereinbar angesehen wurden. Diese Herangehensweise wird gestützt durch die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grundannahme, staatliche Richter hätten aus Sicht eines vernünftigen Rechtssuchenden zunächst einmal ohnehin als unparteilich zu gelten. Befangenheit wie auch Parteilichkeit stellen eine begründungsbedürftige Ausnahme dar. Wann nun aber ausnahmsweise *vernünftige Zweifel* an dieser Unparteilichkeit bestehen können, wann das *Vertrauen der Allgemeinheit* gefährdet ist, bleibt letztlich offen.

Die komplexen Spannungsverhältnisse entgegengesetzter gleichrangiger Verfassungsbestimmungen bieten den Fachgerichten keinen klaren Rah-

1577 *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 39 ff; *Heinrich/Musielak/Voit*, ZPO, § 42, Rn. 17; *Meissner/Schenk/Schoch/Schneider*, VwGO, § 54, Rn. 46; *Scheuten/Hannich*, Karlsruher Kommentar, StPO, § 24, Rn. 12 ff; *Ignor*, ZIS 2012, 228, S. 235 ff.

1578 Fallgruppen nach *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 39 ff; *Scheuten/Hannich*, Karlsruher Kommentar, § 24, Rn. 12 ff; *Conen/Tsambikakis/Knauer u. a.*, MüKO StPO, § 24, Rn. 24f; *Faller*, in: *Faller/Zeidler/Maunz u.a.*, Festschrift Hans Joachim Faller, S. 83; präzise *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337, S. 340; dazu auch BVerfG, v. 20.03.1956 – 1 BvR 479/55 – BVerfGE 4, 412–424; BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

men. Sieht man von einem durch den Gesetzgeber in § 41 ZPO und §§ 40f DRIG festgehaltenen absoluten Kern ab, befindet sich die richterliche Unparteilichkeit an all seinen Rändern und Enden in steter und unklarer Abwägung zum Rest des Grundgesetzes. Genau diese Abwägung steht hinter dem *vernünftigen Zweifel*: Dieser stellt ein weniger empirisches als vielmehr normatives Tatbestandsmerkmal dar, „*in dessen Auslegung die Gerichte vielfältige Bewertungen der richterlichen Tätigkeit im Allgemeinen und des im Ablehnungsgesuch glaubhaft gemachten konkreten richterlichen Verhaltens einfließen lassen*“¹⁵⁷⁹ müssen.

Die Rechtsprechung jedoch behandelt die *Vernunft* und das *Vertrauen der Allgemeinheit* in ihren Entscheidungsbegründungen oft als vermeintlich objektiv angelegtes und daher allgemein nachvollzogenes Maß. Wie weit aber reicht die Toleranz eines *vernünftigen* Rechtssuchenden und, so die Konsequenz der Rechtsprechung, auch des Grundgesetzes mit Blick auf das aus einer ganzen Fülle an Grundrechtsbetätigungen entstandene richterliche Vorverständnis einerseits, und der für eine autonome, machtvolle Justiz so notwendige unangezweifelte richterliche Unparteilichkeit und Neutralität andererseits?¹⁵⁸⁰ Dass man in den zahllosen fachgerichtlichen Entscheidungen kein Muster zu erkennen vermag, kann kaum zu überraschen, muss die Antwort auf diese Frage in einer pluralistischen und liberalen Gesellschaft doch stets uneinheitlich bleiben.¹⁵⁸¹ Faktisch verdeckt die Formulierung der Fachgerichte daher, dass es für die Bewertung der Parteilichkeit notwendigerweise auf das subjektive Vorverständnis und damit auf die Ansichten, Meinungen und Wertungsmaßstäbe der Richterschaft selbst ankommt.¹⁵⁸²

Was aber aus Sicht der Richterschaft keine Gefahr der Beeinflussung für den im jeweiligen Einzelfall berufenen Richter darstellen mag, kann Außenstehenden sehr wohl – womöglich sogar für eine gesellschaftliche

1579 *Ignor*, ZIS 2012, 228, S. 232

1580 Vgl. *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 20.

1581 Vgl. *Zapka*, RuP 1984, 149, S. 151f; *Strecker*, ZRP 1984, 122, S. 127; *Rasehorn*, KJ 1986, 76, S. 83; *Rottmann*, DRiZ 1987, 317, S. 320f; *Blunck*, DRiZ 1988, 95, S. 95; zu allem auch *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 87f; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 44.

1582 *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 28f; *Schneider*, Befangenheitsablehnung im Zivilprozeß, § 3, Rn. 14f; siehe auch *Conen/Tsambikakis/Knauer u. a.*, MüKO StPO, § 24, Rn. 18.

Mehrheit nachvollziehbar – Anlass zu Zweifeln geben.¹⁵⁸³ Letztlich besteht daher die Gefahr des Selbstschutz im Gewande vermeintlich objektiver Rechtsanwendung.¹⁵⁸⁴ Es droht ein so eng ausgelegtes Befangenheitsrecht und Dienstrecht wie es der verpflichteten Richterschaft selbst gerade noch genehm ist.¹⁵⁸⁵

II.2.2.3.5) Vorschlag: Einfachgesetzliche Rechtmäßigkeit und faktische Üblichkeit als Kriterien des objektiv vernünftigen Zweifels

Für die vorliegende Arbeit bedeutet dieses ernüchternde Fazit, dass im Rahmen der noch ausstehenden Subsumtion festgestellter Lobbyingversuche unter den verfassungsrechtlichen Unparteilichkeitsbegriff weniger auf einen verallgemeinerbaren Maßstab als auf Einzelentscheidungen zurückgegriffen werden muss. Die vorgenommene dogmatische Annäherung hat allenfalls ein vertieftes Verständnis für mögliche Argumentationsmuster, nicht aber zu eindeutigen rechtlichen Bewertungen geführt. Damit droht dann ein praxisfernes und daher unsicheres Subsumtions- und Abwägungsergebnis, wenn die festgestellten Sachverhalte sich nicht einer bereits etablierten Fallgruppen zuordnen lassen, oder womöglich die Anwendung unterschiedlicher Fallgruppen zu widersprüchlichen Bewertungen führen könnten. Eine praxistaugliche, weil auf den Leitlinien der Rechtsprechungspraxis fußende Anwendung des Unparteilichkeitsbegriffs im Kontext von Lobbying und Public Affairs Management scheint vor diesem Hintergrund nur schwer erreichbar zu sein. Insbesondere ist nicht gewährleistet, anhand dieses vagen Bewertungsmaßstabs zwischen unproblematischen Lobbyingsachverhalten und solchen, die aus Sicht der Rechtsprechung eher zu einer Annahme der Parteilichkeit führen werden verlässlich zu unterscheiden. Damit droht jedoch der eigentliche Zweck der Betrachtung verfehlt zu werden.

Es ist daher für die Zwecke dieser Arbeit geboten, sich noch einmal das Verständnis der Rechtsprechung von Unparteilichkeit und Befangenheit vor Augen zu führen, um möglicherweise doch allgemeine Leitlini-

1583 BayObLG, v. 15.06.1988 – BReg 1 a Z 37/88; siehe z.B. Heinrich/Musielak/Voit, ZPO, § 42, Rn. 15f.

1584 *Overhoff*, Ausschluß und Ablehnung des Richters, S. 42 ff, 46; *Horn*, Der befangene Richter, S. 13; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 159 mwN; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 28; siehe auch Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 18.

1585 Vgl. *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 38; *Wassermann*, NJW 1963, 429, S. 430; *Ignor*, ZIS 2012, 228, S. 232.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

en und Entscheidungstendenzen bei der Beantwortung der bereits verfassungsrechtlich vorgegebenen Frage zu entdecken: Stellt die Missbilligung eines richterlichen Verhaltens zum Wohle der richterlichen Unparteilichkeit angesichts des konkret gerügten Verhalten faktisch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte des Richters, seine richterliche Unabhängigkeit, oder eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung anderer entgegenstehender Verfassungsgüter dar?

Von nicht zu vernachlässigender Bedeutung dürfte die richterliche Perspektive auf die eigene Ablehnung und Unparteilichkeit sein.¹⁵⁸⁶ Zwar dient das Befangenheitsrecht anders als das Dienstaufsichtsrecht, §§ 26 ff, 39 ff DRiG,¹⁵⁸⁷ an sich nicht der Sanktionierung oder Lenkung richterlichen Verhaltens, sondern der einzelfallbezogenen Durchsetzung der richterlichen Unparteilichkeit.¹⁵⁸⁸ Dennoch gilt eine erfolgreiche Ablehnung und damit der festgestellte Zustand einer zu besorgenden Befangenheit in der Richterschaft als berufsethischer Makel, den es schon aus persönlichem Antrieb zu vermeiden gilt.¹⁵⁸⁹ Dieser Umstand hat bereits verschiedentlich Auswirkungen auf die Diskussionen zu richterlicher Ethik¹⁵⁹⁰ und richterlichen Verhaltenskodizes gehabt¹⁵⁹¹ – denn an ein bestimmtes richterliches Verhalten die ethische oder sonstige Zweifel anzuheften bedeutet, dieses Verhalten für die Richterschaft rechtfertigungsbedürftig zu machen, und die Richterinnen und Richter damit in ihren dienstlichen wie außerdienstlichen Handlungen faktisch zu beschränken.¹⁵⁹²

Es liegt nahe, dass man auch das äußerst restriktiv angewandte Ablehnungs- und Dienstaufsichtsrecht in diesem Zusammenhang zu verstehen

1586 Treffend *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337, S. 388; ausführlich *Schneider*, NJW 1996, 2285.

1587 *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 6; vgl. *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 45f.

1588 Vgl. *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 42 ff; Heinrichs/Musielak/Voit, ZPO, § 42, Rn. 1; Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 46, Rn. 1; Strecker, ZRP 1984, 122, S. 126; *Göbel*, NJW 1985, 1057, S. 1059.

1589 Siehe *Taubner*, Der befangene Zivilrichter S. 10; auch *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 40 mwN; *Lamprecht*, DRiZ 1988, 161, S. 164.

1590 Vgl. *Heussen*, NJW 2015, 1927; *Titz*, DRiZ 2013, 200; *Titz*, DRiZ 2009, 32; *Burghardt*, DRiZ 2009, 102.

1591 Siehe insbesondere *Lamprecht*, NJW 2017, 1156; auch *Schleswiger Ethikrunde*, Säulen richterlichen Handelns – Gedanken zu einer Ethik richterlichen Verhaltens.

1592 Vgl. *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 38; *Ignor*, ZIS 2012, 228, S. 232.

hat.¹⁵⁹³ Vor dem Bundesverfassungsgericht formulierte schließlich schon das Reichsgericht, dass eine verständige Partei davon ausgehen kann und muss, „*dass ein Richter sich von Befangenheit frei hält und sich nicht [...] in seiner Entscheidung beeinflussen lässt*“¹⁵⁹⁴ und Befangenheits-ablehnungen daher in der Regel keinen Erfolg haben werden – ein nicht bloß normativer, sondern auch empirischer Befund.¹⁵⁹⁵

In Anlehnung an diese allgemein anerkannte Realität sei für die Zwecke dieser Arbeit daher folgende These aufgestellt, um die Entscheidungen der Rechtsprechung zur richterlichen Unparteilichkeit greifbarer zu machen: Handelt es sich bei den gerügten Umständen nicht um solche Äußerungen, Verhaltensweisen oder Verbindungen, die entweder bereits vom Dienst-, Nebentätigkeits-, Ausschluss- oder sonstigen Prozessrecht als *rechtlich problematisch* angesehen werden, oder aber um solche, die sich bei der allgemeinen Richterschaft regelmäßig beobachten lassen und daher aus Sicht einer mit dem richterlichen Alltag vertrauten Person als *üblich* angesehen würden, so stellen diese keine Gefahr für das *Vertrauen der Allgemeinheit* in die richterliche Unparteilichkeit dar, sodass ein mit diesen Umständen begründeter *Zweifel* an der richterlichen Unparteilichkeit als ungerechtfertigt und daher *unvernünftig* anzusehen ist. Prägnanter: Ein Richter, der nichts *Verbotenes* oder für seinen Stand und seine Position *Unübliches* tut, ist unparteilich.

Es ist offensichtlich, dass diese These auf Widerstand zu stoßen hat. So weit an rechtliche Verbote angeknüpft wird, mögen zumindest im Rahmen des Befangenheitsrechts dogmatische Einwände an der unzulässigen Perspektive aufkommen.¹⁵⁹⁶ Noch problematischer ist der hier vorgeschlagene Verweis in die von normativen Anforderungen losgelöste Empirie: Ohne gesetzliche Grundlage auf die Praxis eines Staatsorgans abzustellen, um dessen Handeln und Entscheiden zu rechtfertigen, nähert die Argumentati-

1593 Aus anwaltlicher Sicht prägnant Schneider, Befangenheitsablehnung im Zivilprozeß, S. 1ff, S. 10 ff; siehe auch Schneider, NJW 1996, 2285; Schneider, NJW 1997, 1832, *Ignor*, ZIS 2012, 228, S. 232; außerdem Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 158 ff; Gerdes, Befangenheit wegen Meinungsausßerungen, S. 33 ff; . Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 2, 39 ff; Kimmel/Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 54, Rn. 26 mwN; Wassermann, NJW 1963, 429, S. 430; Lamprecht, NJW 1993, 2222.

1594 RG, v. 08.12.1930 – II 827/30 -RGSt 65, 40.

1595 Vgl. Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 159 ff; Bendtsen/Saenger, ZPO, § 42, Rn. 7 mwN; Tsambikakis/Müller/Schlothauer/Knauer, MAH Strafverteidigung, § 2 Das Mandatsverhältnis – Vom Umgang mit dem Mandanten und der Justiz, Rn. 110ff; abwägender Ghassemi-Tabar/Nober, NJW 2013, 3686.

1596 Stellvertretend Schneider, NJW 1997, 1832.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

on in erkennbar bedenklicher Weise willkürlichem Staatshandelns an.¹⁵⁹⁷ Auch ist kaum ersichtlich, wie angesichts der komplexen verfassungsrechtlichen Spannungsfelder die *Üblichkeit* einer Handlung relevanten und vor allem legitimen Einfluss auf die angemessene Verwirklichung bedeutsamer Verfassungsgüter haben kann. Die These genügt auch nicht dem Bestimmtheitsgebot oder den gängigen Auslegungsmaximen, und tritt damit zusätzlich noch in Konflikt mit der in Art. 97 Abs. 1 GG festgeschriebenen Gesetzesbindung der Richterschaft und dem nicht zuletzt in Art. 20 Abs. GG niedergelegten Demokratieprinzip.

Kurzum: Die vorgestellte Überlegung vermag verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen grundgesetzlichen Bewertungsmaßstab nicht zu genügen. Das braucht sie aber auch nicht. Sie soll und darf nicht als Vorschlag zur Maßstabsbildung im Rahmen der richterlichen Unparteilichkeit verstanden werden, sondern will nachvollziehbar machen, welche Überlegungen schon jetzt mal deutlicher und mal unterbewusst zum Tragen kommen, wenn die Rechtsprechung dazu angehalten ist, das oben aufgezeigte interpretatorische Dilemma aufzulösen. Tatsächlich finden immer wieder Argumentationsmuster, die darauf schließen lassen, dass *Rechtmäßigkeit* und *Üblichkeit* scheinbar als valide Kriterien zur Bestimmung eines *vernünftigen, verallgemeinerungsbaren Unparteilichkeitsbegriffs* angesehen werden.¹⁵⁹⁸

So etwa für die *Rechtmäßigkeit*, wenn die Positionierung des Richters zu einer Rechtsfrage während des Verfahrens – beispielsweise in einem Rechtsgespräch – nicht zur Befangenheit des Richters führen soll, weil der Richter von Gesetzes wegen zum Halten eben dieses Rechtsgesprächs gehalten ist.¹⁵⁹⁹ Auch eine vom Richter zulasten einer Partei eingenommene und von der herrschenden Meinung abweichende Rechtsauffassung soll

1597 Siehe das anonyme *Echo*, ZRP 1983, 55; auch *Wipfelder*, ZRP 1982, 121, S.123.

1598 Siehe BVerfG, v. 05.04.1990 – 2 BvR 413/88 –BVerfGE 82, 30; BVerfG, v. 02.12.1992 – 1 BvR 1213/85 –BVerfGE 88, 1-4; BAG, v. 29.10.1992 – 5 AZR 377/92; BGH, v. 12.11.2002 – X ZR 176/01; KG Berlin, v. 11.06.1999 – 28 W 3063/99; OLG Köln, v. 27.09.2005 – 23 WLW 9/05; vgl. *Stickeln*, § 139 ZPO und Unparteilichkeit, S. 12, 92 mwN; *Heinrichs/Musielak/Voit*, ZPO, § 42, Rn. 14; *Sauer/Walter/Grünewald*, BeckOK BVerfGG, § 19, Rn. 5 mwN; *Vossler/Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 13f, 16f; kritisch bspw. *Schneider*, Befangenheitsablehnung im Zivilprozeß, *passim*; *Schneider*, DRiZ 1978, 42, S. 43 mwN; *Hase*, Kritische Justiz 1984, 142, S. 153; *Hümmerich*, AnwBl 1994, 257; *Schneider*, NJW 1997, 1832; *Leuze*, DÖD 2002, 133, S. 135f mwN.

1599 Vgl. zu BVerwG, v. 10.10.2017 – 9 A 16/16; *Stickeln*, § 139 ZPO und Unparteilichkeit, S. 36-38, 91 ff, 120 ff; *Kimmel/Posser/Wolff*, BeckOK VwGO, § 54, Rn. 29a; OLG

für sich genommen keinen Zweifel an der Unparteilichkeit rechtfertigen können, wenn der Richter in seiner Rechtsauffassung unabhängig sein und seine Vorverständnisse miteinbeziehen dürfen soll.¹⁶⁰⁰ Und auch die scharfe politische Äußerung eines Ministers führt nicht ohne Weiteres zur Befangenheit des späteren Bundesverfassungsrichters, wenn das Gesetz doch bewusst auch Richterinnen und Richter aus der Sphäre der Politik in seine Reihen einbeziehen möchte.¹⁶⁰¹

Ähnliches gilt auch für das Kriterium der *Üblichkeit*. Nach heute herrschender Ansicht soll die Äußerung einer Rechtsansicht in der Öffentlichkeit keinen Anlass dazu geben, an der Unparteilichkeit des Richters zu zweifeln.¹⁶⁰² Denn es ist beispielsweise bei „[...] [R]ichtern, insbesondere von Oberlandesgerichten, [...] nicht ungewöhnlich, dass sie sich bei allen möglichen Fortbildungsveranstaltungen zu aktuellen Rechtsfragen äußern.“¹⁶⁰³ Eine solche Teilnahme sei im Ergebnis unverzichtbar, sie diene „der Darstellung und Vermittlung der Rechtsprechung des BGH und dem Austausch von Meinungen, auch in Bezug auf sich in der Bankpraxis neu stellende Probleme und deren wirtschaftlichen Hintergrund.“¹⁶⁰⁴ Damit gehe aber „einher, dass die Teilnahme von Richtern an solchen Tagungen und Seminaren und ihre dortigen Meinungsbekundungen grundsätzlich nicht geeignet sind, ihre Befangenheit zu begründen“¹⁶⁰⁵ „Dies gilt auch dann, wenn wissenschaftliche Äußerungen über die bereits vorliegende Rechtsprechung hinausgehen [...].

Köln, v. 06.01.2000 – 14 WF 192/99; siehe auch *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 158.

1600 *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S.43f; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 167; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsausserungen, S. 56f, 60f, 76f; *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 26 mwN.

1601 Vgl. BVerfG, v. 15.09.1998 – 2 BvE 2/93 u. a Rn. 14 ff; siehe aber BVerfG, v. 12.10.1994 – 2 BvR 1851/94 –BVerfGE 91, 226; BVerfG, v. 16.02.1995 – 2 BvR 1852/94 –BVerfGE 92, 138–139; siehe *Klein/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 19, Rn. 5 mwN; *Sauer/Walter/Grünwald*, BeckOK BVerfGG, § 19, Rn. 5; zur Abwägung, ab wann Äußerungen von Verfassungsrichtern problematisch sind BVerfG, v. 29.05.1973 – 2 BvQ 1/73-BVerfGE 35, 171; BVerfG, v. 16.06.1973 – 2 BvF 1/73 –BVerfGE 35, 246–257; BVerfG, v. 12.07.1986 – 1 BvR 713/83 –BVerfGE 73, 330–339; *Sauer/Walter/Grünwald*, BeckOK BVerfGG, § 19, Rn. 6 mwN; insofern auch *Kliegel/Barczak*, BVerfGG, § 19, Rn. 36.

1602 *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 146; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 166; *Stemmler*, Befangenheit im Richteramt, S. 233; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsausserungen, S. 68; *Sarstedt*, JZ 1966, 314, S. 315; *Schumann*, JZ 1973, 454, S. 486; siehe auch § 18 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG.

1603 *Schnitzler*, NZFam 2016, 781.

1604 BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01.

1605 BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14, Rn 11f.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Auch das Verhältnis, in dem die Veranstalter der Seminare zur Bekl. stehen, rechtfertigt die Besorgnis der Befangenheit nicht. [...] Das Honorar, das die Veranstalter dem Richter [zahlen] [...], ist ein Entgelt für den Arbeits- und Zeitaufwand zur Vorbereitung und Durchführung der Seminare. Derartige Honorare sind allgemein üblich und werden aus den Einnahmen geleistet, die die Seminarveranstalter in Form der Teilnehmergebühr erzielen.“¹⁶⁰⁶ Demgegenüber entspricht die Äußerung einer rechtlichen oder rechtspolitischen Meinung in einer Tageszeitung nicht der vorherrschenden Richterpraxis, weshalb beispielsweise *Hill* hier eine andere Bewertung vornehmen möchte.¹⁶⁰⁷ Ähnliche Überlegungen könnten wohl auch neben dem Wunsch nach Erhalt des Standesansehens hinter der oft vorgebrachten Forderung stehen, außerdienstliche Äußerungen nicht polemisch zu formulieren.¹⁶⁰⁸

Auch wenn *Gesetzlichkeit* und *Üblichkeit* nicht in allen gerichtlichen Stellungnahmen zur richterlichen Unparteilichkeit ausdrücklich genannt werden, kann ihre Relevanz für die Bewertung eines Unparteilichkeits- sachverhalts letztlich auch nicht überraschen. Schließlich sind die *meisten* richterlichen Verhaltensweisen ihrer Natur nach *üblich*, dürften insofern *regelmäßig nicht gesetzwidrig* sein. Damit spiegeln die vorgeschlagenen Leitlinien auch die bestehende restriktive Rechtsprechungspraxis und damit das verfassungsrechtlich angelegte Verhältnis von Regel und Ausnahme wider.

Für die Gerichtspraxis haben die restriktive Rechtsprechungstendenz wie auch die vorgeschlagenen Leitlinien die angenehme, für den alltäglichen gerichtlichen Ablauf womöglich aber auch notwendige Folge, dass *typische* Verhaltensweisen der Richterinnen und Richter nicht ohne Weiteres zu mit einem erfolgreichen Ablehnungsverfahren verbundenen Verfahrensverzögerung und erhöhtem Arbeitsaufwand bei Kolleginnen und Kollegen führen.¹⁶⁰⁹ *Übliche* und *erlaubte* Verhaltensweisen als *vernünftigerweise unproblematisch* anzusehen führt daher zur Beschleunigung von Verfahrensabläufen, einer Effizienzmaximierung der Gerichtseinheit und einer erhöhten Planbarkeit der dem einzelnen Richter nach Geschäftsverteilungsplan zugewiesenen Aufgaben.¹⁶¹⁰ Neueinarbeitungen in alte Fälle von Kollegen werden auf *außergewöhnliche* Fälle reduziert – ein Ergebnis, das einerseits

1606 BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01; siehe auch BVerfG, v. 05.02.1997 – 1 BvR 2306/96 – BVerfGE 95, 189.

1607 Vgl. *Hill*, DRiZ 1986, 81, S. 86; zur Form als Kriterium der Abwägung auch *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 95 ff.

1608 *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 9, 12.

1609 Vgl. *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 13 mwN.

1610 *Strecker*, ZRP 1984, 122, S. 125.

der Regelvermutung zugunsten richterlicher Unparteilichkeit, aber eben auch dem oben ausgeführten Rechtsstaatsinteresse an effizienten Gerichtsverfahren entspricht.

Dass erlaubtes und sozialübliches Verhalten vernünftigerweise nicht zu Zweifeln an der inneren Unabhängigkeit führen können sollen, fügt sich wohl nicht zufällig in das weithin beschriebene richterliche Selbstverständnis ein.¹⁶¹¹ Wenn es aus Sicht der Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums zu den notwendigen Fähigkeiten einer Richterin gehört, sich von Überlegungen und voreiligen Bewertungen inhaltlich und intellektuell ebenso wieder lösen zu können wie von eigenen Aussagen und eigenem Verhalten,¹⁶¹² wieso sollten dann gerade solche Umstände und Verhaltensweisen zu einer Vorabfestlegung führen, die sozialüblich und deshalb wohl eingeübt sind? Gerade bei diesen sollten doch Ausbildung und Erziehung, Beruf und Amt die Richterschaft dazu befähigt, sich stets und überall der eigenen Subjektivität bewusst zu werden.¹⁶¹³ In der Rechtsprechung gerade auch des Bundesverfassungsgerichts¹⁶¹⁴ finden sich daher nicht wenige Entscheidungen zur Unparteilichkeit, die mit eben dieser intellektuellen Fähigkeit begründet werden.¹⁶¹⁵

Es muss im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen, ob die der Richterschaft unterstellten Überlegungen tatsächlich eine gesellschaftliche Mehrheit oder auch nur Teile des Schrifttums überzeugen können. Jedenfalls für die noch

1611 *Lamprecht*, DRiZ 1988, 161, S. 164; diff. *Hanack*, in: *Schwinge*, Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag, S. 127, S. 135f; kritischer *Hase*, Kritische Justiz 1984, 142, S. 152 ff mwN.

1612 Vgl. BVerfG, v. 26.01.1971 – 2 BvR 443/69-BverfGE 30, 149; BVerfG, v. 21.06.1988 – 2 BvR 602/83 –BVerfGE 78, 331–344; BVerfG, v. 05.04.1990 – 2 BvR 413/88 –BVerfGE 82, 30; BSG, v. 21.01.1969 – 6 RKA 27/67; *Kimmel/Posser/Wolff*, BeckOK VwGO, § 54, Rn. 28; *Meissner/Schenk/Schoch/Schneider*, VwGO, § 54, Rn. 40; differenzierend *Hanack*, in: *Schwinge*, Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag, S. 127, S. 127f, 135f; deutlicher *Benda*, DRiZ 1975, 166, S. 168f.

1613 *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 21 mwN; *Schneider*, DRiZ 1978, 42, S. 42f; kritisch *Lamprecht*, NJW 1993, 2222, S. 2223.

1614 Siehe BVerfG, v. 02.12.1992 – 2 BvF 2/90; BVerfG, v. 15.09.1998 – 2 BvE 2/93 u. a.; BVerfG, v. 17.01.2017 – 2 BvB 1/13 –BVerfGE 144, 20–369; *Käßner*, in: *Scheffczyk/Wolter*, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 3, 22; *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337, S. 342; *Lamprecht*, NJW 1993, 2222, S. 2223.

1615 Siehe BGH, v. 21.02.2011 – II ZB 2/10, Rn. 16; OLG Oldenburg, v. 26.01.2015 – 10 W 21/14, Rn. 11 mwN; OLG Hamm, v. 21.08.2013 – I-32 W 11/13, Rn. 17; OVG Sachsen-Anhalt, v. 21.07.2009 – 1 M 52/09, Rn. 34; OVG Berlin-Brandenburg, v. 22.11.2007 – OVG 3 N 131.07, Rn. 7; VG Würzburg, v. 16.07.2012 – W 5 K 11.916, Rn. 11.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

ausstehende Subsumtion lobbyingrelevanter Sachverhalte unter die aufgestellten Fallgruppen zur richterlichen Unparteilichkeit¹⁶¹⁶ soll im Zweifelsfall und zur Überprüfung des Ergebnisses auf die vermeintlichen Kriterien *allgemein anerkannter, vernünftiger Zweifel*, mithin auf die *Rechtmäßigkeit* und *Üblichkeit* der angemahnten Verhaltensweisen zurückgegriffen werden. Selbst wenn nicht alle Fallgruppen und Entscheidungen mit diesen Kriterien nachvollziehbar gemacht werden können, so mögen sie doch zumindest einen Halt in der undurchsichtigen Kasuistik geben.¹⁶¹⁷

II.2.2.4) Innere Unabhängigkeit: Rechtsfolgen

Begründet ein Verhalten oder eine persönliche Beziehung des Richters zum Streitgegenstand oder zu den Prozessparteien nach der soeben dargestellten komplexen Gesamtabwägung *vernünftigerweise* den *bösen Schein richterlicher Parteilichkeit*, so liegt ein objektiv-verfassungswidriger Zustand vor. Wie schon im Rahmen der *äußereren Unabhängigkeit* ist es eine gesamtstaatliche Aufgabe, einen solchen Verstoß zu vermeiden und zu beheben.¹⁶¹⁸

Die Pflicht, die eigene Parteilichkeit zu vermeiden, erlegt Art. 97 GG primär der Richterschaft auf.¹⁶¹⁹ Ähnlich wie sie wegen Art. 20 Abs. 3 GG dazu verpflichtet sind, Verletzungen ihrer *äußereren Unabhängigkeit* zu widerstehen, wird verlangt, dass Richterinnen und Richter durch das eigene inner- und außerprozessuale Verhalten sowie durch ihre Persönlichkeit die Voraussetzungen dafür aufrechterhalten,¹⁶²⁰ dass der eigene Richterspruch überhaupt erst judikative Machtausübung darstellen kann.¹⁶²¹ Dies umfasst neben dem Gebot allgemeiner Mäßigung und der Unterlassung einzelner Verhaltensweisen insbesondere auch die Selbstanzeige für den Fall, dass

1616 Siehe E.II.2.2.3.3.

1617 Siehe E.II.2.3.2.

1618 Siehe E.II.2.2.1.

1619 Vgl. bei Geiger, DRiZ 1979, 65, S. 66; Gilles, DRiZ 1983, 41, S. 44; Rudolph, DRiZ 1984, 135, S. 141; Wipfelder, DRiZ 1987, 117, S. 119f; Pfeiffer, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 71f; siehe eindrücklich BGH, v. 09.08.2006 – 1 StR 50/06, Rn. 17-60.

1620 Geiger, DRiZ 1979, 65, S.66f; hinsichtlich der Unabhängigkeit als Machtbasis Paehler, DRiZ 1988, 373. S.374; Mahrenholz, DRiZ 1991, 432, S. 433; Pfeiffer, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 69.

1621 Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S.13-16 spricht von einer Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes.

der Richter aufgrund besonderer Umstände aufgrund eines bestimmten Verhaltens oder Umstands seine Befangenheit besorgt.¹⁶²²

Verstößt ein Richter gegen seine verfassungsrechtliche und einfache gesetzliche Pflicht zur Unparteilichkeitswahrung, ist er zunächst selbst dazu verpflichtet, diesen Verstoß rückgängig zu machen. Im Sinne effektiver gegenseitiger Kontrolle der Staatsgewalten bestehen für den Fall einer Verletzung der *inneren Unabhängigkeit* eines Richters auch die bereits mehrfach geschilderten Reaktions- und Handlungsregime: Einerseits das verfahrensunabhängige, dienstrechtliche Sanktionieren von Verstößen einschließlich des Drängens, der Richter möge die jeweils gerügte Handlung in Zukunft unterlassen und sich von etwaigen Verbindungen lösen. Und andererseits die im Rahmen der Judikative verbleibende, einzelfallbezogene Richterab- lehnung aufgrund konkret verfahrensbezogener Befangenheitsumstände. Insofern schuldet der Richter die *Unparteilichkeit* sowohl sich selbst,¹⁶²³ den Parteien,¹⁶²⁴ sowie auch dem Dienstherrn, § 39 DRiG.¹⁶²⁵

Der Exekutive kommt in Gestalt der Dienstaufsicht die Aufgabe zu, die Einhaltung dieser richterlichen Pflichten zu überwachen, § 26 DRiG.¹⁶²⁶ Dem kommt sie im Rahmen des Nebentätigkeitsrechts durch die Kontrolle und Bearbeitung von Genehmigungsanträgen und Anzeigen nach, wobei die Kontrolltätigkeit auch informell in Form von Gesprächen, Rücksprüchen angeregten Genehmigungs- bzw. Anzeigerücknahmen durchgeführt wird.¹⁶²⁷ Im Übrigen besteht die in §§ 46, 71 DRiG und §§ 62 ff DRiG festgehaltene Möglichkeit zu weiterem, insbesondere disziplinarischem Vorgehen.¹⁶²⁸ Das richterbezogene Aufsichtsrecht steht im Entschließungs- und

1622 *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 12; *Thomas*, Richterrecht, S. 140.

1623 Als soziale Obliegenheit beschrieben bei *Lamprecht*, NJW 1993, 2222, S. 223; *Thomas*, Richterrecht, S. 25 ff.

1624 Vgl. *Kment/Jarass/Pieroth*, GG, Art. 101, Rn. 8 ff.

1625 Zur dienstrechtlichen Debatte bspw. BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223; BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 73/86; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungäußerungen, S.42 ff; *Fangmann*, Kritische Justiz 1988, 167; *Wipfelder*, DRiZ 1987, 117, S.119.

1626 *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 87 ff; *Schmidt-Räntsche*, DRiG, § 26, Rn. 6.

1627 BGH, v. 07.06.1966 – RiZ (R) 1/66 –BGHZ 46, 147-151; BGH, v. 09.03.1967 – RiZ (R) 2/66 –BGHZ 47, 275-288; BGH, v. 03.01.1969 – RiZ (R) 6/68 –BGHZ 51, 280-290; *Staats*, DRiG, § 26, Rn. 5.

1628 BGH, v. 03.01.1969 – RiZ (R) 6/68 –BGHZ 51, 280-290; *Staats*, DRiG, § 26, Rn. 8.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Auswahlermessungen der Justizverwaltung,¹⁶²⁹ und unterscheidet sich vom allgemeinen Dienstaufsichtsrecht vor allem durch die weitgehende Eingriffsbeschränkungen zugunsten der *äußerlichen richterlichen Unabhängigkeit*.¹⁶³⁰ Der vom parteilichen Richter betroffenen Prozesspartei steht insofern kein weitergehender Rechtsbehelf als jedem Beobachter zu: Die Dienstaufsichtsbeschwerde ermöglicht es jedermann die zuständige Aufsichtsstelle auf einen zweifelhaften Sachverhalt aufmerksam zu machen und sie zum Tätigwerden aufzufordern.¹⁶³¹ Dabei können die Sachverhalte ebenso aus der dienstlichen wie aus der außerdienstlichen Sphäre stammen.¹⁶³² Es besteht jedoch kein Anspruch auf ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde.¹⁶³³

Anderes gilt für den Fall der über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verfassungsrechtlich abgesicherten Richterablehnung im konkreten Verfahren.¹⁶³⁴ Das Recht, die Besorgnis der Befangenheit zu rügen, steht dem jeweils betroffenen Richter selbst¹⁶³⁵ als auch den Verfahrensparteien, nicht aber sonstigen Dritten zu.¹⁶³⁶ Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch hat zwingend zu erfolgen und liegt in der Hand der Judikative.¹⁶³⁷ Es ist jedoch bereits darauf hingewiesen worden, dass das einfachgesetzliche Ablehnungsrecht weniger an die Parteilichkeit als an die *Befangenheit* des Richters anknüpft, um dessen Ablehnung zu rechtfertigen.¹⁶³⁸ Die richterliche *Unparteilichkeit* kann daher über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG allenfalls mittelbar dann einge-

1629 BGH, v. 03.11.2004 – RiZ (R) 4/03; OVG Sachsen-Anhalt, v. 17.05.2016 – 1 L 176/15; OVG Koblenz, v. 21.04.2004 – 10 A 10133/04; OLG Hamm, v. 10.05.2004 – 1 DGH 2/02; VG Augsburg, v. 20.02.2020 – Au 2 K 18.1911; VG Minden, v. 21.02.2017 – 4 K 3301/13.

1630 Bernsdorff/*Umbach/Clemens*, GG, Art. 97, Rn. 26 ff; Haratsch/*Sodan/Haratsch*, GG, Art. 97, Rn. 5; Kment/*Jarass/Pieroth*, GG, Art. 97, Rn. 3 ff; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 140 ff, 174 ff.

1631 Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 356 ff; Paul/*Hannich*, Karlsruher Kommentar, StPO, vor § 296, Rn. 4.

1632 BGH, v. 11.02.1969 – RiZ (R) 5/68 –BGHZ 51, 363-371; Staats, DRiG, § 26, Rn. 6; Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 18 ff.

1633 OVG Lüneburg, v. 08.01.2003 – 11 LA 394/02, Rn. 8 mwN: zu möglichen Konsequenzen Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 359.

1634 BVerfG, v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64 BVerfGE 21 139; ähnlich bei Zuck, DRiZ 1988, 172 mwN.

1635 Vgl. § 48 ZPO.

1636 Stellvertretend Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 31 ff.

1637 Vgl. etwa Heinrich/*Musielak/Voit*, ZPO, § 48, Rn. 5; Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 45, Rn. 2 ff.

1638 Dazu schon oben, sieh außerdem *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 9 ff.

fordert werden, wenn zusätzlich zur Parteilichkeit auch Befangenheit vorliegt.¹⁶³⁹

Nicht durch Art. 97 GG und die *innere Unabhängigkeit* verpflichtet sind demgegenüber mögliche Dritte aus der nichtstaatlichen Sphäre. Prozessparteien oder gesellschaftliche Gruppen sind weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich gehalten, ein solches Verhalten zu unterlassen, welches für die Richterschaft womöglich Ausgangspunkt oder Anlass eines späteren Pflichtverstoßes sein könnte. Eine Grenze setzt allenfalls die *äußere Unabhängigkeit* im jeweils sphärenbezogen anerkannten Umfang. Ebenfalls erst durch die *äußere Unabhängigkeit* beschränkt werden etwaige informelle Kontrollwahrnehmungen durch das Parlament und einzelne politische Stimmen. Im Allgemeinen gilt auch hier, dass Kritik am Richter erlaubt und im konkreten Fall sogar durch den angestrebten Schutz richterlicher Unparteilichkeit legitim sein kann. Insofern bietet die *innere Unabhängigkeit* der Richterschaft gegenüber gesellschaftlichen Ingerenzen keinen über die *äußere Unabhängigkeit* hinausgehenden Abwehranspruch analog Art. 97 Abs. 1 GG.

II.2.2.2.5) Innere Unabhängigkeit: Zusammenfassung

Die *innere Unabhängigkeit* oder auch *Unparteilichkeit* ist – obwohl nicht ausdrücklich im Wortlaut festgehalten – in Art. 97 GG angelegt, und findet ihre Verfassungsbeschwerdefähigkeit über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Sie ist im Gegensatz zur *äußeren Unabhängigkeit* nicht als Abwehrrecht des Richters, sondern als dessen *Pflicht* ausgestaltet. Weil das Grundgesetz von einem grundsätzlichen Bestehen und Zuerkennen richterlicher Unparteilichkeit durch die Allgemeinheit der Rechtssuchenden ausgeht, besteht die richterliche Aufgabe darin, keinen *Anlass zum Zweifel* an der Unparteilichkeit zu geben und somit das vorausgesetzte Vertrauen der Allgemeinheit in seine Unparteilichkeit zu gefährden.

Eine solche Gefahr kann grundsätzlich gleichermaßen aufgrund staatlicher, prozessparteilicher und gesellschaftlicher Ingerenzen oder Verbindungen bestehen, sodass auch für die *innere Unabhängigkeit* von einem umfassenden Schutzgehalt auszugehen ist.

In hohem Maße unklar ist hingegen der konkrete Inhalt der verfassungsrechtlich eingeforderten *Unparteilichkeit*. Weder Rechtsprechung noch Li-

1639 Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 101, Rn. 21f mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

teratur sind bislang in der Lage gewesen, ein positiv formuliertes, einheitliches und nachvollziehbares Unparteilichkeitsideal zu definieren. Besonders problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang der Verweis aufs Ablehnungsrecht, welches bei genauerer Betrachtung weniger von *Parteilichkeit* als von *Befangenheit* ausgeht – ein Begriffspaar, dessen Unterschiede und Parallelen selten klar auseinandergehalten werden.

Verletzungen der *richterlichen Unparteilichkeit* hat der Richter zu vermeiden. Die der Exekutive zuzuordnende Dienstaufsicht wacht unter Berücksichtigung entsprechender Beschwerden über die Erfüllung dieser Pflicht. Die in ihrem Prozess durch einen vermeintlich parteilichen Richter beeinträchtigten Verfahrensbeteiligten haben im Falle der Befangenheit – nicht aber bereits bei bloßer *Parteilichkeit* – das von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG garantierte und vom Prozessrecht eingeräumte Recht, den Richter für das konkrete Verfahren abzulehnen.

Weder der Dienstaufsicht noch dem Richter stehen Rechtsbehelfe zur Hand, sich gegenüber Näherungsversuche, Ingerenzen oder Verhaltensweisen Dritter zu wehren, die womöglich zur Pflichtverletzung des Richters führen können. Es bleibt nichtsdestotrotz Aufgabe der Richterschaft, sich solcher Avancen zu versagen. Es wird noch zu klären sein, ob der Gesetzgeber mit der Schaffung dieses Instrumentariums seinen verfassungsrechtlichen Verpflichtungen nachgekommen ist, einen wirksamen Kontrollmechanismus zu errichten.¹⁶⁴⁰

II.2.2.3) Das Verhältnis von äußerer und innerer Unabhängigkeit

Bislang unangesprochen blieb das präzise Verhältnis der soeben ausführlich dargestellten Schutzrichtungen der richterlichen Unabhängigkeit. Ein besseres Verständnis des Zusammenspiels von *innerer* und *äußerer Unabhängigkeit* kann jedoch dazu beitragen, eine präzisere verfassungsrechtliche Subsumtion der festgestellten Lobbyingsachverhalte vornehmen zu können.

Im Rahmen dieser Arbeit ist bewusst auf das Begriffspaar der *inneren* und *äußeren Unabhängigkeit* zurückgegriffen worden.¹⁶⁴¹ Mit dieser Dicho-

1640 Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 101, Rn. 89; vgl. auch Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 101, Rn. 14.

1641 Vgl. nochmals Classen/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 7; Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 157 ff mwN; Lansnicker, Richteramt in Deutschland, S.93 ff; Dütz, JuS 1985, 745, S.748 ff; siehe außerdem E.II.2.1.1.

tomie sollte unterstrichen werden, dass die beiden Rechtsstaatsprinzipien im Kern gegensätzlich ausgestaltet sind: Die *äußere Unabhängigkeit* formuliert einen Abwehr- und Unterlassungsanspruch des Richters gegenüber äußeren Einflussnahmever suchen auf sein Handeln, während die *innere Unabhängigkeit* die Pflicht des Richters darstellt, bei Rechtssuchenden und Öffentlichkeit keinen berechtigten Zweifel an seiner innerlichen Unvoreingenommenheit zuzulassen.¹⁶⁴² Insofern stellen sie gleichberechtigt neben-einanderstehende Grundsätze rechtstaatlicher Judikative dar.¹⁶⁴³

Es scheint offensichtlich, dass zwischen den beiden Verfassungsprinzipien inhaltliche Überschneidungen bestehen können. Zu denken wäre etwa an eine von der Dienstaufsicht erteilte Weisung hinsichtlich der Beweiserhebung in einem konkreten Rechtsstreit und das im Sinne der Weisung veränderte richterliche Prozessleitungsverhalten.¹⁶⁴⁴ Stellte dieser unzweifelhaft mit der *äußeren Unabhängigkeit* unvereinbare Sachverhalt nicht auch einen Fall begründeten *Parteilichkeitsverdachts* dar? Die sowohl von Fachgerichte als auch dem Bundesverfassungsgericht anerkannte Pflicht des Richters, den Rechtssuchenden gegenüber etwaigen Avancen und Einflussnahmebemühungen von dritter Stelle offenzulegen, ist schließlich gerade mit der in Gefahr stehenden Unparteilichkeit und der faktischen Ermöglichung eines Befangenheitsantrags begründet worden.¹⁶⁴⁵

1642 Schuster/Knauer u. a., MüKO StPO, § 1 GVG, Rn. 31 ff.

1643 Siehe auch E.I.3.1); Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 157 ff; Barthe/Hannich, Karlsruher Kommentar, GVG, § 1, Rn.5; Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 213; Henkel, Der gesetzliche Richter, S. 164; Bettermann, AÖR 1969, 263, S. 270f; Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, S. 182; unklar Stelkens/Panzer/Schoch/Schneider, VwGO, § 1, Rn. 34f, 42f. Ohne dieser Aussage unmittelbar zu widersprechen, finden sich im Schrifttum auch andere Perspektiven: So mag für manche Stimmen die *äußere Unabhängigkeit* im verfassungsrechtlichen Vordergrund stehen, und von der *inneren Unabhängigkeit* bloß gestützt werden, siehe hierzu etwa Staats, DRiG, § 25, Rn. 8. Andere verstehen die *innere Unabhängigkeit* als den Wesenskern richterlicher Unabhängigkeit, welcher durch die *äußere Unabhängigkeit* nur in spezifischen Sondersituationen besonderer zu schützen versucht wird, hierzu Barthe/Hannich, Karlsruher Kommentar, GVG, § 1, Rn. 4f; Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 245 mwN; Faller, in: Faller/Zeidler/Maunz u.a., Festschrift Hans Joachim Faller, S. 83 ff; Geiger, DRiZ 1979, 65, S.66; Schulte-Kellinghaus, ZRP 2008, 205.

1644 Vgl. Arzt, Der befangene Strafrichter, S. 110; Ernst, Die Ablehnung eines Richters, S. 184; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 146 ff.

1645 BVerfG, v. 08.06.1993 – I BvR 878/90 –BVerfGE 89, 28–38, Rn. 29; BGH, v. 15.12.1994 – I ZR 121/92, Rn. 29 ff, insbesondere Rn. 32; siehe auch Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 4; ausführlich Vollkommer, Der ablehnbare Richter, S. 144f; S. 295 mwN.

Falsch wäre jedoch, *innere* und *äußere Unabhängigkeit* als Gegensatzpaar kongruenten Inhalts zu verstehen.¹⁶⁴⁶ Längst nicht jeder Sachverhalt, der für die *richterliche Unparteilichkeit* problematisch sein könnte, geht auf Ingerenzversuche von außen zurück: Persönliche Verbindungen zu einer Streitpartei können familiärer Art sein, der Bezug zum Streitgegenstand in der unbeeinflussten Privatsphäre des Richters liegen. Wird die Parteilichkeit des Richters auf dessen innerprozessuales Verhalten gestützt, so kann dieses seine Ursache auch in der nicht bewusst beeinflussten Persönlichkeit des Richters haben. Und selbst wenn der zur vermeintlichen Parteilichkeit führende Sachverhalt in einer Einflussnahme von außen begründet ist, stellt diese Einflussnahme nicht in jedem Fall eine Verletzung der *äußeren Unabhängigkeit* dar: Insbesondere gegenüber nichtstaatlichen Ingerenzen bietet die Verfassung schließlich erst bei weisungsgleichem Druck einen Abwehranspruch – der Richter bleibt ohne begleitenden Schutz durch die äußerer Unabhängigkeit zur Bewahrung seiner inneren Unabhängigkeit verpflichtet.¹⁶⁴⁷ Zurecht formuliert Schütz, die Verfassungsgarantien seien allenfalls „*partiell kongruent*“ – die Bewährungsprobe der inneren Unabhängigkeit beginne erst dort, „*wo und wenn die sachliche und persönliche Unabhängigkeit enden*“.¹⁶⁴⁸ Wie groß die inhaltliche Überschneidung ist, ergibt sich daher insbesondere aus dem Schutzmfang der *äußeren Unabhängigkeit*, und unterscheidet sich somit je nach Schutzgarantie.¹⁶⁴⁹

So besteht etwa zwischen *innerer* und *äußerer Staatsunabhängigkeit* eine besonders große Überschneidung: Angehörigen der Exekutive ist jegliche Einflussnahme auf die Art und Weise der Ausübung der rechtsprechenden Tätigkeit untersagt,¹⁶⁵⁰ sodass nahezu allen denkbaren von außen herangebrachten Parteilichkeitsgründen ein entsprechender Abwehranspruch des Richters an der Seite steht.

Anderes hat im Rahmen der *Partei- und Gesellschaftsunabhängigkeit*, und damit für den Bereich lobbyistischer Ingerenzen zu gelten: Weil hier allenfalls weisungsgleicher Druck zu einem Verfassungsverstoß gegen die

1646 Siehe Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 25; unklar Stern, Staatsrecht II, S. 916 mit zitierten Nachweisen; unklar auch Haratsch/Sodan/Haratsch, GG, Art. 101, Rn. 2; Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 101, Rn. 8, die von einem Gleichlauf auszugehen scheinen.

1647 Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 245f; Schuster/Knauer u. a., MüKO StPO, § 1 GVG, Rn. 20; Papier, NJW 2001, 1089, S. 1091.

1648 Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 245f.

1649 Siehe insofern E.II.2.2.1.3

1650 Siehe stellvertretend Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 10 mwN

äußere Unabhängigkeit führen würde, sind eine Vielzahl von möglicherweise problematischen Fällen innerer Abhängigkeit denkbar, vor denen der Richter nicht durch Art. 97 Abs. 1 GG geschützt ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt die Chance, das Verhältnis von Unparteilichkeit und Unabhängigkeit klarer herauszustellen, nicht genutzt. In seiner bereits angesprochenen Entscheidung zum BGH-Doppelvorsitz¹⁶⁵¹ hat es darauf verzichtet, die vom Rechtssuchenden gerügte Zuvielbelastung des Richters auch als drohende Verletzung der richterlichen Unparteilichkeit aufzufassen,¹⁶⁵² und sich stattdessen auf die Frage beschränkt, inwiefern die Prozesspartei einen vom betroffenen Richter nicht gerügten Verstoß gegen dessen *äußere Unabhängigkeit* geltend machen können soll.¹⁶⁵³ Das Bundesverfassungsgericht knüpft insofern an die bereits aufgezeigte Rechtsprechungslinie an, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eröffne dem Rechtssuchenden die Möglichkeit, die Einhaltung verfassungsrechtlicher Anforderungen an den berufenen Richter einzuklagen.¹⁶⁵⁴

Es ist bereist darauf hingewiesen worden, dass diese Lösung dogmatisch zweifelhaft erscheint.¹⁶⁵⁵ Indem das Bundesverfassungsgericht betont, der Rechtssuchende sei nicht Interessenwalter des Richters¹⁶⁵⁶ und könne aufgrund von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nur die Auswirkungen der Unabhängigkeitsverletzung auf den eigenen Prozess rügen,¹⁶⁵⁷ vermischt es bislang getrennt formulierte Konstruktionen, ohne dass hierdurch ein erkennbarer Mehrwert entstünde. Naheliegender wäre gewesen, die verletzte *äußere Unabhängigkeit* in eine von der Prozesspartei einklagbare Verletzung der *inneren Unabhängigkeit* zu übersetzen: Da der Richter im Zuge äußerer Einflussnahmeversuche seiner aus Art. 97 Abs. 1 GG folgenden Pflicht zur Abwehr solcher Ingerenzen nicht nachgekommen ist und sich damit selbst verfassungswidrig verhalten hat, liegt ein Umstand vor, der vernünftigerweise Zweifel an seiner Unparteilichkeit begründet – jedenfalls dann, wenn

1651 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 11 ff

1652 Siehe stattdessen bloß BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 11f, siehe auch Rn. 20.

1653 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 14 ff.

1654 Siehe bei Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 101, Rn. 14; Kment/Jarass/Pieroth, GG; Art. 101, Rn. 5; Jachmann-Michel/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 101, Rn. 85 mwN und Verweis auf BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312.

1655 Siehe hierzu E.II.2.2.1.4.

1656 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 19; vgl. BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312.

1657 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn. 14.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

die Weisung sich auf den konkreten Fall des Rechtssuchenden bezogen hat.¹⁶⁵⁸ Der *inneren Unabhängigkeit* käme insofern die Aufgabe zu, die *äußere Unabhängigkeit* für die Rechtssuchenden einklagbar zu machen.¹⁶⁵⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit seiner Entscheidung letztlich gegen ein solches Verständnis ausgesprochen. *Unparteilichkeit* und *Unabhängigkeit* sollen trotz faktischer Überschneidungen stattdessen wohl als jeweils eigenständige objektivrechtliche Garantien des Rechtsstaats nebeneinander stehen, ohne dass ein unmittelbarer rechtlicher Konnex besteht.¹⁶⁶⁰ In eine subjektive Rechtsposition werden beide Prinzipien erst mittels des vom Bundesverfassungsgericht in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verankerten allgemeinen Verfahrensgrundrecht übertragen: In dessen Rahmen können die objektivrechtlichen Verfahrensgarantien unter einheitlichen Voraussetzungen vom Rechtssuchenden geltend gemacht werden. Notwendig scheint dabei stets zu sein, dass die objektivrechtliche Verletzung einer der beiden Prinzipien *konkrete* Auswirkungen auf den einzelnen Prozess des Rechtssuchenden haben – eine Voraussetzung, die beim gerügten Grundsatz des gesetzlichen Richters ohne Weiteres gegeben und im Fall der vorgeworfenen Parteilichkeit bereits Gegenstand des Befangenheitsbegriffs ist.¹⁶⁶¹

Gerade weil die Rechtssuchenden aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts ihre verfahrensrechtlichen Rechte in Bezug auf Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Gesetzlichen Richter einheitlich mittels der Rüge aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG geltend machen können, hätte es angesichts der insgesamt noch immer uneinheitlichen Terminologie, der unklaren verfassungsrechtlichen Verankerung der verschiedenen Verfassungsprinzipien mit wiederum unscharf abgegrenzten Schutzbereichen nahe gelegen, dass das Bundesverfassungsgericht den vorgetragenen Sachverhalt im Rahmen seiner Entscheidung zum BGH-Doppelsitz zumindest auch hinsichtlich einer möglichen Verletzung der richterlichen Unparteilichkeit ausleucht-

1658 Vgl. BGH, v. 18.12.1968 – 2 StR 322/68 – BGHSt 22, 289; BayObLG, v. 15.06.1988 – BReg 1 a Z 37/88; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 183; abwägend *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 156 ff, S. 160.

1659 Vgl. *Heusch/Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 97, Rn. 4.

1660 Vgl. *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 146 ff, insb. S. 151 mwN.

1661 BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12 Rn 14 ff; vgl. auch *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 160 ff; demgegenüber in Bezug auf äußere Unabhängigkeit ohne diese Voraussetzung *Haratsch/Sodan/Haratsch*, GG, Art. 101, Rn. 2; *Kment/Jarass/Pierothen*, GG, Art. 101, Rn. 8.

tet.¹⁶⁶² So hätte es klar stellen können, dass über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sowohl Unparteilichkeit als auch Unabhängigkeit einforderbar sind, um auf diese Weise die eigene Entscheidung besser in seine Gesamtrechtsprechung einzufügen. Dies hätte wohl am Ergebnis der Entscheidung nichts geändert, entspricht es doch der ganz herrschenden Ansicht der Fachgerichtsrechtsprechung, dass eine beide Prozessparteien gleichermaßen betreffende Überbeanspruchung des Richters keinen Parteilichkeitsverdacht begründen kann.¹⁶⁶³

Das soeben herausgearbeitete Verfassungsverständnis von Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Gesetzlichem Richter sowie dem Rügerecht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG tritt in jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nichtsdestotrotz noch deutlicher hervor.¹⁶⁶⁴ Es ist weiter oben bereits herangezogen worden, um die Garantie der *inneren Unabhängigkeit* als von Art. 97 GG geschützte Rechtsgarantie zu verstehen.¹⁶⁶⁵

Will man dem Bundesverfassungsgericht daher auch weiterhin folgen, so wäre wohl auch die bereits genannte richterliche Pflicht, Prozessparteien über mögliche Ingerenzen oder Verletzungen der *äußereren Unabhängigkeit* zu informieren, nicht unbedingt als Schutz der *Unparteilichkeit* zu verstehen: Geschützt werden soll wohl vielmehr das dem Rechtssuchenden zustehende Verfahrensrecht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, hinter dem sowohl das Ablehnungsrecht zugunsten der Unparteilichkeit als auch die Rügемöglichkeit aufgrund von Verletzungen der äußereren Unabhängigkeit stehen.¹⁶⁶⁶

Damit ist Folgendes festzuhalten: Weil *Unparteilichkeit* und *Unabhängigkeit* als einander ergänzende Prinzipien konstruiert sind, existieren zwischen den Schutzbereichen der beiden Garantien Überschneidungen, ohne dass sich jedoch eine inhaltliche Konnexität ergäbe. *Innere* und *äußere Unabhängigkeit* dienen vielmehr einem gemeinsamen Zweck und stellen zusammen mit der Garantie des gesetzlichen Richters eigenständige, gleichrangige objektiv-rechtliche Grundsäulen einer rechtstaatlichen Judikative dar. Sowohl die *innere* als auch die *äußere* Unabhängigkeit sind mittels Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG für den Rechtssuchenden einklagbar – jedoch nur

1662 Vgl. insofern BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 46; siehe auch Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 217f.

1663 OLG Dresden, v. 08.10.2013 – 20 WF 402/13, Rn. 12; OLG Brandenburg, v. 30.03.2015 – 13 WF 68/15, Rn. 6.

1664 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16.

1665 Siehe E.II.2.2.2.

1666 Vgl. insofern BVerfG, v. 08.06.1993 – 1 BvR 878/90 – BVerfGE 89, 28 Rn. 28 ff; siehe außerdem E.II.3.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

in dem Umfang, als die objektiv-rechtliche Verletzung subjektivrechtliche Auswirkungen hat, mithin sich auf das konkrete Verfahren des Rechtssuchenden auswirkt. Im Bereich der Beeinflussungsversuche aus der gesellschaftlichen Sphäre ist der Schutzmfang der richterlichen *Unparteilichkeit* erheblich weiter als jener der *äußeren Unabhängigkeit*, sodass mangels entsprechender Verteidigungsmechanismen gerade hier erhebliche Anforderungen an die Richterinnen und Richter gestellt werden.

II.2.3) Richterliche Unabhängigkeit und Allgemeine Lobbyingfreiheit – ein Spannungsfeld?

Inwiefern also können die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch Handlungen beeinträchtigt werden, die unter den Schutzbereich der allgemeinen Lobbyingfreiheit fallen?

Schon aus terminologischen Gründen ausgeschlossen ist eine Betroffenheit der richterlichen Staats- und Parteiunabhängigkeit: Etwaige Einflussnahmeversuche von Prozessbeteiligten oder staatlichen Organen stellen nach vorliegend erarbeiteter Definition keinen Fall des Lobbyings dar, und fallen damit nicht unter die allgemeine Lobbyingfreiheit. Umfangreich ist indes das Konfliktpotential von Lobbyingbemühungen einerseits und richterlicher *Gesellschaftsunabhängigkeit* andererseits. Dabei gilt es zunächst abstrakt und sodann anhand der oben erhobenen Daten konkret herauszustellen, welche von der Lobbyingfreiheit erfassten Maßnahmen mit der *äußeren* (II.2.3.1) sowie der *inneren* Gesellschaftsunabhängigkeit (II.2.3.2) in Kollision geraten können. Erst wenn ein Spannungsfeld nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich besteht, wäre es im Wege der praktischen Konkordanz aufzulösen.

II.2.3.1) Äußere Unabhängigkeit und Allgemeine Lobbyingfreiheit

Je nach Vorgehensweise der Interessenrepräsentanten kommt eine Verletzung der *äußeren Unabhängigkeit*, also der verfassungsrechtlich verbürgten Freiheit des Richters vor weisungsähnlichen Zwangssituationen, im Rahmen seiner Entscheidungsfindung in Betracht.

II.2.3.1.1) Abstraktes Spannungsverhältnis

So ist denkbar, dass Interessengruppen oder Verbandsallianzen angesichts konkreter Einzelfälle auf Richterinnen und Richter einen durch die Kombination verschiedener direkter und indirekter *Pressure-Lobbyingmaßnahmen* i.e.S. zugesetzten, sich gegenseitig verstärkenden Erwartungsdruck aufzubauen versuchen.¹⁶⁶⁷ Sieht sich der jeweilige Richter ob der auf ihn einwirkenden Erwartungshaltungen dazu gezwungen, den an ihn gerichteten Erwartungen im Rahmen seiner Entscheidung zu entsprechen, ist dem Richter also aufgrund des allseitigen Drucks ein sich von der Erwartungshaltung vollständig frei machendes Verhalten nicht mehr möglich oder nicht mehr vernünftigerweise zuzumuten, liegt objektiv eine Situation vor, die in ihrer *Wirkung* einer Weisung gleichkommt.¹⁶⁶⁸ Insofern läge eine Situation vor, in welcher der zur Entscheidung berufene Richter nicht mehr *äußerlich* unabhängig verfahren könnte.

Auf den ersten Blick zweifelhaft jedoch, ob auch durch informatorische Lobbyingversuche i.e.S. oder gar durch Maßnahmen des *Public Affairs Managements* ein Verstoß gegen die äußere Unabhängigkeit der Richterschaft denkbar ist. So ist Art. 97 GG zwar aufgrund seiner umfassenden Zielrichtung durchaus nicht so zu verstehen, dass allein einzelfallbezogene Weisungen oder Zwangsszenarien untersagt werden sollen.¹⁶⁶⁹ Art. 97 Abs. 1 GG schützt die Richterschaft auch vor generellen Handlungsanordnungen,¹⁶⁷⁰ wie auch vor entsprechend vorgebrachten Bitten oder Beschwerden.¹⁶⁷¹ Die *äußere Unabhängigkeit* aus Art. 97 Abs. 1 GG schützt jedoch nach allgemeiner Ansicht nur vor solchen Maßnahmen, die einen konkreten Bezug zur richterlichen Tätigkeit aufweisen,¹⁶⁷² insbesondere also solche Kontaktaufnahmen, die gezielt auf die Sachbehandlung eines konkreten Verfahrens

1667 D.I.A.I.2.2 und D.I.A.I.2.3.

1668 Vgl. *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 97, Rn.10 mwN.

1669 BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56–76.

1670 BVerfG, v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85; BVerfG, v. 07.01.1981 – 2 BvR 401/76 –BVerfGE 55, 372–397.

1671 *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 97, Rn.10 mwN; BGH, v. 31.01.1984 – RiZ (R) 3/83 -BGHZ 90, 41–52; BGH, v. 03.10.1977 – RiZ (R) 1/77 -BGHZ 69, 309–31; BGH, v. 10.12.1971 – RiZ (R) 4/71; 5.

1672 BGH, v. 21.10.2010 – RiZ (R) 5/09; BGH, v. 25.09.2002 – RiZ (R) 2/01; BGH, v. 24.II.1994 – RiZ (R) 4/94; BGH, v. 16.II.1990 – RiZ 4/90, (199); BGH, v. 10.01.1985 – RiZ (R) 7/84 –BGHZ 93, 238–245.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

ausgerichtet sind.¹⁶⁷³ Für eine Verletzung der *äußerer Unabhängigkeit* bedarf es insofern einer absehbaren und konkret möglichen Auswirkung des Einflussnahmeversuchs auf die richterliche Entscheidungsfindung, sei es in einem konkret anhängigen, sei es in einem künftig wahrscheinlichen, sich bereits abzeichnenden Verfahren.¹⁶⁷⁴ Daraus ist zu schließen, dass eine Betroffenheit der *äußerer Unabhängigkeit* umso weniger anzunehmen ist, je unabhängiger vom Einzelfall und je objektiver und neutraler der Kommunikationsakt und die soziale Kontaktaufnahme sich nach außen hin darstellt.

Insofern ist *theoretisch* eine Beeinträchtigung der *äußerer Unabhängigkeit* durch informatorische Lobbyingbemühungen i.e.S. denkbar, wenn diese Bemühungen konkrete und eindeutige Informationen mit fast schon unmittelbar anwendbaren Handlungsanweisungen hinsichtlich ausreichend konkretisierbarer Verfahren beinhalten, und damit eine zumindest grundsätzliche Drucksituation verbunden ist.¹⁶⁷⁵ Die Informationsbeschaffung ist untrennbarer Teil der Rechtsprechungstätigkeit und bedarf angemessenen Schutzes durch die Verfassung, weshalb an eine Beeinträchtigung keine zu hohen Voraussetzungen zu stellen sind.¹⁶⁷⁶

Vollständig abzulehnen dürfte indes die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der *äußerer Unabhängigkeit* durch Maßnahmen des Public Affairs Managements sein: Diese dürften unabhängig davon, ob sie einen informatorischen oder *pressure*-orientierten Ansatz verfolgen, typischerweise einen zu geringen Bezug zu konkreten oder auch nur konkretisierbaren Verfahrensgegenständen aufweisen, setzen sie doch bei der Beeinflussung des richterlichen Vorverständnisses an, also jenen Grundeinstellungen, welche die Gedankenführung der Richterinnen und Richter unabhängig von konkreten Fällen anhand abstrakter Wertungen und Argumentationsmuster strukturieren. Damit dürfte der für die *äußere Unabhängigkeit* geforderte inhaltliche Zusammenhang zur verfassungsrechtlich geschützten Entscheidungsfindung typischerweise fehlen.

1673 BGH, v. 20.06.2001 – RiZ (R) 2/00; vgl. dazu auch Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 77.

1674 Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 80; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 194.

1675 Vgl. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 191; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 42; Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 109; Geiger, DRiZ 1979, 65, S. 67; Stürner, JZ 1980, 1, S. 4.

1676 Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 22 ff mwN; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 81.

Abzulehnen ist insofern der von der Literatur regelmäßig angesprochene vermeintliche *weisungsgleiche Druck* aufgrund übler und unangemessener Urteilsschelte.¹⁶⁷⁷ Denn eine Beeinträchtigung der bereits getroffenen Entscheidung ist nicht erkennbar.¹⁶⁷⁸ Etwas anderes mag gelten, wenn die Kritik so umfassend ist, dass sie zu einer unmittelbaren Beeinflussung der Richterschaft *in der Zukunft* führen kann.

II.2.3.1.2) Konkretes Spannungsverhältnis

Faktisch tritt die Lobbyingfreiheit daher nur dort mit der *äußereren* Unabhängigkeit in Konflikt, wo *direkte* oder *indirekte Lobbyingmaßnahmen* i.e.S., typischerweise solche mit *pressure*-Elementen, eine *weisungsgleiche* Zwangslage hinsichtlich eines konkreten Verfahrens, oder aber hinsichtlich eines zumindest in absehbarer Zeit als Verfahren in Frage kommenden Streitgegenstands herbeiführen. Gerade solche Situationen lassen sich anhand der vorliegenden Daten *regelmäßig nicht feststellen*, und kommen allenfalls in Ausnahmefällen vor.

So lassen sich gerade solche Lobbyingmaßnahmen i.e.S. selten feststellen, die mit einer Weisung nach Art. 97 Abs. 1 GG am ehesten vergleichbar wären: *Direkte Lobbyingkontakte* kommen in relevantem Umfang weder in Form einer face-to-face-Kommunikation, noch per Telefon, noch schriftlich gegenüber Richterinnen und Richtern jedweder Instanz vor. Unmittelbare Einflussnahmevereuche gelten sowohl bei der Richterschaft als auch scheinbar bei den entsprechenden Interessengruppen als absolutes Tabu und damit als vernachlässigbares Mittel justizbezogener Interessenrepräsentation.¹⁶⁷⁹ Auch die oben aufgeführten, zumindest vereinzelt auftretenden Ausnahmen direkter Lobbyingbemühungen durch anwaltlich nicht vertretene und verbandlich nicht organisierte Privatpersonen sind nicht dazu geeignet, eine *weisungsgleiche* Zwangslage für die betroffenen Richterinnen und Richter zu begründen.¹⁶⁸⁰

Es lässt sich daher festhalten, dass mangels entsprechenden Vorgehens kein tatsächliches Spannungsverhältnis zwischen etwaigen *Maßnahmen di-*

1677 Vgl. *Mishra*, ZRP 1998, 402, S. 407f mwN; *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 93; *Haratsch/Sodan/Haratsch*, GG, Art. 97, Rn. 8; *Kment/Jarass/Pieroth*, GG, Art. 97, Rn. 11; *Wassermann/Denninger*, AK-GG, Art. 97, Rn. 85-88.

1678 Ähnlich *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 43.

1679 D.I.A.I.I.

1680 D.I.A.I.I.; auch D.I.A.I.2.1)

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

rekten Lobbyings i.e.S. einerseits und der äußereren richterlichen Unabhängigkeit besteht.

Auch die anhand der Interviewdaten festgestellten, eher informativ gehaltenen *indirekten Lobbyingbemühungen* im Rahmen von Tagungsveranstaltungen oder lancierten Fachaufsätzen lassen keine Zwangssituation vermuten, die einer Weisung auch nur annähernd vergleichbar wären. Eine unmittelbare Anleitung, „wie man [den Fall] [...] lösen soll“, sei den relevanten Veranstaltungen schließlich typischerweise gerade nicht zu entnehmen.¹⁶⁸¹ Im Gegenteil: Es scheint, dass ein allgemeines Bemühen auch von Seiten der Interessenrepräsentanten besteht, ebensolche Zwangssituation zu vermeiden. Auch das nachweisbare Blätterrauschen in der Fachpresse¹⁶⁸² ist damit hinsichtlich der äußereren richterlichen Unabhängigkeit ohne Bedeutung.

Zu klären bleibt, wie die Situation hinsichtlich *indirekter Lobbyingmaßnahmen* mit *pressure*-Ansatz zu bewerten ist. Demonstrationen, Kundgebungen, lautstarke Proteste vor dem Gerichtssaal, oft im Zusammenhang mit einseitiger und lautstarker Prozessberichterstattung – entsprechende Einflussnahmefebemühungen mittels Menschengruppen und Massenmedien wurden anhand des erhobenen Datenmaterials festgestellt.¹⁶⁸³ Solche Mittel sind grundsätzlich dazu in der Lage, eine für die äußere Unabhängigkeit des Richters bedeutsame Droh- und Druckkulisse zu errichten. Viele Richterinnen und Richter bestreiten jedoch schon die faktische Wirkung solcher Maßnahmen auf die eigentliche richterliche Entscheidungsfindung. Es handle sich regelmäßig eher um einen Wahrnehmungs- als um einen Entscheidungs- oder Ergebnisdruck. Eine erhöhte Aufmerksamkeit und Beobachtung würden aber keinen ergebnisbezogenen Zwang darstellen.¹⁶⁸⁴

Tatsächlich ist schon in einem ersten Schritt der Wirkbereich solcher indirekten *pressure*-Maßnahmen einzugrenzen: Nicht alle Gerichtsbarkeiten werden gleichermaßen zu Adressaten solcher Strategien gemacht. Besonders selten kommen Massenkundgebungen oder einseitige Berichterstattungen gegenüber der Zivilgerichtsbarkeit vor, während im Bereich des Strafverfahrens sowie in spezifischen öffentlich-rechtlichen Verfahrensbereichen wie auch dem Arbeitsrecht indirekte Lobbyingmaßnahmen vermehrt feststellbar zu sein scheinen.

1681 D.I.A.1.I.3.

1682 D.I.A.2.I.2.

1683 D.I.A.2.2.

1684 Vgl. D.I.A.2.I. Ziff. 3 und 5.

Jedoch bestehen auch dort aufgrund der geschilderten Umstände Zweifel, ob man von einer Zwangslage im Sinne eines Verstoßes gegen die *äußere Unabhängigkeit* ausgegangen werden kann. Es bestehen nämlich deutliche Unterschiede zwischen den vorliegend festgestellten Massenprotesten gegenüber der Justiz, und solchen, welche gegenüber Parlamentariern, der Regierung oder der Verwaltung organisiert werden. Im Falle letzterer werden beispielsweise regelmäßig deutlich größere Menschenmengen mobilisiert.¹⁶⁸⁵ Entsprechende Kundgebungen erhalten ein bedeutenderes Medienecho, und aufgrund dessen über einen längeren Zeitraum öffentliche Aufmerksamkeit. Erstere finden dagegen oftmals durch kleinere Gruppen von Aktivisten, oftmals am Tag der ersten Hauptverhandlung und am Tag der Entscheidungsverkündung statt. Weder Umfang, Dauer oder Lautstärke sind typischerweise so groß, dass eine Wahrnehmung durch die zuständigen Richterinnen und Richter gewährleistet wäre. Umfangreiche Kampagnen und ein mittel- oder langfristiges Zusammenspiel verschiedener *indirekter Lobbyingbemühen* gegenüber der Justiz liegen in der Regel auch nicht vor.¹⁶⁸⁶ Hier mag es durchaus eine Rolle spielen, dass sich die Justiz mit einer Einflussnahme von Seiten der Medien bereits in erhöhtem Maße auseinandergesetzt hat, und mit entsprechenden Versuchen besser umzugehen weiß.¹⁶⁸⁷ Ohnehin konnte anhand der vorliegenden Datenerhebung nicht belegt werden, dass die tatsächlich existierende tendenziöse Berichterstattung seinen Ursprung bei etwaigen Interessenrepräsentanten hat und daher tatsächlich zur Einflussnahme auf die Entscheidungssituation genutzt werden soll.

In der Regel liegt damit selbst dort, wo Kundgebungen und tendenziöse Medienberichterstattung feststellbar sind, regelmäßig keine solche Drucksituation vor, aufgrund derer von einem in seiner *äußeren Unabhängigkeit* verletzten Richter gesprochen werden kann.

Anders kann die Lage zu beurteilen sein, wenn sich – *ausnahmsweise und höchst vereinzelt* – konzertierte Aktionen und kampagnenartige Zusammenspiele mehrerer indirekter Lobbyingmethoden in einem für Art. 97 Abs. 1 GG relevanten Umfang feststellen lassen. Bei diesen Fällen handelt sich nicht um repräsentative, sondern um singulär auftretende Fälle gesellschaftlicher und medialer Mobilisierung gegenüber konkreten Gerichtsver-

1685 Dazu D.I.A..2.2.

1686 D.I.A.2.2.

1687 D.II.A..4.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

fahren.¹⁶⁸⁸ Gerade im Fall solchen Zusammenspiels verschiedener Elemente, wie lautstarken Demonstrationen bis vor oder auch in den Gerichtssaal, lancierten Fachaufsätze sowie begleitet von einer kritischen Berichterstattung in den Massenmedien, liegt die Vermutung einer interessengeleiteten, einheitlichen Strategie im Sinne einer lobbyistischen Litigation-PR besonders nahe.

Die praktischen Voraussetzungen für die hier beschriebenen Kampagnenmaßnahmen scheinen nur in bestimmten Zusammenhängen erfüllt zu sein: So kommen insbesondere letztinstanzliche Verfahren in Betracht, weil in deren Zusammenhang eine Medienöffentlichkeit leichter hergestellt werden kann, und zugleich ausreichend Zeit zur Mobilisierung von Personen und der Lancierung von Fachbeiträgen oder medial vermittelten Meinungen zur Verfügung gestanden hat. Auch kommen solche Kampagnen typischerweise nur in solchen Rechtsgebieten zum Einsatz, wo eine ausreichende Zahl an Personen mobilisiert werden kann. Dies ist insbesondere für die öffentlichkeitswirksame Strafgerichtsbarkeit, aber auch für einzelne öffentlich-rechtliche Streitigkeiten sowie arbeitsgerichtliche Rechtsstreitigkeiten möglich – letzteres insbesondere aufgrund der besonders hohen Mobilisierungsfähigkeiten von Gewerkschaften und sonstigen arbeitnehmernaher Gruppierungen. Konnten in ausreichender Zahl Unterstützer gefunden und zur Demonstration bewegt werden, und werden öffentliche Demonstrationen und Kundgebungen sowie Positionierungen in Fach- und Alltagsmedien in ausreichender Weise vorbereitet, betreut und deshalb in größer werdenden Kreisen diskutiert, so kann, insbesondere bei besonders klaren inhaltlichen Positionierungen und argumentativ wie sprachlich scharfer Kritik an der Richterschaft, eine so zugesetzte Druck- und Zwangssituation vorliegen, dass ausnahmsweise doch von einer Betroffenheit der äußeren Unabhängigkeit gesprochen werden muss.

Ebenfalls ausnahmsweise betroffen sein kann die *äußere Unabhängigkeit* deshalb, weil von Seiten der Interessenrepräsentanten höchst ausnahmsweise eine direkte Ansprache gegenüber dem jeweiligen Richter im Rahmen von Tagungsveranstaltungen, Seminaren oder Diskussionsforen erfolgt.¹⁶⁸⁹

Hier legen die konkreten Umstände der Ansprache es besonders nahe, eine gewisse Druck- und Zwangslage für den jeweils angesprochenen Richter anzunehmen: Der Richter wird von einem Interessenrepräsentanten im

1688 D.I.A.2.2.

1689 D.I.A.I.I.1.1) Ziff. 5 ff.

Rahmen einer von gegenseitigem Vertrauen und Anerkennung zwischen den Experten aus Wissenschaft und Praxis geprägten Veranstaltung angesprochen. Akteur und Adressat der Lobbyingbemühungen stehen in diesem Zusammenhang einander nicht als Fremde gegenüber, sondern sind sich typischerweise durch Networking-Bemühungen und aufrechterhaltene Gesprächskreise und Gemeinschaften auf einer fachlich-intellektuellen wie auch persönlichen Ebene bekannt. Typischerweise wird in diesem Zusammenhang keine klassische Druck-Situation erzeugt – das ganze Näheverhältnis dient schließlich gerade dazu, die richterliche Druck- oder Zwangallergie zu umgehen. Stattdessen dürfte es sich in solchen Fällen vielmehr um ein vorsichtiges bitten oder ein Auffordern handeln, bei dem die Zwangslage aus der persönlichen Verbundenheit zwischen Adressaten und Akteur herrührt. Soweit ein solcher Fall im Einzelfall vorkommt, kann es zu einer Betroffenheit der *äußerer Unabhängigkeit* des Richters kommen.¹⁶⁹⁰

II.2.3.1.3) Zwischenfazit und Auflösung des Spannungsfelds: Ausnahmsweise Verletzung ohne Möglichkeit zur Rechtfertigung

In jenen Einzelfällen, in denen die Lobbyingbemühungen durch mediale Druckszenarien, öffentliche Positionierungen, Kundgebungen und sonstige Beeinflussungsversuche aufgrund der spezifischen Gesamtumstände¹⁶⁹¹ *ausnahmsweise* zu einem solchen faktischen Zwang führen, dass vom Richter eine der sozialen Erwartungshaltung entgegengesetzte Entscheidung vernünftigerweise nicht mehr erwartet werden kann, ist von einer objektiven Beeinträchtigung der *äußerer Unabhängigkeit* des Richters im Sinne von Art. 97 Abs. 1 GG auszugehen. Sowohl die Spruchtätigkeit als auch entscheidungsvorbereitende und prozessleitende Handlungen müssen frei von solchem Druck bleiben.¹⁶⁹² Damit verstößt jede tatsächlich festgestellte weisungsgleiche Drucksituation unmittelbar gegen die *äußere Unabhängigkeit* des jeweiligen Richters. Eine Abwägung im Sinne der praktischen Konkordanz erfolgt nach Feststellung weisungsgleichen Drucks nicht mehr

1690 Vgl. Morgenthaler/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 10 mwN; vgl. auch *Schmidt-Jortzig*, NJW 1991, 2377, S. 2382.

1691 Vgl. D.III.A und D.I.A.2.2).

1692 St.Rspr., siehe z.B. BGH, v. 14.04.1997 – RiZ(R) 1/96; BGH, v. 05.07.2000 – RiZ(R) 6/99; BGH, v. 17.04.2008 – RiZ(R) 3/07 mwN; vgl. auch *Staats*, DRiG, § 26, Rn. 10.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

– das Grundgesetz sieht eine Rechtfertigung eines Eingriffs in die *äußere Unabhängigkeit* nicht vor.¹⁶⁹³

Es ist bereits darauf hingewiesen worden,¹⁶⁹⁴ dass Gesetzgeber und Exekutive diesen absoluten Schutzes für den Bereich der Dienstaufsicht zugunsten einer effektiven gegenseitigen Kontrolle der Staatsgewalten¹⁶⁹⁵ schon früh zu lockern gesucht haben.¹⁶⁹⁶ In Ausleuchtung des Spannungsverhältnisses von Dienstaufsicht und richterlicher Unabhängigkeit hat die Rechtsprechung die sogenannte *Kernbereichslehre* entwickelt, und den absoluten Schutz des Art. 97 Abs. 1 GG zugunsten einer effektiven Kontrolle der Richterschaft tatbestandlich auf den bereits umschriebenen Wesenskern der rechtsprechenden Tätigkeit beschränkt. Nur in diesem bleibt weiterhin jede Form der weisungsähnlichen Ingerenz umfänglich verboten.¹⁶⁹⁷ Sowohl in Bezug auf *außerrichterliche* Aufgaben¹⁶⁹⁸ als auch für die richterlichen Aufgaben des „*Bereichs der äußeren Ordnung*“ seien hingegen bestimmte Eingriffsformen zulässig.¹⁶⁹⁹

Außerdem ist im einfachgesetzlichen Dienstaufsichtsrecht eine tatbestandliche Rechtfertigungsmöglichkeit für Eingriffe in die *äußere Unabhängigkeit* dann anerkannt, wenn mit dieser auf einen „*offensichtlichen Fehlgriff*“ des mit dem Fall betrauten Richters reagiert werden soll: Offensichtliche Fehler und Rechtsbrüche, also richterliches Verhalten mit bedenklicher Nähe zur Willkür, müssten nämlich normativ als *äußerer Bereich der rich-*

1693 BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 –BVerfGE 14, 56–76; BVerfG, v. 04.06.1969 – 2 BvR 33/66 –BVerfGE 26, 79–100; BVerfG, v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66; BVerfG, v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68-BVerfGE 27, 312; BVerfG, v. 08.06.1971 – 2 BvL 17/70 –BVerfGE 31, 137–141; BVerfG, v. 27.11.1973 – 2 BvL 12/72; BVerfG, v. 07.01.1981 – 2 BvR 401/76 –BVerfGE 55, 372–397; BVerfG, v. 24.03.1982 – 2 BvH 1/82 – BVerfGE 60, 175–215; hierzu auch Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn 75 mwN.

1694 Dazu siehe E.II.2.2.1.3.

1695 Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 6; Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 2f mwN.

1696 Siehe Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 1; auch Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S.145 –147.

1697 Siehe E.I.3.2.1; zudem BGH, v. 23.10.1963 – RiZ 1/62; BGH, v. 17.10.1977 – RiZ(R) 2/77; vgl. auch Papier, NJW 2001, 1089, S.1090; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S.145f mwN; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 16 ff.

1698 Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 31; Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 19; unter Verweis auf BGH, v. 22.10.1963 – RiZ 2/62, BGH, v. 28.03.1977 – RiZ 5/76.

1699 BGH, v. 23.10.1963 – RiZ 1/62, Rn. 28; BGH, v. 31.01.1984 – RiZ (R) 3/83 -BGHZ 90, 41–52; Staats, DRiG, § 26, Rn. 14 ff; Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 19; Rn. 24–27; siehe auch Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 18 ff.

terlichen Tätigkeiten verstanden werden,¹⁷⁰⁰ und unterfielen daher in jedem Fall der Dienstaufsicht.¹⁷⁰¹ Faktisch weitet diese Rechtsprechung damit die Aufsichtsbefugnis auf solche Maßnahmen aus, die an sich zum *absolut geschützten Kernbereich* richterlichen Handelns gehören.¹⁷⁰²

Zu klären bleibt, ob sich diese Überlegungen nicht auch auf lobbyistische Einflussnahmeversuche übertragen lassen. Interventionen von Interessenrepräsentanten würden dann jedenfalls bei normativer Betrachtung keinen *weisungsgleichen* Druck darstellen, wenn sich die Ingerenzen als demokratische Kontrollreaktion interessierter Gruppen auf einen bereits ergangenen oder aber unmittelbar zu befürchtenden *offensichtlichen Fehlgriff* des Richters darstellten. So ließe sich zur Rechtfertigung gerade drastischster Einflussnahmeversuche anführen, dass ein außerhalb des verfassungsrechtlichen Schutzes stehendes richterliches Handeln drohe, wenn diese oder jene Position nicht in das Urteil miteinbezogen oder der Richter nicht noch auf diesen Zusammenhang oder jenen Fehler aufmerksam gemacht würde.

Inwiefern die Rechtsprechung zur Dienstaufsicht auch für *Ingerenzen aus der nichtstaatlichen Sphäre* Anwendung finden kann, ist bereits weiter oben diskutiert worden.¹⁷⁰³ Bedenken bestanden darin, dass der Dienstaufsicht der Exekutive ein verfassungsrechtlich abgesichertes Mandat zur Kontrolle der richterlichen Rechtsbindung zugrunde liegt.¹⁷⁰⁴ Damit dient sie – anders als manche lobbyistische Interventionen – zumindest mittel-

1700 BGH, v. 07.06.1966 – RiZ(R) 1/66; BGH, v. 09.03.1967 – RiZ(R) 2/66; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S.146f; zu weiteren Ausweitungen *Staats, DRiG*, § 26 Rn. 16f.

1701 Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 40 mwN.

1702 Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 57; Classen/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 30 mwN; Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 33; Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 6; kritisch Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 27 mwN, ebenso Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 30.

1703 Siehe E.II.3.2.1; dafür Mishra, Zulässigkeit und Grenzen der Urteilsschelte, S. 98 – 202; zur Kontrollargumentation Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 246 ff und Kissel/Mayer, GVG, § 1, Rn. 109 mwN; zudem Kisker, NJW 1981, 889, S.891ff; außerdem vgl. insofern auch Sodan, in: Isensee/Kirchhof, § 113: Der Status des Richters, Rn. 27; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 19; Heyde/Benda u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, § 33: Rechtsprechung, Rn. 79; Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 89.

1704 Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 2f mwN; siehe Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 6; insbesondere Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 114 ff, 143 ff mwN

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

bar auch dem Interesse der Öffentlichkeit und der Rechtssuchenden.¹⁷⁰⁵ Doch selbst wenn diese Rechtsprechung zum *offensichtlichen Fehlgriff* vorliegend auch auf die *Gesellschaftsunabhängigkeit* anwendbar wäre, blieben die im Rahmen der Interviewanalyse ausnahmsweise festgestellten Lobbyingsachverhalte mit weisungsgleichem Druckpotential wohl typischerweise verfassungswidrig. Denn auch im Falle offensichtlicher Fehlgriffe soll der Dienstaufsicht unter Berücksichtigung von § 26 Abs. 2 DRiG nur eine Stellungnahme unter Anführung der zur eigenen Einschätzung führenden Tatsachen erlaubt sein.¹⁷⁰⁶ Auch wenn diese im Einzelfall so weit gehen darf, dem Richter fehlende Gesetzentreue vorzuwerfen, muss sie in ihrer Formulierung sachlich bleiben.¹⁷⁰⁷ Die Erteilung von Weisungen oder die Vorgabe bestimmter Meinungen und Entscheidungsansätze, aber auch das Vermitteln einer bestimmten Wertung oder Sachverhaltswürdigung bleiben dagegen rechts- bzw. verfassungswidrig.¹⁷⁰⁸

Dass sich die beschriebenen konzertierten Aktionen und kampagnenartigen Zusammenspiele verschiedener Lobbyingmethoden, womöglich in Kombination mit großer gesellschaftlicher Mobilisierung angewandt, gerade nicht als solche „neutral gehaltene Stellungnahme“ begreifen lassen, ist offensichtlich. Orientierte sich ein Interessenrepräsentant bei seinen massenwirksamen *pressure*-Maßnahmen tatsächlich an den strengen Maßstäben der Dienstaufsicht, dürfte wiederum angezweifelt werden, ob im konkreten Einzelfall tatsächlich noch eine Beeinträchtigung der äußeren Unabhängigkeit und damit eine Verletzung der Weisungs- und Zwangsfreiheit vorliegen würde. Insofern bietet die angebotene Ausnahme keine belastbare Grundlage für eine Rechtfertigung und braucht daher nicht bemüht zu werden.

Anderes könnte allein für jene Fälle gelten, in denen Richterinnen und Richter im Rahmen von speziellen Tagungsveranstaltungen, Seminaren oder Diskussionsforen unmittelbar angesprochen und eine Verletzung der äußeren *Unabhängigkeit* ausnahmsweise angenommen worden ist.¹⁷⁰⁹ Um-

1705 Papier, NJW 1990, 8, S. 9; Papier, NJW 2001, 1089, S. 1091; Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 6; als zugunsten des effektiven Rechtsschutzes gerechtfertigter Eingriff Meyer/Münch/Kunig, GG, Art. 97, Rn. 33;

siehe auch Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 193 – 195.

1706 BGH, Urteil vom 07. Juni 1966 – RiZ (R) 1/66 –, BGHZ 46, 147–151, Rn. 22.

1707 BGH, v. 24.06.1991 – RiZ(R) 3/91 mwN.

1708 Vgl. Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 28 ff mwN; BGH, v. 07.06.1966 – RiZ(R) 1/66, Rn. 22.

1709 Vgl. Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 10 mwN.

stände und Ansprache ähneln in diesen Fällen den von der Rechtsprechung beschriebenen Stellungnahmen der Dienstaufsicht, da die drohende Abhängigkeit des Richters weniger auf massivem äußerem Druck als auf subtiler Erwartungshaltung fußen.¹⁷¹⁰ Dennoch erscheint die Anwendung der im Dienstaufsichtsrecht entwickelten Ausnahme zweifelhaft. Denn die Rechtsprechung hat für die Annahme eines *offensichtlich fehlerhaften* Handelns bewusst enge Grenzen formuliert. Eine tatbestandliche Ausnahme zulasten der äußeren Unabhängigkeit sollte allenfalls für solche Maßnahmen gelten, über deren Rechtswidrigkeit keine Zweifel bestehen können, wie etwa die Anwendung eines formell aufgehobenen Gesetzes oder die Nichtanwendung eines allgemein bekannten Gesetzes.¹⁷¹¹ Eine einfache Gesetzesverletzung genüge demgegenüber nicht.¹⁷¹² Schon ob die Nichtberücksichtigung höchstrichterlicher Entscheidungen *offensichtlich fehlerhaft* sein könne, begegnet laut *obiter dictum* des Bundesgerichtshofs „erheblichen Zweifeln“¹⁷¹³. Das muss umso mehr gelten, wenn die richterliche Entscheidung bloß eine spezifische Einzelposition oder bestimmte Hintergrundinformationen ignoriert.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass sich für lobbying-begründete Beeinträchtigungen der *äußeren Unabhängigkeit* des Richters weder rechtlich noch tatsächlich wirksame Rechtfertigungsmöglichkeiten feststellen lassen. Die *de lege lata* bestehenden Ausnahmen für das Dienstaufsichtsrecht führen selbst bei extensiver Auslegung zu keinem anderen Ergebnis. Es gilt jedoch festzuhalten, dass die allermeisten festgestellten Lobbyingmaßnahmen schon tatbestandlich keine Verletzung der *äußeren Unabhängigkeit* darstellen.

1710 Vgl. BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16; Kment/Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 3.

1711 So Schmidt-Räntsche, DRiG, § 26, Rn. 27 mwN; sich anschließend BGH, v. 07.06.1966 – RiZ(R) 1/66, Rn. 22.

1712 BGH, v. 01.12.1983 – RiZ(R) 5/83; siehe Classen/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 30 Fn. 135.

1713 BGH, v. 07.06.1966 – RiZ(R) 1/66; BGH, v. 17.10.1977 – RiZ(R) 2/77; BGH, v. 05.02.1980 – RiZ(R) 2/79; siehe auch BVerfG, v. 03.11.1992 – 1 BvR 1243/88 – BVerfGE 87, 273–282.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

II.2.3.2) Innere Unabhängigkeit und Allgemeine Lobbyingfreiheit

Demgegenüber wird die *innere Unabhängigkeit* des Richters grundsätzlich durch jede Form interessenbezogener Beeinflussungsversuche zumindest grundsätzlich in Frage gestellt.

II.2.3.2.1) Abstraktes Spannungsfeld

Die Unparteilichkeit stellt einen Zustand dar, in welchem der Richter als am jeweiligen Verfahren nichtbeteiligter Dritter gegenüber den Prozessbeteiligten und dem konkreten Streitgegenstand sowohl Neutralität und Distanz¹⁷¹⁴ als auch Objektivität und Sachlichkeit¹⁷¹⁵ walten lässt. Die Unparteilichkeit geht einher mit der in Art. 97 Abs. 1 GG verankerten Gesetzesbindung des Richters, da allein das Gesetz und dessen Auslegung die Entscheidung des Richters beeinflussen darf.¹⁷¹⁶ Daraus folgt unter anderem die Pflicht zur Gleichbehandlung der am Rechtsstreit beteiligten Parteien,¹⁷¹⁷ aber auch dazu, keine Zweifel an der eigenen inneren Unabhängigkeit aufkommen zu lassen.¹⁷¹⁸ Das Grundgesetz setzt diesen Zustand voraus, und unterstellt Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit normativ, dass diese grundsätzlich in die Unparteilichkeit des jeweiligen Richters vertrauen. Erst bei *vernünftigen* Zweifeln an der Unparteilichkeit des Richters soll ausnahmsweise ein Zustand vorliegen, in welchem der *böse Schein der Parteilichkeit* begründet und eine Verletzung der inneren Unabhängigkeit vorliegt. Anlass zu solchen Zweifeln können inner- wie außerdienstliche Verhaltensweisen des Richters darstellen, aber auch besondere Beziehungen zu Personengruppen oder dem Streitgegenstand.

Interessenrepräsentation dagegen zielt darauf ab, die Entscheidung des Richters zu beeinflussen, zu prägen, womöglich sogar umzulenken. Sie tut

1714 BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96 mwN.

1715 BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96; BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16 Rn. 69.

1716 Siehe E.I.3.2.2); außerdem Classen/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 97, Rn. 7 mwN.

1717 Geiger, DRiZ 1979, 65, S. 66; zum Gedanken der Waffengleichheit Riedel, Postulat der Unparteilichkeit, S. 13 ff und 16 ff mwN; siehe dazu auch Vollkommer, in: Schwab/Gottwald/Prütting, FS Schwab, S. 503 mwN aus der Rechtsprechung.

1718 Vgl. Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 81; Dütz, JuS 1985, 745, S. 749 ff; Pfeiffer, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 71f; zur einfachgesetzlichen Regelung Schmidt-Räntsche, DRiG, § 39, Rn. 8–16.

dies auf unterschiedliche Weise, greift auf informationsbasierte Lobbyingmaßnahmen ebenso zurück wie auf komplexe *pressure*-Strategien, die im Einzelfall sogar die Schwelle weisungsgleichen Drucks erreichen können. Beeinflusst werden soll das Ergebnis der richterlichen Rechtsanwendung mal durch faktische Zwangslagen, mal durch Veränderungen des für die Auslegung des Rechts notwendigen richterlichen Vorverständnisses. Es kommt für das Ergebnis der Interessenrepräsentation insofern auch nicht darauf an, ob die innere Einstellung des Richters gegenüber Parteien, Verfahren und Streitgegenstand erst anlässlich des konkreten Verfahrens beeinflusst worden ist, oder die Herangehensweise an das Verfahren sich bereits aus dem Vorverständnis des Richters ableitet.

Ein Spannungsverhältnis von *innerer Unabhängigkeit* und *Lobbyingfreiheit* ist vor diesem Hintergrund bei jeder Interessenrepräsentation gegenüber Richtern denkbar. Denn stets lässt sich nicht ausschließen, dass ein Rechtssuchender die Beeinflussungsversuche als bewusst geführten Angriff auf die Gesetzesbindung des Richters versteht, und daher Zweifel an der noch gewahrten Objektivität und Neutralität hegen wird. Stets kann der Eindruck entstehen, der Richter stünde den Parteien oder dem Streitgegenstand aufgrund der lobbyistischen Interventionen nicht mehr in gleichartiger Distanz gegenüber, und hätte sich stattdessen aufgrund der wahrgekommenen und nicht abgewehrten Lobbyingbemühungen aus seiner verfassungsrechtlichen Neutralitätsposition heraus begeben.¹⁷¹⁹ Dabei geht es weniger um die Befürchtung, der Richter würde nunmehr in eigener Sache entscheiden, als darum, dass er sich voraussichtlich nicht mehr in angemessener Weise mit dem Vorbringen der Parteien und unterschiedlichen rechtlichen Argumenten und dahinterstehenden Wertungen auseinandersetzen wird.¹⁷²⁰ Dasselbe gilt, wenn der Richter durch sein inner- oder außerprozessuales Verhalten bei einem Dritten den Eindruck erweckt, eine spätere, noch nicht getroffene Entscheidung werde letztlich weniger durch Recht und Gesetz als durch rechtspolitische, ethische oder sonstige Überzeugungen bestimmt.¹⁷²¹

1719 Stellvertretend *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 9–86, 216 ff.

1720 Vgl. *BGH*, NJW 2000, 965; *Staats*, DRiG, §25, Rn. 8; auch *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 73; differenzierend *Hase*, Krit. Justiz 1984, 142, S. 157; *Hager*, ZBR 1990, 311, S.312.

1721 *Faller*, in: *Faller/Zeidler/Maunz* u.a., Festschrift Hans Joachim Faller, S. 90; *Hager*, ZBR 1990, 311, S. 312; *Dütz*, JuS 1985, 745, S. 746, 751; auch *Hill*, DRiZ 1986, 81; jeweils mit Beispielen aus der Rechtsprechungspraxis, bspw. AG Stuttgart, v.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Die *innere Unabhängigkeit* des Richters ist demnach abstrakt betroffen, wenn *vernünftigerweise* zu besorgen ist, dass die feststellbaren Lobbyingmaßnahmen das richterliche Vorverständnis und das Entscheidungsverhalten des Richters entgegen der eingeforderten Äquidistanz und Neutralität verändern könnten. Es kommt darauf an, ob aus Sicht der Rechtssuchenden der *vernünftige Anschein* entsteht, der Richter stehe den betroffenen Parteien, dem Streitgegenstand und den beteiligten Akteuren nicht mehr in gebotener Distanz und Unvoreingenommenheit gegenüber.¹⁷²²

II.2.3.2.2) Konkrete Beeinträchtigung

Hiervon zu unterscheiden ist die konkrete Beeinträchtigung der richterlichen Unparteilichkeit im jeweiligen Einzelfall. Hierbei handelt es sich um diejenigen identifizierten Maßnahmen organisierter Interessenrepräsentation, bezüglich derer eine *Verletzung der inneren Unabhängigkeit* in Betracht kommen könnte. Es ist insofern bereits ausführlich erläutert worden, dass dem sachlichen Schutzmfang der richterlichen Unparteilichkeit eine komplexe Abwägung verfassungsrechtlicher Rechtsgüter zugrunde liegt. Ziel des vorliegenden Abschnitts ist es daher, jene Fallgruppen aufzuzeigen, in denen eine Abwägung erforderlich und eine Verletzung der inneren Unabhängigkeit denkbar ist.

Von der weiteren Untersuchung ausgenommen werden fallbezogen lancierte Zeitschriften- und Zeitungsbeiträge im Sinne einer Litigation-PR. Sie konnten im Rahmen der vorliegenden Datenerhebung nicht positiv festgestellt werden.¹⁷²³

Soweit vereinzelt und ausnahmsweise *direkte Lobbyingmethoden i.e.S* festgestellt worden sind, beeinträchtigen diese typischerweise konkret die Unparteilichkeit der Richterschaft: Wird ein Richter unmittelbar und formlos von Interessenrepräsentanten im Zusammenhang mit einem konkreten oder zumindest konkretisierbaren Streitgegenstand angesprochen, und weist er diese Avancen nicht erkennbar und deutlich zurück, so scheinen die Maßnahmen zumindest geeignet, beim Rechtssuchenden einen nicht

20.07.1979 – 7 C 4632/79; AG Reutlingen, v. 18.07.1984 – 9 Cs 208/84; AG Münster, v. 26.10.1984 – 13 Ds 46 Js 254/83.

1722 Dazu BGH, v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99.

1723 Siehe D.I.A.I.2.1.1 Ziff. 1 ff; D.I.A.I.2.3 Ziff. 3 lit. c.

unbegründeten Zweifel an der weiterhin bestehenden Unvoreingenommenheit des betroffenen Richters zu wecken.¹⁷²⁴

Nichts anderes gilt im Falle *indirekter Lobbyingmaßnahmen i.e.S.* wie etwa fallbezogen lancierter Kundgebungen. Hier besteht das erkennbare Risiko, dass der jeweils zuständige Richter die Veranstaltung wahrnimmt und sich durch die öffentlich formulierte Erwartungshaltung unter Druck gesetzt fühlt, in einer bestimmten Weise zu entscheiden. Anders als für die äußere Unabhängigkeit genügen hier auch Zwangssituationen, die die Schwelle weisungsgleichen Drucks nicht erreichen.

Auch im Fall bewusst lancierter, aber *informativ* gehaltener Fachbeiträge besteht aus Sicht eines Rechtssuchenden das Risiko einer Vorwegfestlegung des Richters – dies gerade auch deshalb, weil solche externen Schriftsätze insbesondere bei in Aussicht stehenden Massenverfahren festgestellt werden konnten, bei denen ein richterliches Interesse an Hilfestellungen aus der Literatur und Praxis regelmäßig anzunehmen sein dürfte.

In allen genannten Fällen ist regelmäßig davon auszugehen, dass der jeweilige Richter von der Kundgebung, dem reißerischen Medienecho oder dem zugeschnittenen Fachaufsatz auch tatsächlich erfahren wird. Eine bloße Wahrnehmungsvermutung könnte zu keiner Beeinträchtigung der inneren Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG führen.¹⁷²⁵ Indes besteht zumindest im Fall größerer Gerichte eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass fallbezogene Informationen aus Fach- und Alltagsmedien ihren Weg zu den zuständigen Richterinnen und Richtern finden. Nichts anderes dürfte trotz vorgebrachter Zweifel auch für Demonstrationen und ähnliche Kampagnenstrategien gelten.¹⁷²⁶

Auch und gerade aufgrund von Maßnahmen des *Public Affairs Management*¹⁷²⁷ kommen Zweifel an der inneren Unabhängigkeit des Richters in Betracht, und zwar auch deshalb, weil die Richterschaft diesen Methoden gegenüber durchaus offen, jedenfalls aber weit weniger ablehnend gegenübersteht.¹⁷²⁸ Insofern könnte ein Rechtssuchender mit Blick auf das vorgeprägte fachliche Vorverständnis der Richterschaft Anstoß daran finden, wenn Richterinnen oder Richter an interessengeneigten Fortbildungen oder Tagungen teilgenommen und diese womöglich sogar selbst mitgestal-

1724 Siehe dazu schon E.I.3.3.1.

1725 Vgl. BGH, v. 27.01.1955 – 3 StR 591/54; auch Strecker, ZRP 1984, 122, S 126.

1726 Dazu D.I.A.I.2.2., D.I.A.I.2.3.

1727 Insgesamt D.II.A

1728 Siehe D.II.A.4.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

tet haben, oder aber sich nach außen hin erkennbar durch interessengeneigte Kommentare, Zeitschriften, Diskussionsforen oder sonstige Informationsquellen ein eingefärbtes Bild gemacht haben könnten.¹⁷²⁹

Entsprechende Zweifel an der streitgegenstandsbezogenen *inneren Unabhängigkeit* können auch daher röhren, dass der im Einzelfall berufene Richter in Bezug auf eine verfahrensähnliche Entscheidung erheblicher öffentlicher Kritik, also Urteilsschelten oder kritischen öffentlichen Kommentaren und Kundgebungen ausgesetzt gewesen ist.¹⁷³⁰

Eine verfahrens- und stellgegenstandsbezogene Parteilichkeit kann auch in der Teilnahme des jeweiligen Richters an interessengeneigten Gesprächskreisen gesehen werden, wobei diese gleichzeitig auch die Möglichkeit bieten, das personenbezogene Vorverständnis der Richterschaft positiv zu beeinflussen.¹⁷³¹ Der Zweifel an der verfassungsrechtlich eingeforderten Äquidistanz des Richters mag dabei aus Sicht der Rechtssuchenden umso deutlicher ausfallen, je enger der jeweilige Richter in die jeweiligen Gemeinschaften persönlich eingeflochten ist.¹⁷³²

Eine besonders wirkungsstarke und deshalb erst recht in Konflikt mit Art. 97 Abs. 1 GG stehende Einflussnahme stellt es dar, wenn *Public Affairs Maßnahmen mit Lobbyingmethoden kombiniert* werden. Solche Gesamtstrategien konnten insbesondere in Form sich wiederholender Fachgesprächskreise, damit verbundener Veröffentlichungen von Zeitschriften und Kommentaren samt eingestreuter Einzelfallinterventionen festgestellt werden. Ist ein Richter über sich wiederholende Fortbildungs- und Diskussionstagungen, bei welchen er zumindest teilweise auch selbst durch eigene Vorträge im Bereich der Nebentätigkeiten entgeltlich tätig ist, Teil eines wissenschaftlichen oder fachlichen Netzwerks, welches auch Praktiker und Vertreter von Interessengruppen miteinbezieht, besteht aus Sicht von Interessenrepräsentanten die Möglichkeit, langfristige Einflussnahmeversuche vorzunehmen. Diese allgemein gehaltenen Versuche können durch einzelfallbezogene, konkrete Ansprachen ergänzt werden, um auf diese Weise besonders markant Meinungen und Positionen gegenüber dem betroffenen Richter zu positionieren.¹⁷³³ Gerade weil diese Kombination aus einzelfall-

1729 Siehe oben; siehe *Friesenhahn*, JZ 1966, 704, S. 707f.

1730 Insgesamt D.I.A.2.

1731 Siehe D.II.A.1, D.II.A.2.

1732 Siehe oben; in diesem Zusammenhang *Keilani*, Richterin in Mietstreit in der Kritik, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/ein-fall-von-befangenheit-richterin-mietstreit-in-der-kritik/7995596.html> [Stand: 01.01.2022].

1733 Siehe D.I.A.1.1.1 Ziff.5

bezogener und langfristig orientierter Interessenrepräsentation aus Sicht der Interessenrepräsentanten besonders erfolgsversprechend erscheint, besteht aus Sicht eines Rechtssuchenden hinreichender Anlass, in einem späteren Verfahren an der Unparteilichkeit eines in einschlägigen Zusammenhängen eingebundenen Richters zu zweifeln.

Demgegenüber *keine hinreichend konkrete Beeinträchtigung der inneren Unabhängigkeit* des Richters dürften regelmäßig solche Lobbyingmaßnahmen i.e.S. oder auch Public Affairs Methoden darstellen, die *von Privatpersonen* herrühren. Solche den Tatbestand des Lobbyings erfüllende, gegenüber Richterinnen und Richtern vorgebrachte Meinungen und Äußerungen dürften regelmäßig ungeeignet sein, das Entscheidungsverhalten der Richterschaft oder das richterliche Vorverständnis zu beeinflussen.¹⁷³⁴ Hierfür spricht schon, dass entsprechende Avancen typischerweise entweder nachdrücklich zurückgewiesen, oder aber schlachtweg ignoriert werden. Aber selbst dort, wo Richterinnen und Richter die Positionen der Privatpersonen wahrzunehmen bereit sind, dürften Rechtssuchende in aller Regel keinen Anlass dazu haben, an der Unparteilichkeit oder Neutralität der entscheidenden Richterinnen zu zweifeln: Zu distanziert positioniert sich die Richterschaft zu solchen Eingaben, zu gering ist die Tiefe und Verwertbarkeit der dort vorgebrachten Argumente für die richterliche Aufgabe.¹⁷³⁵

Damit scheinen im Ergebnis fast alle festgestellten Maßnahmen der Interessenrepräsentation geeignet zu sein, die innere Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter zu beeinträchtigen. Faktisch bestehen die größten zu erwartenden Spannungen bei den höchstinstanzlichen Gerichten: Denn gerade diesen gegenüber konnten am ehesten aufeinander abgestimmte Lobbyingmaßnahmen festgestellt werden.¹⁷³⁶

II.2.3.2.3) Zwischenergebnis und Auflösung des Spannungsfelds: Regelmäßige Rechtfertigung und nur ausnahmsweise Verletzung

Trotz der überragenden Bedeutung der richterlichen Unparteilichkeit für die Errichtung und Erhaltung einer vertrauenswürdigen und deshalb

1734 Vgl. D.III.A.

1735 Siehe D.II.A.4.

1736 Siehe D.III.A.1; D.III.A.3; D.III.B.1

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

machtvollen Judikative¹⁷³⁷ unterliegt auch diese den allgemeinen Schranken der Verfassung. Zur Bestimmung etwaiger Verstöße kommt es daher wie bereits mehrfach angekündigt und ausführlich hergeleitet auf eine umfassende Rechtsgüterabwägung mit der Zielsetzung zu erreichender praktischer Konkordanz an.¹⁷³⁸ Auf diese Weise sollen gegenläufige Interessen von Verfassungsrang wie jenes an effizientem staatlichem Handeln und dienstförderlichen Nebentätigkeiten einerseits und grundrechtsbewährte oder durch die Unabhängigkeit geschützte Freiräume andererseits jeweils bestmöglich zur Entfaltung kommen.¹⁷³⁹

Wie auch bei der *äußeren Unabhängigkeit* ist diese Abwägung auch für die *richterliche Unparteilichkeit* auf Ebene des Schutzbereichs bzw. des Tatbestands vorzunehmen. Für einen bei *vernünftiger* Betrachtung gerechtfertigten Zweifel an der Unparteilichkeit des Richters und damit für einen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen die *innere Unabhängigkeit* aus Art. 97 Abs. 1 GG kommt es daher darauf an, dass die *zugunsten* des problematisierten Umstands einzubeziehenden Verfassungsbestimmungen im konkreten Fall hinter den diesem Umstand *widersprechenden* Normen und Prinzipien des Grundgesetzes zurückzutreten haben.¹⁷⁴⁰

Weil trotz Jahrzehntelanger Rechtsprechungspraxis in Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit kein präziser Maßstab und hinreichend trennscharfe Kriterien für die Bestimmung des Schutzbereichs herausgearbeitet werden konnte, behilft sich die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur mit wenig trennscharfen, präjudizorientierten Fallgruppen. Für die Zwecke dieser Untersuchung können insofern folgende Fallgruppen möglicherweise anwendbarer Parteilichkeitsgründe herangezogen werden: Einerseits eine *außergewöhnliche Nähebeziehung des Richters*, andererseits ein

1737 Stellvertretend Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn.32 ff mwN; BVerfG, v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17 –BVerfGE 153, 1–72, Rn. 91.

1738 Vgl. Dütz, JuS 1985, 745, S. 751; Schmidt-Jortzig, NJW 1984, 2057, S. 2016 mwN; auch Dütz, JuS 751; Schmidt-Jortzig NJW 1984, 2060 mwN, mit Blick auf § 39 DRiG auch BVerfG, v. 30.08.1983 – 2 BvR 1334/82; kritisch Fangmann, Krit. Justiz 1988, 167, S. 170.

1739 Dazu siehe E.I.3.2.2.

1740 Vgl. stellvertretend BVerfG, v. 19.10.1982 – 1 BvL 34/80 –BVerfGE 61, 126–138; BVerfG, v. 24.04.1985 – 2 BvF 2/83 –BVerfGE 69, 1–92, (1); BVerfG, v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137; aus der Lehre grundlegend Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht; dazu auch Grzeszick/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20, Rn. 107ff; Huster/Rux/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20, Rn. 189 ff, jeweils mwN.

festgestelltes *unübliches Verhalten des Richters*, zuletzt – als eigenständige Gruppe – *externe Ingerenzversuche* als solche.

Bei der im Folgenden vorgenommenen Anwendung dieser Fallgruppen auf die vorstehenden Sachverhalte sei nochmals die zusammenfassende These dieser Arbeit in Erinnerung gerufen: Ein Richter, der nichts *Verbotenes* oder für seine Position *Unübliches* tut, bleibt im Ergebnis unparteiisch.¹⁷⁴¹ Regelmäßig wird daher nicht von einer Verletzung der inneren Unabhängigkeit auszugehen sein.

II.2.3.2.3.1) Außergewöhnliche Nähebeziehung des Richters

Die erstgenannte Fallgruppe versucht jene Zusammenhänge zu erfassen, bei denen der Richter entweder eine besondere persönliche Nähe zu einer der Prozessparteien aufweist, oder aber in besonderer Weise dem Streitgegenstand inhaltlich verbunden ist. Letzteres kann sich insbesondere daraus ergeben, dass der Richter entweder mit der *konkreten* Streitsache bereits einmal befasst gewesen ist, oder aber, weil er sich im Vorfeld seiner amtlichen Fallzuständigkeit mit der rechtlichen oder tatsächlichen Problematik *abstrakt* – beispielsweise wissenschaftlich, schriftstellerisch oder gesellschaftspolitisch – *bereits auseinandergesetzt* hat. Gemeinsam ist diesen Fällen die Annahme, dass der Richter nicht mehr als nichtbeteiligter Dritter wahrgenommen werden könnte, da die in seiner Person liegenden Verbindungen womöglich die von Art. 97 GG geforderte Äquidistanz und Neutralität stören.¹⁷⁴²

Die Fallgruppe ist nur teilweise auf die vorliegenden Lobbyingsachverhalte übertragbar. So sind Einflussnahmeversuche und Annäherungen der Prozessparteien schon definitionsgemäß kein Lobbying. Womöglich wird sich der Gedanke der parteilichkeitsbegründenden Näheverhältnisse auf *Nähebeziehungen zu intervenierenden Drittpartei* übertragen lassen. Nicht ersichtlich ist außerdem, wie die festgestellten Lobbyingmaßnahmen zu einer *konkreten* Vorbefassung des Richters führen könnten. Hierfür müssten die Interessenrepräsentanten zumindest zu einem früheren Zeitpunkt bereits einmal selbst Prozesspartei gewesen sein. Solche Sachverhalte dürfen jedoch schon nicht unter das hiesige Verständnis von Interessenreprä-

1741 Siehe hierzu ausführlich E.II.2.2.2.3, insbesondere E.II.2.2.2.3.5.

1742 Vgl. Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 8 ff, 13 ff; Kimmel/Posser/Wolf, BeckOK VwGO, § 54, Rn. 27 f.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

sentation fallen, und sind im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ohnehin auch nicht gesondert festgestellt worden.

Angesichts der Lobbyingbemühungen besonders gut organisierter Interessenrepräsentanten könnte jedoch vor allem eine womöglich fallgruppenrelevante *abstrakte Vorbefassung* mit dem später streitgegenständlichen Sachverhalt vorliegen: Der Richter wird schließlich durch externes *Agenda Setting*¹⁷⁴³ und zielgerichtete Problemorientierung auf eine rechtspolitische Thematik hingewiesen und mit interessengerechten Hintergrundinformationen in seinem Vorverständnis – möglicherweise entscheidend – vorgeprägt. Interessenrepräsentanten könnten auf diese Weise versuchen, den Richter früh und aus bestimmter Perspektive auf ein rechtliches oder rechtspolitisches Problem hinzuweisen, welches sich dann in späteren konkreten Streitverfahren entscheidungserheblich stellen wird.

Eine Vielzahl der festgestellten Lobbyingsachverhalte lassen sich als Ver such beschreiben, die Richterschaft zu einer solchen abstrakten Vorbefassung zu bewegen. Dies gilt einerseits für festgestellte *Public Affairs Management* Maßnahmen wie die Organisation interessenorientierter Fachtagungen und Fortbildungen, die Veröffentlichung einseitiger Kommentare und Zeitschriften, sowie die Einbeziehung der Richterinnen und Richter durch eigene Vortragstätigkeiten.¹⁷⁴⁴ Aber auch die zahlreichen erst fallbezogen lancierten Aufsätze¹⁷⁴⁵ können als *indirektes Lobbying* einen Sachverhalt nach sich ziehen, welcher als *abstrakte* richterlicher *Vorbefassung* mit dem Streitgegenstand zu begreifen ist. Und auch im Fall bewusst lancierter, aber *informativ* gehaltener Fachbeiträge besteht aus Sicht eines Rechtssuchenden das Risiko der abstrakten Vorbefassung des Richters – dies gerade auch deshalb, weil solche externen Schriftsätze insbesondere bei in Aussicht stehenden Massenverfahren festgestellt werden konnten, bei denen ein mutmaßliches richterliches Interesse an Hilfestellungen aus der Literatur und Praxis besteht.¹⁷⁴⁶ Ist ein lancierter Fachaufsatz inhaltlich überzeugend und argumentativ sauber aufgebaut, mag sich der Richter aus nachvollziehbaren Gründen derart eng an der vorgeschlagenen Lösung orientieren, dass neue Argumente der Prozessparteien gar nicht mehr wirklich wahrgenommen und gedanklich verarbeitet werden können: Sei es aus eingekehrter „Routi-

1743 Siehe C.IV.1.3.

1744 Zusammenfassend D.II.B.3.

1745 Dazu D.I.A.2.1.

1746 Siehe D.I.A.2.I.2.; D.I.A.3.

ne“¹⁷⁴⁷ sei es aufgrund des im lancierten Aufsatz vorgeschlagenen und an sich überzeugenden, jedoch für die Gegenargumentation zu engen dogmatischen Korsetts – oder auch, weil Gegenpositionen im bewusst außen vor gelassen oder bereits als vollkommen irrelevant eingestuft worden sind.

Nach herrschender Meinung begründen solche abstrakten Zusammenhänge *vernünftigerweise* jedoch *keine Zweifel* an der richterlichen Unparteilichkeit.¹⁷⁴⁸ Stellvertretend formuliert § 39 DRiG deshalb gerade keine Pflicht zur Bindungs- und Kontaktlosigkeit, und verbietet es dem Richter mithin auch nicht, sich durch den Besuch auf Fachtagungen oder das Lesen von Fachzeitschriften in die Gefahr abstrakter Vorbefassungen zu begeben. Stattdessen wird vom Richter nicht mehr verlangt als ein *maßvolles* Verhalten, bei dem er sich eine gedankliche Freiheit und Offenheit *vernünftigerweise* bewahren kann.¹⁷⁴⁹

Dieses Ergebnis kann kaum überraschen: Vergegenwärtigt man sich die restriktive Rechtsprechung in Bezug auf Fälle *konkreter* Vorbefassung, wird man für *abstrakte* Vorprägungen des richterlichen Vorverständnisses *erst recht* keine vernünftigen Zweifel erkennen können. So soll selbst der Umstand, dass ein Richter bereits früher mit einer konkreten Sache amtlich befasst war, außerhalb des Anwendungsbereichs von § 41 Nr. 6 ZPO solange keine Besorgnis der Parteilichkeit begründen, als diese *konkrete Vorbefassung* im justizinternen Karriereweg und Abordnungsverfahren allgegenwärtig und *üblich* ist.¹⁷⁵⁰ Erst im Falle einer *atypischen konkreten* Vorbefassung sollen die scheinbar klaren Bedenken der Rechtssuchenden ausnahmsweise

1747 Vgl. *Pfeiffer*, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 70f.

1748 Vgl. BVerfG, v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96 –BVerfGE 102, 122–126; BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01; BGH, v. 25.06.2016 – III ZR 140/15; BSG, v. 01.03.1993 – 12 RK 45/92; OLG Köln, v. 06.01.2000 – 14 WF 192/99; noch weiter gehend BVerfG, v. 05.02.1997 – 1 BvR 2306/96 –BVerfGE 95, 189–192; Bendtsen/Saenger, ZPO, § 42, Rn. 22; Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 45, Rn. 13a; siehe *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 65 ff mwN.

1749 Siehe *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 3; *Schmidt-Räntsche*, DRiG, § 39, Rn. 7, 10–12, 14 ff; *Benda*, DRiZ 1975, 166, S. 168; *Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 25; auch *Hase*, Krit. Justiz 1984, 142, S. 156 ff mit Perspektive auf eine liberale pluralistische Gesellschaft.

1750 Vgl. BVerfG, v. 26.01.1971 – 2 BvR 443/69 – BVerfGE 30, 149; BGH, v. 01.12.1982 – 2 StR 210/82; BGH, v. 25.04.1984 – BGH 3 StR 103/84. Bendtsen/Saenger, ZPO, § 42, Rn. 16; Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 16f; Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 50f, 59; Bosbach/Dölling u. a., Strafrecht Kommentar, StPO, § 24, Rn. 13f mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

eine Parteilichkeit begründen können¹⁷⁵¹ – auch wenn unklar bleibt, wann dies der Fall sein soll.¹⁷⁵²

Eine solche *Üblichkeit der Umstände* ist im Falle der abstrakten Vorbeifassung in nahezu allen angesprochenen Fällen gegeben. Wie § 18 Abs. 2 BVerfGG und § 39 DRiG zumindest auszughalt klarstellen, gibt beispielsweise das politische Engagement des Richters in dessen Freizeit oder seine Mitgliedschaft in vorverständnisprägenden Vereinigungen wie politischen Parteien, Verbänden oder Religionsgemeinschaften für sich genommen keinen Anlass zu begründeten Zweifeln an der richterlichen Unparteilichkeit.¹⁷⁵³ Eine entsprechende Mitgliedschaft ist vielmehr Ausdruck ausgeübter Freiheit – mithin ein strukturbedingtes persönliches Moment,¹⁷⁵⁴ das aufgrund seiner Üblichkeit und Rechtmäßigkeit auch mit Blick auf die richterliche Unparteilichkeit hinzunehmen ist. Dasselbe hat zu gelten für jede andere aktive Mitgliedschaft in Vereinigungen,¹⁷⁵⁵ Gewerkschaften¹⁷⁵⁶ oder Interessenverbänden.¹⁷⁵⁷

Denn das richterliche Vorverständnis, welches eben auch durch eine fallunabhängige Auseinandersetzung mit rechtlichen Fragestellungen ausgebaut und geprägt wird, ist unvermeidlicher Bestandteil menschgemachter

1751 BGH, v. 11.06.2014 – 2 StR 489/13, Rn. 25 mwN.

1752 Für Befangenheit im Falle der Erhebung der Anklage als ermittelnder Staatsanwalt im nun als Strafrichter zu entscheidenden Verfahren KG BeckRS 2007, 03716; dagegen OLG Oldenburg BeckRS 2015, 20744; siehe auch Conen/Tsambikakis/Knauer *u. a.*, MüKO StPO, § 24, Rn. 55 ff mwN; Cirener/Graf, BeckOK StPO, § 24, Rn. 14 mwN.

1753 BAG, v. 07.11.2012 – 7 AZR 646/10, Rn. 21; vgl. BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14; BGH, v. 16.05.2018 – PatAnwSt (R) 1/18; VGH Mannheim, v. 21.01.1975 – IV 1591/74; OLG Koblenz, v. 14.03.1969 – 4 W 69/69; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 10f, mwN; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 24, Rn. 1Ia; Cirener/Graf, BeckOK StPO, § 24, Rn. 12; auch Gilles, DRiZ 1983, 41, S. 48; vgl. Lemppenau, DRiZ 1992, 381; Schwab/Hawickenbrauck, JZ 2019, 77; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 43 ff; zum historischen und politischen Hintergrund dieser alleinstellenden deutschen Entscheidung zugunsten des in diesem Sinne „politischen Richters“, Schmidt-Räntsche, DRiG, § 39, Rn. 4f, 14 ff, 36 mwN.

1754 Wassermann, DRiZ 1987, 144, S. 146; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 46.

1755 BGH, v. 19.01.1962 – 3 StR 41/61; BGH, v. 19.05.1992 – 1 StR 173/92; Heinrich/Musielak/Voit, ZPO, § 42, Rn. 8 mwN; Conen/Tsambikakis/Knauer *u. a.*, MüKO StPO, § 24, Rn. 26 mwN.

1756 BVerfG, v. 15.03.1984 – 1 BvR 200/84; OLG Koblenz, v. 14.03.1969 – 4 W 69/69; VGH Mannheim, v. 21.01.1975 – IV 1591/74.

1757 Dütz, JuS 1985, 745, S. 749 ff, 753; Göbel, NJW 1985, 1057, S. 1060; Zachert, AuR 1985, 14, S. 18 ff.

Rechtsprechung.¹⁷⁵⁸ Seine Existenz und damit auch die notwendigerweise Unterschiedlichkeit richterlicher Vorverständnisse finden ihre Rechtfertigung sowohl in der richterlichen Unabhängigkeit,¹⁷⁵⁹ der Grundrechtsbefähigung der Richterschaft, als auch in der dem Grundgesetz zugrundeliegenden freiheitlichen, pluralistischen Gesellschaft.¹⁷⁶⁰ Die Verfassung verlangt gerade nicht das Unmögliche: einen im Amt aufgehenden Richter ohne jegliche eigene Persönlichkeit.¹⁷⁶¹ Sie toleriert stattdessen die politisch und gesellschaftlich divers engagierte Richterin.¹⁷⁶² Übliche Umstände sollen deshalb gerade keinen *begründeten Zweifel* an der richterlichen Unparteilichkeit nach sich ziehen können.¹⁷⁶³ Allenfalls in jenem Sonderfall, in welchem der Richter aufgrund seines konkreten Auftretens den Anschein erweckt, doch einmal starr und voreingenommen in seiner vorab gefassten Meinung zu verharren, könne ausnahmsweise etwas anderes gelten.¹⁷⁶⁴

Dieses Ergebnis steht sicher nicht zufällig im Interesse sowohl der Justizverwaltung als auch der Judikative an einem effizienten, ressourcenschonenden und fachlich möglichst fundierten Gerichtsverfahren. Befasst sich die Richterschaft aktiv mit rechtspolitisch problematischen Sachverhalten und sammelt bereits früh außerdienstlich Meinungen und Hintergründe, so beschleunigt und verbessert sie dadurch letztlich auch die konkrete Fallbearbeitung.¹⁷⁶⁵ Bei dieser Gelegenheit werden – ebenfalls im öffentlichen

1758 Siehe *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 76f; *Sender*, NJW 1984, 689, S. 696; siehe auch siehe OVG Lüneburg, v. 10.12.1985 – 5 A 43/85; vgl. *Schulze-Fielitz/Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 38; VG Lüneburg, Urteil vom 10.12.1985 – 5 A 43/85; vgl. *Schulze Fielitz* Art. 97 Rn. 38; *Clasen/von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 18 ff mwN.

1759 Zur Einschätzung BVerfG, v. 30.08.1983 – 2 BvR 1334/82; *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 73; *Strecker*, ZRP 1984, 122, S. 126; *Hase*, Krit. Justiz 1984, 142, S. 154; *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 141; allgemein und umfassend *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit.

1760 Vgl. insofern weitreichend BVerfG, v. 13.05.1953 – 1 BvR 344/51; dazu *Klein/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 18, Rn. 7f.

1761 *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S.31ff; *Ventzke*, NStZ 2016, 219, S. 219f; dazu auch BGH, v. 12.01.2016 – 3 StR 482/15.

1762 *Heimeshoff*, DRiZ 1975, 261, S. 264.

1763 Stellvertretend BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 22f mwN.

1764 *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 58; *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 117; *Göbel*, NJW 1985, 1057, S. 1060; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 175; siehe insofern BVerfG, v. 19.08.1996 – 2 BvR 115/95; auch BayVerfGH, v. 13.08.2018 – Vf. 2-VII-17.

1765 Vgl. zu weiteren Zwecken Sauer/Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 19, Rn. 5; siehe BVerfG, v. 15.09.1998 – 2 BvE 2/93 –BVerfGE 99, 51–57; BVerfG, v. 19.07.2016 – 2 BvC 46/14 –BVerfGE 142, 302–312.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Interesse -Überlegungen des Gerichts und angedeutete Rechtsprechungstendenzen gegenüber Wissenschaft und Anwaltschaft im Rahmen von Vorträgen oder Veröffentlichungen erläuternd vermittelt, ohne dass hierdurch amtsbezogene Zeiteinbußen oder Vergütungen notwendig würden. Die abstrakte Vorbefassung wird daher als unverzichtbarer – und deshalb auch im Rahmen der Unparteilichkeit hinzunehmendes – Bestandteil des Richterberufs verstanden.¹⁷⁶⁶

Von der herrschenden Meinung nicht weiter ausgeführt wird die Frage, ob eine von außen angeregte, angeleitete und womöglich manipulierte Vorbefassung des Richters anders zu bewerten ist als eine vom Richter autonom beschlossene Vorverständnisbildung. Nach allem kann hierauf richtigerweise auch keine Rücksicht genommen werden. Denn auch außerhalb lobbyistischer Sachverhalte können externe Einflüsse Anlass zu einer Vorbefassung sein: Journalistische Reportagen in Massen- oder Fachmedien, private Meinungsäußerungen von Freunden, Kollegen oder auch nur Bekannten, Überlegungen aus Literatur und Kunst – die Möglichkeiten externer Impulse sind nicht zu überblicken. Ob eine abstrakte Vorbefassung mit einer Problematik tatsächlich autonom erfolgt oder wie auch immer von außen initiiert worden ist, ist daher nicht nachvollziehbar und in allerhöchstem Maße zufällig. Es könnte nicht überzeugen, hiervon die Begründetheit eines Parteilichkeitszweifels abhängig zu machen.

Die Anwendung der vorgenannten Fallgruppe führt in den festgestellten Sachverhalten zu keinen feststellbaren Verletzungen der richterlichen Unparteilichkeit durch Lobbying.

II.2.3.2.3.2) Unübliches Verhalten des Richters

Die eigene *innere Unabhängigkeit* zu wahren ist verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Pflicht jedes einzelnen Richters. Gerade das von außen wahrnehmbare Verhalten des Richters kann einen Zweifel an dessen Unparteilichkeit begründen. Statt aus der Nähe des Richters zu einer Prozesspartei oder dem Streitgegenstand eine sich *in der Zukunft* womöglich zeigende parteiliche Behandlung der Verfahrenssache abzuleiten, knüpft die im Folgenden zusammengefasste Fallgruppe tendenziell an bereits *vergan-*

1766 *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 59; *Sarstedt*, JZ 1966, 314, S. 315; *Dürholt*, ZRP 1977, 217, S. 218; *Hase*, Krit. Justiz 1984, 142, S. 154; siehe dazu auch D.II.A.4 Nr. 3 lit. b.

genes Verhalten an.¹⁷⁶⁷ Verlässt es den Rahmen des normativen Normalprozesses¹⁷⁶⁸ und des *Üblichen*, soll es belegen können, dass der Richter sich dem konkreten Verfahren innerlich nicht mehr unbefangen nähert.

Der umfassenden Mäßigungspflicht aus § 39 DRiG entsprechend werden hiervon sowohl Handlungen und Unterlassungen *außerhalb* des eigentlichen Prozesses erfasst als auch solche Maßnahmen, die der Richter *anlässlich seines Dienstes* vornimmt. Dem Grunde nach ist jedes dem Richter zu-rechenbare Verhalten tauglich, seine Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen, sofern es aus Sicht eines *vernünftigen* Betrachters geeignet ist, auf eine innerliche Vorabfestlegung und ein Fehlen der vorausgesetzten gedanklichen Freiheit zu schließen.¹⁷⁶⁹

Anlass zur Richterablehnung aufgrund dieser Fallgruppe haben daher schon die Art und Weise der Verfahrensführung¹⁷⁷⁰ oder die Ablehnung von beantragten Terminsverschiebungen gegeben,¹⁷⁷¹ aber auch innerprozessual geäußerte Rechtsauffassungen in Form von richterlichen Hinweisen zugunsten oder zulasten einer Partei¹⁷⁷² wecken bei Rechtssuchenden nicht selten Zweifel an der Unparteilichkeit der Richterin.¹⁷⁷³ Auch die bereits im Rahmen des verfassungsrechtlichen Schutzmangels diskutierten außerprozessualen Meinungsaußerungen des Richters¹⁷⁷⁴ sind wiederholt Gegenstand von Ablehnungsanträgen. Selbiges gilt für Betätigungen der Richter-

1767 Die Unterscheidung der Fallgruppen muss jedoch weniger als trennscharfe Kategorisierung denn als Orientierungshilfe bezeichnet werden, vgl. Bosbach/*Dölling u. a.*, Strafrecht Kommentar, StPO, § 24, Rn. 9.

1768 *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 161

1769 Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 17 mwN; vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 24, Rn. 15; vgl. *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 3; *Benda*, DRiZ 1975, 166, S. 168.

1770 OLG Hamm, v. 23.12.2014 – 4 WF 283/14, Rn. 11 ff; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 31; *Meissner/Schenk/Schoch/Schneider*, VwGO, § 54, Rn. 42 ff; Bosbach/*Dölling u. a.*, Strafrecht Kommentar, StPO, § 24, Rn. 16.

1771 BGH, v. 06.04.2006 – V ZB 194/05, Rn. 31 ff; OLG Frankfurt a.M., v. 08.06.2016 – 6 W 61/16, Rn. 3 ff; OLG Brandenburg, v. 09.07.2019 – 13 WF 146/19, Rn. 3 ff; *Bork/Stein/Jonas*, ZPO, § 42, Rn. 14 mwN in Fn. 81; Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 20.

1772 BVerfG, v. 24.03.1976 – 2 BvR 804/75 –BVerfGE 42, 64–88; auch OLG Brandenburg, v. 01.07.2019 – 1 W 15/19, Rn. 12; OLG Jena, v. 20.02.2017 – 6 W 52/17, Rn. 10; *Vollkommer/Zöller*, ZPO, § 42, Rn. 26 mwN; Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 22 ff.

1773 BGH, v. 12.10.2011 – V ZR 8/10, Rn. 7 ff; BAG, v. 20.08.2019 – 3 AZN 530/19, Rn. 15; OLG Dresden, v. 19.05.2020 – 4 W 300/20; OLG Karlsruhe, v. 26.11.2013 – 17 U221/12; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 28.

1774 Siehe E.I.3.2.2.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

rinnen und Richter in Wissenschaft¹⁷⁷⁵ und Politik¹⁷⁷⁶ – insbesondere dann, wenn der Richter bei diesem Engagement Wissen verwertet, dass er zumindest auch im Rahmen seiner richterlichen Tätigkeit erworben hat.¹⁷⁷⁷ Und auch die Teilnahme an Fachtagungen wurde bereits als Verdacht erwecken-de Handlung gerügt.¹⁷⁷⁸ Die insofern besonders weit gefasste Fallgruppe gerät daher ersichtlich in Konflikt sowohl mit den weiter oben festgestellten innerdienstlichen Entscheidungsspielräumen als auch den dem Grunde nach auf eine endlose Zahl an Sachverhalten anwendbaren Grundrechten der Richterschaft.

Versucht man, die zu diesen Rügen ergangene Rechtsprechung auf die festgestellten Lobbyingsachverhalte zu übertragen, kommt allenfalls eine mittelbare Anwendung in Betracht.¹⁷⁷⁹ Die lobbyistischen Interventionen, Einladungen und Informationsvermittlungen sind dem Richter nicht unmittelbar zuzurechnen, können jedoch ein Verhalten des Richters auslösen, welches wiederum auf seine innere Vorabfestlegung hinweisen könnte. Insofern kommen grundsätzlich alle skizzierten Lobbyingversuche als potenzielle Ursachen eines späteren rügbaren richterlichen Verhaltens in

1775 Vgl. BVerfG, v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96 –BVerfGE 102, 122–126; BVerfG, v. 11.10.2011 – 2 BvR 1010/10; BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 –BVerwGE 78, 216–223; Grabenwarter/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art.5 Abs.1, Abs.2, Rn. 80 ff; Gärditz/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 3, Rn. 52 ff; *Käßner* in: Scheffczyk/Wolter, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 22f mwN; *Hager*, Freie Meinung und Richteramt, S. 130 ff mwN; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 45f; *Faller*, in: Faller/Zeidler/Maunz u.a., Festschrift Hans Joachim Faller, S. 89 ff mwN, S. 92 f; *Münchhausen*, DRiZ 1969, 3; *Heimeshoff*, DRiZ 1975, 261, S. 264; *Benda*, ZRP 1977, 1, S. 4; *Dürholt*, ZRP 1977, 217, S. 218; *Wipfelder*, DRiZ 1983, 337, S. 341; *Hase*, Kritische Justiz 1984, 142; *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, S. 142; *Sendler*, NJW 1984, 689, S. 690–696; *Dütz*, JuS 1985, 745, S. 751f; *Fangmann*, AuR 1985, 7, S. 10 ff; *Hager*, ZBR 1990, 311, S. 313–315; *Engelken*, ZRP 1998, 50, S. 50–52; *Badura*, ZBR 2000, 109, S. 114; *Wagner*, DÖD 2007, 106; Gärditz, ZBR 2009, 145, S. 147; *Rieble*, DRiZ 2009, 156, S. 159f; *Rieble*, DRiZ 2009, 185, S. 185 ff; siehe insgesamt nochmals Stackmann/*Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 26 ff mwN; *Berglar*, ZRP 1984, 4; *Strecker*, ZRP 1984, 122, S. 123 mwN, auch nochmals S. 126

1776 BVerfG, v. 25.01.1984 – 1 BvR 272/81 –BVerfGE 66, 116–151.

1777 Vgl. BVerfG, v. 12.03.1996 – 1 BvR 609/90, Rn. 43 ff.

1778 BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14, Rn. 11; BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01; siehe BVerwG, v. 30.06.1983 – 2 C 57/82 –BVerwGE 67, 287–300, Rn. 28; *Heimeshoff*, DRiZ 1975, 261, S. 264; *Sendler*, NJW 1984, 689, S. 690 ff; *Rudolph*, DRiZ 1987, 337; *Rudolph*, NJW 1997, 2928; auch *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäuße-rungen, S. 65 ff; *Schneider*, DRiZ 1978, 42, S. 44f.

1779 Dazu ausführlicher unten bei E.II.2.3.2.3: *Einflussnahmeversuche Dritter auf den Richter*

Betracht: Sowohl die ausnahmsweise festgestellten unmittelbaren Druckszenarien als auch die regelmäßig stattfindenden, langfristig angelegten Maßnahmen des *Public Affairs Managements* sind geeignet, richterliche Verhaltensweisen in einer solchen Weise zu beeinflussen und herbeizuführen, dass Rechtssuchende an diesen Anstoß nehmen.¹⁷⁸⁰ Ob der Richter sich aber tatsächlich rügbar verhält und wie er auf die lobbyistischen Einflüsse reagieren wird, ist letztlich von der konkreten Persönlichkeit des Richters abhängig.¹⁷⁸¹

So weit die Fallgruppe auch gefasst ist, so selten sieht die Rechtsprechung in den genannten Handlungen und Äußerungen daher *begründeten* Anlass, an der richterlichen Unparteilichkeit zu zweifeln. Verhaltensweisen, die vom Richter verfahrensrechtlich oder anderweitig erwartet werden, oder aber trotz des Mäßigungsgebots aus § 39 DRiG aufgrund der außerdienstlich entfalteten Grundrechte, innerdienstlicher Entscheidungsspielräume oder aber aufgrund sonstiger Überlegungen im überwiegenden öffentlichen Interesse stehen,¹⁷⁸² sollen bei einem *vernünftigen* Rechtssuchenden nach herrschender Meinung keine Zweifel hervorrufen können.¹⁷⁸³ Anders könne ein Sachverhalt nur dann bewertet werden, wenn und soweit besondere Umstände hinzutreten,¹⁷⁸⁴ die das Handeln oder Unterlassen des Richters als *ausnahmsweise unsachlich, unangemessen oder gar rechtswidrig* erscheinen lassen.¹⁷⁸⁵ Hierfür wird insbesondere ein konkreter Bezug entweder zum Verfahren oder aber zu dessen Gegenstand oder Parteien gefordert.¹⁷⁸⁶

1780 Zusammenfassend D.III.A.

1781 Plakativ aber mit unklarer Perspektive *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 157 ff; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, S. 183; Heusch/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 97, Rn. 32 ff mwN; außerdem *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 157 mwN.

1782 Siehe hierzu E.I.3.2.2.

1783 BGH, v. 12.10.2011 – V ZR 8/10, Rn. 7 ff; BAG, v. 20.08.2019 – 3 AZN 530/19, Rn. 15; OLG Dresden, v. 19.05.2020 – 4 W 300/20; OLG Karlsruhe, v. 26.11.2013 – 17 U221/12 Rn. 15; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 28; *Vossler/Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 17; *Bork/Stein/Jonas*, ZPO, § 42, Rn. 10; *Kimmel/Posser/Wolff*, BeckOK VwGO, § 54, Rn. 29; *Porz/Fehling u. a.*, HK-Verwaltungsrecht, VwGO, § 54, Rn. 18; *Sticken*, § 139 ZPO und Unparteilichkeit, S. 81 ff.

1784 *Käßner*, in: *Scheffczyk/Wolter*, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 20 ff.

1785 Vgl. *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 71 ff.; vgl. *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 33 mwN.

1786 BGH, v. 18.10.2006 – 2 StR 499/05, BGHSt 51, 100; vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 24 Rn. 9; zu unterschiedlich bewerteten Einzelfällen bspw. OLG Karlsruhe, v. 19.04.1995 – 3 Ws 72/95; BGH, v. 25.03.1993 – 5 StR 418/92 – BGHSt 39,

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Dies soll beispielsweise der Fall sein, wenn der Richter durch sein innerprozessuales Verhalten eine Partei scheinbar willkürlich benachteiligt oder es zu einer auffälligen Häufung von Verfahrensfehlern zum Vorteil einer Partei kommt: In beiden Fällen entferne sich die Durchführung des Verfahrens in nicht mehr verständlicher Weise von anerkannten rechtlichen Grundsätzen.¹⁷⁸⁷ Dies sei auch der Fall, sollte sich einmal die richterliche Entscheidung nur noch lose gesetzlich begründen lassen und daher weniger Rechtsanwendung als eine willentliche Positionierung des Richters darstellen.¹⁷⁸⁸

Auch wenn dem Grunde nach alle festgestellten Lobbymaßnahmen ein solches richterliches Verhalten hervorrufen könnten, belegen die Interviewaussagen keinen solchen Zusammenhang. Ein solches Ergebnis läge wohl auch nicht im Interesse professionell agierender Interessenrepräsentanten:¹⁷⁸⁹ Selbst die in Zusammenhang mit nachhaltigem Networking und persönlichen Beziehungen festgestellten direkten Lobbyingversuche lassen nicht darauf schließen, dass ein solches Verhalten des Richters provoziert werden soll, welches nach obigem Maßstab unsachlich, unangemessen oder rechtswidrig wäre.¹⁷⁹⁰ In Frage kämen daher allenfalls jene eher theoretischen Fälle, in denen mittels unmittelbarer Druckmaßnahmen und ohne nachhaltige Beeinflussung der inneren richterlichen Überzeugung auf Biegen und Brechen ein bestimmtes Verfahrensergebnis erreicht werden soll.

168–195; BGH, v. 12.01.2016 – 3 StR 482/15; siehe auch Göbel, NJW 1985, 1057, S. 1060; Dütz, JuS 1985, 745, S. 753.

1787 OLG Hamm, v. 19.02.2019 – 9 WF 21/19, Rn. 22; OLG Hamm, v. 23.12.2014 – 4 WF 283/14; KG, v. 08.06.2006 – 15 W 31/06; OLG Schleswig, v. 02.09.1993 – 16 W 193/93; Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 18 ff mwN; Heinrich/Musielak/Voit, ZPO, § 42 Rn. 10f; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 31; Heimeshoff, DRiZ 1975, 261, S. 262f; Schmidt-Jortzig, NJW 1984, 2057, S. 2060f; Dütz, JuS 1985, 745, S. 751; zum engen Verständnis der "Beteiligung" nochmals BVerfG, v. 25.01.1955 – 1 BvR 522/53 –BVerfGE 4, 143–144; auch BVerfG, v. 30.08.1983 – 2 BvR 1334/82; BVerfG, v. 14.05.1986 – 2 BvL 19/84 –BVerfGE 72, 278–295; VGH Kassel, v. 18.10.1984 – 2 TE 2437/84.

1788 Kissel, DRiZ 1987, 301, S.304, Wipfelder, DRiZ 1987, 117, S.120, 127; Hill, DRiZ 1986, 81; Strecker, ZRP 1984, 122; umfassender dazu auch Benda/Hohnstock, Der Rechtsstaat in der Krise, S. 290; zur Abgrenzung Klein/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Betge, BVerfGG, § 18, Rn. 10; Sauer/Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 18, Rn. 24; Kliegel/Barczak, BVerfGG, § 17, Rn. 31 mwN.

1789 Dazu ausführlich C.IV.3.

1790 Siehe D.I.B, *Ausnahme: Direktes Lobbying gegenüber der Richterschaft im Zusammenhang mit Networking*.

Anhand der vorliegenden Interviewdaten¹⁷⁹¹ ist jedoch davon auszugehen, dass solche Hauruck-Strategien allenfalls in kaum verallgemeinerbaren Sondersituationen vorkommen werden, und angesichts der festgestellten ‚Druck-Allergie‘ aller Voraussicht nach nur geringen Erfolg versprechen.¹⁷⁹²

Im Ergebnis scheinen daher die allermeisten festgestellten Lobbyingsachverhalte – nämlich insbesondere jene des Public Affairs Managements – im Rahmen dieser Fallgruppe keine Verletzung der richterlichen Unparteilichkeit nach sich zu ziehen. Gerade die aktive Teilnahme an Fortbildungs- und Tagungsveranstaltungen durch Vorträge, Vorabveröffentlichungen oder Meinungskundgaben führen deshalb nicht ohne Weiteres zur Verletzung der richterlichen Unparteilichkeit. Ein solches Verhalten ist ohnehin allgemein üblich und für die Praxis insbesondere der Obergerichte notwendig.¹⁷⁹³ Die Grundrechte des Richters¹⁷⁹⁴ sowie das öffentlich-rechtliche Interesse an einer aktiven Teilnahme des Richters erfordern, dass selbst im Rahmen von Fachtagungen getroffene Äußerungen zu aktuellen Rechtsfragen¹⁷⁹⁵ keine *vernünftigen* Unparteilichkeitszweifel wecken können. Sie sind stattdessen als zur erläuternden Darstellung der Rechtsprechung und dem Meinungsaustausch notwendiger Beitrag anerkannt.¹⁷⁹⁶ Selbst, wenn im Rahmen solcher Beteiligungen Meinungsausschüsse mit inhaltlichem Bezug zu streitigen Verfahren geäußert würden, ändert dies nichts an der Bewertung:¹⁷⁹⁷ Diese Meinungen stünden nämlich stets unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit und allgemeinen Revidierbarkeit. Ein Wirken in der Stille wird verfassungsrechtlich vom Richter gerade nicht verlangt.¹⁷⁹⁸ Die herrschende Meinung macht insofern auch keinen Unterschied zwi-

1791 Siehe D.III.A, auch D.I.B.

1792 Dazu D.I.A.4. Ziff. 2.

1793 Schnitzler, NZFam 2016, 781, vgl. BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01.

1794 Siehe E.I.3.2.2; klarstellend BVerfG, v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71 – BVerfGE 33, 1–18; BVerfG, v. 25.03.1992 – 1 BvR 1430/88 – BVerfGE 85, 386–405; Herdegen/Dürrig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 47.

1795 Schnitzler, NZFam 2016, 781.

1796 BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01; BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14, Rn 11f; siehe D.II.A.4 Nr. 3 lit. b.

1797 BVerfG, v. 19.03.2013 – 1 BvR 2635/12 – BVerfGE 133, 163–168; BVerfG, v. 26.02.2014 – 1 BvR 471/10; grundlegend Käßner, in: Scheffczyk/Wolter, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts S. 8, S. 5 ff; Sendler, NJW 1984, 689, S. 692f, mit Fn. 20 mwN; Friesenhahn, JZ 1966, 704, S. 707; Dütz, JuS 1985, 745, S. 749 ff; Hase, Krit. Justiz 1984, 142, S. 155; aA Berglar, ZRP 1984, 4.

1798 Gerdes, Befangenheit wegen Meinungsausschüsse, S. 56–77, 149f; Sendler, NJW 1984, 689, S. 696; siehe aber siehe aber Dürholt, ZRP 1977, 217, S. 220; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 153, 158 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

schen spontanen Stellungnahmen des Richters im Rahmen einer Fachdiskussion und schriftstellerisch-wissenschaftlichen Veröffentlichungen oder Fachvorträgen in einem juristischen Forum.¹⁷⁹⁹ Obwohl letztere mit erheblichem Zeitaufwand, aufwendiger Formulierung und intensiver Auseinandersetzung verbunden sind, sieht die herrschende Ansicht hierin keinen begründeten Anlass, von einer endgültigen Vorabfestlegung des Richters auszugehen.¹⁸⁰⁰ Schließlich setze sich der Richter durch seine Veröffentlichung und ausformulierte Positionierung ganz bewusst der öffentlichen Kritik aus: Gerade dadurch unterstreiche er doch anders als der still und für sich nachdenkende Kollege seine ausdrückliche Bereitschaft, seine Position gegebenenfalls aufgrund neuer Argumente zu überdenken.¹⁸⁰¹

Eine Grenze ist jedoch dort erreicht, wo außerprozessuale Meinungsäußerungen inhaltlichen Bezug zu einem *konkreten* Verfahren aufweisen, welches entweder bereits in die dienstliche Zuständigkeit der jeweiligen Richterin fällt oder dies unmittelbar bevorsteht.¹⁸⁰² Dann nämlich sollen aus Sicht eines erheblichen Teils in Rechtsprechung und Literatur begründete Zweifel an der Unvoreingenommenheit der Richterin möglich sein,¹⁸⁰³ wobei selbst diesbezüglich unterschiedliche Rückausnahmen diskutiert werden. So ist umstritten, ob nicht bestimmte prozessuale Sonderkonstellationen weitergehende Meinungsäußerungen erlauben können.¹⁸⁰⁴ Denn während der böse Schein der Parteilichkeit jedenfalls bestehen müsse, wenn der

1799 *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 63 ff.

1800 So aber *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 145 mwN; vgl. *Schuler*, NJW 1956, 857.

1801 *Riedel*, Postulat der Unparteilichkeit, S. 148; *Gerdes*, Befangenheit wegen Meinungsäußerungen, S. 68, S. 70 – 73; *Stemmler*, Befangenheit im Richteramt, S. 232, S. 235f; *Sarstedt*, JZ 1966, 314, S. 315; *Dürholt*, ZRP 1977, 217, S. 218; *Hase*, Krit. Justiz 1984, 142, S. 15; *Göbel*, NJW 1985, 1057, S. 1060.

1802 BVerfG, v. 19.08.1996 – 2 BvR 115/95; *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 21; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 24 Rn. 11a.

1803 BVerfG, v. 16.06.1973 – 2 BvF 1/73 –BVerfGE 35, 246–257; BVerfG, v. 12.07.1986 – 1 BvR 713/83 –BVerfGE 73, 330–339; BVerfG, v. 15.09.1998 – 2 BvE 2/93 –BVerfGE 99, 51–57; BVerfG, v. 11.10.2011 – 2 BvR 1010/10, Rn. 20; BVerfG, v. 01.03.2016 – 2 BvB 1/13 –BVerfGE 142, 9–17; jüngst BVerfG, v. 24.06.2019 – 2 BvC 37/18, Rn. 3; BVerfG, v. 05.12.2019 – 1 BvL 7/18, Rn. 25; auch OLG Köln, v. 25.11.1970 – 6 U 133/69; *BayVerfGH*, v. 29.02.2008 – Vf. 8-IX-08; siehe *Sauer/Walter/Grünewald*, *BeckOK BVerfGG*, § 19, Rn. 6 mwN; auch *Kliegel/Barczak*, *BVerfGG*, § 17, Rn. 37.

1804 Vgl. BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14, Rn. 12; dazu *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 21; *Vossler/Vorwerk/Wolf*, *BeckOK ZPO*, § 42, Rn. 14; zustimmend *Roth*, NJW 2016, 1024; kritisch *Diehl*, *ZfSch* 2016, 509; *Vollkommer*, *MDR* 2016, 634.

Richter seine innere Unvoreingenommenheit sogar *formal* aufgibt und sich in seiner Wortwahl grob vergreift,¹⁸⁰⁵ so könnte der Richter seine Unparteilichkeit doch womöglich auch dadurch zu wahren in der Lage ist, dass er die fallbezogenen Aussagen in verallgemeinerter und eher ergebnisoffener Art und Weise formuliert.¹⁸⁰⁶ Teilweise wird in Anlehnung hieran vertreten, dass auch die Wahl eines zur Verbreitung der eigenen Meinung zumindest für Richter unüblichen Mediums – Leserbriefe und Kommentarspalten statt Fachvortrag und Fachzeitschriftenveröffentlichung – Zweifel an der richterlichen Unparteilichkeit begründen könnten.¹⁸⁰⁷ Ähnliches solle gelten, sofern die an sich unproblematische wissenschaftliche Vorbefassung gutachtenähnlich gestaltet und deshalb weniger auf die abstrakt-generelle Behandlung einer Rechtsfrage als auf die Beantwortung einer konkreten Streitfrage ausgerichtet war.¹⁸⁰⁸

Die zuletzt genannten *formalen* Grenzen dürfen nicht zu weit gezogen werden. Unter Beachtung der §§ 39 ff DRiG steht es dem Richter außerprozessual frei, sich auch im Zusammenhang mit politischen, religiösen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Fragen pointiert und scharf zu äußern.¹⁸⁰⁹ Dass im Rahmen der festgestellten Lobbyingsachverhalte so verstandene *formale Minimalgrenzen* regelmäßig und lobbyingbedingt überschritten würden, lässt sich mit den erhobenen Interviewdaten nicht bele-

1805 Vgl. BVerfG, v. 05.08.1966 – 1 BvR 586/62, 1 BvR 610/63, 1 BvR 512/64, BVerfGE 20, 162; OLG Köln, v. 31.10.2012 – II-4 WF 121/12, (20); OLG Saarbrücken, v. 07.08.2008 – 5 W 151/08; OLG Düsseldorf, v. 25.06.1998 – 11 W 13/98; Heinrich/Musielak/Voit, ZPO, § 42, Rn. 13 mwN; mit zahlreichen Beispielen Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 22f; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 34 ff mwN; Bosbach/Dölling u. a., Strafrecht Kommentar, StPO, § 24, Rn. 18 mwN.

1806 BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14, Rn. 17; ablehnend Roth, NJW 2016, 1024, S. 1025; Schwab/Hawickenbrauck, JZ 2019, 77, S. 80 ff; Diehl, ZfSch 2016, 509; auch Vollkommer, MDR 2016, 634.

1807 Vgl. Hill, DRiZ 1986, 81, S. 86; vgl. Staats, DRiG, § 39, Rn. 9, 12; siehe BGH, Urteil vom 29. Oktober 1993 – RiZ (R) 1/93 –, Rn. 37; siehe außerdem BGH, v. 09.08.2006 – 1 StR 50/06, Rn. 17-60; dagegen aber keinen Anstoß am Leserbrief als solchem nehmend BVerfG, v. 28.05.1974 – 2 BvR 700/72 – BVerfGE 37, 265–270, (265–270), Rn. 8 – 11; zur Form als Kriterium der Abwägung auch Hager, Freie Meinung und Richteramt, S. 95 ff.

1808 Vgl. Staats § 41 DRiG Rn. 1–3.; dazu BVerfG, v. 05.04.1990 – 2 BvR 413/88 – BVerfGE 82, 30; abweichend BVerfG, v. 25.05.2007 – 1 BvR 1696/03; Kliegel/Barczak, BVerfGG, § 18, Rn. 31.

1809 BVerwG, v. 29.10.1987 – 2 C 72/86 – BVerwGE 78, 216–223; Rudolph, DRiZ 1987, 337; Hager, ZBR 1990, 311 mwN; Senderl, NJW 1984, 689 mwN; Bork/Stein/Jonas, ZPO, § 42, Rn. 10.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

gen. Die im Rahmen von *Public Affairs Management* womöglich angeregte aktive Teilnahme der Richterschaft an Fachtagungen und Expertentreffen, aber auch das interessenbedingte Fördern von Fachaufsätze und sonstigen Stellungnahmen stellen für sich genommen jedenfalls weder eine unangemessene Verhaltensweise noch ein auffällig standesunangemessenes Forum dar. Dies gilt selbst für solche Fachtagungen, bei denen aufgrund ihrer besonderen Zusammensetzung epistemische Gemeinschaften mit gegenseitigen Einflussnahmemöglichkeiten bestehen.¹⁸¹⁰ Etwas anders könnte allenfalls für sogenannte *Inhouse*-Veranstaltungen gelten, die sich durch eine Abgeschlossenheit und fehlende Transparenz auszeichnen.¹⁸¹¹ Da Richterschaft und Dienstaufsicht sich über deren Problematik jedoch bereits einig zu sein scheinen, sind entsprechende Fälle im Rahmen der Interviewanalyse nicht festgestellt worden.¹⁸¹²

Problematisch können der Besuch von Fachtagungen und dort vorgenommene Diskussionsbeiträge dann werden, wenn deren Rahmen – also die Tagungsveranstaltung – entweder *adhoc* oder im Rahmen größerer Reihen *konkret fallbezogen* organisiert ist,¹⁸¹³ und der Richter angeregt wird, sich zu Sachverhalten in eigener Zuständigkeit zu äußern.¹⁸¹⁴ Bei erinstanzlichen Richterinnen und Richtern ließen sich solche fallbezogenen Tagungen nur höchst ausnahmsweise feststellen: etwa dann, wenn das Verfahren auf außergewöhnlich großes öffentliches Interesse gestoßen ist.¹⁸¹⁵ Zumindest ein Teil der obergerichtlichen Richterschaft gab jedoch an, nicht nur ausnahmsweise entsprechende Veranstaltungen wahrgenommen und auch an ihnen teilgenommen zu haben.¹⁸¹⁶ Typischerweise handelt es sich bei diesen Veranstaltungen weniger um öffentliche *adhoc*-Veranstaltungen als um auf den anhängigen Fall konkreti-

1810 Siehe sowohl D.II.A.3 als auch D.I.A.I.I.3).

1811 Vgl. *Käßner*, in: Scheffczyk/Wolter, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts S. 20 ff; aA SG Cottbus, Beschluss vom 23. März 2016 – S 30 SF 380/16 AB –, Rn. 10 ff.

1812 Siehe D.II.A.4 lit. b.

1813 Zu ersterem *Köppl*, Power Lobbying, S. 114; *Vondenhoff/Busch-Janser*, Praxishandbuch Lobbying, S. 102 ff; *Zumpfort*, in: Leif/Speth, Die stille Macht: Lobbyismus in Deutschland, S. 85 (86f).

1814 Siehe D.I.B): *Ausnahme: Direktes Lobbying gegenüber der Richterschaft im Zusammenhang mit Networking*.

1815 Ausführlich D.I.A.I.I.3).

1816 Siehe D.I.A.I.I.3) Ziffer 5 ff.

sierte Tagungen im Rahmen eines schon länger institutionalisierten Expertengesprächskreises.¹⁸¹⁷

Äußert sich nun in diesem Zusammenhang ein für die besprochene Streitsache aktuell oder in absehbarer Zeit zuständiger Richter, besteht für einen überwiegenden Teil von Rechtsprechung und Literatur Anlass, an dessen Unparteilichkeit zu zweifeln.¹⁸¹⁸ Weil der Verdacht einer inneren Vorabfestlegung nicht an der Tagung selbst festgemacht wird, sondern am Zeitpunkt der Meinungsausübung, vermag der Richter die Zweifel auch nicht dadurch beseitigen, dass er nur besonders offen gestaltete Veranstaltungen oder aber in ausgleichender Weise verschiedene einseitige Tagungen besucht.¹⁸¹⁹

Ein nicht unerheblicher Teil der Rechtsprechung möchte der Richterschaft jedoch auch mit Blick auf die trotz allem nicht unüblichen fallbezogen organisierten Veranstaltungen eine Möglichkeit einräumen, die eigene innere Unabhängigkeit trotz aktiver Teilnahme an entsprechenden Gesprächskreisen zu wahren. Einbezogen werden müsse in die Abwägung nämlich auch hier, ob sich der Richter in entsprechender Runde in ausreichend allgemeiner und ergebnisoffener Weise ausgedrückt hat.¹⁸²⁰ Halte der Richter also das *formale Maß* ein, lasse sich erkennen, dass der Richter

1817 D.I.A.1.1.3 Ziffer 7 lit. b); zu verringerten Abwehrbereitschaft der Richterschaft gerade im Zusammenhang von Gesprächskreisen siehe D.I.A.1.1.3) Ziffer 5 ff; D.I.A.4 Ziffer 2; D.I.A.1.4); D.II.A.1 Ziffer 3 lit. a; D.II.A.1.4

Ziffer 7; dazu Köppel, Power Lobbying, S.77 – 80; zu vermuteten erhöhten Einflussnahmehance Strässer/Meerkamp, in: Lobby Work: Interessenvertretung als Politikgestaltung, S. 219 (226).

1818 Vgl. BVerfG, v. 16.06.1973 – 2 BvF 1/73 –BVerfGE 35, 246–257 Rn. 22; BVerfG, v. 02.12.1992 – 1 BvR 1213/85 -BVerfGE 88, 1–4, Rn. 4, 13f; BVerfG, v. 19.08.1996 – 2 BvR 115/95, Rn. 3-7, 21; BVerfG, v. 15.09.1998 – 2 BvE 2/93 – BVerfGE 99, 51–57, Rn. 22f; BVerfG, v. 11.10.2011 – 2 BvR 1010/10, Rn. 20 ff; BVerfG, v. 01.03.2016 – 2 BvB 1/13 –BVerfGE 142, 9–17, Rn. 23; BVerfG, v. 24.06.2019 – 2 BvC 37/18, Rn. 3; BVerfG, v. 05.12.2019 – 1 BvL 7/18, Rn. 25; auch OLG Köln, v. 25.11.1970 – 6 U 133/69; BayVerfGH, v. 29.02.2008 – Vf. 8-IX-08; Heinrich/Musielak/Voit, ZPO, § 42, Rn. 17; Stackmann/ Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 21; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 24 Rn. 1la; Sauer/Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, § 19, Rn. 6 mwN; Kliegel/Barczak, BVerfGG, § 17, Rn. 37.

1819 Gleichwohl mögen einige Richterinnen und Richter so vorgehen, siehe D.II.A.4 Ziff. 5 lit. b) bb).

1820 Vgl. BGH, v. 13.01.2016 – VII ZR 36/14, Rn. 17; auch BVerfG, v. 12.07.1986 – 1 BvR 713/83 -BVerfGE 73, 330–339, Rn. 19; tendenziell dagegen BVerfG, v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96 –BVerfGE 102, 122–126; ablehnend Roth, NJW 2016, 1024, S. 1025; Schwab/Hawickenbrauck, JZ 2019, 77, S. 80 ff; Diehl, ZfSch 2016, 509; auch Vollkommer, MDR 2016, 634

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

die besondere Nähe zum Streitfall erkannt und bei seiner Nebentätigkeit ausdrücklich berücksichtigt hat. Dies solle ausreichen, um die eigene Unparteilichkeit zu verteidigen – jedenfalls sei dann ein Zweifel an ihr vernünftigerweise unbegründet und die Richterschaft im Ergebnis nicht daran gehindert, auch in diesem problematischen Kontext aktiv an entsprechenden Gesprächskreisen teilzunehmen.

Für diese Ansicht lassen sich in erster Linie die Grundrechte des Richters anführen. Trotz inhaltlicher Nähe zur dienstlichen Amtswahrnehmung handelt es sich bei den Vorträgen oder Veröffentlichungen um Nebentätigkeiten, die unter dem Schutz der freiheitlichen Grundrechte stehen. Dabei erscheint der faktische Eingriff, der mit einer parteilichkeitsbejahenden Rechtsprechung einhergehen würde, vergleichsweise gering. Außerhalb der eigenen richterlichen Zuständigkeit oder auch vor und nach einer entsprechenden konkreten Zuständigkeit wären Vortrags- und Veröffentlichungstätigkeiten schließlich unverändert möglich.¹⁸²¹ Dass an diesen Meinungskundgebungen ein vergleichsweise geringeres Interesse der Fachöffentlichkeit bestehen wird und eine wirtschaftliche Verwertung sich weitaus schwieriger darstellt, vermag angesichts des hohen Werts der richterlichen Unparteilichkeit für die Integrität und Autorität der Rechtsprechung kaum zu überzeugen.¹⁸²² Schließlich ist einem vernünftigen Rechtssuchenden nur schwerlich zu vermitteln, dass eine fallbezogene und zeitlich im engen Kontext mit der eigenen Streitsache getroffenen Aussage des Richters nicht auch Auswirkungen auf die eigene Sache haben werde – warum sonst hätte sich der Richter schließlich sogar dazu entschlossen, sie – und sei es mit rhetorischen Fragezeichen – zu veröffentlichen?

Zu einem anderen Abwägungsergebnis könnte jedoch das öffentliche Interesse an zuständigkeitsnahen Nebentätigkeiten des Richters führen. Geraade auch fallbezogen organisierte Expertentagungen bieten Richterinnen und Richter die Möglichkeit zu substantieller und effektiver Informationsbeschaffung.¹⁸²³ Sowohl die eigentlichen Tagungsveranstaltungen als auch das in deren Rahmen stattfindende informelle Gespräch schaffen die Gelegenheit, anders kaum zusammenzutragende Normtatsachen einander gegenüberzustellen und auf ihre Belastbarkeit hin zu überprüfen.¹⁸²⁴ Dasselbe Ergebnis ließe sich allenfalls durch bloß passive Teilnahme an entspre-

1821 Dazu D.II.A.4 Ziff. 5 lit. b) aa).

1822 Vgl. Ruffert/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 12 Rn. 86–105 mwN.

1823 Dazu ausführlich C.IV.3.3 sowie D.II.A.1.

1824 Siehe D.II.A.1.1 Ziff. 3.

chenden Veranstaltungen erreichen: Denn ohne aktive Beteiligung bleiben Fachtagung und Symposien mit hohen Kosten verbunden, die vom jeweiligen Richter trotz dienstlicher Verwertung regelmäßig privat zu tragen wären.¹⁸²⁵ Ohnehin stehen gerade fallnahe Kundgaben der richterlichen Fachmeinung in besonderem öffentlichen Interesse, weil die Richterinnen und Richter hier eine sich anbahnende Rechtsprechung vorbereitend begründen und erläutern können. Kommen im Zuge der Fachdiskussion noch nicht in die Entscheidung des Gerichts einbezogene aber nachvollziehbare Gegenargumente auf, können diese bei der späteren Entscheidungsbegründung berücksichtigt werden. Auf diese Weise werden Qualität, Belastbarkeit und Rechtssicherheit sowie die allgemeine Akzeptanz der Gerichtsentscheidung verbessert.¹⁸²⁶

Hiergegen lässt sich freilich einwenden, dass entsprechende Erläuterungen auch *nach* Abschluss des konkreten Verfahrens möglich wären, und Gegenargumenten auch im Rahmen der allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion in Form von Aufsätzen und sonstigen Veröffentlichungen begegnet werden könnte. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, weshalb das allgemeine Fachinteresse an der Vermittlung richterlicher Überlegungen dem immerhin durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG geschützten Verfahrens- und Integritätsinteresse der konkreten Prozessparteien vorgehen sollte.

Nichts anderes gilt in Bezug auf das beschriebene öffentliche Interesse an einer effizient informierten Judikative. Zwar haben auch die konkreten Rechtssuchenden vernünftigerweise ein Interesse an einer umfassend gerechten und möglichst weithin tragfähigen Bewertung ihres Verfahrens. Konkret und vorrangig geht es ihnen jedoch um die Streitschlichtung durch einen neutralen, unbeteiligten und deshalb anerkennungswürdigen Richter.¹⁸²⁷ Dass dessen Informationsbeschaffung gerade im Bezug auf Normtatsachen durch den Gesetzgeber ungeregelt geblieben ist,¹⁸²⁸ bedeutet nicht, dass der Rechtssuchende jede für den Richter und die Justizverwaltung angenehme, weil günstige Methode zur Informationssammlung hinnehmen muss. Gerade wenn und soweit Interessenrepräsentanten das ansonsten nicht gestillte Informationsbedürfnis der Richterschaft in ihrem Sinne zu

¹⁸²⁵ Siehe D.II.A.1.1 Ziff. 3 lit. e; auch D.II.A.2 Ziff. 4 lit. b; siehe außerdem D.II.A.4 Ziff. 5 lit. b) cc); vgl. BGH, v. 21.10.2002 – 1 StR 541/01.

¹⁸²⁶ D.II.A.1.1 Ziff. 3 lit. d, e, auch D.II.A.4 Nr. 3 lit b.

¹⁸²⁷ Hierzu auch *Reda/Binder*, Recht und Zugang 2020, 176, S. 182 ff.

¹⁸²⁸ Siehe ausführlich C.IV.3.3.1 und C.IV.3.3.2

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

befriedigen versuchen, besteht für den Rechtssuchenden begründeter Anlass zu erhöhter Aufmerksamkeit.

Äußert sich nun also ein Richter im Rahmen oder in Folge einer entsprechend lobbyistisch organisierten Tagungsveranstaltung fallbezogen, spricht viel dafür, dass diese Gesamtsituation in einer so erheblichen Weise vom richterlichen Ideal absoluter Neutralität und Äquidistanz aus Art. 97 Abs. 1 GG abweicht, dass sie *vernünftigerweise* weder durch die Grundrechte des Richters noch durch ein öffentliches Interesse des Staates gerechtfertigt werden kann. Die besseren Argumente sprechen daher für die Annahme, im Falle *konkret anhängiger* Verfahren solche Meinungsäußerungen des zuständigen sowie des absehbar zuständigen Richters, die einen inhaltlichen Bezug zum konkreten Streitgegenstand aufweisen, von *vernünftigen Zweifeln an der richterlichen Unparteilichkeit* auszugehen.¹⁸²⁹

Da solche Sachverhalte im Rahmen der vorliegenden Interviewanalyse im Rahmen der zivilgerichtlichen und öffentlich-rechtlichen Revisionsinstanzen nicht nur vereinzelt festgestellt worden sind, besteht dort Anlass, eine Klarstellung der Rechtsprechungspraxis anzuregen.¹⁸³⁰

II.2.3.2.3.3) Einflussnahmeversuche Dritter auf den Richter und unterlassene Abwehrpflichten

Unklar bleibt jedoch, ob die dargestellte herrschende Rechtsprechung bislang in ausreichender Weise berücksichtigt, inwiefern hinter weitgehend als *üblich* akzeptierten Verhaltensweisen zumindest teilweise lobbyistische Zusammenhänge stehen könnten, und die Beeinflussung des Richters und der Rechtsprechungspraxis daher in diesen Fällen kein bloß beiläufiges Nebenprodukt traditionell anerkannter richterlicher Verhaltensweisen, sondern gerade beabsichtigtes Ziel prozessual nicht einbezogener Interessenrepräsentanten sein kann.¹⁸³¹ Der BGH hat diesbezügliche Überlegungen bislang ohne weiter ausholen zu müssen allein auf finanzielle Aspekte beschränkt.¹⁸³²

1829 Vgl. Roth, NJW 2016, 1024, S. 1025; Schwab/Hawickenbrauck, JZ 2019, 77, S. 80 ff.

1830 Siehe auch E.III.2.

1831 Vgl. Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 157.

1832 BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01; siehe auch BVerfG, v. 05.02.1997 – 1 BvR 2306/96 – BVerfGE 95, 189.

In der Literatur und zuletzt auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁸³³ findet sich nun jedoch ein wachsendes Bewusstsein für mit der richterlichen Unparteilichkeit in einem Spannungsverhältnis stehende Einflussnahmeversuche Dritter: Sowohl die medial vermittelte Interessenrepräsentation anlässlich konkreter Verfahren, als auch Lob und Kritik im Zuge abgeschlossener Gerichtsentscheidungen¹⁸³⁴ wurden schon als potentiell im Konflikt mit der *inneren Unabhängigkeit* der Richterschaft stehende Phänomene beschrieben.¹⁸³⁵ Vorgeschlagen wird daher zumindest teilweise, für solche Einflussnahmeversuche Dritter eine eigenständige Fallgruppe zu schaffen. Dies böte die Chance zu einer eigenständigen und zugleich auf einheitlichen Obersätzen fußenden Bewertung dieses Phänomens.¹⁸³⁶

Anknüpfungspunkt einer solchen Fallgruppe können richtigerweise jedoch nicht die Einflussnahmeversuche der Interessenrepräsentanten an sich sein. Insbesondere im Strafprozess haben Rechtsprechung und Schrifttum bereits wiederholt festgestellt, dass sich aus dem *Verhalten der ablehnenden Partei* an sich kein Ablehnungsgrund herleiten lasse.¹⁸³⁷ So mögen Provokationen, Ehrverletzungen und Drohungen zwar geeignet sein, den Richter in seiner Positionierung gegenüber den Parteien zu beeinflussen. Würde man aber den hieran anschließenden Zweifel an der richterlichen Unparteilichkeit als begründet anerkennen, so hätte es der Ablehnende selbst in der Hand, sich nach Belieben jedem Richter zu entziehen.¹⁸³⁸ Dies muss im Ergebnis erst Recht für lobbyierende Verfahrensritte gelten.

1833 BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 48 aE.

1834 Umfassend *Senderl*, NJW 1984, 689 mwN.

1835 *Pfeiffer*, in: *Fürst*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S. 69 mwN; *Geiger*, DRiZ 1982, 321, S. 323f.

1836 Ausdrücklich *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 146 ff; *Arzt*, Der befangene Strafrichter, S. 110; vgl. stellvertretend für die hL die Fallgruppen bei *Stackmann/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 8–64; *Cirener/Graf*, BeckOK StPO, § 24, Rn. 8–25; *Meissner/Schenk/Schoch/Schneider*, VwGO, § 54, Rn. 30–46.

1837 *Scheuten/Hannich*, Karlsruher Kommentar, § 24, Rn. 6.

1838 Vgl. BVerfG, v. 24.04.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268 0; BGH, v. 07.10.1952 – 1 StR 94/52;

BGH, v. 19.01.1962 – 3 StR 41/61; BGH, v. 16.05.2018 – PatAnwSt (R) 1/18; *Scheuten/Hannich*, Karlsruher Kommentar, § 24, Rn. 6; *Vossler/Vörwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn.12f mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Stattdessen muss auch diese Fallgruppe an einem pflichtwidrigen Tun oder Unterlassen der Richterinnen und Richter anknüpfen,¹⁸³⁹ wobei ein Unterlassen nur dann zu begründeten Zweifeln führen, wenn die vom Richter nicht durchgeführte Handlung rechtlich geboten, das Nichtstun mithin rechtswidrig – oder zumindest weitgehend unüblich – gewesen ist. Eine Richterablehnung kommt insofern insbesondere dann in Betracht, wenn die Reaktion eines Richters auf einen Einflussnahmeverversuch im Ergebnis *unangemessen* ausfällt. Im Rahmen der *inneren Parteunabhängigkeit* wurden für eine Richterablehnung sowohl überzogene und unsachliche Abwehrreaktionen gegenüber provozierenden Prozessparteien¹⁸⁴⁰ bereits für ausreichend erachtet als auch im Falle scheinbar widerstandslosen Nachgebens und Abänderns der bisherigen Rechtsauffassung ohne weitergehende Begründung.¹⁸⁴¹

Nichts anderes kann im Rahmen der für lobbyistische Interventionen relevanten *Gesellschaftsunabhängigkeit* gelten.¹⁸⁴² In einer insofern verallgemeinerbaren Entscheidung hat der BGH festgehalten, dass „*es nicht als Grund für einen Ausschluß vom Richteramt wegen Besorgnis der Befangenheit [genügen kann, Ergänzung des Verfassers] [...], daß die drei Geschworenen vor der Verhandlung in der örtlichen Presse eingehende Darstellungen des Tatgeschehens gelesen hatten, die an der Täterschaft des Angeklagten keinen Zweifel ließen. Von außen kommende Einwirkungen auf die Überzeugungsbildung des Gerichts können für sich genommen keinen Grund abgeben, der Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters rechtfertigt. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß auch der Laienrichter seine Pflicht, solchen Einwirkungen keinen Einfluß zu gewähren und seine Überzeugungen ausschließlich auf Grund der Hauptverhandlungen zu gewinnen, kennt und beachtet. Erst wenn – etwa durch bekannt gewordene Äußerungen eines Richters – sichere Anhaltspunkte für eine abweichende Einstellung gegeben sind, kann hierin ein durchgreifender Grund für die Ablehnung wegen Befangenheit gefunden werden.*“¹⁸⁴³

1839 Vgl. BVerfG, v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60 -BVerfGE 14, 56–76; BGH, v. 16.05.2018 – PatAnwSt (R) 1/18; vgl. Scheuten/Hannich, Karlsruher Kommentar, § 24, Rn. 12 ff

1840 Vgl. BGH, v. 14.02.1992 – 2 StR 254/91; siehe Cirener/Graf, BeckOK StPO, § 24, Rn. 9.

1841 Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 159–161.

1842 BGH, v. 18.12.1968 – 2 StR 322/68 –BGHSt 22, 289, Rn. 13: „*so wäre damit nicht nur der Presse ein ihr nicht zukommender Einfluß auf die Besetzung der Gerichte eingeräumt*“; siehe auch Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 147, 159.

1843 BGH, v. 18.12.1968 – 2 StR 322/68 –BGHSt 22, 289, Rn. 12.

Die Entscheidung zeigt, dass nach herrschender Meinung in der Regel keine aktiven Abwehrpflichten für Richterinnen und Richter bestehen. Selbst im Falle externer Einflussnahmeversuche auf ein noch laufendes Verfahren sei der Richter nicht gehalten, sich der Auseinandersetzung mit den externen Ingerenzversuchen zu verschließen. „*Die ablehnende Haltung eines Richters gegenüber einer ungehörigen Vorwegnahme des Ergebnisses eines schwebenden Verfahrens durch Presseveröffentlichungen kann, aber muß sich infolgedessen nicht darin bekunden, daß er die Lektüre entsprechender Artikel von vornherein meidet. Die für seine Unparteilichkeit streitende Vermutung bedarf einer solchen Unterstreichung nicht und wird deshalb auch von ihrem Unterbleiben nicht berührt.*“¹⁸⁴⁴ Die zugunsten des Richters verfassungs- und prozessrechtlich eingeräumte Vermutung der Unparteilichkeit bewahrt ihn auch hier vor allzu schnell angenommenen Handlungspflichten, und mutet stattdessen Öffentlichkeit und damit jedem einzelnen Rechtssuchenden zu, auf die inneren Fähigkeiten des Richters zur Abstraktion und gedanklichen Distanzierung zu vertrauen.¹⁸⁴⁵

Ein kleiner Teil des Schrifttums fordert jedoch, dass das Unterlassen von Abwehrmaßnahmen oder Entziehungsversuchen jedenfalls dann den Zweifel an der richterlichen Unparteilichkeit begründen können muss,¹⁸⁴⁶ wenn aufgrund des objektiven Gewichts des Rechtsgutsangriffs oder aufgrund der Intensität oder des Umfangs der Druckausübung ausnahmsweise nicht mehr angenommen werden kann, dass der Richter die eigene Unparteilichkeit und die ihm obliegende berufliche Distanz gegenüber Streitgegenstand und Prozesspartei noch bewahren kann.¹⁸⁴⁷ Als Beispiele für solche Sonderfälle werden massive Einflussnahmeversuche gewichtiger, vermeintlich hierarchisch übergeordneter Staatsorgane genannt,¹⁸⁴⁸ oder aber die Einflussnahme auf laufende Verfahren durch allzu einseitige Berichterstattung – letzteres jedenfalls dann, wenn diese speziell die Beeinflussung des Richters zum Ziel hat.¹⁸⁴⁹

1844 BGH, v. 18.12.1968 – 2 StR 322/68 – BGHSt 22, 289, Rn. 13.

1845 Vgl. BVerfG, v. 26.01.1971 – 2 BvR 443/69-BverfGE 30, 149, Rn. 13 ff; BGH, v. 21.02.2011 – II ZB 2/10, Rn. 16; Kimmel/Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 54, Rn. 28.

1846 Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 159 unter Verweis auf § 42 Abs. 2 ZPO.

1847 Scheuten/Hannich, Karlsruher Kommentar, § 24, Rn. 6; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 148, 157 ff; abwägend Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 24.

1848 Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 158.

1849 Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 157; mit anderer Perspektive auch BGH, v. 09.08.2006 – 1 StR 50/06, Rn. 17 ff, insb. Rn. 61 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Diesen Überlegungen scheint neben § 22 Nr. 1 StPO¹⁸⁵⁰ das Verständnis der *richterlichen Unparteilichkeit* als prozessualer Kehrseite der *äußeren Unabhängigkeit* zugrundezuliegen: Weil ein Richter Einflussnahmeversuche, die im beschriebenen Sonderfall sogar eine Verletzung der *äußeren Unabhängigkeit* darstellen könnten, nicht in angemessener Weise zurückgewiesen habe, liege nun ein Umstand vor, der vernünftigerweise Zweifel an seiner *Unparteilichkeit* begründen müsse.¹⁸⁵¹ Eine solche inhaltliche Konnexität hat die vorliegende Arbeit mit Blick auf die Eigenständigkeit der beiden Verfassungsprinzipien und dem einheitlich verstandenen Ablehnungsrecht nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im Anschluss an das Bundesverfassungsgericht jedoch bereits abgelehnt.¹⁸⁵² Stattdessen steht dem Rechtssuchenden bei Verletzungen der *äußeren Unabhängigkeit* ein eigenständiges verfassungsrechtlich verbürgtes Rügerecht zu.¹⁸⁵³

Gerade aber, weil zwischen *innerer* und *äußerer Unabhängigkeit* keine Konnexität besteht, ist eine eigenständige Verletzung der *richterlichen Unparteilichkeit* im Falle besonders gelagerter Ingerenzversuche nicht ausgeschlossen. Als unabhängig voneinander auf ihren Schutzgehalt hin zu prüfende Verfassungsprinzipien erscheint gerade mit Blick auf die hier interessierende *Gesellschaftsunabhängigkeit* eine relevante Erweiterung der Schutzposition des Rechtssuchenden denkbar – und damit eine ganz erhebliche tatsächliche Fallrelevanz. Denn anders als im Rahmen der weitgehenden *Staatsunabhängigkeit*, wo der einzelne Rechtssuchende bereits durch die über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG einforderbare *äußere Unabhängigkeit* weitgehenden mittelbaren Schutz genießt, bleibt der Schutzmfang der *äußeren Gesellschaftsunabhängigkeit* auf weisungsgleichen Druck beschränkt. Weil also im Falle unterschwelliger Ingerenzversuche für die Richterschaft keine Abwehrrechte bestehen, kommt der richterlichen Pflicht zur Wahrung der eigenen *Unparteilichkeit* eine besonders herausgehobene Bedeutung zu – und mit ihr ein Ablehnungsrecht des Rechtssuchenden.¹⁸⁵⁴

1850 Siehe Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 24 sowie § 22, Rn. 10 mwN.

1851 Vgl. Wassermann, Die richterliche Gewalt, S. 183; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 156 ff, S. 160.

1852 Verweis nach oben, siehe E.II.3.2.3)

1853 Vgl. BVerfG, v. 23.05.2012 – 2 BvR 610/12, Rn. 11 ff; vgl. auch BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 53 ff, Rn. 108 ff; in diesem Sinne wohl schon BVerfG, v. 20.03.1956 – 1 BvR 479/55 –BVerfGE 4, 412–424; aA wohl RGZ LZ 1913, Nr. 27, Sp. 147f, zitiert nach Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 149f.

1854 Siehe E.I.3.2.3)

Vor diesem Hintergrund lässt sich daher begründen, weshalb auch *subtile Druckszenarien*, die die Schwelle weisungsgleichen Drucks nicht erreichen, aktive Verteidigungshandlungen des Richters erfordern sollten.¹⁸⁵⁵ Hier sei insbesondere an jene persönlichen Verknüpfungen und Nähebeziehungen gedacht, die im Rahmen der Interviewanalyse wiederholt im Zusammenhang mit Fachtagungen und epistemischen Gemeinschaften zu Akteuren mit juristischer Expertise, wie beispielsweise Professoren und Rechtsanwälte, beschrieben werden konnten.¹⁸⁵⁶ Vergleichbare persönliche Verflechtungen sind im Rahmen des § 42 ZPO bereits als problematische Sachverhalte anerkannt: Denn auch andere als an § 41 Nr. 1 – 3 ZPO angelehnte¹⁸⁵⁷ emotionale oder rechtliche Näheverhältnisse¹⁸⁵⁸ können bei Rechtssuchenden Anlass zu Zweifeln an der Äquidistanz und Neutralität des Richters aufkommen lassen.¹⁸⁵⁹ Nicht ausreichen sollen zwar wirtschaftlich nicht außergewöhnliche geschäftliche Beziehungen,¹⁸⁶⁰ worunter insbesondere auch die Veröffentlichung von Aufsätzen in Zeitschriften eines Intervenierenden fallen.¹⁸⁶¹ Auch losere persönliche Verbindungen sollen aber aufgrund besonderer Beziehungen zum konkreten Streitgegenstand im Ausnahmefall Zweifel an der richterlichen Unparteilichkeit begründen können.¹⁸⁶² Ausreichen können insofern enge Freundschaften¹⁸⁶³

1855 Siehe D.III.A.

1856 Dazu C.IVI.2. und D.II.A.2 Ziff. 4 lit c.

1857 Vgl. Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 9; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 39 ff.

1858 Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 8 mwN; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 40 ff; BGH, v. 30.10.2014 – V ZB 196/13, Rn. 7.

1859 Siehe aber stellvertretend Scheuten/Hannich, Karlsruher Kommentar, § 24, Rn. 7 mwN, der vor einer Umgehung der Ausschlussgründe durch die Generalklausel warnt.

1860 BVerfG, v. 26.05.1998 – 1 BvL 11/94 –BVerfGE 98, 134–139; auch BVerfG, v. 06.07.1999 – 2 BvF 2/98 –BVerfGE 101, 46–53; dazu kritisch Lamprecht, NJW 1999, 2791; GH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01; Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 28 mwN; Schneider, DRiZ 1978, 42, S. 45; zu wirtschaftlicher Abhängigkeit Rosenberg, JZ 1951, 214.,

1861 Siehe BGH, v. 05.03.2001 – I ZR 58/00.

1862 Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 13 ff mwN.

1863 BSG, v. 18.03.2013 – B 14 AS 70/12 R, Rn. 9; BGH, v. 24.01.2001 – AnwZ (B) 5/00; BGH, v. 02.12.2004 – I ZR 92/02, Rn. 2f; BayObLG, v. 02.10.1986 – BReg. 2 Z 113/86; LG Bonn, v. 11.10.1965 – 4 T 460/65; Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 28; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 39 ff, S. 41.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

und eine über bloße Kollegialität¹⁸⁶⁴ hinausgehende Nähe,¹⁸⁶⁵ wie sie in den genannten epistemischen Gesellschaften je nach konkretem Einzelfall auch zu wohlvertrauten Professoren oder Fachanwältinnen des eigenen Fachgebiets bestehen können. Bedenkt man hier die Rechtsprechungspraxis zur gemeinsamen Mitgliedschaft in Vereinen oder Gesellschaften,¹⁸⁶⁶ so gilt dies umso mehr – denn die geschilderten Expertenkreise dürften nur selten als besonders „mitgliederstark“ oder streng hierarchisch strukturiert beschrieben werden können.¹⁸⁶⁷

Gegen eine solche Bewertung spricht im aufgeworfenen Zusammenhang, dass gleich mehrere Akteure von der hier in den Mittelpunkt gestellten Tätigkeit in ihren Grundrechten betroffen sind. Wie dargestellt worden ist, billigt das Grundgesetz etwa Interessengruppen und Lobbyisten zu, sich mit Blick auf ihre vermeintlich zur Parteilichkeit des Richters führenden Handlungen auf das allgemeine Lobbyinggrundrecht aus Art. 5 GG zu berufen.¹⁸⁶⁸ Hiervon sind auch öffentlichkeitswirksame *Pressure*-Kampagnen oder die Organisation und Finanzierung von interessengeneigten Gesprächskreisen umfasst – es ist gerade Gegenstand der Lobbyingfreiheit, die eigenen Interessen auf solche und vergleichbare Weise dem Entscheidungsträger gegenüber zu formulieren. Eine faktische Beschränkung der Durchführung solcher Maßnahmen mittels der Verschärfung des Unparteilichkeitsrechts würde daher einen erheblich weitergehenden Eingriff darstellen, als es etwa mit Blick auf die Berufsausübungsfreiheit von ebenfalls

1864 Vgl. *Taubner*, Der befangene Zivilrichter, S. 42 mwN

1865 Siehe BVerfG, v. 12.07.1986 – 1 BvR 713/83 –BVerfGE 73, 330–339; BGH, v. 07.11.2018 – IX ZA 16/17, Rn. 6; BGH, v. 31.01.2005 – II ZR 304/03; BayObLG, v. 02.10.1986 – BReg. 2 Z 113/86; OLG Hamm, v. 29.06.1977 – 1 W 43/77; OLG Schleswig, v. 01.12.1987 – 1 W 63/87; LG Göttingen, v. 14.07.1999 – 10 AR 28–99; LG Bonn, v. 11.10.1965 – 4 T 460/65; Heinrich/*Musielak/Voit*, ZPO, § 42 Rn. 15 mwN; Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 9 mwN; Stackmann/*Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. Rn. 16 mwN.

1866 Vgl. BVerfG, v. 02.12.1992 – 2 BvF 2/90 –BVerfGE 88, 17–25; im Übrigen auch BGH, v. 10.06.2013 – AnwZ (Brfg) 24/12; OLG Frankfurt a.M., v. 19.04.2017 – 2 U 174/16; OLG Hamm, v. 15.05.2012 – I-1 W 20/12; Vossler/*Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 9; Vollkommer/*Zöller*, ZPO, § 42, Rn. 11; Massenorganisationen jedoch typischerweise unproblematisch, siehe Stackmann/*Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 11; Hüßtege/*Thomas/Putzo*, ZPO, § 42, Rn. 10; auch BGH, v. 13.11.2002 – RiZ(R) 3/01; BGH, v. 05.03.2001 – I ZR 58/00; BGH, v. 13.03.1997 – 1 StR 793/96 –BGHSt 43, 16–22.

1867 BGH, v. 24.01.1991 – IX ZR 250/89; Stackmann/*Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 42, Rn. 10 mwN.

1868 Siehe E.I.

betroffenen Verlagen oder Tagungsveranstaltern der Fall wäre. Wird also an die richterliche Teilnahme an interessengeprägten Tagungsveranstaltungen und an die in diesem Rahmen getroffene Meinungsäußerung eines Richters angeknüpft, um dessen Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen, so sind nicht nur dessen Meinungs-, Wissenschafts- und Handlungsfreiheit beeinträchtigt, sondern auch die Grundrechte der auf ihn einwirkenden Akteure. Dem kommt gerade deshalb besondere Bedeutung zu, weil die Grundrechtsbetroffenheit der Richterinnen und Richter aufgrund des inhaltlichen Dienstbezugs vergleichsweise geringer wiegen dürfte: So ist allgemein anerkannt, dass der verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsraum der Richterinnen und Richter umso mehr Gewicht haben muss, je weiter der betroffene Regelungsgegenstand von der Dienstausübung entfernt ist. Je größer aber die funktionale Verknüpfung der grundrechtsbewährten und damit außer-dienstlichen Tätigkeit, desto eher können Eingriffe in diese Freiheitsräume aufgrund anderer Verfassungsgrundsätze gerechtfertigt sein.¹⁸⁶⁹

Gleichzeitig ist es aber gerade die Ausübung der Lobbyingfreiheit, die im vorliegenden Zusammenhang nachvollziehbare Zweifel an der Integrität der Richterschaft verschärft. Sie steht der richterlichen Unparteilichkeit ihrer Zielrichtung nach insofern diametral entgegen: Statt das Bemühen des Richters zu respektieren, Äquidistanz zu Parteien und Streitgegenstand zu halten, strebt die Interessenrepräsentation eine möglichst frühzeitige Entscheidung des Richters für die eine oder andere Seite an. Denn die außer-dienstlichen Nebentätigkeiten des Richters dienen Interessenrepräsentanten als Beeinflussungsmittel *dienstlicher* Verhaltensweisen. Schließlich trägt die Richterschaft im Rahmen der festgestellten Gesprächskreise keine abstrakten dogmatisch-wissenschaftlichen Überlegungen vor, sondern gerade zu jener Expertise, die sie aufgrund ihrer dienstlichen Stellung in einem spezifischen Fachgebiet erworben haben. Im Mittelpunkt ihrer Beteiligung steht daher die Entscheidungsmacht, die der Richterschaft auf dem jeweiligen Gebiet aufgrund ihrer dienstlichen Stellung zukommt. Gerade diese ist es, die die Attraktivität des Richter-Redners für die jeweilige Veranstaltung, für den jeweiligen Gesprächskreis, für die jeweiligen lobbyistischen Veranstalter ausmacht.¹⁸⁷⁰ Damit schafft die lobbyistische Intervention trotz an sich *abstrakter* Vorbefassung des Richters einen sachlich-inhaltlich *kon-*

1869 Vgl. Ossenbühl/Cornils, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 25 ff; Loschelder, in: Isensee/Kirchhof, § 202: Grundrechte im Sonderstatus, Rn. 8f mwN; Rudolph, DRiZ 1984, 135, 141; Baßlspurger, ZBR 2004, 369, S. 370 mwN; Schnelle/Hopkins, NVwZ 2010, 1333.

1870 Siehe D.II.A.4. Nr. 3 lit b.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

kreten Zusammenhang zum dienstlichen Entscheidungsverhalten des Richters. Es erscheint daher durchaus zweifelhaft, die vorstehend beschriebenen Zusammenhänge normativ als unvermeidbare und daher hinzunehmende *abstrakte Vorbeifassung* zu behandeln.

Bislang haben diese Überlegungen freilich keinen Niederschlag in der herrschenden Literatur oder der Rechtsprechungspraxis gefunden. Jedenfalls werden die allermeisten der festgestellten lobbyistischen Einflussnahmebemühungen – so beispielsweise die Einladung zu Fachtagungen, die Vermittlung von Vortrags- und Veröffentlichungstätigkeiten oder die Einbeziehung in gesellschaftspolitische und sonstige Vereinigungen – nicht als Unparteilichkeitsproblem der Richterschaft eingestuft.¹⁸⁷¹ Denn von ihnen ginge aufgrund ihrer allgemeinen Verbreitung kein solcher Druck aus, mit dem der Richter nicht üblicherweise vertraut und daher umzugehen befähigt wäre – anderes könne erst ab der Schwelle *weisungsgleichen Drucks* gelten.¹⁸⁷² Dies ist allenfalls mit Blick auf die höchst ausnahmsweise festgestellten koordinierten Kampagnen und medialen Druckszenarien und Gesamtkoordinationen denkbar.¹⁸⁷³ Die viel häufiger festgestellten fallbezogenen lancierten Fachveröffentlichungen dürften aufgrund der großen Mittelbarkeit hiervon jedoch regelmäßig nicht erfasst sein.¹⁸⁷⁴

Die besseren Gründe sprechen jedoch dafür, zum Schutze des allgemeinen Vertrauens in die richterliche Unparteilichkeit von der Richterschaft auch dann aktive Verteidigungshandlungen einzufordern, wenn zwar noch kein weisungsgleicher aber ungewöhnlicher oder aus sonstigen Gründen auffälliger Druck vorliegt. Die möglichen Handlungen zur Verteidigung der eigenen Unparteilichkeit sind dabei freilich nicht auf eine abgeschlossene Liste an Optionen beschränkt, sondern von Fall zu Fall zu bestimmen. Ein unangemessener Aufwand ist hier nicht zu fordern. Zu denken ist etwa an Pressemitteilungen, Fernsehinterviews, aber auch Mitteilungen und Offenlegungen im Rahmen des konkreten Einzelverfahrens. Die insofern auferlegten Pflichten gehen nur geringfügig weiter als die ohnehin von der herrschenden Rechtsprechung geforderte Mitteilungspflicht gegenüber den

¹⁸⁷¹ Siehe erneut BAG, v. 07.11.2012 – 7 AZR 646/10, Rn. 21; VGH Mannheim, v. 21.01.1975 – IV 1591/74; OLG Koblenz, v. 14.03.1969 – 4 W 69/69; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 10f, mwN; auch Gilles, DRiZ 1983, 41, S. 48; vgl. Lemppenau, DRiZ 1992, 381; Taubner, Der befangene Zivilrichter, S. 43 ff.

¹⁸⁷² D.I.B.

¹⁸⁷³ Siehe D.I.A.2.2.

¹⁸⁷⁴ Ausführlich D.I.A.I.1.2.

Prozessparteien,¹⁸⁷⁵ und entsprechen im Wesentlichen jenen Abwehrmechanismen, die der in seiner *äußerer Unabhängigkeit* verletzte Richter nach herrschender Ansicht von seinen Dienstvorgesetzten verlangen kann.¹⁸⁷⁶ Nicht ausreichend ist es in diesen Fällen jedoch, sich ohne jede nach außen tretende Handlung nachträglich allein auf die von der Verfassung grundsätzlich vermutete innere Unabhängigkeit zu berufen.

Die insofern vorgeschlagene Ausnahme widerspricht auch nicht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Auch wenn sich die Schutzbereiche von *äußerer* und *innerer Unabhängigkeit* im Rahmen der genannten Ausnahme in vielen Fällen überschneiden werden, besteht zumindest die dogmatisch eingeräumte Möglichkeit, die prozessualen Rechte der Verfahrensbeteiligten dort auszubauen, wo die mittels Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG einforderbare *äußere Unabhängigkeit* aufgrund ihres historischen und systematischen Hintergrunds nur auf engste Einzelfälle beschränkt ist.

Daher wäre unter Anwendung der hier vorgeschlagenen Gruppe zumindest in jenen Ausnahmefällen, in denen Richterinnen und Richter auf außergewöhnliche Drucksituationen – seien sie in lobbyistischen *pressure*-Bemühungen oder besonderen Nähebeziehungen begründet – nicht in einer wie auch immer gearteten, öffentlich wahrnehmbaren Weise abwehrend reagieren, von einer Verletzung der *richterlichen Unparteilichkeit* auszugehen.¹⁸⁷⁷

II.2.3.2.4) Zusammenfassung und Ergebnis

Die Verletzung der *inneren Unabhängigkeit* knüpft nicht an der lobbyistischen Einflussnahme, sondern an der womöglich unterbliebenen richterlichen Abwehrmaßnahme oder etwaigen aktiven Verhaltensweisen an. Dies entspricht der Verpflichtungsrichtung von Art. 97 GG und § 39 DRiG.

1875 BVerfG, v. 08.06.1993 – 1 BvR 878/90 – BVerfGE 89, 28–38; Morgenthaler/*Eppling/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 4; Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 20; vgl. *Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, S. 144f; S. 295 mwN.

1876 *Rudolph*, DRiZ 1984, 135; Heusch/*Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 97, Rn. 33; *Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 97, Rn. 93; *Classen/von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 97, Rn. 35; *Detterbeck/Sachs*, GG, Art. 97, Rn. 2; Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 97, Rn. 43; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 189, Fn. 428, S. 192; *Kissel/Mayer*, GVG, § 1, Rn. 192; aA *Peschel-Gutzeit*, DRiZ 2002, 345; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 111.

1877 Siehe hierzu auch weiter unten E.III.2

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Die allermeisten festgestellten Lobbyingzusammenhänge ziehen nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur jedoch keine Handlungspflicht der Richterschaft, und damit auch keine Verletzung der inneren Unabhängigkeit nach sich.

Anderes gilt nach wohl überwiegender Rechtsprechung im Zusammenhang mit Meinungsäußerungen, die auf konkrete streitige Verfahren bezogen sind, für welche der betroffene Richter bereits oder in absehbarer Zeit zuständig ist. Sofern lobbyistisch motivierte Fachtagungen Anlass zu diesen Meinungsäußerungen geben, stehen diese insofern mittelbar im Konflikt mit der richterlichen Unparteilichkeit. Zumindest nach hier vertretener Auffassung gilt ähnliches außerdem für solche Ingerenzversuche, die ausnahmsweise eine solche Intensität annehmen, dass vom Richter aktive Abwehrmaßnahmen gefordert werden müssen, um den bösen Schein der Parteilichkeit zu vermeiden. Etwaige Anwendungsfälle sind einerseits die ausnahmsweise vorkommenden extremen Druckszenarien im Zusammenhang mit Kampagnen, andererseits die ebenfalls selten vorkommenden direkten, aber subtilen Einflussnahmeversuche im Rahmen besonderer Expertenkreise.

Inwiefern die Rechtsprechung die hier dargelegten Bewertungen teilt, ist unklar. Entsprechende Rechtsprechungsentwicklungen und -klarstellungen sind insofern durchaus wünschenswert.¹⁸⁷⁸

II.2.4) Ergebnis und Zusammenfassung: Richterliche Unabhängigkeit nur ausnahmsweise durch festgestellte Lobbyingmaßnahmen verletzt

Der umfangreiche und titelprägende Abschnitt war mit dem Vorwurf begonnen worden, Interessenrepräsentation sei eine Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit. Doch die „*Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Beeinflussung hängt [...] vom Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit ab.*“¹⁸⁷⁹ Diese simple Feststellung Stürners machte es notwendig, den verfassungsrechtlichen Unabhängigkeitsbegriff näher zu beleuchten, und führte an verschiedensten Stellen zu offenen Fragen und dogmatischen Unklarheiten.

So wurde festgestellt, dass Art. 97 GG nach hier vertretener Auffassung richtigerweise sowohl die *äußere* als auch die *innere Unabhängigkeit* zu

1878 Verweis E.III.2

1879 Stürner, in: Gilles, Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung, S. 179; siehe E.II.2.

einem objektiven verfassungsrechtlichen Gebot erhebt, und dabei jeweils einen Schutz gegenüber sowohl staatlichen, prozessparteilichen oder gesellschaftlichen Ingerenzen bietet. Die verfassungsrechtlichen Schutzmängel sind gerade mit Blick auf die hier besonders relevante *Gesellschaftsunabhängigkeit* nicht deckungsgleich – stattdessen Unabhängigkeit i.e.S. und Unparteilichkeit trotz teilweise sachverhaltlichen Überschneidungen jeweils selbstständige rechtsstaatliche Prinzipien.

Die *äußere* Gesellschaftsunabhängigkeit fordert anders als die Staatsunabhängigkeit keine Einmischungsfreiheit, sondern schützt die Richterschaft allein vor *weisungsgleichen* Einflussnahmever suchen. Der durch die Ingerenzen Dritter betroffene Rechtssuchende kann einen diesbezüglichen Verstoß gegen Art. 97 GG nach hier vertretener Ansicht mittels Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG rügen. Selbiges gilt für die *innere* Unabhängigkeit, die jedoch als *Pflicht* des Richters ausgestaltet ist. Weil das Grundgesetz von einem grundsätzlichen Bestehen und Zuerkennen richterlicher Unparteilichkeit durch die Allgemeinheit der Rechtssuchenden ausgeht, besteht die richterliche Pflicht darin, keinen Anlass zum Zweifel an der Unparteilichkeit zu geben und somit das Vertrauen der Allgemeinheit in seine *Unparteilichkeit* zu gefährden. Problematisch ist jedoch, dass die Rechtsprechung und Literatur es bisher versäumt haben, ein hinreichend positiv definiertes Verständnis der *Unparteilichkeit* zu umschreiben. Schon der konkrete Unterschied von *Parteilichkeit* und *Befangenheit* ist häufig nicht klar, sodass sich die Praxis weitestgehend mit Fallgruppen behilft. Die vorliegende Arbeit vertritt dabei die These, dass ein Richter faktisch so lange als unparteilich gilt, wie er nichts *Verbotenes* oder für seine Position *Unübliches* tut.

Legt man das heute herrschende Verständnis von innerer und äußerer Gesellschaftsunabhängigkeit an die festgestellten Lobbyingsachverhalte an, so lassen sich trotz breit aufgezogenem Spannungsfeld *de lege lata* allenfalls *ausnahmsweise* Verletzungen durch lobbyistische Ingerenzen feststellen.

Für den Fall der *äußeren Unabhängigkeit* etwa ließen sich regelmäßig schon keine solchen Druckszenarien ausmachen, die zu einem *weisungsgleichen* Druck und damit einem solchen faktischen Zwang hätten führen können, dass vom Richter eine der sozialen Erwartungshaltung entgegengesetzte Entscheidung vernünftigerweise nicht mehr erwartet werden kann. Denn die tatsächlich feststellbaren Einflussnahmever suchte von Interessenrepräsentanten zielen typischerweise auf das richterliche Vorverständnis, nicht aber auf die konkret fallbezogene Entscheidungsfindung ab. Tun sie das doch, wahren sie typischerweise auf die eine oder andere Weise Distanz zur Richterschaft oder wählen indirekte Einflussnahmemittel. Eine

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Verletzung kommt ausnahmsweise bei kampagnenartigen Druckszenarien in Betracht.

Letztlich gilt auch für den Fall der *inneren* Unabhängigkeit nur wenig anderes. Auch bei Anwendung der von der Rechtsprechung und Literatur herausgebildeten Fallgruppen genießt das richterliche Vorverständnis keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz – stattdessen wird dessen Ausformung und Weiterentwicklung mit Blick auf die Grundrechte des Richters sowie zugunsten einer möglichst effizienten und praxisnahen Rechtsprechung als verfassungsrechtlich geboten und notwendig erachtet. Ob dabei jedoch die besonderen Umstände zielgerichteter Richterbeeinflussung tatsächlich hinreichend berücksichtigt werden, darf bezweifelt werden. Die vorliegende Arbeit spricht sich daher dafür aus, dass zumindest bei *weisungsähnlichen* Zwangssituationen das Fehlen aktiver Abwehrhandlungen zu einer berechtigten Sorge um die richterliche Unparteilichkeit führen kann. Dabei sollte diese neue Fallgruppe nicht zu eng verstanden werden, um der richterlichen Unparteilichkeit den von der Verfassung eingeräumten Rang der richterlichen Unparteilichkeit hinreichend zu berücksichtigen.

Fasst man diese Ergebnisse zusammen, so ergeben sich ausnahmsweise Verletzungen der *inneren* wie auch der *äußeren Unabhängigkeit* aufgrund besonders intensiver Einflussnahmekonstellationen, wobei eine Verletzung der *inneren Gesellschafts-unabhängigkeit* schon bei nur *weisungsähnlichem* Druck angenommen werden kann, während eine Verletzung der äußeren Gesellschaftsunabhängigkeit erst bei *weisungsgleichen* Zwangssituationen vorliegen soll. Daher keine Beeinträchtigung der *äußeren Unabhängigkeit* hervorruft, jedoch mit Blick auf die *Unparteilichkeit* problematisch sind jene Lobbyingmaßnahmen, die einen Richter zu Meinungskundgaben in Bezug auf konkrete, in seine Zuständigkeit fallende Verfahren veranlassen. Nach hier vertretener Ansicht sollte dieses Verhalten als *unübliches* und damit mit der Unparteilichkeit nicht in Einklang stehendes Verhalten angesehen werden. Selbiges gilt für jene teilweise festgestellten subtilen Druckszenarien unterhalb der Schwelle *weisungsgleichen* Drucks, die aufgrund persönlicher Verknüpfungen und Nähebeziehungen im Zusammenhang mit epistemischen Gesellschaften und Expertengesprächskreisen festgestellt und angenommen worden sind. Auch wenn die herrschende Meinung dem nicht zu folgen scheint, fügt sich die hier vertretene Auffassung in eine Vielzahl von Fallgruppen und Rechtsprechungslinien ein.

II.3) Der Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs.1 GG und der Umfang der Informations- und Aufklärungspflicht

Das in der Lobbyingpraxis gern vorangestellte Selbstverständnis als legitime Transferleistung von Fachinformationen gegenüber Entscheidungsträgern¹⁸⁸⁰ wurde bislang nur mittelbar problematisiert. Im Mittelpunkt stand die Wahrung der verfassungsrechtlich vorgesehenen Entscheidungskompetenz sowie das Vertrauen in die Richterliche Unabhängigkeit. Doch auch der Informationsfluss selbst bietet ausreichenden Anlass, die festgestellten Lobbyingsachverhalte rechtlich zu hinterfragen.

So findet sich in der Literatur insbesondere in Zusammenhang mit Abgeordnetenbestechung der Vorwurf, lobbyistische Einwirkungen würden das *Gebot formaler demokratischer Gleichheit* verletzen.¹⁸⁸¹ Dieser unter anderem von Art. 20 Abs.1 GG vorausgesetzte Grundsatz freiheitlicher Demokratien¹⁸⁸² verlangt, dass dem von Art. 20 Abs. 2 GG beschriebenen Souverän und damit allen Staatsbürgern die Möglichkeit zukommen muss, gleichermaßen an der politischen Willensbildung zu partizipieren und über zu treffende Entscheidungen mitzubestimmen.¹⁸⁸³ Auf dem hieraus abgeleiteten *Gebot formaler demokratischer Gleichheit* fußen verschiedenste Säulen des vom Grundgesetz vorgesehenen Staatswesens, so beispielsweise die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG festgehaltene Wahlrechtsgleichheit,¹⁸⁸⁴ die Gleich-

1880 Siehe dazu ausführlich C.IV.3.2.

1881 *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S. 29-31 mwN; *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 133f; siehe auch *Boehme-Neffler*, in: *Boehme-Neffler*, Die Öffentlichkeit als Richter? S. 20 und 30f; *Bamberger*, Nachamtliche Tätigkeitsbeschränkungen für politische Amtsträger, S. 130; *Epp*, Die Abgeordnetenbestechung, S. 135; insgesamt *Schlosser*, Die Verhaltensregeln für die Mitglieder des Deutschen Bundestages vom 25. 6. 1980; vergleiche *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 24: Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 41 ff mwN; *Grzeszick/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, Rn. 36 mwN.

1882 *Grzeszick/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, Rn. 35 ff mwN, Rn. 39.

1883 *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 133; *Schmitt Glaeser*, in: *Frowein/Münch*, Partizipation an Verwaltungentscheidungen, S. 180 ff; als Verletzung der Wettbewerbsfreiheit *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S. 81 ff, 120 ff mwN.

1884 Insofern grundlegend BVerfG, v. 05.04.1952 – 2 BvH 1/52 –BVerfGE 1, 208–261, Rn. 113.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

heit der Abgeordneten und Fraktionen¹⁸⁸⁵ sowie die Chancengleichheit der politischen Parteien,¹⁸⁸⁶ aber auch die unterschiedslos zu gewährleistende Teilhabe an politischen Grundrechten wie der Demonstrations- und Meinungsfreiheit.¹⁸⁸⁷ In ihm schwingt die mit pluralistischen Gesellschaften verbundene Überzeugung mit, dass nur durch umfassende und gleichmäßige Partizipation von Bürgerinnen und Bürgern ein angemessener Ausgleich oftmals entgegengesetzter Partikularinteressen sowie ein umfassender Austausch von Informationen erreicht werden kann. Auf keine andere Art und Weise sei eine tatsächliche Legitimation und Kontrolle des Staates und seiner Organe im Sinne der bestmöglichen Erreichung des Gemeinwohls sichergestellt.¹⁸⁸⁸

Diesen im Kern egalitären Ansatz sehen Teile der Literatur durch zielgerichtete Einflussnahmehemühungen organisierter Interessenrepräsentanten gefährdet.¹⁸⁸⁹ Durch Lobbyingmaßnahmen unterstützte Positionen und Meinungen würden aufgrund der professionellen Aufarbeitung und Vermittlung gegenüber Entscheidungsträgern und aufgrund der ‚künstlich‘ hergestellten Medienpräsenz und öffentlichen Aufmerksamkeit¹⁸⁹⁰ als vorzugs würdig und mehrheitstauglich wahrgenommen, selbst wenn objektiv bessere Argumente für entgegenstehende oder vermittelnde Positionen sprächen. Die Mitwirkungsmöglichkeiten von nicht oder nur schwach organisierten Interessengruppen und Bürgern würden durch im Rahmen informeller Gespräche und Vorabsprachen geschaffene Sonderzugänge zu

1885 BVerfG, v. 05.11.1975 – 2 BvR 193/74 –BVerfGE 40, 296–352; BVerfG, v. 14.01.1986 – 2 BvE 14/83 –BVerfGE 70, 324–388; BVerfG, v. 17.07.1995 – 2 BvH 1/95, Rn. 43; BVerfG, v. 21.05.1996 – 2 BvE 1/95 –BVerfGE 94, 351–371, Rn. 101; BVerfG, v. 21.07.2000 – 2 BvH 3/91 –BVerfGE 102, 224–245, Rn. 58 ff.

1886 BVerfG, v. 19.07.1966 – 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56; BVerfG, v. 02.03.1977 – 2 BvE 1/76, BVerfGE 44, 125; zum Streitstand Kluth/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 21, 133 ff mwN.

1887 Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, § 24: Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 41, insgesamt Rn. 42 ff.

1888 Schmitt Glaeser, in: Frowein/Münch, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, S. 180 ff; Jablonski, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S.120 ff, 131 ff mwN; siehe zur Wahlrechtsgleichheit. BVerfG, v. 16.12.2014 – 2 BvE 2/14 –BVerfGE 138, 102–125, Rn. 28.

1889 Zumindest insofern erinnert die Kritik an den pauschalen Vorwurf der Gemeinwohlwidrigkeit, siehe E.I.I.

1890 Boehme-Nefßer, NVwZ 2017, 528.

Entscheidungsträgern¹⁸⁹¹ zulasten des verfassungsmäßig vorgesehenen offenen Meinungsaustauschs verschlechtert.¹⁸⁹²

Vereinzelt wird dieser Vorwurf auch gegenüber richterbezogener Interessenrepräsentation erhoben und verfassungsrechtlich als *Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG* verstanden. Die Gewährleistung der Verfassungsgarantie sei in Gefahr, wenn durch indirektes Lobbying, langfristig angelegte Public Affairs Maßnahmen und intereszenbezogen gepflegte Näheverhältnisse zu Expertenkreisen eine einseitige Vorprägung des zur Streitentscheidung berufenen Richters vorgenommen worden sei.¹⁸⁹³ Solche Zusammenhänge führten faktisch zu einer qualitativen Abstufung des rechtlichen Gehörs im konkreten Verfahren: Während die Interessen der einen Prozesspartei erst in der Verhandlung bzw. im schriftlichen Vorverfahren zur Kenntnis genommen werden könnten, seien die gegensätzlichen Positionen und Argumente bereits seit langem im Vorverständnis des Richters platziert, und drohten weiteren Vortrag der Gegenseite daher zu „übertönen“.¹⁸⁹⁴ Auch weil die spätere Prozesspartei von diesen vor dem Prozess liegenden Zusammenhängen im Einzelnen oftmals nichts wissen kann, habe ihr späterer Vortrag letztlich keine gleichwertige Chance, vom Richter tatsächlich gehört und rechtlich berücksichtigt zu werden. Dies stelle ein Privileg der einen Prozesspartei zulasten der anderen dar, verletzte das Gebot prozessualer Waffengleichheit und lasse daher ein „rechtliches Gehör erster und zweiter Güte“ entstehen.¹⁸⁹⁵

1891 Vgl. *Wapler*, in: *Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, S. 427, S. 430, 448 ff mwN; *Boehme-Neffler*, NVwZ 2017, 528, S. 529 ff.

1892 *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S. 30; *Epp*, Die Abgeordnetenbestechung, S. 135; *Schlosser*, Die Verhaltensregeln für die Mitglieder des Deutschen Bundestages vom 25. 6. 1980; auch *Krause*, DÖV 1974, 325; insgesamt *Grzeszick/Dürrig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, Rn. 35 ff mwN; abwärrend *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 24: Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 19; *Boehme-Neffler*, NVwZ 2017, 528, S. 529.

1893 *Lamprecht*, NJW 2017, 1156, S. 1158f.

1894 So *Boehme-Neffler*, ZRP 2009, 228.

1895 *Lamprecht*, NJW 2017, 1156, S. 1159; siehe auch *Lamprecht*, NJW 1993, 2222; ähnlich auch *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S. 81 ff, 120 ff als Verletzung der Wettbewerbsfreiheit.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

II.3.1) Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG und seine untersuchungsrelevanten Schutzwertdimensionen

Obwohl die aufgeworfene Kritik eine offensichtliche Nähe zum bereits behandelten Vorwurf der lobbyingbegründeten Parteilichkeit und der vermeintlich gefährdeten richterlichen Neutralität aus Art. 97 Abs 1 GG aufweist,¹⁸⁹⁶ rechtfertigen die dogmatischen und inhaltlichen Unterschiede der betroffenen Verfassungsbestimmungen eine gesonderte Prüfung des Art. 103 Abs. 1 GG.

Als eine der wenigen verfassungsrechtlich verbürgten Partizipationsmöglichkeiten gegenüber der Justiz¹⁸⁹⁷ dient der Anspruch auf rechtliches Gehör als prozessuales Urrecht¹⁸⁹⁸ und konstitutives Verfahrensprinzip¹⁸⁹⁹ der Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips und der Wahrung der Menschenwürde im Gerichtsverfahren:¹⁹⁰⁰ Jeder und Jedem muss, um nicht zum bloßen Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens zu werden, die Möglichkeit eingeräumt werden, sich mit den gegen ihn vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Vorwürfe auseinanderzusetzen.¹⁹⁰¹ Art. 103 Abs. 1 GG garantiert daher sowohl ein Äußerungsrecht der Verfahrensbeteiligten als auch die spiegelbildlich angelegte Pflicht des Gerichts, das Geäußerte bei seiner Entscheidungsfindung auch tatsächlich zu berücksichtigen.¹⁹⁰²

Damit ist dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Kern eine Teilhabe- und Leistungsgarantie zu eigen, die etwa dem Unparteilichkeits- und Ablehnungsrecht fehlt.¹⁹⁰³ Diese besondere Qualität des Art. 103 Abs. 1 GG

1896 Vgl. zur Verknüpfung der Verfassungsbestimmungen BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 108 – 110.

1897 Schmitt Glaeser, in: Frowein/Münch, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, S. 183.

1898 BVerfG, v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 –BVerfGE 107, 395–418, Rn. 42; siehe auch BVerfG, v. 15.08.2014 – 2 BvR 969/14, Rn. 49; BVerfG, v. 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, Rn. 16.

1899 BVerfG, v. 09.07.1980 – 2 BvR 701/80 –BVerfGE 55, 1–7, Rn. 9.

1900 Siehe Remmert/Dürrig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn.1 mwN; Rn 21 ff mwN.

1901 Dazu BVerfG, v. 09.07.1980 – 2 BvR 701/80 –BVerfGE 55, 1–7, Rn. 9 mwN; Windthorst/Gröpel u. a., GG-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 1 mwN.

1902 Dazu Radtke/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 7 ff mwN.

1903 Pieroth/Jarass/Pieroth, GG, Art. 103, Rn. 1.

zugunsten des einzelnen Rechtssuchenden¹⁹⁰⁴ trägt ebenso wie die Gewährleistung der übrigen Justizgrundsätze faktisch dazu bei, dass Rechtssuchende das berufene Gericht auch tatsächlich als vertrauenswürdigen Streitschlichter anerkennen.¹⁹⁰⁵ Damit Rechtssuchende gerade bei atypischen (außer)gerichtlichen Vorkommnissen oder im Falle undurchsichtiger Sachverhaltshintergründe wirksam am Verfahren partizipieren und ihre Position vertreten können, ist in Rechtsprechung und Literatur beispielweise allgemein anerkannt, dass das Gericht die Rechtssuchenden aktiv über die Sach- und Rechtslage sowie alle entscheidungserheblichen Tatsachen informieren muss.¹⁹⁰⁶ Nur auf diese Weise sei tatsächlich gewährleistet, dass der Rechtssuchende auch eine realistische Gelegenheit hatte, sich zu den maßgeblichen Umständen des Rechtsstreits zu äußern. Der Einzelne soll vor Urteilen geschützt werden, die ihn in unangemessener Weise als bloßen Bestandteil des Verfahrens behandeln,¹⁹⁰⁷ und braucht unerwartete gerichtliche Erwägungen nicht gegen sich geltend lassen, wenn auch ein gewissenhafter und kundiger Beteiligter nach dem Prozessverlauf mit diesen nicht gerechnet und sich daher auch nicht in diesem Sinne geäußert hätte.¹⁹⁰⁸

Gerade in dieser gerichtlichen Informationspflicht unterscheidet sich der Anspruch auf rechtliches Gehör von der richterlichen Pflicht zur Bewahrung der eigenen Unparteilichkeit. Denn obwohl der Unparteilichkeit ein Aspekt der Äquidistanz und damit der Gleichbehandlung der Parteien innewohnt, geht dies nicht so weit, dass der Richter Information über bestimmte Umstände schulden würde. So leitet sich auch die bereits ange-

1904 Siehe BVerfG, v. 08.01.1959 – 1 BvR 396/55 –BVerfGE 9, 89–109, Rn. 22; BVerfG, v. 05.11.2003 – 2 BvR 1243/03 –BVerfGE 109, 13–38, Rn. 82f; Schmahl/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 103 GG, Rn. 9

1905 Siehe hierzu E.II.2.2.2.3.1.

1906 Dazu BVerfG, v. 18.06.1957 – 1 BvR 41/57, Rn. 10; BVerfG, v. 08.06.1993 – 1 BvR 878/90 –BVerfGE 89, 28–38, Rn. 28ff; BVerfG, v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 –BVerfGE 98, 218–264, Rn. 162; sowie Radtke/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 7; Rüping/Kahl u. a., BK, GG, Art. 103, Rn. 114 ff mwN; Windthorst/Gröpel u. a., GG-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 6.

1907 Siehe BVerfG, v. 09.03.1983 – 2 BvR 315/83 –BVerfGE 63, 332–339, Rn. 22; zum Streitstand im Einzelnen Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103, Rn. 20 – 24 mwN.

1908 Siehe BVerfG, v. 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, Rn. 36; BVerfG, v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 –BVerfGE 98, 218–264, Rn. 162; BVerfG, v. 07.10.2003 – 1 BvR 10/99 –BVerfGE 108, 341–351, Rn. 14f; BVerfG, v. 01.08.2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 49f mwN; außerdem Radtke/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 6.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

sprochene Pflicht des Richters, über Zusammenhänge aufzuklären, die seine Parteilichkeit besorgen könnten, anders als das Ablehnungsrecht selbst, nicht aus der Unparteilichkeit, sondern aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab.¹⁹⁰⁹

Mit Blick auf die festgestellten Lobbyingsachverhalte kommen Verletzungen der unterschiedlichen Schutzzdimensionen in unterschiedlichem Umfang in Betracht. So ist nicht ersichtlich, inwiefern durch die festgestellten Aktivitäten von Interessenrepräsentanten Verletzungen der richterlichen *Berücksichtigungspflicht* in Frage kommen könnten. Diese ist jedenfalls nicht schon dann verletzt, wenn der Richter einer oder gar mehreren Prozessparteien in ihren tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen nicht folgt.¹⁹¹⁰ Stattdessen ist das Gericht allein dazu angehalten, das von den Prozessparteien Vorgetragene zur Kenntnis zu nehmen und in die eigenen Erwägungen mit einzubeziehen.¹⁹¹¹ Dies umfasst sowohl die Pflicht, die wesentlichen Behauptungen nach Wort und Sinn beispielsweise in der Entscheidungsbegründung wiederzugeben,¹⁹¹² als auch die Wahrnehmungsbereitschaft während des Verfahrens selbst.¹⁹¹³ Auch wenn theoretisch denkbar ist, dass ein Richter sich in Folge lobbyistischer Bemühungen etwaigen Gegenargumenten vollständig verschließt, sind solche Reaktionen mithilfe der vorliegenden Untersuchung nicht zu erwarten.¹⁹¹⁴

Der Kern der von der Literatur aufgeworfenen Kritik betrifft stattdessen das *parteiliche Äußerungsrecht* sowie die *gerichtliche Informationspflicht*. Konkret bezieht sich der Vorwurf auf Vortrags- und Tagungsveranstaltungen sowie auf die bereits mehrfach beschriebenen, von außen undurchsich-

1909 BVerfG, v. 08.06.1993 – 1 BvR 878/90 –BVerfGE 89, 28–38, Rn. 28 ff; Pieroth/Ja-rass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Rn. 103, Rn. 17; Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 79.

1910 Windthorst/Gröpl u. a., GG-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 6 mwN; Radtke/Epp- ping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 6, unter Verweis auf BVerfG, v. 15.02.2017 – 2 BvR 395/16, Rn. 6 mwN.

1911 BVerfG, v. 24.03.1982 – 2 BvH 1/82; BVerfG, v. 17.05.1983 – 2 BvR 731/80 -BVerfGE 64, 135–157; BVerfG, v. 19.05.1992 – 1 BvR 986/91; auch *Grafshof*, in: Merten/Papier, §II3: Rechtliches Gehör, Rn. 5, Rn. 18 ff, Rn. 60 ff; *Zuck*, DRiZ 1988, 172, S. 177.

1912 St. Rspr. BVerfG, v. 22.11.1983 – 2 BvR 399/81 –BVerfGE 65, 293–297 mwN; vgl. BVerfG, v. 03.10.1961 – 2 BvR 4/60 -BVerfGE 13, 132–153, Rn. 57 ff; BVerfG, v. 26.11.2008 – 1 BvR 670/08; BGH, v. 09.02.2009 – II ZR 77/08; BVerfG, v. 23.01.2017 – 2 BvR 2272/16, Rn. 14; *Kunig/Münch/Kunig*, GG, Art. 103, Rn. 10; Radtke/Epp- ping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 14.

1913 Rüping/Kahl u. a., BK, GG, Art. 103, Rn. 109 mwN; Degenhart/Sachs, GG, Art. 103, Rn. 33; Radtke/Epp- ping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 13 mwN.

1914 Vgl. auch die Ergebnisse zur richterlichen Unabhängigkeit, E.II.3 und E.II.4.

tigen epistemischen Expertengesprächskreise.¹⁹¹⁵ Bei diesen könne nämlich letztlich nicht garantiert werden, dass nach stunden- oder tagelangem „Beisammensein der Gedankenaustausch nicht zu einer exklusiven [, weil der Gegenseite versagten] Anhörung mutiert“¹⁹¹⁶. Es könne hier leicht zu einer *de facto* privilegierten Form des rechtlichen Gehörs kommen, weil ohne unmittelbaren Zeit- und Öffentlichkeitsdruck ausführlich und nur scheinbar abstrakt-prinzipiell über Rechtsfragen und deren tatsächliche Folgen gesprochen würde.¹⁹¹⁷ Weil diese vor allem informellen Gesprächskreise keiner Protokollierung oder sonstigen Nachvollziehbarkeit unterliegen, bestehe für den unwissend gelassenen Rechtssuchenden weder Anlass noch Möglichkeit, sich über die bisherigen Informationsströme zu informieren und gegebenenfalls ergänzende Fakten und Argumentationen vorzutragen.

Dem Grunde nach lässt sich dieser Vorwurf trotz aller dargestellten Unterschiede¹⁹¹⁸ auch auf die übrigen festgestellten Lobbyingsachverhalte übertragen. Zwar finden beispielsweise lancierte Fachbeiträge oder medienwirksame Kampagnen mehrheitlich in der Öffentlichkeit und für jedermann nachvollziehbar statt:¹⁹¹⁹ Anders als im Rahmen scheinbar abgeschlossener Gesprächskreise wären hier alle Prozessparteien theoretisch in der Lage, Informationsverläufe nachzuvollziehen. Doch längst nicht allen Prozessparteien oder Interessengruppen stehen entsprechende Recherche- und Monitoringmöglichkeiten offen. Auch ist kaum verlässlich nachzuvollziehen, welche Informationen die im Einzelfall zuständige Richterschaft zu welchem Zeitpunkt aus welcher Quelle in welchem Umfang zur Kenntnis genommen hat. Auch hier kann von ungleich verteilten Möglichkeiten zur Beeinflussung des eigenen Verfahrens aufgrund fehlender Informations- und Äußerungsmöglichkeiten gesprochen werden.

Schutzmfang von Informationspflicht und Erklärungsrecht

Ob in den festgestellten Sachverhalten tatsächlich eine Verletzung von Art. 103 Abs 1 GG zu sehen ist, bestimmt sich nach dem verfassungsrechtlichen Schutzgehalt der Verfahrensgarantie.

Insofern ist festzuhalten, dass anders als die genannte Kritik glauben lassen könnte, Gegenstand des verfassungsrechtlichen Anspruchs *nicht* der

1915 Lamprecht, NJW 2017, 1156, S. 1157 ff.

1916 Lamprecht, NJW 2017, 1156, S. 1157.

1917 Lamprecht, NJW 2017, 1156, S. 1158.

1918 Siehe C.IV und C.V.

1919 Insofern aber die Forderung bei Lamprecht, NJW 2017, 1156; siehe auch E.II.3.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

eigentliche Zugang zur Richterschaft ist. Bezugspunkt von Informationspflicht und Erklärungsrecht sind vielmehr die mittels dieses Zugangs *mitgeteilten*, für die spätere Entscheidung erheblichen *Inhalte*.

Während das *Äußerungsrecht* der Verfahrensbeteiligten bzw. Betroffenen die hinreichende Möglichkeit garantiert, sich sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht zur Sache einzulassen,¹⁹²⁰ betrifft die verfassungsrechtliche *Informationspflicht* des Gerichts allein die tatsächlichen Umstände des Verfahrens.¹⁹²¹ Es entspricht daher der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass Art. 103 Abs. 1 GG genüge getan ist, wenn den Verfahrensbeteiligten die tatsächlichen Umstände, welche dem Gericht vorgetragen worden sind, bekannt gegeben werden.¹⁹²² Das Gericht trifft jedoch keine verfassungsrechtliche Pflicht, über seine vorläufigen Rechtsauffassungen aufzuklären,¹⁹²³ noch überhaupt in ein Rechtsgespräch mit den Verfahrensbeteiligten einzutreten.¹⁹²⁴ Sind dem Verfahrensbeteiligten daher die vom Gericht für relevant erachteten *Verfahrensum-*

-
- 1920 BVerfG, v. 25.10.1956 – 1 BvR 440/54 –BVerfGE 6, 12–15, Rn. 8; BVerfG, v. 08.12.1970 – 2 BvR 210/70 –BVerfGE 29, 345–348, Rn. 8; BVerfG, v. 05.10.1976 – 2 BvR 558/75 –BVerfGE 42, 364–374, Rn. 17; BVerfG, v. 13.03.1979 – 1 BvR 1085/77 –BVerfGE 50, 381–385; BVerfG, v. 10.12.2014 – 2 BvR 514/12, Rn. 13 ff; BVerfG, v. 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, Rn. 35; BVerfG, v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 –BVerfGE 101, 106–132, Rn. 90 ff.; Schmahl/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 103, Rn. 22; Nolte/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 103, Rn. 40 mwN; siehe Brüning/Stern u. a., Grundrechte-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 30.
- 1921 Vgl. BVerfG, v. 08.01.1959 – 1 BvR 396/55 –BVerfGE 9, 89–109, Rn. 22 ff; BVerfG, v. 11.05.1965 – 2 BvR 242/63 –BVerfGE 19, 32–38, Rn. 14; BVerfG, v. 18.09.2018 – 2 BvR 745/18, Rn. 36 ff; dazu auch Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 59; Rüping/Kahl u. a., BK, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 80f; Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 63; Degenhart/Sachs, GG, Art. 103, Rn. 16 ff, 20 ff; Nolte/von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 103, Rn. 37; Radtke/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 11.
- 1922 Vgl. Schmahl/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 103, Rn. 23 ff mwN.
- 1923 BVerfG, v. 01.08.2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 50; BVerfG, v. 18.09.2018 – 2 BvR 745/18, Rn. 36 ff mwN; vgl. außerdem Radtke/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 6 mwN, Rn. 11.
- 1924 BVerfG, v. 08.07.1997 – 1 BvR 1934/93 –BVerfGE 96, 189–204; BVerfG, v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81 –BVerfGE 65, 196–218; Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 82 mwN; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 37; Degenhart/Sachs, GG, Art. 103, Rn. 16; Brüning/Stern u. a., Grundrechte-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 19; Rüping/Kahl u. a., BK, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 98; Schmahl/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 103, Rn. 31; Burkiczak/Augsberg, JA 2008, 59, S. 60.

ständen und sachverhaltlichen Informationen bekannt,¹⁹²⁵ so mutet ihm die Verfassung zu, das Verfahren autonom und ohne weitergehende Hinweise des Gerichts durch eigenen Vortrag, die Vermittlung interessengerechter Informationen oder Fachexpertise im Parteisinne weiterzubetreiben.¹⁹²⁶ Die Verfahrensbeteiligten müssen im Rahmen ihres Vortrags insbesondere alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte, Meinungen und Lösungswege von sich aus in Betracht ziehen und bei ihrem eigenen Vortrag bedenken.¹⁹²⁷

Die vom Bundesverfassungsgericht und der einschlägigen staatsrechtlichen Literatur vorgenommene Unterscheidung von *Tatsachen* einerseits und *Recht* andererseits lässt darauf schließen, dass sich die vor allem in der zivil- und zuletzt auch in der verwaltungsgerichtlichen Literatur entwickelte Lehre von Subsumtions- und Rechtstatsachen¹⁹²⁸ auch im Rahmen des verfassungsrechtlichen Prozessgrundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG Anwendung finden dürfte. Mittelbar bringt das Bundesverfassungsgericht dieses Verständnis etwa dadurch zum Ausdruck, dass es in ständiger Rechtsprechung von mitzuteilenden „*Tatsachen und Beweisergebnissen*“ spricht.¹⁹²⁹ Der Struktur und Dogmatik der Zivilprozessordnung folgend¹⁹³⁰ sind Beweiserhebungen aber gerade nur hinsichtlich streitiger Sachverhaltsinfor-

1925 Mit verfassungsrechtlichen Argumenten Zierlein/Umbach/Clemens, GG, Art. 103, Rn. 73; vgl. auch Nolte/von Mangold/Klein/Starck, GG, Art. 103, Rn. 47 mwN.

1926 Vgl. Nolte/von Mangold/Klein/Starck, GG, Art. 103, Rn. 47; Schmahl/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 103, Rn. 31; Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 82 mwN; Schmidt-Aßmann/Schenk/ Schoch/Schneider, VwGO, Einleitung, Rn. 46a.

1927 BVerfG, v. 19.05.1992 – 1 BvR 986/91; Schmidt-Aßmann/Schenk/Schoch/Schneider/ Bier, VwGO, Einleitung, Rn. 46a; dazu auch BAG Beschl. v. 20. 5. 2008 – 9 AZN 1258/07; Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103, Rn. 78; Brüning/Stern u. a., Grundrechte-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 18.

1928 Siehe dazu C.IV.3.3.1.

1929 BVerfG, v. 03.11.1959 – 1 BvR 13/59 -BVerfGE 10, 177–185; BVerfG, v. 24.07.1963 – 1 BvR 103/60 -BVerfGE 17, 86–99; BVerfG, v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 -BVerfGE 101, 106–132; aus neuerer Zeit BVerfG, v. 15.02.2017 – 2 BvR 395/16, Rn. 4 mwN; BVerfG, v. 18.09.2018 – 2 BvR 745/18, Rn. 36 ff mwN; BVerfG, v. 26.05.2020 – 2 BvR 2699/17, Rn. 3; BVerfG, v. 17.09.2020 – 2 BvR 1605/16, Rn. 15; mit weiteren Beispielen Brüning/Stern u. a., Grundrechte-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 18 mwN; außerdem Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103, Rn. 80 mwN.

1930 Siehe insofern insbesondere § 293 ZPO, sowie Reichold/Thomas/Putzo, ZPO, Vorbemerkung, Rn. 1 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

mationen, nicht aber in Bezug auf Recht und Auslegungsinformationen¹⁹³¹ möglich.¹⁹³² Zugleich ist vorbehaltlich einfachprozessualer Besonderheiten wie dem Beibringungsgrundsatz letztlich unerheblich, wie und aus welcher Quelle die Richterinnen und Richter zu den entscheidungserheblichen tatsächlichen Umständen gekommen sind.¹⁹³³ Das Gericht kann Art. 103 Abs. 1 GG nicht dadurch umgehen, dass es Tatsacheninformationen statt im Wege der formalisierten Beweiserhebung auf informelle Weise erhält.¹⁹³⁴

Wenn Art. 103 Abs. 1 GG also garantiert, dass jedem Verfahrensbeteiligten durch gerichtliche Unterrichtung hinreichend Gelegenheit gegeben werden muss, sich zu allen vom Gericht wie auch immer zur Kenntnis genommenen *entscheidungserheblichen Tatsachen und Zusammenhängen* zu äußern,¹⁹³⁵ so dürften hiermit insbesondere solche Informationen gemeint sein, die sich auf den zeitlich wie örtlich abgegrenzten konkreten Streitgegenstand beziehen und somit überhaupt Gegenstand des prozessualen Beweisrechts sein können,¹⁹³⁶ mithin *Subsumtionstatsachen*.¹⁹³⁷ *Rechts- und Normtatsachen* jedoch dürften von Art. 103 Abs. 1 GG regelmäßig nicht erfasst sein. Denn eine Mitteilungspflicht erkennt das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf *rechtliche* Erwägungen erst dann an, wenn das Tatge-

1931 Zur eigenständigen Fallgruppe der Erfahrungssätze zur Normkonkretisierung *Kühne*, *Amicus curiae*, S. 239 ff mwN.

1932 Vgl. *Seiter*, in: Baur/Grunsky, *Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung*, S. 573, S. 587 ff; *Hegenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, S. 492 ff; ausführlich zur Problematik, dem pragmatischen Umgang der Praxis und den differenzierten Auffassungen der Literatur *Kühne*, *Amicus curiae*, S. 230-250, insb. Fn. 309.

1933 BVerfG, v. 24.07.1963 – 1 BvR 103/60 –BVerfGE 17, 86–99, Rn. 27 ff, 30 ff; BVerfG, v. 28.02.1979 – 1 BvR 232/78 –BVerfGE 50, 280–286, Rn. 8; BVerfG, v. 07.10.1980 – 2 BvR 1581/79 –BVerfGE 55, 95–100, Rn. 8.

1934 BVerfG, v. 24.07.1963 – 1 BvR 103/60 –BVerfGE 17, 86–99, Rn. 30 ff; BVerfG, v. 05.11.2003 – 2 BvR 1243/03 –BVerfGE 109, 13–38, Rn. 82.

1935 Vgl. BVerfG, v. 25.10.1956 – 1 BvR 440/54 –BVerfGE 6, 12–15, Rn. 8; BVerfG, v. 08.12.1970 – 2 BvR 210/70 –BVerfGE 29, 345–348, Rn. 8; BVerfG, v. 13.03.1979 – 1 BvR 1085/77 –BVerfGE 50, 381–385; BVerfG, v. 10.12.2014 – 2 BvR 514/12, Rn. 13 ff; Schmahl/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 103, Rn. 22; Nolte/von Mangold/Klein/Starck, GG, Art. 103, Rn. 40 mwN.

1936 Vgl. *Seiter*, in: Baur/Grunsky, *Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung*, S. 579f; *Hegenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, S. 149, 348; Rosenberg u. a., *Zivilprozeßrecht*, § 111 ZPO, Rn. 3; Guckelberger, *VerwArch* 2017, I, S.10; Leipold/Stein/Jonas, ZPO, vor § 128, Rn. 160; außerdem auch BVerfG, v. 14.10.1998 – 2 BvR 588/98; siehe dazu C.IV.3.3.1.

1937 *Kühne*, *Amicus curiae*, S. 182.

richt etwa auf solche Gesichtspunkte abstellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte.¹⁹³⁸ Im Übrigen jedoch brauche das Gericht von Verfassung wegen seine Entscheidung, Bewertung und rechtliche Würdigung nicht im Rahmen der Verhandlung vorwegzunehmen.¹⁹³⁹

Es ist offensichtlich, dass Verfahrensbeteiligte aufgrund der dargestellten Divergenz von Informationspflicht und Äußerungsrecht Gefahr laufen, mangels entsprechender Ausführungen des Gerichts rechtliche Ausführung teilweise zu unterlassen, und daher durch womöglich vorgefasste Rechtsauffassungen des Richters und dessen rechtlichem Vorverständnis und ähnlichen auslegungsrelevanten Hintergründen benachteiligt zu werden.

Dieses Ergebnis erstaunt, scheinen doch weitergehende Hinweispflichten nicht ausgeschlossen: So besteht die auf Art. 103 Abs. 1 GG fußende Hinweispflicht, über das wesentliche prozessuale Vorgehen von Gericht und Gegenpartei zu informieren,¹⁹⁴⁰ beispielsweise über eingereichte Schriftsätze und Anlagen,¹⁹⁴¹ sowie über Absprachen des Richters mit einem der Verfahrensbeteiligten¹⁹⁴² oder vom Gericht im Freibeweis erhobene dienstliche Stellungnahmen.¹⁹⁴³ Interessanterweise haben deutsche Gerichte diese Grundsätze auch schon vereinzelt auf eingereichte *amicus-curiae* Stellungnahmen angewandt.¹⁹⁴⁴ Vor diesem Hintergrund hat sich der Gesetzgeber

1938 BVerfG, v. 23.02.2011 – 1 BvR 500/07; BVerfG, v. 07.10.2003 – 1 BvR 10/99 – BVerfGE 108, 341–351; BVerfG, v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282–340; BVerfG, v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218–264; zum Schutz vor Überraschungentscheidungen auch Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 6; Degenhart/*Sachs*, GG, Art. 103, Rn. 17; Wolff/*Höming/Wolff*, GG, Art. 103 GG, Rn. 6f mwN; Brüning/*Stern u. a.*, Grundrechte-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 21; Remmert/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103, Rn. 82–84 mwN; Nolte/*von Mangold/Klein/Starck*, GG Art. 103, Rn. 37; mit weiteren Maßstäben auch Schmahl/*Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 103, Rn. 48; Papier, DVBl 2009, 473, S. 477f.

1939 Vgl. Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 6.

1940 BVerfG, v. 28.02.1979 – 1 BvR 232/78 – BVerfGE 50, 280–286.

1941 BVerfG, v. 11.05.1965 – 2 BvR 242/63 – BVerfGE 19, 32–38; BVerfG, v. 28.02.1979 – 1 BvR 232/78 – BVerfGE 50, 280–286; BVerfG, v. 07.10.1980 – 2 BvR 1581/79 – BVerfGE 55, 95–100.

1942 BGH, v. 20.02.1996 – 5 StR 679/95, (95).

1943 BVerfG, v. 28.01.1960 – 1 BvR 145/58 – BVerfGE 10, 274–285; BVerfG, v. 25.06.1968 – 2 BvR 599/67 – BVerfGE 24, 56–62.

1944 Als Beispiel aus der Praxis die Stellungnahme der Gesellschaft für Freiheitsrechte zum Verbot der Internetplattform linksunten.indymedia, dazu *Mattes*, Pressemitteilung zu linksunten.media, abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/linksunt>

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

sowohl im Strafprozess¹⁹⁴⁵ als auch in anderen Verfahrensordnungen¹⁹⁴⁶ dazu entschlossen, weitergehende Hinweispflichten zu schaffen.¹⁹⁴⁷ So bestimmt heute insbesondere § 139 Abs. 1 S. 1 ZPO: „*Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen.*“ Doch auch der insofern neu gefasste § 139 Abs. 1 S. 1 ZPO¹⁹⁴⁸ normiert keine Pflicht zum fortlaufenden Rechtsgespräch.¹⁹⁴⁹ Ähnlich den Ausnahmen des Verfassungsrechts ist auch die hier normierte rechtsbezogene Erörterungspflicht des Gerichts letztlich an die im Vordergrund stehende Sachverhaltserörterung angelehnt:¹⁹⁵⁰ Aufgabe der Parteien ist es, dem Gericht den streiterheblichen Sachverhalt beizubringen,¹⁹⁵¹ welches das auf diesen Sachverhalt anzuwendende Recht und damit die gerechte Antwort auf den Streitfall von Amts wegen zu kennen hat.¹⁹⁵² So sind nach Fachgerichtsrechtsprechung zu § 139 ZPO insbesondere Rechtsirrtümer der Parteien aufzuklären, sofern diese zu einem verkürzten Sachvortrag führen.¹⁹⁵³ Und selbst die in § 139 Abs. 2 S. 2 ZPO definierte Pflicht des Gerichts, seine Rechtsauffassung offen zu legen, wenn es die rechtliche Lage anders beurteilt als beide Prozessparteien, liegt der verfassungsrechtlich anerkannten Fallgruppen zu vermeidender Überraschungsentscheidungen zumindest hinreichend nahe.¹⁹⁵⁴

en-indymedia/ [Stand 01.01.2022]; zu diesem Vorgehen abstrakt *Kühne*, *Amicus curiae*, S. 337f; mit anderer Beobachtung noch *Zuck*, NVwZ 2016, II130, S. II131.

1945 Insbesondere § 265 Abs. 1 StPO.

1946 Siehe insbesondere § 139 ZPO, außerdem § 86 Abs. 3 VwGO, § 106 Abs. 1 SGG, § 76 Abs. 2 FGÖ.

1947 Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit *Brüning/Stern u. a.*, Grundrechte-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 22; *Uhle* in *Merten/Papier Handbuch der Grundrechte V*, § 129 Rn. 46; ablehnender *Remmert/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103, Rn. 84; *Höfling/Burkiczak/Friauf/Höfling*, GG, Art. 103, Rn. 50; *Schmahl/Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 103, Rn. 30; *Burkiczak/Augsberg*, JA 2008, 59, S. 60.

1948 Siehe amtliche Begründung zum ZPO-RG, BT-Drs. 14/4722, 61 und 77; *Musielak*, NJW 2000, 2769, S. 2771.

1949 BGH, v. 10.10.2013 – V ZB 181/12; BGH, v. 10.01.1984 – VI ZR 158/82; *Fritzsche//Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 139, Rn. 41; *Stadler/Musielak/Voit*, ZPO, § 139, Rn. 16 mwN.

1950 Vgl. von *Selle/Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 139, Rn. 21.

1951 *Fritzsche//Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 139, Rn. 9.

1952 *Rauscher/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, Einleitung, Rn. 369; *Prütting/Rauscher/Krüger*, MüKO ZPO, § 293, Rn. 2 ff mwN; interessant hierzu auch *Bohnert/Schotten, de*, NVwZ 2020, 1245.

1953 *Stadler/Musielak/Voit*, ZPO, § 139, Rn. 16.

1954 von *Selle/Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, § 139, Rn. 21.

Selbst wenn das einfache Recht nunmehr weitergehende Anforderungen an die gerichtlichen Informations- und Hinweispflichten stellt, so lässt sich hieraus keine Erweiterung des verfassungsrechtlichen Schutzgehalts ableiten. Denn anders als im Rahmen der richterlichen Unparteilichkeit hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Art. 103 Abs. 1 GG allein ein verfassungsrechtliches Minimum definiert, dessen Inhalt von einfachgesetzlichen Regelungen und Rechtsanwendungen nicht *ausgeformt*,¹⁹⁵⁵ sondern auf anderer normhierarchischer Ebene *ergänzt* wird.¹⁹⁵⁶ Erst im Falle einfachgesetzlicher Regelungslücken kommt der Verfassungsgarantie unmittelbare Bedeutung zu.¹⁹⁵⁷ Dieser Umstand findet seine verfahrensrechtliche Fortsetzung,¹⁹⁵⁸ wenn das Bundesverfassungsgericht seinen Prüfungsmaßstab zugunsten der Fachgerichte auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts¹⁹⁵⁹ beschränkt,¹⁹⁶⁰ und ausdrücklich verlangt, dass die Gehörsverletzung entscheidungserheblich war.¹⁹⁶¹ Aus einer etwaigen Verletzung einfachgesetzlicher Hinweis- und Informationspflichten kann daher – anders als im Rahmen des Art. 97 GG argumentiert – eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG nicht ohne weiteres hergeleitet werden.¹⁹⁶²

1955 Siehe hierzu oben I.3.2.2

1956 BVerfG, v. 08.01.1959 – 1 BvR 396/55 – BVerfGE 9, 89–109, Rn. 23 ff mwN; BVerfG, v. 05.06.2019 – 1 BvR 675/19, Rn. 13; Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 27; Degenhart/*Sachs*, GG, Art. 103, Rn. 12.

1957 Vgl. Rüping/*Kahl u. a.*, BK, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 68 ff; Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 6.

1958 Siehe auch Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 17; siehe auch *Papier*, DVBl 2009, 473; dazu BVerfG, v. 08.07.1986 – 2 BvR 152/83 – BVerfGE 73, 322–330, Rn. 16.

1959 BVerfG, v. 21.04.1982 – 2 BvR 873/81 – BVerfGE 60, 313–319, Rn. 17 ff; BVerfG, v. 05.05.1987 – 1 BvR 903/85 – BVerfGE 75, 302–318, Rn. 27 ff; auch BVerfG, v. 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, Rn. 33 ff; BVerfG, v. 18.09.2018 – 2 BvR 745/18, Rn. 37; BVerfG, v. 05.06.2019 – 1 BvR 675/19, Rn. 13; Schmahl/*Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 103, Rn. 47

1960 Kunig/*Münch/Kunig*, GG, Art. 103, Rn. 3a; Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 30 ff; Schmahl/*Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 103, Rn. 47; Remmert/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 107; Degenhart/*Sachs*, GG, Art. 103, Rn. 14; Zuck, NJW 2005, 3753, S. 3754; siehe dazu auch BVerfG, v. 05.05.1987 – 1 BvR 903/85 – BVerfGE 75, 302–318, Rn. 34 ff; BVerfG, v. 23.06.2004 – 1 BvR 496/00, Rn. 29 mwN; BVerfG, v. 18.09.2018 – 2 BvR 745/18, Rn. 37; BVerfG, v. 20.12.2018 – 1 BvR 1155/18, Rn. 11 ff; BVerfG, v. 05.06.2019 – 1 BvR 675/19, Rn. 13 ff.

1961 Vgl. BVerfG, v. 14.04.1987 – 1 BvR 332/86 – BVerfGE 75, 201–223, Rn. 45 ff; Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 17.

1962 Schmahl/*Schmidt-Bleibtreu*, GG, Art. 103, Rn. 31, 48 mwN; Remmert/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103, Rn. 109 ff mwN; Schmidt-Aßmann, DÖV 1987, 1029, S. 1034.

II.3.2) Regelmäßig keine Verletzung der verfassungsrechtlichen Informationspflicht

Zieht man daher zur Bewertung der festgestellten lobbyistischen Sachverhalte den dargestellten engen verfassungsrechtlichen Maßstab des Art. 103 Abs. 1 GG heran, so lassen sich in der Regel keine Verletzungen der verfassungsrechtlichen Informationspflicht des Gerichts feststellen. Unerheblich sind dabei die von den Interessenrepräsentanten gewählten Vorgehensweisen oder Strategien. Entscheidend ist allein die Natur der vermittelten Informationen, Fakten und Argumente.

Soweit die Interessenrepräsentanten im Rahmen der festgestellten Lobbyingbemühungen solche Tatsachen vermitteln würden, die in einem konkret zu entscheidenden Verfahren nicht als Teil des juristischen Obersatzes, sondern als relevanter Bestandteil des konkret streitgegenständlichen Sachverhalts zu verstehen wären (*Subsumtionstatsachen*), wäre das Gericht aufgrund von Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet, die Verfahrensbeteiligten über diese sachverhaltsbezogenen Informationen, womöglich auch über deren Herkunft und Zusammenhänge, umfassend zu informieren, und hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Käme das Gericht seiner Informationspflicht nicht nach, und begründete es seine Entscheidung mit diesen extern erhobenen Informationen, läge eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG vor, die nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG verfassungsbeschwerdefähig wäre, darüber hinaus aber vor allem vor den Fachgerichten im Wege der mittlerweile in allen Verfahrensordnungen angelegten Gehörsrügen korrigiert werden könnte.¹⁹⁶³

Tatsächlich ließ sich bei den oben festgestellten Einflussnahmever suchen aber nicht feststellen, dass Interessenrepräsentanten solche Sachverhaltsinformationen und einzelfallbezogenen Zusammenhänge vermitteln.¹⁹⁶⁴ Ohnehin erscheint die aufwendige und kostspielige Vorgehensweise zur Vermittlung singulär relevanter Subsumtionstatsachen allenfalls in Massenverfahren mit wiederkehrend vergleichbaren Sachverhalten wirtschaftlich interessant. Zudem stünde zu befürchten, dass solche Subsumtionstatsachen gerade aufgrund der offen zutage tretenden Fallbezogenheit von der Rich-

1963 Vgl. Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 17f; außerdem BVerfG, v. 08.07.1986 – 2 BvR 152/83 –BVerfGE 73, 322–330; auch BVerwG, v. 31.07.2002 – 8 C 37/01; grundlegend BVerfG, v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02 –BVerfGE 107, 395–418.

1964 Siehe D.III.

terschaft nur äußerst zurückhaltend aufgenommen werden.¹⁹⁶⁵ Darüber hinaus besteht gerade aufgrund des Art. 103 Abs. 1 GG und seinen einfach gesetzlichen Ausprägungen und Erweiterungen ein dichtes Normengefüge, welches den Schutz der Verfahrensbeteiligten in ausreichender und für die Richterschaft handhabbarer Weise gewährleistet. Weder dürfte eine solche Vorgehensweise daher aus Sicht der Interessenrepräsentation interessant sein, noch konnten die vorgenommenen Interviewdaten solche einzelfallbezogenen Informationsvermittlungen offenlegen.

Letztlich kaum problematischer stellt sich die Situation in Bezug auf solche Lobbyingversuche dar, bei denen eher rechtsbezogene Informationen vermittelt werden sollen. Das betrifft nicht nur Beschreibungen des historischen Hintergrunds einer Norm oder die textliche Zusammenfassung der bislang zu ihr ergangenen Rechtsprechung, sondern eben auch und insbesondere *Rechtsinformationen*¹⁹⁶⁶ und *Normtatsachen*¹⁹⁶⁷ zu sozialen, wirtschaftlichen oder sonstigen Zusammenhängen.¹⁹⁶⁸ Die Informationen zusammenzutragen, die der Richter für die interessen- und systemgerechte Auslegung des Rechts für erheblich hält,¹⁹⁶⁹ ist richterliche Aufgabe (*iura novit curia*). Bei der Erfüllung dieser Aufgabe behilflich zu sein, bietet Interessenrepräsentanten die Möglichkeit, das rechtliche Vorverständnis des Richters und damit die normativen Zusammenhänge und Hintergründe im eigenen Interesse zu prägen. Anders als die Vermittlung von *Subsumtions-tatsachen* liegt der Versuch einer Vermittlung von *Normtatsachen* anhand der festgestellten Lobbyingversuche auch tatsächlich nahe: Insbesondere im Zusammenhang mit den festgestellten zugesandten Fachaufsätzen, der Teil-

1965 Siehe dazu D.I.A.1.4.

1966 Vgl. *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 55 ff; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 396; *Schneider*, Die Heranziehung und prozeßrechtliche Behandlung sog. Rechtsfortbildungstatsachen durch die Gerichte; *Kühne*, *Amicus curiae*, S. 182 ff mwN.

1967 *Stein*, Das Private Wissen des Richters, S.16 ff; *Rosenberg u. a.*, Zivilprozessrecht, § 111 ZPO, Rn. II; *Seiter*, in: *Baur/Grunsky*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, S.573, 580 Fn.25; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S.393f; *Lames*, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S.53f, 56 ff; *Kühne*, *Amicus curiae*, 186-188 mwN; für das Verwaltungsrecht *Guckelberger*, VerwArch 2017, 1, S.2 ff; mit ausdrücklichen Nennungen auch *Guckelberger*, VerwArch 2017, 143.

1968 Dazu schon oben C.IV.3.3.

1969 *Kühne*, *Amicus curiae*, S. 1f; 247; *Guckelberger*, VerwArch 2017, 1, S.15 mwN; Zum Erfordernis und Legitimität der Folgenorientierung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 365; *Karpen*, in: *Rieble/Junker*, Folgenabschätzung im Arbeitsrecht Rn.40 ff; *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, S. 9–21.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

nahme an spezialisierten Expertentagungen und der Einbindung der Richterinnen und Richter in einen womöglich interessengeprägten Fachdiskurs dürfte der Versuch einer Beeinflussung des richterlichen Rechtsverständnisses mittels vorgestellter und präsentierter *legislative facts* regelmäßig zu erwarten sein.¹⁹⁷⁰

Wenn nun aber ein Richter die im Rahmen lobbyistischer Einflussnahmeversuche erhaltenen *legislative facts* im Rahmen der konkreten Fallbearbeitung bei der Rechtsauslegung miteinzubeziehen gedenkt – bspw. als systematisches oder teleologisches Argument oder im Rahmen einer Folgenabschätzung – so ist er verfassungsrechtlich durch Art. 103 Abs. 1 GG gerade nicht dazu verpflichtet, diese Erwägungen mit den Verfahrensbeteiligten zu teilen. So, wie der Richter seine Rechtsauffassung nicht vor Urteilsverkündung mitteilen muss, so ist er auch nicht gehalten, einzelne Argumente oder deren Fundament darzulegen. Denn *legislative facts* sind gerade nicht Teil der Subsumtion,¹⁹⁷¹ sondern werden von der herrschenden Ansicht unmittelbar der Ebene des Rechts und des juristischen Obersatzes zugeordnet.

An dieser Bewertung dürfte auch die bereits weiter oben angesprochene Feststellung nichts ändern, dass die fachgerichtliche Rechtsprechungspraxis dazu tendiert, *legislative facts* je nach Instanzenzugehörigkeit auch den Sachverhaltsinformationen zuzuordnen.¹⁹⁷² Denn dies erfolgt weniger aus dogmatischer Überzeugung als aufgrund praktischer Notwendigkeit, sich mangels Beweismittelrechts zu *legislative facts* einen größtmöglichen Zugang zu Informationsquellen offen zu halten.¹⁹⁷³ Eine mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs verbundene Aufklärungspflicht ergibt sich hieraus nach wohl allgemeiner Praxis nicht.¹⁹⁷⁴ Ohnehin wäre eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG in jenen Fällen, in denen das Gericht Normatsachen mittels prozessualen Beweismitteln ermitteln möchte, fernliegend: Schließlich bestehen gerade dann umfassende Mitteilungs- und Äußerungsrechte für die Parteien.¹⁹⁷⁵

1970 Dazu schon oben D.II.2.

1971 Insofern treffend in Bezug auf den Zivilprozess bei *Kühne*, Amicus Curiae, S. 236f.

1972 Vgl. auch bei *Guckelberger*, VerwArch 2017, 1, S.15f; vgl. auch *Gerhardt*, in: Birk/Kunig/Sailer, Zwischen Abgabenrecht und Verfassungsrecht, S. 277.

1973 Siehe C.IV.3.3.

1974 Siehe zur fehlenden Ermittlungspflicht – und damit wohl verbundenen fehlenden Informationspflicht – der Revisionsgerichte *Gerhardt*, in: Birk/Kunig/Sailer, Zwischen Abgabenrecht und Verfassungsrecht, S. 277; *Guckelberger*, VerwArch 2017, 1, S. 16

1975 Siehe *Kühne*, Amicus curiae, S. 197, S. 207–225; ebenso *Kralik*, ZfRV 1962, 75, S. 75.

II.3.3) Regelmäßig keine Beeinträchtigung des verfassungsrechtlichen Äußerungsrechts

Auch dass die Verfahrensbeteiligten durch die festgestellten Lobbyingsachverhalte in ihrem aus Art. 103 Abs. 1 GG erwachsenen *Äußerungsrecht* verletzt wären, lässt sich nicht feststellen. Dass durch die vor- und außerprozessual stattfindenden Lobbyingversuche und Einflussnahmebemühungen das innerprozessuale Äußerungsrecht der Verfahrensbeteiligten beeinträchtigt würde, ist nicht ersichtlich. Für die Verfahrensbeteiligten besteht unabhängig von jedweder externen Beeinflussung in jedem Verfahren die verfassungsrechtlich sichergestellte und von den Gerichten gewährte Gelegenheit, sich rechtzeitig und umfassend zum eigenen Verfahren zu äußern. Etwaige Ausführungen hat das Gericht zur Kenntnis zu nehmen und in die eigene Entscheidungsfindung miteinzubeziehen.¹⁹⁷⁶ Ausnahmefälle, in denen unter Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG aufgrund der außerprozessualen Beeinflussungen eines Richters auf die Anhörung eines Verfahrensbeteiligten verzichtet würde, sind kaum denkbar und wurden im Rahmen der Datenerhebung auch nicht identifiziert.

Der Umstand wiederum, dass das Gericht einer Drittpartei – nämlich Interessenrepräsentanten – im Zuge einer Vortragsveranstaltung vor- oder außerprozessual Gehör geschenkt hat, nicht aber zugleich der Prozesspartei oder einer ihr gewogenen Interessengruppe, wird vom Schutzmfang des Art. 103 Abs. 1 GG nicht erfasst. Der Anspruch auf rechtliches Gehör bezieht sich – wie insbesondere seine systematische Stellung im Verfassungsgefüge zeigt – ausdrücklich auf die spezifische Situation des Gerichtsverfahrens, nicht aber auf verfahrensbegleitende oder -vorgelagerte Konstellationen, in denen eine Kommunikation mit der Person des Richters möglich gewesen wäre.¹⁹⁷⁷

II.3.4) Zusammenfassung: Regelmäßig keine Betroffenheit von Art. 103 Abs. 1 GG samt weitergehender Überlegungen zu Art. 3 Abs. 1 GG

Der von der Literatur teilweise erhobene Vorwurf, es drohe durch außer- und vorprozessuale Beeinflussung des richterlichen Vorverständnisses für

1976 Vgl. Schulze-Fielitz/*Dreier u. a.*, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 59; Remmert/*Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 63; Degenhart/*Sachs*, GG, Art. 103, Rn. 20 ff; Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 11.

1977 Vgl. Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 3 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

jene Verfahrensbeteiligten, die sich nicht der Unterstützung organisierter Interessenrepräsentanten sicher sein könnten, ein rechtliches Gehör zweiter Klasse, geht unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie der ganz herrschenden Meinung regelmäßig fehl. Weder steht dem Verfahrensbeteiligten ein außerprozessuales Äußerungsrecht zu, mit dessen Hilfe die geschehene Beeinflussung durch Interessenrepräsentanten mittels eigener Vorträge ausgeglichen werden dürfte, noch muss das Gericht über solche Informationen und Hintergründe informieren, die nur die Rechtsanwendung, nicht aber den konkreten, tatsächlichen Sachverhalt betreffen. Eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG ist daher regelmäßig nicht zu befürchten.

Stattdessen handelt es sich wohl eher um eine Problematik ungleicher Teilhabe am *allgemeinen* Gehör des Richters. Die Frage nach der vermeintlich geschuldeten Partizipationsmöglichkeit stellt sich dann jedoch weniger im Rahmen des Art. 103 Abs. 1 GG als vielmehr in Bezug auf eine mögliche Verletzung der allgemeinen Lobbyingfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG in Zusammenschau mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

So ließe sich insbesondere auch unter Berücksichtigung des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG und des bereits genannten *Gebots formaler Teilhabegleichheit* darüber nachdenken, ob die verfassungsrechtlich garantierte Lobbyingfreiheit sich nicht selbst eine Schranke sein könnte – nämlich insofern, als dass eine Gleichbehandlung aller möglichen Interessengruppen und Interessenrepräsentanten geboten sein könnte. Insbesondere dann, wenn die Richterinnen und Richter in amtlicher Tätigkeit ein offenes Hearing veranstalten würden,¹⁹⁷⁸ oder das Gericht *selbst* eine inhaltlich auf die dienstliche Zuständigkeit gemünzte Fachtagungsreihe organisieren würde, wären sie an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden und zur Gleichbehandlung aller Interessengruppen verpflichtet.

Dies entspricht jedoch gerade nicht dem vorliegend festgestellten Sachverhalt.¹⁹⁷⁹ Stattdessen finden die Beeinflussungen im Rahmen der – nur inhaltlich dienstbezogenen – *Nebentätigkeiten* der Richterinnen und Richter statt, und damit in deren *außerdienstlichen* Freizeit. Eine außerdienstliche Grundrechtsbindung der Richterschaft besteht aber gerade nicht, stattdessen sind die Richterinnen und Richter hier selbst Grundrechtsträger.

¹⁹⁷⁸ Vgl. zur Forderung Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung; Kühne, Amicus curiae, S. 237 mwN.

¹⁹⁷⁹ Siehe D.II.A.

ger.¹⁹⁸⁰ Soll von der Richterschaft daher ein bestimmtes Verhalten *de lege ferenda* gefordert werden, so bedarf es einer Übersetzung dieser Forderung in einfachgesetzliches Nebentätigkeitsrecht. Eine verfassungsrechtliche Be-gutachtung des Art. 3 Abs.1 GG als mögliche Schranke der allgemeinen Lobbyingfreiheit rechtfertigt sich *de lege lata* jedoch nicht.

II.4) Zusammenfassung: Weitgehende Lobbyingfreiheit mangels regelmäßiger entgegenstehender Verfassungsprinzipien

Die vorgenommene Suche nach möglichen verfassungsrechtlichen Grenzen der allgemeinen Lobbyingfreiheit hat zu wenig aufsehenerregenden Ergebnissen geführt. Denn trotz aller lautstarken Kritik an Interessenrepräsentation und Lobbying dürften entsprechende Beeinflussungsversuche regelmäßig grundrechtlich abgesichert sein, ohne zugleich in Widerspruch zu anderen Verfassungsbestimmungen zu stehen.

So konnte etwa die oftmals eingewandte staatliche Gemeinwohlverpflichtung¹⁹⁸¹ schon nicht als entgegensezbarer Verfassungsgrundsatz identifiziert werden. Als übergeordnetes Grundprinzip der Verfassung ohne konkret abgrenzbaren Schutzgehalt steht es einer Abwägung im Sinne der praktischen Konkordanz schon grundsätzlich nicht offen. Stattdessen realisiert es sich gerade durch den Ausgleich der verschiedenen Verfassungsprinzipien und Interessen. Darauf hinaus wurde herausgearbeitet, dass allenfalls in tatsächlich nicht zu beobachtenden Sonderfällen, in denen die beeinflusste Richterschaft sich jeder kognitiven Anstrengung versagt und die fremde Bewertung der einflussnehmenden Interessenrepräsentanten blindlings übernähme, die Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG betroffen sein könnte.¹⁹⁸² Auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG stellt sich als allenfalls theoretische Einschränkung der allgemeinen Lobbyingfreiheit heraus.¹⁹⁸³

Größere Ausführlichkeit verlangte hingegen die verfassungsrechtliche Bewertung der vermeintlich verletzten richterlichen Unabhängigkeit, wie

1980 Vgl. zu möglichen Auswirkungen des inhaltlichen Dienstbezugs Ossenbühl/Cornils, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 25 ff; *Loschelder*, in: Isensee/Kirchhof, § 202: Grundrechte im Sonderstatus, Rn. 8f mwN; *Rudolph*, DRiZ 1984, 135, 141; *Baßlsperger*, ZBR 2004, 369, S. 370 mwN; *Schnelle/Hopkins*, NVwZ 2010, 1333.

1981 Siehe dazu E.I.1.

1982 Siehe dazu E.I.2.

1983 Siehe dazu E.I.5.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

sie von Art. 97 GG in Form der *äußeren* und *inneren Unabhängigkeit* eingefordert wird.¹⁹⁸⁴ Doch auch hier konnten allenfalls problematische Ausnahmefälle identifiziert werden: Jene Konstellationen, in denen die Interessenrepräsentanten in außergewöhnlich intensiver Weise versuchen, auf ein Verfahren Einfluss zu nehmen, können nach bestehender Rechtsprechung als mögliche Verletzung der Garantien des Art. 97 Abs. 1 GG definiert werden.¹⁹⁸⁵ So wurden in Einzelfällen Verstöße gegen die *äußere Unabhängigkeit* der Richterschaft festgestellt – dann nämlich, wenn öffentliche Protestaktionen und Massendemonstrationen mit medial weitergetragenen Meinungen, Positionierungen und verbalen Attacken auf die Richterschaft eine so intensive Druckszenerie erzeugen, dass eine andere als die lobbyistisch geforderte Entscheidung vom Richter nicht mehr vernünftigerweise erwartet werden konnte (*weisungsgleicher Druck*).

Nach herrschender Meinung keinen Verstoß gegen die *innere Unabhängigkeit* stellten dagegen die aufgrund der Datenerhebung umschriebenen zahlreichen Sachverhalte mit nur mittelbarem Tätigkeitsbezug dar. Hier ließ sich im Ergebnis festhalten, dass die meisten Ingerenzversuche mit dem richterlichen Vorverständnis gerade an jenen Stellen ansetzen, die letztlich keinen relevanten verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Anderes galt allenfalls für ausnahmsweise unmittelbare Lobbyingversuche mit erheblichem Druckpotential: Hier schien eine Verletzung der Unparteilichkeit nicht erst bei einer Verletzung der Unabhängigkeit aufgrund *weisungsgleichen*, sondern schon bei nur *weisungsgleichem* Druck vertretbar zu sein.

Ebenfalls mit Blick auf die richterliche *Unparteilichkeit* problematisch stellten sich nach überwiegender Ansicht jene Lobbyingmaßnahmen dar, die einen Richter zu Meinungskundgaben in Bezug auf *konkrete*, in die eigene Zuständigkeit fallende Verfahren veranlassten, sowie für jene besonderen Abhängigkeitsverhältnisse, die zu spezifischen Expertengruppen bestehen könnten. Nicht ausreichen sollten jedoch die typischerweise vor kommenden abstrakten Zuständigkeitsbezüge.

Anders formuliert: Die von Art. 5 Abs. 1 GG abgesicherte *Lobbyingfreiheit*, die verschiedentlich betroffenen Grundrechte des Richters, vor allem aber auch das Interesse des Staates und seiner Institutionen an den bestehenden und deshalb *üblichen* Umständen¹⁹⁸⁶ führen im Ergebnis dazu, dass etwaige Spannungsfelder regelmäßig entweder auf Tatbestands-, jedenfalls

1984 Siehe dazu E.I.3.

1985 Siehe E.I.3.2.3 und E.I.3.3.3.

1986 Siehe ausführlich E.I.3.2.2. und E.I.3.3.2.

III) Verfassungsrechtliche Gebotenheit einer einfachgesetzlichen Präskription?

aber auf Abwägungsebene zulasten der in Art. 97 GG und Art. 103 GG abgesicherten Justizgrundsätze aufzulösen sind. Dieses Ergebnis ist nicht notwendigerweise problematisch. Es sprechen belastbare Gründe für den von der Rechtsprechung gewählten praxisnahen Zugang zur alles in allem trotz intensiver Auseinandersetzung diffus bleibenden und wertungsabhängigen Problematik. Die bislang vorgenommene Anwendung und Auslegung des bestehenden rechtlichen Rahmens hat seinen Teil dazu beigetragen, dass das deutsche Justizsystem im europäischen Vergleich als besonders effizient und von der Bevölkerung respektiert angesehen werden kann.¹⁹⁸⁷ Die Justiz scheint auch durchaus in der Lage, mit den meisten tatsächlich vorkommenden Risiken pragmatisch, effizient und angemessen umzugehen.

Faktisch steht die Lobbyingfreiheit *de lege lata* daher nur in wenigen Spannungsverhältnissen oder gar Widersprüchen zu den übrigen Bestimmungen und Vorgaben des Grundgesetzes.

III) Verfassungsrechtliche Gebotenheit einer einfachgesetzlichen Präskription?

Die vorliegend durchgeführte Interviewanalyse bietet keinen Anlass, an der oben zusammengefassten Grundannahme zu zweifeln. Erwartungsgemäß konnten weder skandalöse Zustände noch systemisch bedingte Empörungen zu Tage gebracht werden. Stattdessen wurden jedoch durchaus als *üblich* angesehene Umstände in ein für die Rechtswissenschaft noch ungewohntes Licht gerückt. Viele bekannte Zusammenhänge wie die Teilnahme von Richtern an Tagungsveranstaltungen oder die Veröffentlichung von Fachbeiträgen haben einen neuen Bewertungsaspekt hinzugewonnen, denn Lobbying gegenüber der Richterschaft existiert. Es ist vielfältig aufgebaut und von kaum erkennbaren Zusammenhängen geprägt. Verglichen mit anderen Staatsgewalten agieren die scheinbar weniger breit aufgestellten Akteure indirekter und langfristiger – aber dennoch professionell, strukturiert und adressatenorientiert.

Man darf daran zweifeln, dass die bisherige Gesetzeslage und Rechtsprechungspraxis diesen hier umfangreich herausgearbeiteten Zusammenhängen in ausreichender Weise Rechnung tragen. So ist die *äußere Gesellschaftsunabhängigkeit* des Richters zwar verfassungsrechtlich geschützt – der Gesetzgeber hat bislang jedoch keinen einfachgesetzlichen Schutzme-

1987 Reda/Binder, Recht und Zugang 2020, 176, S. 183 ff mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

chanismus zugunsten des Richters einrichten wollen. Im Rahmen der *inneren Unabhängigkeit* bestehen zwar theoretische Ablehnungsmöglichkeiten – die Rechtsprechungspraxis meint jedoch bei *üblichen* Umständen *vernünftigerweise* keine begründeten Zweifel erkennen zu können. Und im Rahmen des *rechtlichen Gehörs* bestehen für den Rechtssuchenden kaum Möglichkeiten, Kenntnis von vorprozessualen Einflussnahmen durch Interessenrepräsentanten zu erlangen, selbst wenn diese erheblichen Einfluss auf Umfang, Gehalt und Struktur des eigenen Vortrags haben können.

Es soll Inhalt dieses letzten Abschnitts sein, die vielversprechendsten oder notwendigsten Reformansätze der rechts- und politikwissenschaftlichen Lobbyingforschung kurz darzustellen und vor dem Hintergrund der bestehenden Lobbyingpraxis (verfassungs-)rechtlich zu bewerten.

III.1.) Schutz der inneren Gesellschaftsunabhängigkeit durch Erweiterung der äußeren Gesellschaftsunabhängigkeit: Zur Einführung eines Contempt of Court

Die in Art. 97 Abs. 1 GG festgehaltene Unabhängigkeit des Richters ist absolut geschützter Wesenskern aller rechtsprechenden Gewalt, und deshalb durch diverse Abwehrrechte im Sinne der *äußeren Unabhängigkeit* verfassungsrechtlich wie einfachgesetzlich geschützt.¹⁹⁸⁸ Für die *äußere Gesellschaftsunabhängigkeit* der Richterschaft jedoch findet sich *de lege lata* kein mit § 26 Abs. 3 DRiG und der *Staatsunabhängigkeit* vergleichbarer einforderbarer Abwehrmechanismus.¹⁹⁸⁹ Ohne Schutz durch die äußere Unabhängigkeit kommt der Pflicht des Richters, seine Unparteilichkeit gegenüber gesellschaftlichen Einflüssen durch sein eigenes Tun und Unterrassen zu wahren, daher eine außergewöhnliche Bedeutung zu.

Im Zusammenhang mit Einflussnahmever suchen auf laufende Verfahren wurde deshalb schon mehrfach die Einführung des im angelsächsischen Prozessrecht verbreiteten Sanktionstatbestands der „*Missachtung des Ge-*

1988 Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 88; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93; Meyer/von Mangold/Klein/Starck, GG Art. 33, Abs. 5, Rn. 40 ff; Hassemer, NJW 1985, 1921, S. 1927.

1989 Siehe E.II.2.2.1.4 E.II.2.2.1.5.

richts“ diskutiert.¹⁹⁹⁰ Der sogenannte *criminal contempt of court*¹⁹⁹¹ soll die Lücke zur *Staatsunabhängigkeit* schließen, indem er die wie auch immer geartete Nichtbeachtung richterlicher bzw. judikativer Autorität, insbesondere also den Versuch der Einflussnahme auf ein laufendes Gerichtsverfahren, sanktioniert.¹⁹⁹² Im Mittelpunkt steht der Schutz der rechtsprechenden Staatsgewalt als solcher, allenfalls reflexartig werden auch Verfahrensbeteiligte vor einer für sie ungünstigen Entscheidungssituation¹⁹⁹³ oder medialer Vorverurteilung¹⁹⁹⁴ geschützt. Der *contempt of court* gibt den Gerichten ein Werkzeug an die Hand, um die eigene Autorität, aber auch die Rechtsstaatlichkeit¹⁹⁹⁵ öffentlichkeitswirksam zu verteidigen,¹⁹⁹⁶ indem sie ohne exekutiven Umsetzungsakt ein Bußgeld anordnen oder das Fehlverhalten mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe ahnden können.¹⁹⁹⁷ Anders als die im deutschen Prozessrecht bekannten Ordnungsvorschriften §§ 177, 178 GVG¹⁹⁹⁸ sind die richterlichen Kompetenzen im Falle eines *criminal contempt of court* weder auf Handlungen von Prozessbeteiligten, noch auf verhandlungsunmittelbare Störungen beschränkt.¹⁹⁹⁹ Der *criminal contempt of*

-
- 1990 Früh schon Kern, NJW 1949, 603, S. 606; Sarstedt, AfP 1971, 146, S. 149; Schwinge, DRiZ 1976, 300; Stürner, JZ 1978, 161; Jahn, JZ 2004, 207; Kirch-Heim, NStZ 2014, 431; Jahn/Gerhardt, ZRP 2016, 155; dazu insgesamt Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 237; Meyer, Der Gerichtsprozess in der medialen Berichterstattung, S. 414 ff mwN; zum *contempt*-Recht allgemein Grünhut, MDR 1948, 442, S. 443; Gilles, in: Leipold, Gedächtnisschrift für Peter Arens, S. 143, S. 143f; Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 243 ff mwN.
- 1991 Zu weiteren Arten des *contempt*-Rechts Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 243–248.
- 1992 Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 243 ff mwN.
- 1993 Dazu aber Kern, NJW 1949, 603, S. 606.
- 1994 Kohl, AfP 1985, 102; Schaefer, NJW 1996, 496; dazu ergänzend Boehme-Neßler, ZRP 2009, 228; weiter dazu Meyer, Der Gerichtsprozess in der medialen Berichterstattung, S. 416; stellvertretend für die deutsche Diskussion demgegenüber Hassemer, NJW 1985, 1921.
- 1995 Stürner, JZ 1978, 161; Jahn, JZ 2004, 207; Kirch-Heim, NStZ 2014, 431; deutlich auch Meyer, Der Gerichtsprozess in der medialen Berichterstattung, S. 415 mwN.
- 1996 Grünhut, MDR 1948, 442; dazu auch ergänzend Feest/Lesting, in: Müller/Sander/Valkova, Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, S. 675, S. 690.
- 1997 Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 244.
- 1998 Zur Übersicht des deutschen Systems Hassemer, NJW 1985, 1921, S. 1927; demgegenüber Kissel/Mayer, GVG, §1, Rn. 109 mwN: *contempt of court* findet "keine Parallele" in der deutschen Rechtsordnung.
- 1999 Dazu BGH, v. 28.04.2006 – StB 2/06; OLG Hamm, v. 06.06.2003 – 2 Ws 122/03.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

court schützt das Gericht auch vor Kritik und Druck durch nichtbeteiligte Dritte.²⁰⁰⁰

Ein ins deutsche Recht übertragener *criminal contempt of court* böte für jene Sachverhalte, in denen eine Verletzung der *äußeren Gesellschaftsunabhängigkeit* angenommen worden ist, die Möglichkeit, Mittelsmänner und Urheber der jeweiligen gesellschaftlichen Ingerenz – also auch Interessenrepräsentanten und Interessengruppen – für ihre Angriffe auf die richterliche Unabhängigkeit zur Verantwortung zu ziehen.²⁰⁰¹

III.1.1) Contempt of Court als Strafnorm

Von den unterschiedlichen Möglichkeiten, das *Contempt*-System ins deutsche Recht zu überführen, wurde die Einführung einer entsprechenden Strafnorm am lautesten diskutiert.²⁰⁰²

Die bisherigen Vorschläge konnten jedoch weder die deutsche Rechtswissenschaft noch die Praxis überzeugen. Besonders zu nennen ist insofern der 1962 vorgelegte und vom Bundestag letztlich abgelehnte Regierungsentwurf zu § 452 E StGB.²⁰⁰³ Angeprangert wurde insbesondere der mit der unbestimmten Weite des Tatbestandes verbundene, zu weit gehende Eingriff in die Meinungs-, Informations-, Wissenschafts- und Pressefreiheit.²⁰⁰⁴ Denn zur Freiheit der Kommunikation gehöre auch die Gewährleistung umfassender und wirkungsvoller Kritik, welche wiederum untrennbar mit Wertungen, Erörterungen, deutlichen Argumentationslinien und Überspitzungen verbunden sei. Die Strafbewährung von gegenüber der Justiz direkt oder indirekt formulierten Erwartungshaltungen, Forderungen, von geäußerter Kritik treffe die genannten Grundrechte daher bedenklich nahe ihres in besonderer Weise geschützten Wesenskerns.²⁰⁰⁵ Angesichts der Eingriffs-

2000 *Kirch-Heim*, NStZ 2014, 431; *Gilles*, in: *Leipold*, Gedächtnisschrift für Peter Arens, S. 143, S. 145 mwN; *Steinberger*, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 246 mwN.

2001 Siehe auch *Kissel/Mayer*, GVG, § 16, Rn. 68.

2002 *Hassemer*, NJW 1985, 1921, S. 1924 mwN; mit weiteren Beispielen *Stürmer*, JZ 1978, 161, S. 163.

2003 Dazu BT-Drs. 10/4608, S.15 – 17, 154; auch *Roxin*, NStZ 1991, 153, S. 155, Fn. 13 mwN; ausführlich *Meyer*, Gerichtsprozess in der medialen Berichterstattung, S.414-416.

2004 Grundlegend *Bornkamm*, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, S. 231 ff; vgl. BT-Drs. 10/4608, S.15 – 17; *Roxin*, NStZ 1991, 153, S. 155 auch *Meyer*, Gerichtsprozess in der medialen Berichterstattung, S. 419.

2005 *Roxin*, NStZ 1991, 153, S. 155.

schwere und der Bedeutung der betroffenen Kommunikationsgrundrechte für die freie Entfaltung individueller Persönlichkeit einerseits und eine demokratische Gesellschaft andererseits²⁰⁰⁶ müsse eine Beschränkung von justizbezogener Presseberichterstattung oder öffentlichen Debatten mit größtmöglicher Zurückhaltung geschehen. Jedenfalls soweit aufgrund der diversen prozessualen, sitzungspolizeilichen, presserechtlichen und zivilrechtlichen Schutzansprüche und Eingriffsmöglichkeiten²⁰⁰⁷ weniger einschränkende Mittel zur Verfügung stehen, bleibe für einen strafbewährten *contempt of court*-Tatbestand in der grundgesetzlichen Verfassungsordnung kein Platz.²⁰⁰⁸

Der in Rechtswissenschaft und Politik heute unwidersprochenen Ansicht ist auch in der Begründung zuzustimmen. Sie dürfte auch vor dem Hintergrund der hier ausgebreiteten Lobbying-Thematik Bestand haben.

Nichtsdestotrotz sind ihr einige bislang vernachlässigte Argumente entgegenzuhalten. So wird in der bislang geführten Debatte um ein deutsches *contempt*-Recht nicht klar genug herausgestellt, für welche Fälle gesellschaftlicher Ingerenz eine Sanktion überhaupt eingeführt werden sollte. Der von Politik und Praxis abgelehnte § 452 EStGB²⁰⁰⁹ stellte seinem Wortlaut zufolge *jede* Form der Beeinflussungsversuche unter Strafe. Damit sollte zugunsten der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege ein ganz wesentlicher Bestandteil der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit geopfert werden, noch lange bevor die äußere Unabhängigkeit des Art. 97 Abs. 1 GG

-
- 2006 Siehe dazu CV.2.2; stellvertretend von der Decken/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 5, Rn. 2 mwN; Sachs/Bethge, GG, Art. 5, Rn. 8 ff mwN.
- 2007 Hierzu ausführlich Hassemer, NJW 1985, 1921, 1929 mwN; auch Meyer, Gerichtsprozess in der medialen Berichterstattung, S. 419 ff; abwägend und letztlich unentschlossen Bornkamm, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, S. 236 – 246 mwN.
- 2008 Bornkamm, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, S. 236 mwN; BT-Drs. 10/4608 S. 17; zur angelsächsischen Entwicklung siehe auch Grünhut, MDR 1948, 442, S. 443; Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 246 ff, 254f; Widmaier, NJW 2004, 407, S. 409.
- 2009 BT-Drs. 4/650, S. 86: „Wer öffentlich während eines Strafverfahrens vor dem Urteil des ersten Rechtszuges in Druckschriften, in einer Versammlung oder in Darstellungen des Ton- oder Fernseh-Rundfunks oder des Films 1. den künftigen Ausgang des Verfahrens [...] in einer Weise erörtert, die der amtlichen Entscheidung in diesem Verfahren vorengreift, oder 2. über das Ergebnis nichtamtlicher Ermittlungen, die sich auf die Sache beziehen, eine Mitteilung macht, die geeignet ist, die Unbefangenheit der Mitglieder des Gerichts [...] oder sonst die Findung der Wahrheit oder einer gerechten Entscheidung zu beeinträchtigen, wird [...] bestraft. Dies gilt nicht für eine Erörterung, die sich auf Fragen des anzuwendenden Rechts beschränkt.“

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

aufgrund der dargestellten hohen Schwelle notwendigerweise weisungsgleichen Drucks²⁰¹⁰ überhaupt betroffen gewesen wäre.²⁰¹¹ Eine solche Strafvorschrift stellt ganz zweifelsfrei einen nicht hinzunehmenden Eingriff in Art. 5 GG dar, und lässt sich im Wege der praktischen Konkordanz mit allgemeinen Staatsinteressen wie „*dem Schutz der Wahrheitsfindung vor Gericht und der inneren Unabhängigkeit der Rechtsprechung*“²⁰¹² nicht mehr rechtfertigen.²⁰¹³

Anderes könnte aber dann gelten, wenn der Tatbestand einer dem „§ 452 EStGB“ vergleichbaren Strafvorschrift nicht *jede* Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung, sondern nur solche Fälle unter Strafe stellen würde, in denen aufgrund der besonderen Gesamtsituation ein *weisungsgleicher Druck* besteht.²⁰¹⁴ Sanktioniert der einzuführende *contempt*-Tatbestand nämlich allein Sachverhalte, in denen eine Verletzung der *äußeren Unabhängigkeit* des Richters nach Art. 97 Abs. 1 GG vorliegt, kommt es überhaupt nicht mehr zu einer Angemessenheitsabwägung zwischen Kommunikations- und Informationsfreiheiten einerseits und dem durch etwaige Druckszenarien verletzten Art. 97 Abs. 1 GG andererseits. Ist die hohe Schwelle einer weisungsgleichen Zwangslage ausnahmsweise erreicht, lässt der absolute Schutz der äußeren richterlichen Unabhängigkeit aus Art. 97 Abs. 1 GG einer Abwägung im Sinne der praktischen Konkordanz keinen Raum.²⁰¹⁵

Aber auch diesem *contempt of court*-Tatbestand stünden im Ergebnis durchschlagende verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Denn der in Art. 103 Abs. 2 GG festgehaltene Grundsatz *nulla poena sine lege* verlangt, dass nur dann eine staatliche Maßnahme als missbilligende hoheitliche Reaktion strafend auf ein Verhalten ergehen darf, wenn das sanktionierte Verhalten für den einzelnen Bürger erkennbar war.²⁰¹⁶ Der Einzelne muss von vornherein wissen können, was strafrechtlich verboten ist.²⁰¹⁷ Dies ver-

2010 Siehe E.II.2.4

2011 Präzise *Bornkamm*, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, S. 236.

2012 BT-Drs. 4/650, S. 626.

2013 BT-Drs. 10/4608, S.16 – 17.

2014 Siehe E.II.2.2.1.5.

2015 Siehe E.II.3.1.3.

2016 Vgl. BVerfG, v. 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01 –BVerfGE 109, 133–190; BVerfG, v. 20.03.2002 – 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135; Radtke/*Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 19 ff mwN.

2017 BVerfG, v. 22.06.1988 – 2 BvR 234/87, 2 BvR 1154/86, BVerfGE 78, 374; BVerfG, v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09 und 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170.

langt ein gegenüber dem allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 20 Abs. 3 GG erhöhtes Maß an Normklarheit und Regelungsdichte: Eine bloß abstrakte Bestimmung von Verhaltenspflichten genügt nicht,²⁰¹⁸ ebenso wenig wie eine Einzelfallabwägung von Schutzgütern.²⁰¹⁹ Auch wenn nicht jeder Zweifelsfall durch die abstrakt-generelle Gesetzesbestimmung ausgeräumt werden muss, so muss doch ein hinreichend konkreter Rahmen geschaffen werden.²⁰²⁰

Damit stellt sich angesichts der Vielzahl an möglichen Einflussnahmen und Kombinationsarten die Frage, wie ein auf *weisungsgleichen Druck* beschränkter *contempt of court*-Tatbestand überhaupt bestimmt und präzise gefasst werden soll, der keine Überregulierung zulässt der Kommunikationsrechte darstellt, und zugleich unangemessene Einflussnahmen aus der gesellschaftlichen Sphäre erfasst.

Das gilt umso mehr, weil unklar ist, wie die verschiedenen Elemente weisungsgleicher Drucksituationen einander zugerechnet werden können. So ist ausführlich dargestellt worden, dass die auf das Wirken von Interessenrepräsentanten zurückzuführenden weisungsgleichen Drucksituationen diffuse Zusammensetzungen kaum voneinander abgrenzbarer Einzelemente sind. Sie setzen sich diversen *Pressure*- und Informationsaspekten unterschiedlichster Akteure zusammen, die zwar womöglich durch ein gemeinsames Interesse, nicht aber unbedingt durch eine gemeinsame verantwortliche Stelle koordiniert oder organisiert werden.²⁰²¹ Dabei erreicht jede einzelne Handlung für sich genommen regelmäßig nicht die Qualität weisungsgleichen Drucks. Eine wechselseitige Zurechnung der einzelnen Handlungen ist wiederum regelmäßig nicht möglich, ohne grundrechtsbewährte Freiheitsausübungen zu einer diffusen weisungsgleichen Drucksituation zusammenzufassen.

2018 Pieroth/Jarass/Pieroth, GG, Art. 103, Rn. 72 mwN.

2019 BVerfG, v. 25.01.1961 – 1 BvR 9/57, BVerfGE 12, I13; BVerfG, v. 05.08.1966 – 1 BvR 586/62, 1 BvR 610/63, 1 BvR 512/64, BVerfGE 20, 162; dazu Bornkamm, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, S. 236.

2020 BVerfG, v. 10.01.1995 – 1 BvR 718/89 -BVerfGE 92, 1-25 mwN; BVerfG, v. 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01 -BVerfGE 109, 133–190 BVerfG, v. 21.06.1977 – 2 BvR 308/77, BVerfGE 45, 363; BVerfG, v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09 und 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 103 Abs. 2, Rn. 35, Radtke/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 24; Remmert/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 103, Rn. 92 ff, 185.

2021 Zum Beispiel D.I.A.2.2.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Es scheint daher unwahrscheinlich, dass sich eine Fassung eines strafbewährten *contempt*-Tatbestands finden ließe, die den grundgesetzlichen Anforderungen genügen könnte.²⁰²² Der entsprechend zu weitreichende Eingriff in die verschiedenen Grundrechte aus Art. 5 GG wäre gerade mit Blick auf die von Art. 97 Abs.1 GG für gesellschaftliche Druckszenarien hoch gesetzte Schwelle als unverhältnismäßig anzusehen.²⁰²³

III.1.2) Contempt of Court als erweiterte sitzungspolizeiliche Maßnahme, §§ 177, 178 GVG?

Vor diesem Hintergrund versuchen einzelne Autoren, das *Criminal Contempt*-Recht als präventive Maßnahme zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit zu verstehen.²⁰²⁴

Insbesondere Stürner hat sich dafür ausgesprochen, die sitzungspolizeilichen Kompetenzen der Richterschaft aus §§ 177, 178 GVG in diesem Sinne zu erweitern:²⁰²⁵ „*Die Gerichte müssten die Gewalt haben, schwerwiegende Störungen des Gerichtsverfahrens abzuwehren, auch wenn sie außerhalb des Sitzungsbereichs erzeugt werden. Dabei wäre eine wohl dosierte Auswahl von Maßnahmen denkbar: Die Anregung zur Unterlassung öffentlicher Aktionen, das förmliche Unterlassungsgebot, die Rüge bei begangenen Verstößen, das Ordnungsgeld oder die Ordnungshaft als ultima ratio.*“²⁰²⁶ Die entsprechende Kompetenz²⁰²⁷ bestünde insofern gegenüber jedermann, der die Autorität des Gerichts missachtet. Stürner argumentiert, dass beispielsweise das BVerfG faktisch schon länger die mildeste der genannten Maßnahmen, die rügende Erklärung, für sich in Anspruch nimmt.²⁰²⁸ Aber auch andere Obergerichte wendeten sich mithilfe ihrer Pressebeauftragten zunehmend offen und wirkungsstark an die Öffentlichkeit.²⁰²⁹

Für diese Herangehensweise spricht, dass auf die erweiterte sitzungspolizeiliche Handlungsbefugnis des Gerichts jedenfalls die erhöhten Bestimmt-

2022 Ebenso Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 419 mwN.

2023 Dazu auch Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern, S. 246 ff.

2024 Franzki, DRiZ 1979, 82; Stürner, JZ 1978, 161; Stürner, JZ 1980, I.

2025 Meissner/Schenk/Schoch/Schneider, VwGO, § 55, Rn. 43 zum Sanktionscharakter von § 178 GVG.

2026 Stürner, JZ 1978, 161, S. 169.

2027 Zur Rechtsnatur siehe Bornkamm, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, S. 239 ff.

2028 Stürner, JZ 1980, I, S. 6.

2029 Dazu D.I.A.4; zu dieser Forderung auch Hassemer, NJW 1985, 1921, 1928.

heitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht anzuwenden wären.²⁰³⁰ Zugleich würde die konkrete Rechtfolge ins Ermessen des Gerichts gestellt, und so Umfang und Intensität des Grundrechtseingriffs deutlicher vom jeweiligen Akteur, seinen Handlungen und den übrigen konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht, als dies im Rahmen einer Ordnungswidrigkeit oder Strafnorm der Fall wäre.²⁰³¹ Die Möglichkeit, zunächst nur formlos zu rügen oder eine Gegendarstellung vorzunehmen, bietet dabei den Spielraum für grundrechtsschonende und deshalb verhältnismäßige Verteidigungsmaßnahmen durch die jeweils betroffenen Gerichte.

In der Praxis sind entsprechende Maßnahmen wohl schon im Rahmen der §§ 177, 178 GVG teilweise akzeptiert²⁰³² – wohl auch deshalb, weil die Rechtsprechungspraxis als durchaus zurückhaltend beschrieben werden kann.²⁰³³

Problematischer als die auf ein erforderliches Maß beschränkte Auswahl verhältnismäßiger Reaktionsmaßnahmen dürfte indes auch hier die ordnungsgemäße Feststellung tatbestandlicher Sachverhalte sein. Denn ebenso wie im Falle einer etwaigen Sanktionsnorm kann die *äußere Unabhängigkeit* des Richters schließlich nur dann einen Eingriff in die Meinungs-, Wissenschafts-, Informations-, Presse- oder sogar Versammlungsfreiheit rechtfertigen, wenn sie überhaupt beeinträchtigt ist.²⁰³⁴ Anstatt dass nun aber der demokratisch legitimierte Gesetzgeber mittels einer abstrakt-generellen Strafnorm den Verletzungsfall der *äußeren Unabhängigkeit* des Richters zu definieren versucht, verlagert sich die Erkenntnis- und Definitionsauflage in Stürners Vorschlag auf die Rechtsprechung. Zwar steht dieser aufgrund eines unbestimmten und daher durch die Rechtsprechung selbst auszulegenden Rechtsbegriffs auch *de lege lata* in § 178 GVG eine weitgehende Eingriffsbefugnis zu.²⁰³⁵ Zumindest der persönliche, zeitliche und sachliche Anwendungsbereich der §§ 177, 178 GVG sind jedoch klar umris-

2030 Radtke/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 103, Rn. 19 ff; zu den allgemeinen Bestimmtheitsanforderungen nach Art. 20 Abs. 3 GG Grzesick/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20, Rn. 58 ff mwN.

2031 Vgl. Zimmermann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, GVG, § 178, Rn. 10 – 12.

2032 Pabst/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, GVG, § 178, Rn. 10; Allgayer/Graf, BeckOK GVG, § 177, Rn. 4 – 6 mwN.

2033 Stürner, JZ 1978, 161, S. 169f.

2034 Stürner, JZ 1978, 161, S. 169f; Franzki, DRiZ 1979, 82.

2035 Zur Generalklausel der *Ungebühr* und der Kasuistik Kissel/Mayer GVG, § 178 Rn. 6 ff mwN; Allgayer/Graf, BeckOK GVG, § 178, Rn. 1 – 3; Pabst/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, GVG, § 178, Rn. 4 ff.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

sen und deutlich begrenzt.²⁰³⁶ Die von *Stürner* vorgeschlagene Ermächtigungsgrundlage erfasst demgegenüber Maßnahme gegenüber jedermann, unabhängig davon, an welchem Ort, zu welcher Zeit und wem gegenüber ungebührlich das Gericht ‚missachtet‘ wird.

Insofern stellen sich auch im Rahmen eines *sitzungspolizeilichen contempt of court* die rechtsstaatlich begründeten Fragen nach hinreichender Bestimmtheit und Klarheit der zu schaffenden Eingriffsermächtigung.²⁰³⁷ Auch hier billigt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber in ständiger Rechtsprechung gewisse Unschärfen in der Normfassung zu, wenn die mit der Eingriffsnorm verbundenen Sanktionen vergleichsweise milde sind²⁰³⁸ und die Eigenarten des Regelungsgegenstandes eine schärfere Beschreibung des Tatbestandes verhindern.²⁰³⁹ Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, wieviele Bürgerinnen und Bürger von entsprechenden Eingriffen der Gerichte überhaupt betroffen sein könnten. Gleichzeitig müssen auch im Rahmen des Art. 20 Abs. 3 GG etwaige Betroffene – Aktivisten, Lobbyisten, Journalisten, Demonstrierende – ihr grundrechtsgeschütztes Verhalten auf die Rechtsnorm einstellen können. Es müssen unter Anwendung juristischer Auslegungsmethoden klare Handlungsmaßstäbe erkennbar und gegebenenfalls gerichtlich überprüfbar sein.²⁰⁴⁰

Da sich der weisungsgleiche Druck aus der gesellschaftlichen Sphäre typischerweise aus einer Vielzahl von Elementen zusammensetzt und nur im absoluten Ausnahmefall einer einzelnen Maßnahme hinreichendes Druckpotenzial zukommen dürfte, wären von einer *contempt of court*-Befugnis eine unüberschaubare Menge an Menschen in ihren öffentlichkeitswirksamen Grundrechten, insbesondere der Demonstrations- und Meinungsfreiheit, betroffen. Eine Begrenzung der Eingriffsermächtigung auf einzelne,

2036 Pabst/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, GVG, § 178, Rn. 2 mwN.

2037 Grzeszick/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 I, Rn. 65 mwN

2038 BVerfG, v. 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 – BVerfGE 49, 168–188; BVerfG, v. 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 – BVerfGE 59, 104–119; BVerfG, v. 12.04.1983 – 2 BvR 1304/80 – BVerfGE 63, 380–395; BVerfG, v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130–155, Rn. 44 ff; BVerfG, v. 03.06.1992 – 2 BvR 1041/88 – BVerfGE 86, 288–369, Rn. 81 ff; BVerfG, v. 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01 – BVerfGE 109, 133–190, Rn. 137 ff; BVerfG, v. 03.03.2004 – 1 BvF 3/92 – BVerfGE 110, 33–76, Rn. 102 ff.

2039 BVerfG, v. 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 – BVerfGE 49, 168–188, Rn. 34; BVerfG, v. 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 – BVerfGE 59, 104–119, Rn. 31f; BVerfG, v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87 – BVerfGE 87, 234–269, Rn. 91; BVerfG, v. 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94 – BVerfGE 102, 254–346, Rn. 324 ff; BVerfG, v. 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95 – BVerfGE 102, 347–369, Rn. 47.

2040 Grzeszick/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 I, Rn. 58f mwN.

vorher festgelegte Handlungen oder Akteure – beispielsweise Journalisten, Demonstranten etc. – lässt sich angesichts des beschriebenen Zusammenspiels, aber auch aufgrund der Vielzahl an Möglichkeiten der indirekten Beeinflussung, nicht rechtfertigen.

Dennoch ist zumindest denkbar, die von *Stürner* vorgeschlagene sitzungspolizeiliche Eingriffsnorm ausreichend bestimmt zu fassen – jedenfalls dann, wenn die Rechtsfolgen hinreichend milde gehalten sind. Insofern kommen sowohl öffentliche Ermahnungen oder Stellungnahmen als auch formelle Rügen oder förmliche Bittschreiben in Frage. Zweifelhaft erscheint, ob noch weitergehende Eingriffe – etwa eine Unterlassungsverfügung gegenüber einer Zeitung oder einem Blog – mit Blick auf die Bestimmtheitsproblematik vertretbar wären.²⁰⁴¹ Ob aber ein so wirkungsschwacher *contempt of court* dem angestrebten Zweck entsprechen oder zumindest einen Schritt in Richtung eines besseren Schutzes der *inneren Gesellschaftsunabhängigkeit* darstellen kann, bleibt fragwürdig.

III.1.3) Verbleiben beim Status Quo

Einigkeit besteht zumindest dahingehend, dass ein wie auch immer ausgestaltetes *Contempt*-Recht ohne legislativen Gestaltungsakt nicht erreicht werden kann.²⁰⁴² Eine extensive Lesart der §§ 177, 178 GVG wird von Rechtsprechung und Lehre zurecht als mit dem Bestimmtheitsgebot und der Wesentlichkeitsgarantie der durch eine entsprechende richterrechtliche Rechtsfortbildung betroffenen Kommunikationsfreiheiten zahlreicher verfahrensunbeteiligter Dritter²⁰⁴³ unvereinbar abgelehnt.²⁰⁴⁴ Dass jedoch ein an den Gesetzgeber gerichteter Einführungsauftrag oder sogar ein von

2041 Etwaige kompetenzrechtlichen Einzelheiten sollen an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden; vgl. zum Zusammenspiel etwaiger Eingriffsermächtigungen *Kees*, NJW 2013, 1929.

2042 *Jahn*, JZ 2004, 207, S. 208 mwN; bspw *Jahn*, NStZ 1998, 389; auch OLG Hamm, v. 06.06.2003 – 2 Ws 122/03.

2043 Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, vgl. *Huster/Rux/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, Rn. 105 ff, 172 ff; auch BVerfG, v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –BVerfGE 49, 89–147 mwN.

2044 *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 176 GVG, Rn. 10, § 177 GVG, Rn. 3; *Müller*, NJW 1979, 22, S. 22; *Jahn*, JZ 2004, 207, S. 208; *Kirch-Heim*, NStZ 2014, 431; insofern allgemein abgelehnt BGH, v. 27.09.1976 – RiZ (R) 3/75; zu einer strafrechtlich bedeutsamen Sondersituation BGH, v. 28.04.2006 – StB 2/06.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

der Richterschaft einklagbarer Normerlassanspruch besteht, wurde von der Staatsrechtsliteratur zurecht wiederholt abgelehnt.²⁰⁴⁵

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Zu groß ist der verfassungsrechtlich eingeräumte politische Gestaltungsspielraum, zu gering die Zahl an feststellbaren Ingerenzen, die ein konkret bestimmtes Handeln des Gesetzgebers nach sich ziehen könnten.²⁰⁴⁶ Man darf vielmehr schon daran zweifeln, ob ein legislatives Vorgehen angesichts der bestehenden Umstände und Zusammenhänge tatsächlich geboten ist.

Die vorliegende Datenerhebung gibt für sich genommen jedenfalls keinen Anlass, am grundsätzlichen Funktionieren der bestehenden Rechtslage und Verantwortungsverteilung zu zweifeln. Die Richterschaft in Deutschland ist sich ausweislich ihrer deutlich vernehmbaren „Druck-Allergie“ der Verantwortung für die eigene Unabhängigkeit bewusst, und wehrt entsprechende Einflussnahmeversuche Dritter mit Nachdruck ab.²⁰⁴⁷ Die Gesellschaft und mit ihr die Interessenrepräsentation scheinen sich der von der Richterschaft wahrgenommenen Ungehörigkeit und den entsprechenden Abwehrmechanismen bewusst zu sein, jedenfalls werden problematische Ansprachen und Anschreiben weitestgehend vermieden.²⁰⁴⁸ Dieser Befund spricht für einen effektiven und funktionierenden *status quo*, der zurückhaltend in die Grundrechte der betroffenen Rechtsträger eingreift und die Abwehr- und Schutzwilchen gleichmäßig auf die verschiedenen Staatsorgane verteilt. Zwar liegt die primäre Pflicht zur Wahrung der eigenen Unabhängigkeit beim Richter. Es ist jedoch auf ausreichend viele Sachverhalte hingewiesen worden, in denen die Gerichtsverwaltung sich des Schutzes des einzelnen Richters durch eigenes Tätigwerden angenommen hat. Angesichts der mit einem womöglich zu unbestimmt gefassten *contempt*-Tatbestand verbundenen Gefahr für wesentliche Grundrechte des demokratischen Zusammenlebens erscheint die Einführung eines wie auch

2045 Für einen Verfassungsauftrag *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 121; Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 97, Rn. 46; dagegen Wassermann/Denninger, AK-GG, Art. 97, Rn. 88; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93; Leuze/Friauf/Höfling, GG, Art. 97, Rn. 35; Pfeiffer, in: Fürst, Die innere Unabhängigkeit des Richters, S.71; Papier, NJW 2001, 1089, S. 1091.

2046 Vgl. Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 191; außerdem Stürner, JZ 1980, 1, S. 5 ff; Herrmann, DRiZ, 286, S. 292.

2047 Siehe D.I.A.4; in diesem Sinne auch Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93.

2048 Siehe D.I.B.

immer ausgestalteten Reaktionstatbestands unangemessen, zweckwidrig, und daher für den Gesetzgeber wohl noch nicht einmal grundsätzlich angezeigt.²⁰⁴⁹ Die Richterschaft scheint vielmehr auch ohne an die Hand gegebene Verteidigungsmittel im Sinne der *äußeren Unabhängigkeit* schon jetzt zur Verteidigung der *inneren Unabhängigkeit* in der Lage zu sein. Erst wenn hieran Zweifel bestünden, wäre an eine diesbezügliche Reform zu denken.²⁰⁵⁰

III.2.) Schutz der inneren Unabhängigkeit durch verfassungsrechtlich gebotene Neubewertung des Befangenheitsrechts, Dienstrechts und Nebentätigkeitsrechts?

Mit der Dienstaufsichtsbeschwerde, der Befangenheitsablehnung und der hinter beiden Rechtsbehelfen stehenden Verfassungsbeschwerde stehen an sich ausreichend Mittel zur Bewahrung der von Art. 97 Abs. 1 GG geschützten *inneren Unabhängigkeit* bereit. Dennoch führten die festgestellten Lobbyingsachverhalte *de lege lata* allenfalls in Ausnahmesituationen zur Ablehnung oder dienstrechtlichen Rüge des betroffenen Richters. Denn die herrschende Rechtsprechung sieht keinen Anlass zu *vernünftigen Zweifeln*, solange die gerügten Umstände den allgemein anerkannten Normalprozess nicht verlassen und sich allgemein im üblichen Rahmen bewegen. Zum *Üblichen* sollen nach allgemeiner Überzeugung auch die aktive Mitgliedschaft in Interessengruppen sowie die passive wie aktive abstrakte Vorbefassung mit gesellschaftspolitischen Themen gehören, und zwar auch dann, wenn sie im Zusammenhang mit wiederkehrenden, oftmals vergüteten Vortragsaktivitäten bei interessengeprägten Gesprächskreisen stattfinden. Erst bei Bezügen zu einem *konkreten* Verfahren in der aktuellen Zuständigkeit des jeweiligen Richters sollen aktive Beteiligungen nicht mehr mit der gebotenen Vermeidung eines bösen Scheins der Parteilichkeit unvereinbar sein.²⁰⁵¹

Diese Auffassung erscheint im Hinblick auf die festgestellten Lobbyingbemühungen bedenklich: Wie *unvernünftig* kann die Sorge eines Rechtssuchenden um die Unparteilichkeit des Richters sein, wenn Interessenreprä-

2049 In diesem Sinne auch Meyer, Gerichtsprozess in der medialen Berichterstattung, S. 417 ff.

2050 Vgl. Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 93 mwN.

2051 Siehe E.II.2.3.2.3.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

sentanten an den gerügten Tätigkeiten gerade deshalb ein so großes Interessen zeigen, weil sie sich auf diese Weise Chancen zur mittel- und langfristigen Beeinflussung der Rechtsprechung unter Umgehung rechtlicher wie faktischer Hindernisse versprechen? Nimmt ein Richter an Gesprächskreisen, Vortragsreihen oder Aufsatzsammlungen mit inhaltlichem Dienstbezug teil, so mag die mögliche Beeinflussung des richterlichen Vorverständnisses an sich tatsächlich unproblematisch sein, schließlich ist das Vorverständnis jedes Menschen in ständiger und notwendiger Weiterentwicklung.²⁰⁵² Wird die Teilnahme des Richters nun aber von Interessenrepräsentanten initiiert, organisiert und womöglich sogar finanziert, und besteht zwischen lobbyistisch imitierter Vortrags- und Expertentätigkeit des Richters und seiner dienstlichen Zuständigkeit ein innerer thematischer Bezug, so ist die Vorverständnisbeeinflussung nicht nur notwendiges Beiwerk, sondern gerade Ziel und Absicht der Veranstaltung.²⁰⁵³ Ein quasi-wissenschaftliches Netzwerk im Sinne einer epistemischen Gemeinschaft mag in einem andren Licht erscheinen, wenn es von Teilnehmern nicht als neutrale Plattform des offenen wissenschaftlichen Austauschs, sondern als bewährtes lobbyistisches Mittel zur Einflussgewinnung genutzt wird.

Bislang wird diese Überlegung in den Fallgruppen der Rechtsprechungspraxis nicht abgebildet. Allenfalls in absoluten Ausnahmefällen führt eine abstrakte Vorbeifassung oder eine lobbyistische Ingerenz zur Annahme, die richterliche Unparteilichkeit sei verletzt.²⁰⁵⁴ Wie schon weiter oben angesprochen²⁰⁵⁵ stellt sich jedoch die Frage, inwiefern die vorliegenden Untersuchungsergebnisse nicht doch geeignet sind, nachhaltige Zweifel an der bestehenden Rechtsprechungspraxis zur richterlichen Unparteilichkeit hinsichtlich außerdienstlicher Tätigkeiten mit Dienstbezug aufkommen zu lassen. Es erscheint nach allem überzeugender, den Einfluss von Interessenrepräsentanten auf die Nebentätigkeit des Richters einer *konkreten* Vorbeifassung gleichzustellen: Wenn nicht schon der Vortragsinhalt an sich, dann doch die lobbyistischen Bemühungen in diesem Zusammenhang stellen einen ausreichend *spezifisch-konkreten* Bezug zu jedem einzelnen, thematisch übereinstimmenden Gerichtsverfahren her.

2052 Siehe E.II.2.3.2.3.

2053 Vgl. Schnelle/Hopkins, NVwZ 2010, 1333, S. 1338.

2054 Siehe bereits E.II.2.3.2.3.

2055 Siehe E.II.2.3.2.3.

III.2.1) Neubewertung durch die Judikative?

Zweifelsohne wäre die Rechtsprechung zu einer solchen Neubewertung auch ohne gesetzgeberisches Tätigwerden befugt. Im verfassungsrechtlichen Gefüge kommt es schließlich gerade der Judikative zu, das geltende Recht in sachgerechter Weise auf verschiedene Lebenssachverhalte anzuwenden und auszulegen.²⁰⁵⁶ Im Kontext der *inneren Unabhängigkeit* haben Verfassungsgeber und Legislative der rechtsprechenden Gewalt mittels zweier weit gefasster Generalklauseln – § 39 DRiG und § 42 Abs. 2 ZPO – ohnehin die hierüber noch deutlich hinausgehende Aufgabe anvertraut, die Ausgestaltung des Unparteilichkeitsrechts vorzunehmen.²⁰⁵⁷ Es wäre ihr daher ohne größere Änderung ihrer Rechtsprechung möglich, lobbyistische Zusammenhänge als solche *besonderen Umstände* zu qualifizieren, die die *sonst üblichen* Nebentätigkeiten und außerdienstlichen Umstände *ausnahmsweise* zu außergewöhnlichen, nicht mehr hinnehmbaren Zusammenhängen heraufstufen. Eine solche Rechtsprechungsänderung verstieße weder gegen die verfassungsrechtliche Kompetenz- und Gewaltenteilung, noch gegen den in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Vertrauensschutz.²⁰⁵⁸

Dass die Judikative jedoch in nächster Zeit zu einer Neubewertung der beschriebenen Sachverhalte kommen wird, ist unwahrscheinlich. Die trotz Jahrzehntelanger dogmatischer und rechtspolitischer Kritik unverändert restriktive Spruchpraxis zum Dienstaufsichts- und Befangenheitsrecht ist zu gefestigt, als dass die hier aufgeworfenen Überlegungen ein Umdenken anstoßen könnten. Zu sehr scheint der Verdacht der Parteilichkeit als zu vermeidender Makel aufgefasst zu werden.²⁰⁵⁹ Es scheint ein übereinstim-

2056 BVerfG, v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 – BVerfGE 3, 225–248; BVerfG, v. 28.11.1957 – 2 BvL 11/56 – BVerfGE 7, 183–190; BVerfG, v. 03.11.1965 – 2 BvR 246/62 u.a., insbesondere auch BVerfG, v. 21.07.2010 – 1 BvL 11/06; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 55 ff mwN und Art. 92, Rn. 61 ff; zur Einflussmöglichkeit der Legislative auf die Auslegung Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 7 ff mwN; auch Wilke, in: Isensee/Kirchhof, § 122: Die Rechtsprechende Gewalt, Rn. 24 ff, 55 mwN.

2057 Ausführlich E.I.3.2.2.

2058 Zum Überblick Brocker, NJW 2012, 2996; Grzeszick/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20, Rn. 101–106 unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 GG, jeweils mwN; interessant auch Klappstein, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, S. 35 ff, 327 ff; hierzu bereits E.II.2.3.2.3.3.

2059 Zur Praxis Schneider, NJW 1996, 2285; Ghassemi-Tabar/Nober, NJW 2013, 3686, auch Hill, DRiZ 1986, 81, S. 82; Lamprecht, DRiZ 1988, 161, S. 164; kritisch hierzu Friesenhahn, JZ 1966, 704; Strecker, ZRP 1984, 122; Göbel, NJW 1985, 1057; aus dienstrechtlicher Sicht Krekeler, NJW 1981, 1633, S. 1634; Papier, NJW 1990, 8;

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

mendes richterliches Selbstverständnis zu dominieren,²⁰⁶⁰ welches die Auswirkungen der eigenen Person auf die Amtstätigkeit eher heruntergespielt, und die Fähigkeit zur Abstraktion und autonomen Entscheidungsfindung tendenziell zu überzeichnen droht.²⁰⁶¹ Gesellschaft und Verfassung erwarten – so die herrschende Meinung in der Richterschaft – gerade aufgrund dieser Fähigkeiten kein zurückhaltendes außerprozessuales Verhalten des Richters – selbst dann nicht, wenn die Richterschaft zielgerichtete Adressatin lobbyistischer Bemühungen ist.²⁰⁶²

Es darf zudem nicht vergessen werden, dass Justizverwaltung und Richterschaft vom funktionsorientierten und insofern im öffentlichen Interesse stehenden *status quo* profitieren: Mit einer erfolgreichen Ablehnung sind erhebliche zeitliche und personelle Mehraufwände verbunden,²⁰⁶³ die es aus Sicht der Judikative schon aus Effizienzgründen zu vermeiden gilt.²⁰⁶⁴ Die Nebentätigkeiten bieten außerdem neben finanziellen Einkünften die Möglichkeit zu fruchtbaren Fachdiskussionen auf höchstem Niveau, sowie die Gelegenheit, relevante Normtatsachen und faktische Zusammenhänge einfach und fundiert zusammenzutragen und von entsprechenden Fachleuten erklärt zu bekommen.²⁰⁶⁵

Aus Sicht der Rechtsprechungspraxis mag die hier angedachte extensive Lesart des Art. 97 Abs. 1 GG daher weniger eine Stärkung der richterlichen

Papier, NJW 2001, 1089; zur Übersicht auch beispielhaft *Schröder*, NJW 2005, 1160; aus jüngster Zeit mit europäischer Perspektive *Säcker*, NJW 2018, 2375, S. 2380 mwN.

- 2060 Zur Kritik *Berkemann*, JZ 1971, 537; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung; differenzierend *Schneider*, DRiZ 1975, 265; *Berndt*, Richterbilder, S. 70 ff, 291; *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 77-79 mwN.
- 2061 Vgl. die auch auf die Revisionsgerichte übertragbaren Ergebnisse von *Berndt*, Richterbilder, S. 70 ff, 291; zur insofern stellvertretenden Debatte von Rüthers und dem ehemaligen BGH-Präsidenten Hirsch erneut *Rüthers*, NJW 2005, 2759; *Hirsch*, ZRP 2006, 161; *Rüthers*, JZ 2006, 958; *Hirsch*, JZ 2007, 853.
- 2062 Vgl. E.II.2.3.2.3.3. mwN; ausdrücklich die Argumentation bei *Göbel*, NJW 1985, 1057; entgegen bspw. der Forderung bei *Hager*, ZBR 1990, 311, S. 312; *Hager*, NJW 1988, 1694, 1696 ff.
- 2063 Vgl. BVerfG, v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83 – BVerfGE 73, 206–261; dazu *Wassermann*, NJW 1987, 418, zur nicht erfüllten Hoffnung einer Öffnung der Rechtsprechung *Müller*, NVwZ 1993, 1167; siehe außerdem *Käfner*, in: Scheffczyk/Wolter, Band 4 – Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; mit Blick auf den BGH zudem *Schneider*, NJW 1996, 2285 mwN; *Schneider*, NJW 1997, 1832, S. 1833 mwN.
- 2064 *Schneider*, NJW 1996, 2285 mwN spricht von bewusst entwickelten Abwehrmechanismen; außerdem *Wassermann*, NJW 1987, 418; *Günther*, DÖD 1988, 78, S. 90.
- 2065 Siehe C.IV.3.2, C.IV.3.3, D.I.A.2 und D.II.A.

Unparteilichkeit und des allgemeinen Vertrauens in die Justiz als vor allem eine Bedrohung des Miteinanders und der seit Jahrzehnten üblichen Arbeitsabläufe darstellen. Was für Rechtssuchende und Außenstehende fremdlich erscheint, ist für die Richterschaft alltäglich und *üblich*.

Auch die jüngeren Entwicklungen im Bereich des Nebentätigkeitsrechts lassen ein Umdenken eher nicht erwarten.²⁰⁶⁶ Im Jahr 2017 kündigte das BVerfG als Reaktion auf eine schon damals zu beobachtende Erosion des öffentlichen Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit europäischer Staaten²⁰⁶⁷ einen Compliance- oder Verhaltenskodex an.²⁰⁶⁸ Dieser soll seitdem Leitlinien für vertrauenserhaltendes und -stärkendes Verhalten der Richterinnen und Richter am BVerfG im dienstlichen wie auch außerdienstlichen Bereich sowohl während als auch nach der Amtstätigkeit aufstellen.²⁰⁶⁹ Mit einer ähnlichen Zielsetzung hat im Jahr 2017 der Bundesfinanzhof „Hinweise zum Nebentätigkeitsrecht“ als nicht-öffentliche Verwaltungs-vorschrift erlassen.²⁰⁷⁰ Die Gerichte folgen damit wiederum dem Bundesarbeitsgericht, das sich bereits 2007 hinsichtlich entgeltlicher Vorträge selbst beschränkt hat.²⁰⁷¹ Für die vorliegende Fragestellung treffen diese Selbstauflagen jedoch allesamt keine Aussage. Die Richterschaft von BVerfG, BFH und BAG stellt sich zwar der laut gewordenen Kritik an der Höhe der Nebentätigkeitsvergütungen sowie der damit vermeintlich verbundenen zu geringen Anwesenheit der Richterinnen und Richter bei Gericht.²⁰⁷² Zur Frage der Unparteilichkeit *an sich* bieten die insofern beispielhaften Nrn. 8, 9 und 10 der BVerfG-Leitlinien jedoch keine Vorgaben, die über die auch schon in Nr. 3 S. 1 aufgestellte generalklauselartige Pflicht zur Wahrung der

2066 Lorenz, "Es läuft etwas schief – auch in Deutschland", 2018, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-menschenrechte-verhaeltnis-deutschland-europa-primat-recht/> [Stand: 01.01.2022].

2067 Zur Lage in Polen Zoll, DRiZ 2017, 114; Rebehn, DRiZ 2020, 1; Werner, DRiZ 2020, 126; Rebehn, DRiZ 2020, 198; zu Ungarn Erdelyi, DRiZ 2020, 90; unter Bezugnahme auf Deutschland die Positionierungen des Präsidenten des BVerfG Andreas Voßkuhle, Brauns, Cicero 2017; Detjen/Gaisbauer, Deutschlandfunk, 2017, Voßkuhle, Die Zeit 2018, Steinbeis, Wolken über Karlsruhe; Lijnden, LTO 2017; Lamprecht, NJW 2017, 1156.

2068 Rath, LTO 2018; Knapp, Frankfurter Rundschau 2018.

2069 Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html [Stand: 01.01.2022].

2070 Wieduwilt, FAZ 2017.

2071 Rieble, DRiZ 2009, 156, S. 156.

2072 Siehe Zerfaß/Fischer, Wirtschaftswoche 2014, 18; Lamprecht, NJW 2017, 1156; auch BT-Drs. 18/832; BT-Drs. 18/10781.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit „im Hinblick auf persönliche, gesellschaftliche oder politische Interessen oder Beziehungen“ hinausgehen.²⁰⁷³

Es ist eher nicht zu erwarten, dass im Zuge der in Nr. 16 angekündigten Fortentwicklung des Verhaltensleitfadens in den nächsten Jahren eine Präzisierung hinsichtlich außerdienstlicher, also „nichtspruchrichterlicher Tätigkeiten“ mit inhaltlichem Dienstbezug erfolgen wird. Schon das bestehende Nebentätigkeitenrecht wird – trotz Abstimmungsversuchen zwischen den Bundesgerichten – je nach Fachgerichtsbarkeit uneinheitlich ausgelegt.²⁰⁷⁴ Wenig überraschend konnten BVerfG und BFH die übrigen Obergerichte mit ihren Leitlinien daher bislang auch nicht überzeugen. Im Rahmen der Nachforschungen im Rahmen dieser Arbeit wurden auch auf Nachfrage keine entsprechenden Bemühungen um eine Compliance-Regelung mitgeteilt.²⁰⁷⁵

Der auf diese Weise zu Tage tretende Dissens der Revisionsgerichte spiegelt die Vielzahl unterschiedlicher miteinander kaum in Übereinstimmung zu bringenden Richterbilder der deutschen Richterschaft wieder.²⁰⁷⁶ Der Deutsche Richterbund, welcher sich seit Jahren um die Thematik der richterlichen Ethik bemüht,²⁰⁷⁷ musste in einer Vielzahl an justizinternen Diskussionsrunden und Gesprächskreisen feststellen, dass sich die deutsche Richterschaft in ihrer Gesamtheit schwer damit tut, sich auf konkretisierte

2073 Entsprechendes scheint für die Hinweise des BFHs zu gelten, dazu erneut *Wieduwilt*, FAZ 2017.

2074 Vgl. zu den uneinheitlichen Auslegungen des Dienstrechts an den Bundesgerichten *Rieble*, DRiZ 2009, 156, S. 157, S. 185 ff; dazu auch *Bleckmann*, DRiZ 2018, 313.

2075 Es hat an einigen Bundesgerichten sehr wohl *interne* Reaktionen auf die Kritik an den richterlichen Nebentätigkeiten gegeben. So wurden teilweise interne Vorgaben der mit der Dienstaufsicht betrauten Präsidien verschärft – als solches sind auch die Hinweise des BFH zu verstehen. An anderer Stelle wurden interne Checklisten der Personalvertretungen aktualisiert. Jedoch ging diesen Reaktionen weder eine Debatte der betroffenen Richterschaft voraus, noch lässt sich, soweit überhaupt einsehbar, zwischen den getroffenen Reaktionen ein Konsens feststellen; dazu *Rieble*, DRiZ 2009, 156, S. 156 ff; Mechanismen zur Durchsetzung ethischer Richtlinien *Titz*, DRiZ 2009, 34, S. 46; *Schneider*, Richterliche Ethik, S. 552 ff.

2076 *Berndt*, Richterbilder, S. 89 ff; *Wagner*, Ende der Wahrheitssuche, S. 39 ff; aus Sicht der Anwaltschaft *Heussen*, NJW 2015, 1927; *Lamprecht*, DRiZ 1988, 161; auch *Lamprecht*, NJW 2017, 1156.

2077 Zur Übersicht *Burghardt*, DRiZ 2009, 102; der Bearbeitungsgegenstand steht in großer Nähe zu dienstrechtlichen Vorschriften, wovon der DRB sich durch den Terminus „Ethik“ distanzieren will, vgl. *Schneider*, Richterliche Ethik, 360 ff; zur Verbindung von Ethik und Richteramt *Schambeck*, Richteramt und Ethik, S. 28 ff.

ethische Ge- und Verbote zu einigen.²⁰⁷⁸ Aber auch die seitdem geführten Versuche, einheitliche Leitlinien im Sinne einer Tugendethik aufzustellen,²⁰⁷⁹ haben bislang noch zu keinem einheitlichen Ergebnis geführt.²⁰⁸⁰ Wenn aber schon keine justizinterne Einigkeit über die Notwendigkeit oder den Inhalt einer richterlichen Ethik erzielt werden kann,²⁰⁸¹ dann ist auch ein eigeninitiativer Rechtsprechungswandel vernünftigerweise nicht zu erwarten.²⁰⁸²

III.2.2) Neubewertung durch die Legislative?

Soll sich daher in absehbarer Zeit des Problemfeldes angenommen werden, erscheint ein Tätigwerden des Gesetzgebers notwendig. Zwar gilt, dass sich die Legislative bei Regelungsgegenständen, die inhaltlich der Sphäre der rechtsprechenden Gewalt zuzuordnen sind, zurückzuhalten hat, wenn und soweit die Richterschaft aufgrund ihrer Organisation, ihrer Zusammensetzung und inneren Verfahrensweise in der Lage ist, in autonomer Selbstverwaltung selbst eine Problemlösung herbeizuführen.²⁰⁸³ Da dies bislang aber nicht der Fall gewesen und auch nicht zu erwarten ist, wäre ein Verstoß gegen die Gewalten- und Funktionsteilung wohl erst dann gegeben, wenn der Gesetzgeber sich aus seiner abstrakt-generellen Regelungskompetenz

2078 *Schleswiger Ethikrunde*, Säulen richterlichen Handelns, S. 4f; *Burghardt*, DRiZ 2010, 351, S. 355; mit verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich „deontologischer Richterethik“ zur grundsätzlichen Kritik an Verhaltensleitlinien auch schon *Fangmann*, AuR 1985, 7, S. 13; *Rudolph*, DRiZ 1987, 337, S. 338.

2079 *Schneider*, Richterliche Ethik, S. 464-466, 467 ff.

2080 *Titz*, DRiZ 2013, 200; zum weit gefassten Zwischenergebnis von 2013 siehe Richterethik in Deutschland -Thesen zur Diskussion richterlicher und staatsanwaltlicher Berufsethik im Deutschen Richterbund, Entwurf vom 21.01.2012, abrufbar unter https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Ethik/1901_DRB-Broschuer_Richterethik_in_Deutschland.pdf [Stand 01.01.2022]; zum Rahmen der Diskussionen *Burghardt*, DRiZ 2009, 102; erneut mit weitergehenden Überlegungen *Schneider*, Richterliche Ethik, S. 545 ff.

2081 *Titz*, DRiZ 2009, 32; den Streitstand dazu umfassend darstellend *Schneider*, Richterliche Ethik, S. 567 – 575 mwN; die Forderung nach Ethik unglücklich als Political Correctness titulierend *Rieble*, DRiZ 2009, 156, S. 157.

2082 Vgl zur Problematik *Piechaczek*, Lobbyismus im Deutschen Bundestag, S. 46 ff.

2083 Zur Kernbereichs-Theorie stellvertretend *Grzesick/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, Rn. 50 ff, 86 ff; BVerfG, v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52 –BVerfGE 4, 331–352; BVerfG, v. 28.11.1957 – 2 BvL 11/56 –BVerfGE 7, 183–190; BVerfG, v. 17.07.1996 – 2 BvF 2/93.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

herausgeben und sich eine Entscheidungsfindung in konkreten Einzelfällen anmaßen würde.²⁰⁸⁴

... mittels informellen Handelns und strukturelle Besserstellungen der Richterschaft.

Will sich der Gesetzgeber der Problematik annehmen, stehen ihm mehrere Möglichkeiten offen. Insbesondere müsste er nicht auf ein rechtsgestaltend-formelles Gesetz zurückzugreifen, sondern könnte etwa auch versuchen, durch mittelbare oder ‚informelle‘ Maßnahmen ein Umdenken in der Rechtsprechung anzuregen.²⁰⁸⁵

Einerseits könnte sich das Parlament im Rahmen einer allgemeinen Aussprache der bislang vor allem justizintern geführten Diskussionsrunden um richterliche Ethik und Verhaltensleitlinien annehmen. Auch könnte die bestehende Befangenheits- und Nebentätigkeitsrechtspraxis Gegenstand allgemein gehaltener, nicht gesetzesbezogener Bundestagsdebatten, Kleiner oder Großer Anfragen der Opposition oder eines angeforderten Gutachtens des Wissenschaftlichen Dienstes sein. All diese informellen Mittel wären geeignet, eine Öffentlichkeit und Aufmerksamkeit für die Thematik und gegenwärtige Problematik zu schaffen.²⁰⁸⁶ Außerdem könnten Mitglieder des Bundestags oder entsprechende Fachausschussmitglieder versuchen, sich fachlich und politisch in bestehenden justizinternen Gesprächskreisen einzubringen. Sie könnten sich etwa im Rahmen der Ethik-Debatte des Deutschen Richterbundes positionieren.²⁰⁸⁷ Einzelne Abgeordnete, Fraktionen, oder auch der Bundestag als solcher könnten einen unverbindlichen Vorschlag für einen Ethik-Kodex oder ein Compliance-System ausarbeiten und ihn zumindest ins Gespräch bringen.²⁰⁸⁸ Stellungnahmen könnten formlos, oder aber in Wahrnehmung der Befugnis zur authentischen – für

2084 Wilke, in: Isensee/Kirchhof, § 122: Die Rechtsprechende Gewalt, Rn. 24 ff; Grzesick/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Abs. 1, Rn. 86 sowie Abs. 5, Rn. 50–56; Detterbeck/Sachs, GG, Art. 97, Rn. 12; Morgenthaler/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 97, Rn. 7-9 mwN.

2085 Vgl. Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, § 99: Mittel staatlichen Handelns, Rn. 192 ff.

2086 Zeh, in: Isensee/Kirchhof, § 52: Gliederung und Organe des Bundestages, Rn. 25; Zeh, in: Isensee/Kirchhof, § 53: Parlamentarisches Verfahren, Rn. 28 ff, 49 ff mwN; Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, § 99: Mittel staatlichen Handelns, Rn. 139, 141 ff mwN, auch Rn. 207 ff mwN; dazu Klein/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42, Rn. 28.

2087 Siehe Klein, in: Isensee/Kirchhof, § 51: Status des Abgeordneten, Rn. 1–4; 7 ff mwN.

2088 Schneider, Richterliche Ethik, S.573-575; eine Beteiligung des Gesetzgebers auch aus rechtlichen Gründen nahelegend zudem S. 360 ff.

die Gerichte aber nicht verbindlichen²⁰⁸⁹ – Gesetzesinterpretation formell durch Parlamentsbeschluss erfolgen.²⁰⁹⁰ Ob ein entsprechender Beitrag die Debatte in der Justiz tatsächlich voranbringen würde, oder die Richterinnen und Richter sich in ihrem eigenen Regelungsbereich missachtet sehen würden, bliebe abzuwarten.²⁰⁹¹

Andererseits besteht für den Gesetzgeber auch die Möglichkeit, jene faktischen Gegebenheiten, die mit zum gegenwärtigen *status quo* geführt haben, durch eine verbesserte finanzielle Ausstattung der Rechtspflege nachhaltig und entscheidend zu verändern.²⁰⁹² Auch wenn insofern eine Vielzahl unterschiedlicher politischer Hebel denkbar ist, drängen sich in Bezug auf die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung vor allem drei Reformansätze auf.

Erstens könnte der hinter der restriktiven Befangenheitsrechtsprechung stehende gerichtsinterne Funktionsdruck verringert werden, indem mehr Richterstellen geschaffen werden würden. Verringert sich die Pro-Kopf-Belastung der Richterinnen und Richter auf ein angemessenes Maß, gibt man der Praxis einen praktischen Spielraum um die bisherige Rechtsprechung zugunsten einer großzügigeren Richterablehnung zu lockern. Führen erfolgreiche Richterablehnungen nicht mehr zu dauerhaft nicht tragbaren Mehrbelastungen, sondern wird ein angemessener Anteil an begründeten Richterablehnungen in den Personalbedarf der Gerichte eingerechnet, darf von der Justiz erwartet werden, sich mit der Notwendigkeit der bisherigen Rechtsprechungspraxis neu auseinander zu setzen. Der als „Pakt für den Rechtsstaat“ angekündigte finanzielle Kurswechsel hin zu einer Erhöhung der Richterstellen vor allem in den Instanzgerichten ist – selbst im Falle

2089 BVerfG, v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81 – BVerfGE 65, 196–218; BVerfG, v. 17.06.1004 – 2 BvR 383/03.

2090 Vgl. BVerfG, v. 21.07.2010 – 1 BvR 2530/05, 1 BvL 11/06, 1 BvL 12/06, 1 BvL 13/06: zur Funktionsweise Rn. 5-22, zur rechtlichen Betrachtung Rn. 73; vgl. LVerfG Sachsen-Anhalt, v. 15.01.2002 – LVG 3/01; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 92, Rn. 61; Wilke, in: Isensee/Kirchhof, § 122: Die Rechtsprechende Gewalt, Rn. 22 ff, 55.

2091 Zum Spannungsfeld Grzeszick/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Abs. 5, Rn. 60 ff mwN

2092 Vgl. Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, § 99: Mittel staatlichen Handelns, Rn. 136, 138..

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

seiner Umsetzung²⁰⁹³ – jedoch nur bedingt geeignet, dieses Ergebnis zu erzielen.²⁰⁹⁴

Zweitens gilt es, der Justiz und insbesondere den Obergerichten eine realistische, praktikable und bedarfsangemessene Möglichkeit einzuräumen, das bestehende Informationsbedürfnis in umfassender und praxisnaher Weise zu stillen, ohne hierfür wie bislang auf externe Tagungen und Seminare angewiesen zu sein. Hierfür kommen unterschiedliche Modelle in Betracht. Denkbar wären freilich gesetzgeberische Reformen des Beweiserhebungsgesetzes in Bezug auf Normtatsachen, etwa in Form einer Einführung von mit den Amicus-Curiae-Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts vergleichbaren Anhörungsrechten auch für die obersten Fachgerichte.²⁰⁹⁵ Aufgrund der mit den Besonderheiten der einzelnen Prozessordnungen zusammenhängenden komplexen Einzelfragen kann im Rahmen dieser Arbeit hierauf jedoch nicht eingegangen werden.²⁰⁹⁶

Auffällig ist jedoch, dass die theoretisch denkbaren Informationsquellen von der Rechtsprechungspraxis bislang in nur sehr engem Umfang genutzt werden.²⁰⁹⁷ Neben der besseren Ausstattung mit üblichen Wissens- und Rechercheressourcen bei Gericht käme beispielsweise die erweiterte und bewusste Anstellung nichtjuristischer wissenschaftlicher Mitarbeiterinnen und -mitarbeiter aus den jeweils interessierenden Fachmaterien in Betracht. Auf diese Weise könnte beispielsweise betriebswirtschaftliche oder technologische Expertise an die Gerichte geholt werden.²⁰⁹⁸ Womöglich noch effektiver, aber mit ebenso großem personellem und finanziellem Aufwand verbunden wäre die flächendeckende Einführung und professionelle Um-

2093 *Rebehn*, DRiZ 2020, 37; *Anger*, Pakt für den Rechtsstaat – Mehr Personal für die deutsche Justiz.

2094 Vgl. aber *Kauder*, DRiZ 2017, 42; *Rebehn*, DRiZ 2018, 82; zur Umsetzung jetzt fordernder *Suliak*, LTO 2018, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/justiz/j/jumiko-pakt-fuer-den-rechtsstaat-asylyverfahren-justiz-reform-vwgo-fixierung/> [Stand: 01.01.2022].

2095 Siehe C.IV.3.3.2, D.I.A.1.2 sowie B.II.3.2.2.2: *Merkmal 5: Materieller Rechtsweg*.

2096 Hierzu ausführlich und mit Nachweisen *Kühne*, Amicus curiae.

2097 Dazu der Exkurs in C.IV.3.3.2.

2098 Siehe C.IV.3.3.2; außerdem *Zuck*, in: *Ooyen/Möllers*, Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts, S.443 ff; *Bichelmeir*, Der juristische Hilfsarbeiter an den obersten deutschen Gerichten, S. 48 ff; *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, S. 88f.

setzung eines justizinternen *Knowledge Managements*.²⁰⁹⁹ Praxisbezogene Erkenntnisgewinne erfahrener Richterinnen würden für nachfolgende Kollegen oder auch gerichtsübergreifend aufbewahrt und aufbereitet werden, statt wie jetzt mit der nächsten Abordnung an ein Obergericht für das jeweilige Gericht verloren zu gehen.²¹⁰⁰ Sieht man die Diskussion in Foren und Gesprächskreisen als notwendig an,²¹⁰¹ wäre außerdem denkbar, der Justiz insbesondere im Rahmen eines übergeordnet strukturierten *Knowledge Management Systems* ausreichend Mittel an die Hand zu geben, bislang extern organisierte Fachtagungen und Gesprächskreise selbst zu initiieren und zu organisieren. So könnte die Richterschaft die interessierenden Expertinnen und Gesprächspartner auswählen, und dabei auf eine ausgewogene Vertretung der betroffenen Interessen achten.²¹⁰² Dies würde zugleich deutlicher die dem Staat ohnehin zukommende Verantwortung für die ausreichende Information und Ausstattung seiner Gerichte unterstreichen.²¹⁰³ Die aktuell bestehende Praxis einer fast schon als notwendig angesehenen ‚Nebentätigkeiten zu Dienstzwecken‘ würde beendet. Der Gedanke an solche justizinternen Informationsforen dürfte jedoch an der finanziellen Umsetzung scheitern.

Drittens gilt es, den bereits von vielen Gerichten eingeschlagenen Weg fortzusetzen,²¹⁰⁴ und mittels professioneller Öffentlichkeitsarbeit eine eigenständigere mediale Rolle einzunehmen.²¹⁰⁵ Gefordert wird schon lange, der Justiz durch Finanzierung hauptberuflicher Medien- und Pressespre-

2099 Auch *Informationsmanagement* oder *Wissensmanagement*; siehe Büchi, SJZ 2019, 220; Bürkle/Hauschka, Der Compliance Officer; Schulz, NJW 2005, 2049; Willamowski, AnwBl 2005, 297; Burkert/Eppler, MMR 1999, 627.

2100 Vgl. Bürkle/Hauschka, Der Compliance Officer, § 4. Aufgaben im Unternehmen, Rn. 45 ff mwN.

2101 Vgl. zur Funktionsweise und Mehrwert aus lobbyistischer Sicht Zeiner, Beeinflussung des europäischen Gesetzgebungsprozesses durch Lobbying, S. 39 ff mwN.

2102 Vgl. Jarass/Locher, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 80 ff.

2103 Zu den zu schaffenden Bedingungen für eine unbeeinflusste Entscheidungsfindung BVerfG, v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, Rn. 59; Hillgruber/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97, Rn. 91; Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S. 50 ff;

2104 Huff, in: Rademacher/Schmitt-Geiger, Wie kommunikationsfähig müssen Justizbehörden sein, 267, S. 268 ff; Unverzagt u. a., in: Rademacher/Schmitt-Geiger, Rechtsfindung und Rufwahrung: Zur Zukunft der Litigation-PR in der juristischen Praxis, 341, S. 342 ff; Werner, DRIZ 2019, 246.

2105 Trüg/Mansdörfer, in: Rademacher/Schmitt-Geiger, Zur Öffentlichkeitsverantwortung der (Straf-) Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Mediengesellschaft, S. 151; Boehme-Neßler, ZRP 2009, 228, S. 231.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

cher eine selbstbewusstere, aktiver, transparentere und auch gestaltendere Medien- und Öffentlichkeitsarbeit zu ermöglichen.²¹⁰⁶ Die Gerichte könnten so beispielsweise mäßigend auf die fallbezogene Öffentlichkeit einwirken,²¹⁰⁷ auf bislang übertönte Gegenstimmen hinweisen um auf bisherige Einflussnahmevereinsuche und Fachdiskussionen im Sinne der Unparteilichkeit ausgleichend einzuwirken.²¹⁰⁸ Entscheidend ist dabei, dass die Gerichte die eigene Öffentlichkeitsarbeit als Beeinflussung des öffentlichen Informationsflusses zur Korrektur etwaiger Missstände und im Interesse der eigenen, rechtsprechenden Tätigkeit verstehen.²¹⁰⁹ Es gilt, die bisherigen Bemühungen beständig und innovativ fortzuführen. Hierfür bedarf es weniger einer gesetzgeberischen Initiative denn grundsätzlichen politischen Bewusstseins und finanzieller Investitionsbereitschaft.

... durch restriktives, formelles Handeln

Es bleibt der Legislative unbenommen, im engeren Sinne gesetzgeberisch tätig zu werden und Reformen des Dienst-, Nebentätigkeits- und Befangenheitsrechts durchzuführen. Der Gesetzgeber kann hierfür auf Erfahrungswerte der letzten Jahrzehnte zurückgreifen, in denen zur Vermeidung und Bekämpfung von Interessenkonflikten von Amtsträgern zunehmend restriktive Regelungen getroffen worden sind.²¹¹⁰

Seit der im Deutschen Beamten gesetz von 1937 vorgesehenen weitgehenden Liberalisierung wurde das Nebentätigkeitsrecht für öffentliche Amtsträger aus Exekutive, Judikative und Legislative in unregelmäßigen, von öffentlichen Skandalen und Einzelfällen angetriebenen Schüben immer weiter beschränkt.²¹¹¹ Viele Stimmen aus Politik, Medien und Öffentlichkeit

2106 *Huff*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger, Wie kommunikationsfähig müssen Justizbehörden sein, 267, S. 268 ff.

2107 *Boehme-Nefßler*, ZRP 2009, 228, S. 229.

2108 *Trüg/Mansdörfer*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger, Zur Öffentlichkeitsverantwortung der (Straf-)Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Mediengesellschaft, S. 156; *Huff*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger, Wie kommunikationsfähig müssen Justizbehörden sein, S. 267.

2109 *Remus*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger, Litigation-PR, S. 169 ff; *Borkenstein*, Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung durch Information, S. 136; auch *Crolli*, DRiZ 2020, 302; *Deppe*, DRiZ 2020, 303; *Lakotta*, DRiZ 2019, 130.

2110 Vgl. *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 22 ff.

2111 *Ossenbühl/Cornils*, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 8 ff; zur Geschichte des Nebentätigkeitsrechts *Günther*, ZBR 2012, 187, S. 189-195; *Günther*, DÖD 2012, 157.

sahen und sehen gerade durch vergütete Nebentätigkeiten den traditionellen Grundsatz des deutschen Dienstrechts in Gefahr, dass Beamte wie Richter aufgrund ihres Sonderstatus zur vorbehaltlosen und unbedingten Hingabe zu ihrem Dienstherren verpflichtet seien und ihre volle Arbeitskraft dem Amt und Dienst widmen müssten.²¹¹² Schließlich betreibe der öffentliche Bedienstete hier gleich in mehrerer Hinsicht seine Nebentätigkeiten auf Kosten des Bürgers: Nicht nur komme dem Amtsträger auf Grund der Nebentätigkeit ein zum öffentlich-rechtlichen Pensions- und Fürsorgeanspruch hinzutretendes Entgelt zugute, welches er doch aufgrund der Garantien der öffentlichen Anstellung gar nicht nötig habe. Der Amtsträger nutze vielmehr die mit seiner öffentlich-rechtlichen Beschäftigung einhergehenden Vorteile und Absicherungen, um persönliche Vorteile heraus zu ziehen. Damit einhergehend sei geradezu notwendigerweise eine Vernachlässigung seiner Amtstätigkeiten, was sich insbesondere darin widerspiegle, wieviel Zeit er angesichts seiner Nebentätigkeiten und damit verbundenen Vor- und Nachbereitungen sowie Reisen tatsächlich für sein Amt aufbringe.²¹¹³

Die in Hinblick auf ihre Entstehungsgeschichte teilweise als populistisch kritisierten Reformen durch das Erste und Zweite Nebentätigkeitsbegrenzungsgesetze setzen an dieser Kritik an,²¹¹⁴ und stärken materiellrechtlich die beanstandeten beamtenrechtlichen Grundsätze.²¹¹⁵ Zwar steht es Amtsträgern weiter frei, die eigene Arbeitskraft außerhalb des Hauptamtes wissenschaftlich und wirtschaftlich zu verwerten.²¹¹⁶ Diese staatsbürgerlichen Freiheiten können aber aufgrund der hergebrachten Grundsätze des Beam-

2112 Vgl. BVerfG, v. 11.04.1972 – 2 BvF 2/72 –BVerfGE 33, 42; BVerfG, v. 07.11.1979 – 2 BvR 513/73 –BVerfGE 52, 303; BVerfG, v. 25.11.1980 – 2 BvL 7/76 –BVerfGE 55, 207; deutlich BVerfG, v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 –BVerfGE II9, 247–292.

2113 Zur Kritik Ossenbühl/Cornils, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 8 ff, insb. Fn. 20 mwN; siehe auch bei Rudolph, NJW 1997, 2928, S. 2929f; vergleiche insofern auch die Diskussion zu den richterlichen Nebentätigkeiten bei Zerfaß/Fischer, Wirtschaftswoche 2014.

2114 Kritisch insgesamt Ossenbühl/Cornils, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 8ff mwN

2115 Vgl. Batti, BBG, § 97, Rn. 5 ff mwN.

2116 Zum Grundrechtsschutz Schnelle/Hopkins, NVwZ 2010, 1333; Ossenbühl/Cornils, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S.27 ff; hingegen zählt die Gestattung von Nebentätigkeiten nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamten- tums, BVerfG, v. 30.03.1977 – 2 BvR 1039/75 –BVerfGE 44, 249–283; BVerfG, v. 25.11.1980 – 2 BvL 7/76 –BVerfGE 55, 207; dazu ausführlich Günther, ZBR 2012, 187, S. 189 mwN, 195; differenzierend mit Blick auf die Rechtsprechung Batti, BBG, § 97, Rn. 5 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

tentums, Art. 33 Abs. 4, 5 GG, und hier insbesondere aufgrund der mit der umfassenden Alimentierungs- und Fürsorgepflicht des Dienstherren verbundenen öffentlichen Erwartung einer effektiven, arbeitsamen und unparteiischen Judikative im Zuge des Dienst- und Nebentätigkeitsrechts eingeschränkt werden.²¹¹⁷ Der Dienstherr müsse verhindern, dass durch die Ausübung von Nebentätigkeiten der Anschein entsteht, der Beamte oder Richter begebe sich in Abhängigkeit zu einer Institution, Gesellschaft oder Person, und mache sich damit womöglich zum Diener zweier Herren. Eine solche doppelte Abhängigkeit würde die unparteiliche Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen Dienstpflichten, und damit zugleich das Ziel einer rechtsstaatlichen und verfassungsgemäßen Verwaltung oder Rechtsprechung gefährden.²¹¹⁸

Die für diese Nebentätigkeitsbeschränkungen gewählten legislativen Mittel sind nur ausnahmsweise Vollverbote (z.B. § 3 Abs. 4 BVerfGG²¹¹⁹, 41 DRiG). Für die meisten Nebentätigkeiten gilt stattdessen entweder ein Verbot mit Genehmigungsvorbehalt (§ 99 BBG), oder für privilegierte Fälle ein Anzeige- und Verbotsvorbehalt (§ 100 BBG).²¹²⁰ Der durch die Datenerhebung aufgeworfene Regelungsgegenstand fällt als entgeltliche schriftstellerische, wissenschaftliche und Vortragstätigkeiten unter die Privilegierung nach § 100 Abs. 2 Nr. 1 BBG bzw. § 3 Abs. 4 S. 1 BVerfGG.²¹²¹

In der Literatur sind die seit dem DBG zunehmend restriktiven Regelungen zum Nebentätigkeitsrecht teilweise als unverhältnismäßige Grund-

2117 Schick, in: Forsthoff, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstes, S. 171, S. 208–216; Battis, BBG, § 97, Rn. 5 mwN.

2118 Schnelle/Hopkins, NVwZ 2010, 1333; BVerfG, v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 –BVerfGE 119, 247, Rn. 57.

2119 Ausgeschlossen ist für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts jede nicht nur vorübergehende, auf Dauer angelegte und auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient, und die Schwelle einer bloßen Nebentätigkeit übersteigt. In welchem Umfang eine nichtberufliche Nebentätigkeit ausgeübt werden darf, „obliegt der Entscheidung des jeweiligen Bundesverfassungsrichters, der stets darauf zu achten hat, dass seine Pflichten aus dem Richteramt Vorrang haben und seine verfassungsrichterliche Tätigkeit durch Nebenbeschäftigung welcher Art auch immer nicht beeinträchtigt werden darf“, vgl. Hömig/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 3, Rn. 21.

2120 Vgl. insbesondere für schriftstellerische, wissenschaftliche oder Vortragstätigkeiten, vgl. Schnellenbach/Bodenowitz, Beamtenrecht in der Praxis, S. 229f mwN; zu Verhältnismäßigkeitsüberlegungen der Abstufung allgemein Kirchhof/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs.1, Rn. 259f.

2121 Siehe auch E.II.2.2.2.3.3.

rechtsbeeinträchtigung und Generalverdacht gegen die öffentlichen Bediensteten kritisiert worden.²¹²² Die herrschende Meinung hat die Reformen jedoch zugunsten der Sicherung von Unparteilichkeit und Unbefangenheit sowie zur Prävention von Interessenkonflikten gebilligt.²¹²³

Eine Betrachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung von BVerwG und BVerfG²¹²⁴ lässt zudem erahnen, dass die Rechtsprechung im Rahmen des Dienst- und Nebentätigkeitsrechts einen noch nicht vollumfänglich ausgeschöpften Regelungs- und Entscheidungsspielraum der Legislative sieht.²¹²⁵ Es sei dem Gesetzgeber „*unbenommen, neben der Möglichkeit einer Versagung der Genehmigung [...] das Ziel, die Wahrung wichtiger öffentlicher Belange im Bereich des Beamten- und Richterdienstrechts nunmehr mit minderschweren Eingriffen weiterzuverfolgen.*“²¹²⁶ Damit steht dem Gesetzgeber die Möglichkeit zur Verschärfung des richterlichen Nebentätigkeitsrechts ebenso offen wie die Präzisierung des Befangenheitsrechts.

Ein Totalverbot von richterlichen Nebentätigkeiten mit inhaltlich spezifischem Dienstbezug, kombiniert mit der Einführung eines gesetzlich normierten absoluten Ausschlussgrundes,²¹²⁷ würde nach wohl einhelliger Ansicht in Schriftum und Rechtsprechung einen unverhältnismäßigen Eingriff in den die richterlichen Nebentätigkeiten umfassenden Schutzgehalt von Art. 12 Abs. 1 GG, aber auch in Art. 5 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 GG

2122 *Summer*, ZBR 1988, 1, S. 3 ff; *Dagtoglou*, in: Herzog/Sontheimer/Dagtoglou, Verfassungspolitische Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, S. 11, S. 91; *Knüppel*, DÖD 1985, 96, Fn. 5; *Engelken*, ZRP 1998, 50; *Ossenbühl/Cornils*, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 27 ff; *Badura*, ZBR 2000, 109; *Battis*, BBG, § 97, Rn. 5 ff mwN.

2123 Stellvertretend BVerfG, v. 25.11.1980 – 2 BvL 7/76 –BVerfGE 55, 207; BVerwG, v. 26.04.1968 – VI C 104.63 –BVerwGE 29, 304-309; BVerwG, v. 25.01.1973 – II C 87.65 –BVerwGE 41, 316-328; auch *Schick*, in: Forsthoff, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstes, S. 171, S. 211-216; *Ule*, in: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstes, S. 441, S. 501; *Günther*, DÖD 1988, 78; *Battis*, NVwZ 1998, 34; *Korte*, NJW 1997, 2556; *Günther*, ZBR 2015, 15, S. 19 ff.

2124 Zum Verhältnis *Ossenbühl/Cornils*, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 19, 124

2125 Vgl. BVerfG, v. 21.01.1970 – 2 BvL 27/63 –BVerfGE 27, 364-375; BVerfG, v. 11.04.1972 – 2 BvF 2/72 –BVerfGE 33, 42; BVerfG, v. 19.09.2007 – 2 BvF 3/02 –BVerfGE 119, 247-292; insbesondere BVerfG, v. 25.11.1980 – 2 BvL 7/76 –BVerfGE 55, 207.

2126 BVerfG, v. 25.11.1980 – 2 BvL 7/76 –BVerfGE 55, 207, S. 238 mwN; vgl. *Günther*, ZBR 2012, 187, S. 189.

2127 Vgl. § 41 ZPO, § 23 StPO, § 54 Abs. 1 VwGO, § 18 Abs. 1 BVerfGG.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

darstellen.²¹²⁸ In Frage kommt jedoch die Aufhebung der Privilegierung und damit die Unterstellung unter den in § 99 BBG geregelten Genehmigungsvorbehalt.

Ein entsprechend abgeänderter bzw. ergänzter § 100 BBG nF könnte dabei wie folgt lauten:²¹²⁹

§ 100 BBG nF

- (1) Nicht genehmigungspflichtig sind [...]2.schriftstellerische, wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragtätigkeiten,
- (2) Tätigkeiten nach Absatz 1 Nr. 2 und 3 sowie eine Tätigkeit in Selbsthilfeeinrichtungen nach Absatz 1 Nr. 4 sind der Dienstbehörde schriftlich oder elektronisch vor ihrer Aufnahme anzuseigen, wenn für sie ein Entgelt oder ein geldwerter Vorteil geleistet wird. [...]
- (3) Die Dienstbehörde kann aus begründetem Anlass verlangen, dass über eine ausgeübte nicht genehmigungspflichtige Nebentätigkeit schriftlich oder elektronisch Auskunft erteilt wird, insbesondere über deren Art und Umfang.
- (4) Eine nicht genehmigungspflichtige Nebentätigkeit ist ganz oder teilweise zu untersagen, wenn die Beamtin oder der Beamte bei ihrer Ausübung dienstliche Pflichten verletzt.
- (5) *Nicht unter Abs. 1 Nr. 2 fallen solche Nebentätigkeiten, die in einem inhaltlichen oder funktionalen Zusammenhang zur dienstlichen Tätigkeit des Richters stehen, und bei denen die Umstände des Einzelfalls vernünftigerweise den Anschein erwecken lassen, dass dieser Zusammenhang zur unmittelbaren oder mittelbaren Beeinflussung der dienstlichen Tätigkeit ausgenutzt werden könnte.*

Eine hiermit einhergehende Reform des Befangenheitsrechts könnte zu Gunsten der Rechtsklarheit die ständige Rechtsprechung kodifizieren, ohne dabei das eigentliche Regelungsziel aus dem Auge zu verlieren. Die Reform beträfe unterschiedliche Prozessordnungen und müsste unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten erfolgen. Vorliegend sollen § 18 BVerfGG als auch § 42 ZPO zur Vorlage einer möglichst einheitlichen

2128 Bspw. BVerfG, v. 23.09.2002 – 1 BvR 1717/00; *Ossenbühl/Cornils*, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 36; *Battis*, BBG, § 97, Rn. 5 mwN; zu Art. 5 Abs. 3 GG auch *Rieble*, DRiZ 2009, 156, S. 160, S. 185 ff.

2129 *Kursiv gekennzeichnet* werden solche Bestandteile des Regelungsvorschlags, die nicht einer anderen Regelung entnommen oder nicht unverändert gelassen worden sind, mithin eigentlicher Gegenstand der Reform sind.

Rechtsänderung für alle Bundesgerichte gemacht werden. Insofern könnte § X VerfO nF wie folgt lauten:

§ X VerfO nF

- (1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.
- (2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der *bei vernünftiger Betrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls*²¹³⁰ geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.
- (3) ¹Zu berücksichtigende Umstände sind insbesondere²¹³¹ das Verhältnis des jeweils berufenen Richters zu den Verfahrensbeteiligten und dem jeweiligen Streitgegenstand. ²Ein zu berücksichtigendes Verhältnis zum Streitgegenstand besteht insbesondere dann, wenn der Richter in derselben Sache bereits dienstlich oder beruflich tätig gewesen ist.²¹³² *Als dienstliche Tätigkeit gilt auch ein außerdienstliches Tätigwerden des Richters, wenn und soweit ein inhaltlicher oder funktionaler Zusammenhang zur dienstlichen Tätigkeit des Richters bestehen, und die Umstände des Einzelfalls vernünftigerweise den Anschein erwecken, dass dieser Zusammenhang zur unmittelbaren oder mittelbaren Beeinflussung der dienstlichen Tätigkeit ausgenutzt werden könnte.*
- (4) Ohne Hinzutreten weiterer Umstände ist ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters insbesondere nicht schon gerechtfertigt
 1. auf Grund dessen Familienstand, dessen Geschlecht, dessen religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung, dessen Abstammung, dessen Beruf, dessen Zugehörigkeit zu einer politischen Partei oder einer sonstigen Interessenvereinigung;

2130 Vgl. stellvertretend BGH, v. 28.08.2018 – VIII ZR 127/17; BGH, v. 17.07.2018 – VIII ZR 127/17; BVerfG, v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96 – BVerfGE 102, 122–126 mwN.

2131 Durch das Wort *insbesondere* soll klargestellt werden, dass die in der Praxis bedeutsame Fallgruppe der einen Befangenheitsantrag begründenden Handlungen des Richters innerhalb und außerhalb des eigentlichen Verfahrens nicht durch die Neufassung ausgeschlossen werden sollen; vgl. dazu umfangreich Vossler/Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, § 42, Rn. 17-30; Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 24-64; Cirener/Graf, BeckOK StPO, § 24, Rn. 13-23.2; Conen/Tsambikakis/Knauer u. a., MüKO StPO, § 24, Rn. 31-34.

2132 Vgl. zur Kategorisierung Stackmann/Rauscher/Krüger, MüKO ZPO, § 42, Rn. 7.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

2. auf Grund der Äußerung einer wissenschaftlichen Meinung zu einer Rechtsfrage, die für das Verfahren bedeutsam sein kann;
 3. auf Grund eines Interesses am Ausgang des Verfahrens, welches aus einem solchen oder vergleichbaren allgemeinen Gesichtspunkt herröhrt.²¹³³
- (5) Das Ablehnungsrecht steht in jedem Fall beiden Parteien zu.²¹³⁴

Die dargestellten Reformvorschläge fügen die Problematik von Nebentätigkeiten als „*außerdienstliches Tätigwerden*“ bzw. *Nebentätigkeit* mit „*inhaltlichem oder funktionalen Zusammenhang zur dienstlichen Tätigkeit des Richters*“²¹³⁵ in die bestehende Systematik und den gegenwärtigen Regelungszusammenhang ein. Die ergänzte Rückausnahme (§ 100 Abs. 5 nF BBG) sowie die kodifizierte Fallgruppe (§ X Abs. 3 S. 2 VerfO nF) orientieren sich nach Möglichkeit am von Gesetzgeber und Rechtsprechung bislang erarbeiteten verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Maßstab.²¹³⁶

Bei der Formulierung ist dem Einwand Rechnung getragen worden, dass nicht jede Nebentätigkeit mit inhaltlichem Dienstbezug im Hinblick auf die hiesige qualitative Datenerhebung im Verdacht steht, aufgrund lobbyistischer Einflussnahmeversuche besonders problematisch für die richterliche Unabhängigkeit zu sein. Eine solche Problematik besteht nach den hiesigen Ergebnissen für Nebentätigkeiten von Richterinnen und Richtern in *Erstinstanzgerichten* allenfalls in Einzelfällen. Anderes gilt dagegen für die Richterinnen und Richter der Revisionsinstanzen. Da eine weitergehende Restriktion jedoch einen Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Richterinnen und Richter bedeutet, musste mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG sowie auf das Übermaßverbot eine Regelung gefunden werden, welche die unterschiedliche Grundsituation von Revisions- und Instanzrichtern in angemessener Weise berücksichtigt. Dies dürfte insbesondere durch die Beschränkung der genannten privilegierten Nebentätigkeiten erfolgen, profitieren von diesen doch typischerweise gerade jene Richterinnen und Richter der Oberinstanzen, die für Lobbyingbemühungen besonders interessant sind.

Problematisch mag der angeführte Vorschlag zur Reform der §§ 99, 100 BBG mit Blick auf die bislang doppelt privilegierten unentgeltlichen

2133 Entspricht einer Synthese aus § 18 Abs. 1 und Abs. 2 BVerfGG

2134 Entspricht § 42 Abs. 3 ZPO

2135 Vgl. zur Begrifflichkeit *Schnelle/Hopkins*, NVwZ 2010, 1333, S. 1338.

2136 Ausführlich E.II.2.2.3.2 und E.II.2.2.3.3.

Nebentätigkeiten erscheinen. Denn durch den neu eingeführten § 100 Abs. 5 BBG nF und die Regelungssystematik des Abs. 2 würde für diese nicht bloß eine Anzeigepflicht, sondern gleich eine Genehmigungspflicht eingeführt, § 99 BBG. Diese Verschärfung ist mit Blick auf das verfolgte Ziel der richterlichen Unparteilichkeit jedoch gerechtfertigt. Bezüglich ihrer Gefährdung ist im Rahmen der vorliegenden Interviewanalyse trotz Lobbyingzusammenhängen nämlich kein relevanter Unterschied zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Nebentätigkeiten festgestellt worden.²¹³⁷ Denn das festgestellte Lobbying ist kein Stimmenkauf, sondern eine von etwaigen Zahlungen unabhängige, langfristige Beeinflussung der Richterschaft auf Informationsbasis.²¹³⁸ Für die vorliegende Problematik musste daher eine einheitliche Regelung entwickelt werden.

III.2.3) Zusammenfassende Bewertung

Ob dem Gesetzgeber bei zusammenfassender Betrachtung angeraten werden kann, das vorgeschlagene restriktive Gesetzgebungsvorhaben ohne weitergehende indirekte oder direkte Maßnahmen umzusetzen, ist zu be zweifeln.

Zwar würde die vorgeschlagene Reformregelung den Druck auf das bestehende System richterlicher Informationsbeschaffung und richterlicher Nebentätigkeiten massiv erhöhen: Es stellt die Richterschaft, aber auch die Veranstalter von entsprechenden Tagungen unter erheblichen Kontroll-, Transparenz- und damit Kostenzwang, sollten beide Seiten das bisherige System weiterführen wollen. Als insofern zwar geeignete Reform wäre sie aber nicht erforderlich und angemessen. Denn der Vorschlag greift weit in die Lobbyingfreiheit der entsprechenden Interessenrepräsentanten ein, und ermöglicht diesen faktisch nur noch entweder ein verdecktes Vorgehen oder aber ineffizient-indirekte Informations- und Pressurestrategien. Die bevorzugt genutzte Möglichkeit, mittels epistemischer Gemeinschaften informations-basierten Einfluss auf die Rechtsprechung zu nehmen,

2137 Mit insofern fehlgehender Schwerpunktsetzung BGH, v. 14.05.2002 – XI ZR 388/01, Rn. 10; mit entsprechender Schlagrichtung *Janisch*, Wie viel dürfen Bundesrichter nebenbei verdienen?; *Müller-Neuhoff*, Wenn sich Richter gut verkaufen; *Dams*, Die fragwürdigen Gehaltsexzesse der Bundesrichter; *Zerfaß/Fischer*, Wirtschaftswoche 2014.

2138 Vgl. *Dagtoglou*, in: *Herzog/Sontheimer/Dagtoglou*, Verfassungspolitische Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, S. 13, S. 91; *Badura*, ZBR 2000, 109, S. 111.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

würde ‚zugunsten‘ wenig erfolgsversprechender Maßnahmen, wahrscheinlicher aber zugunsten intransparent stattfindender Beeinflussungsversuche ausgeschlossen. Zudem trifft die vorgeschlagene Regelung den *status quo* der richterlichen Informationsbeschaffung an einer empfindlichen Stelle. Gerade die unmittelbare, informationsbasierte Ansprache im Rahmen der beschriebenen Fachtagungen wird von der Richterschaft als besonders fruchtbar für die Dienstausübung empfunden.

Sollte sich der Gesetzgeber zu einer wie hier vorgeschlagenen Reform entschließen, wäre er daher zumindest angehalten, Interessenrepräsentanten und Richterschaft eine Alternative zu schaffen – beispielsweise durch justizintern organisierte Gesprächskreise mit ausreichender finanzieller Ausstattung, oder aber durch andere Informationsmöglichkeiten. Andernfalls würde sich die Rechtsprechung wohl dazu genötigt sehen, die wie auch immer formulierten Gesetzesänderungen zugunsten einer weitreichenden Beibehaltung des *status quo* und zulasten der gesetzgeberischen Reformbemühungen möglichst restriktiv auszulegen.

III.3.) Schutz der prozessualen Waffengleichheit durch Erweiterung des rechtlichen Gehörs und erweiterte Transparenz

Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG und des prozessualen Teilhabearspruchs war vorliegend nur in solchen Konstellationen denkbar, die im Rahmen der vorgenommenen Datenerhebung nicht einmal ausnahmsweise festgestellt werden konnten. Stattdessen bestehen in Bezug auf sogenannte Normtatsachen und rechtlichen Argumentationshintergründe weder innerprozessuale Informationspflichten, noch vermittelt der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör ein außerprozessuales Äußerungsrecht.²¹³⁹ Auf eine weitergehende Prüfung der prozessualen Waffengleichheit im Rahmen des Art. 3 GG wurde verzichtet.²¹⁴⁰

Nichtsdestotrotz ist deutlich geworden, dass das Äußerungsrecht der Prozessparteien für den Fall außerprozessualer Interessenvertretung und erfolgreicher Beeinflussung des richterlichen Vorverständnisses an Qualität und Einflusswahrscheinlichkeit verliert: Ohne zu wissen, auf welche Rechtsansichten und Hintergrundinformationen der Richter seine Argumentation zu stützen gedenkt, können die Verfahrensbeteiligten ihre Sicht

2139 Siehe E.II.3.

2140 Siehe E.II.3.4.

der Dinge nicht zielgerichtet vortragen und etwaige durch Interessenrepräsentanten geschaffene Fehlvorstellungen und Verzerrungen nicht durch die Darlegung neuer *legislative facts* widerlegen. Überspitzt formuliert drohen daher erfolgreich agierende Interessenrepräsentanten die Verfahrensbeteiligten aus dem Mittelpunkt ihres eigenen Rechtsstreits zu drängen.

Ein solcher Umstand wäre mit dem grundgesetzlichen Verständnis von Rechtsstaatlichkeit und Menschenwürde aber unvereinbar, weshalb sich gesetzgeberische Initiativen zur Sicherung der effektiven Einflussnahme auf das eigene Verfahren verfassungsrechtlich insofern durchaus legitimieren ließen.²¹⁴¹ Auch das objektivrechtliche Gebot prozessualer Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG²¹⁴² ließe sich zugunsten der angedachten Reformen heranziehen. Denn stehen die agierenden Interessenrepräsentanten vor allem oder ausschließlich einer Seite des Verfahrens nahe, besteht für die andere Seite unabhängig von der materiellen Rechtslage keine gleichartige Chance, die Entscheidung des Richters zu beeinflussen. Das Prozessrisiko droht in eine Richtung verschoben zu werden, ohne dass die benachteiligte Partei von den außer- oder nebenprozessualen Einflussnahmen notwendigerweise Kenntnis erlangt.²¹⁴³

Damit stellt sich die Frage, ob die dargelegte Kritik am *status quo* nicht eine Ausweitung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutzes auf einfachgesetzlicher Ebene gebietet.

2141 Vgl. BVerfG, v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 –BVerfGE 45, 187–271; BVerfG, v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05 –BVerfGE 115, 118–166; BVerfG, v. 17.01.2017 – 2 BvB 1/13 –BVerfGE 144, 20–369; aber auch BVerfG, v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 –BVerfGE 109, 279–391; Hofmann/ Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 1, Rn. 7; Dreier/ Dreier *u. a.*, GG, Art. 1, Rn. 55; Höfling/Sachs, GG, Art. 1, Rn. 15 ff; Hillgruber/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 1, Rn. 13; Stern/Becker/Stern *u. a.*, Grundrechte-Kommentar, Art. 1 GG, Rn. 33 ff mwN; Brüning/Stern *u. a.*, Grundrechte-Kommentar, Art. 103 GG, Rn. 7.

2142 BVerfG, v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69 –BVerfGE 35, 263–280; BVerfG, v. 03.12.1986 – 1 BvR 872/82, BVerfGE 74, 78; BVerfG, v. 13.03.1990 – 2 BvR 94/88 –BVerfGE 81, 347–362; Degenhart, in: Isensee/Kirchhof, § 115: Gerichtsverfahren, Rn. 40; Kischel/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3, Rn. 171 mwN; zum Rechtstaatsaspekt Lohse/Jakobs/Hannich, Karlsruher Kommentar, EMRK, Art. 6, Rn. 45.

2143 Vgl. Schmidt-Aßmann/Schenk/Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Einleitung, Rn. 48; Degenhart, in: Isensee/Kirchhof, § 115: Gerichtsverfahren, Rn. 40; auch Lohse/Jakobs/Hannich, Karlsruher Kommentar, EMRK, Art. 6, Rn. 45; Gaede/Knauer *u. a.*, MüKO StPO, EMRK, Art. 6, Rn. 303 mwN; siehe auch BVerfG, v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74 –BVerfGE 52, 131–187; BVerfG, v. 03.12.1986 – 1 BvR 872/82, BVerfGE 74, 78.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

III.3.1) Verfassungswidrigkeit eines Totalverbots der Informationsbeschaffung durch dienstbezogene Nebentätigkeiten

Sicher zu weit gehend wäre ein dienstrechtliches Verbot außerprozessualer Tätigkeiten des Richters, die lobbyistischen Bezug aufweisen oder auch nur aufweisen könnten. Es ist im Rahmen der zum Schutz der inneren Unabhängigkeit vorgeschlagenen Reform des Nebentätigkeitsrechts bereits ausführlich dargestellt worden, wie groß das öffentliche Interesse an einer Mehrzahl gerade dieser Nebentätigkeiten ist.²¹⁴⁴ Insbesondere die zuständigkeitnahmen Nebentätigkeiten haben sich zugunsten einer effizient arbeitenden und umfassend informierten Rechtsprechungspraxis etabliert.²¹⁴⁵ Ein Verbot der Informationsbeschaffung durch dienstbezogene Nebentätigkeiten oder das Verbot lobbyinggefährdeter Nebentätigkeiten ließe sich daher nicht ohne unangemessene Erschwernisse im Justizalltag realisieren.²¹⁴⁶

III.3.2) Schaffung einer Pflicht zu ausgeglichener Informationsbeschaffung

Denkbar wäre stattdessen, an eine bereits im Rahmen der Interviewanalyse festgestellte Verhaltensweise mancher Richterinnen und Richter anzuknüpfen und die im Zuge der Nebentätigkeitsausübung vorgenommene Teilnahme an Informationsveranstaltungen ebenso wie die vorprozessuale Informationsaufnahme inhaltlich zu regulieren.²¹⁴⁷ So könnte vorgeschrieben werden, sich bei der außerdienstlichen wie dienstlichen Informationsbeschaffung sowie bei der Auswahl möglicher Informationsquellen jederzeit möglichst breit, vielseitig und im Ergebnis inhaltlich ausgleichend aufzustellen, um auf diesem Wege einen Informationsausgleich im Sinne der prozessualen Waffengleichheit sowie des Art. 103 Abs. 1 GG anzustreben. So könnte etwa ein für Mietrechtsstreitigkeiten zuständiger Richter dazu angehalten werden, alternierend bei mieterfreundlichen Interessenvereinigungen und vermieternahmen Gruppen vorzutragen, oder eine Richterin mit Zuständigkeiten im Versicherungswesen verpflichtet werden, sich aus Zeitschriften und Fachveröffentlichungen beider Interessenpole ausgeglichen

2144 Siehe E.III.2, aber auch E.II.2.2.2.3.2.

2145 So aber die Reaktion zumindest einzelner Richterinnen und Richter, siehe D.II.A.4.

2146 Bspw. BVerfG, v. 23.09.2002 – 1 BvR 1717/00; *Ossenbühl/Cornils*, Nebentätigkeit und Grundrechtsschutz, S. 36; *Battis*, BBG, § 97, Rn. 5 mwN; zu Art. 5 Abs. 3 GG auch *Rieble*, DRiZ 2009, 156, S. 160, S. 185 ff.

2147 Siehe D.I.A.4. und D.II.A.4.

zu informieren. Das Risiko ungleicher Einflussnahmehandlungen würde durch diesen im ausgeglichenen Informationsfluss verringert.

Einführung einer umfassenden dienstrechtlichen Pflicht durch die Legislative

Auf den ersten Blick erscheint ein legislatives Handeln vorzugswürdig – jedoch nicht aufgrund einer grundsätzlichen Aufgabenverteilung im Verfassungsgefüge.²¹⁴⁸ Eine vom demokratischen Gesetzgeber vorangetragene Reform böte stattdessen vor allem die Möglichkeit, die in ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 Abs. 1 GG tolerierte Rechtschutzlücke, welche sich aus der unzufriedenstellenden Kategorisierung von *legislative facts* ergibt, zu schließen.²¹⁴⁹

Denn die verfassungspolitische Problematik ungleich verteilten Einflussnahmepotenzials einzelner Verfahrensbeteiliger stellt sich nicht erst dann, wenn Richterinnen und Richter durch Vortragstätigkeiten in mehr oder weniger abgeschlossene Expertenkreise eingebunden werden. Weitere Mittel interessensorientierten Informationstransfers wie das Lancieren interessengeneigter Fachaufsätze oder ganzer Kommentare sowie das Sponsoring von Studien und Beiträgen im wissenschaftlichen Diskurs sind im Zuge der Datenerhebung ebenfalls skizziert worden. Neue Wege zielgerichteten Informationstransfers sind absehbar, wie etwa die Ermöglichung einer finanzierten passiven Teilnahme an Fachtagungen mittels digitaler Zuschaltungen, oder das weitreichende und zielgerichtete Verfügbarmachen digitaler Fachinformationen in durch Interessenrepräsentanten geführten Datenbanken. In all diesen Fällen besteht das Risiko, dass die Richterschaft ihre spätere Rechtsauslegung auf nur scheinbar objektive *legislative facts* stützt, auf welche die Verfahrensbeteiligten faktisch keinen Einfluss nehmen könnten.²¹⁵⁰

Gegenstand einer dienstrechtlichen Pflicht zu ausgewogener Informationsbeschaffung sollten daher weder allein dienstliche noch außerdienstliche Tätigkeiten sein. Stattdessen hätte die Informationsbeschaffungsregulierung ähnlich der Mäßigungspflicht aus § 39 DRiG einen das gesamte Verhalten und Leben des Richters durchdringenden Regulierungsanspruch. Der Richter müsste zu jeder Zeit in allen dienstbezogenen Fragestellungen dazu verpflichtet sein, sich aus verschiedenen Quellen ausgewogen zu informieren, etwaige Interessen der Quellen, Autoren und Veröffentli-

2148 Siehe dazu auch *Meinel*, Vertrauensfrage, S. 147 ff.

2149 Siehe C.IV.3.3 und E.II.3.

2150 Siehe E.II.3.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

chungsreihen miteinfließen zu lassen, sich auf verschiedene politische und gesellschaftspolitische Positionen einzulassen und diese gleichmäßig auf sich einwirken zu lassen.

Auch solche weitgehenden Eingriffe in die Privatsphäre, Meinungs-, Informations- und Handlungsfreiheit der Richterinnen und Richter können nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist jedoch, dass das untersagte oder regulierte Verhalten anderfalls unvereinbar mit dem in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten und für die Erhaltung eines funktionsfähigen Berufsbeamtentums und einer intakten Rechtspflege unerlässlichen Pflichtenkreis wäre.²¹⁵¹ Dieser umschreibt die identitätsprägenden und seit langer Zeit als Kernbestand²¹⁵² anerkannten Strukturprinzipien des deutschen Beamtentums,²¹⁵³ welche anhand von Fallgruppen zu definieren versucht werden.²¹⁵⁴

Eine beamtenrechtliche Grundpflicht zur ausgewogenen Information ist in der Rechtsprechung bislang ebenso wenig anerkannt wie eine Pflicht zur umfassenden rechtlichen oder politischen Neutralität.²¹⁵⁵ Daran dürfte auch nichts ändern, dass ein ausgewogenes Informationsverhalten längst als *good practice* richterethischen Verhaltens anerkannt sein dürfte. Verlangt wird von der Richterschaft jedoch nicht, den Informationsfluss an sich zu lenken, sondern allein, die ihr grundsätzlich zugesprochenen intellektuellen Fähigkeit zu erhalten, die eigene Position im konkreten Fall zu hinterfragen.²¹⁵⁶ Insofern formuliert etwa der Deutsche Richterbund in Übereinstimmung mit der Schleswiger Ethikrunde,²¹⁵⁷ dass die Richterschaft ihre Entscheidungen „auf einer breiten Informationsbasis mit der für jeden Fall notwendigen Sachkunde“²¹⁵⁸ zu treffen habe und sich „bei

2151 BVerfG, v. 30.08.1983 – 2 BvR 1334/82; siehe dazu auch *Staats*, DRiG, § 39, Rn. 5 ff mwN; *Bund/Werres/Brinktrine/Schollendorf*, BeckOK Beamtenrecht, § 60, Rn. 19.4.

2152 Vgl. BVerfG, v. 02.12.1958 – 1 BvL 27/55 –BVerfGE 8, 332–364; *Hense/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 33, Rn 37 mwN.

2153 BVerfG, v. 24.02.2017 – 2 BvR 2524/16, Rn. 24; *Hense/Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 33, Rn 39.

2154 Kritisch *Battis/Sachs*, GG, Art. 33, Rn. 70; *Gröpl/Gröpl u. a.*, GG-Kommentar, Art. 33 GG, Rn. 56 ff.

2155 Vgl. *Gröpl/Gröpl u. a.*, GG-Kommentar, Art. 33 GG, Rn. 56 ff; zur Neutralitätspflicht als rechtfertigendes Prinzip BVerfG, v. 30.08.1983 – 2 BvR 1334/82; BVerfG, v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/7, BVerfGE 39, 334.

2156 Siehe dazu umfangreich E.II.2.3.2.

2157 *Schleswiger Ethikrunde*, Säulen richterlichen Handelns.

2158 *Deutscher Richterbund*, Richterethik in Deutschland, S. 19.

der Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit nicht von sachfremden Erwägungen“ wie der eigenen Sozialisation oder „Meinungsströmen der Öffentlichkeit“ beeinflussen lassen solle.²¹⁵⁹ Spricht man der Richterschaft aber die so umschriebene Fähigkeit zur Abstraktion bedingungslos zu, fehlt die Rechtfertigung für eine Begrenzung der ohnehin spärlichen Informationszugänge der Richterschaft. Es dürfte daher erfolglos sein, die vermeintliche Pflicht zu einem ausgeglichenen Informationsverhalten einem anerkannten Grundsatz aus Art. 33 Abs. 5 GG, etwa der Hauptberuflichkeit,²¹⁶⁰ dem Leistungsprinzip²¹⁶¹ oder dem Grundsatz der Effizienz und Effektivität öffentlicher Verwaltung,²¹⁶² zuzuordnen. Mangels entsprechender Verankerung in Art. 33 Abs. 5 GG muss die Verfassungsmäßigkeit einer etwaigen Informationsverhaltspflicht angezweifelt werden.

Einführung einer nebentätigkeitsbezogenen Pflicht durch die Legislative oder nebentätigkeitsbezogenen Obliegenheit durch die Exekutive

Denkbar wäre stattdessen, den Regelungsumfang zu reduzieren, und die Richterschaft nicht in ihrer gesamten Privatsphäre, sondern nur im Zusammenhang mit dienstbezogenen Nebentätigkeiten zu informatorischer Ausgewogenheit zu verpflichten.

Gerade im Zusammenhang des Nebentätigkeitsrechts sind weitgehende Eingriffe in die Privatsphäre der Richterschaft von Rechtsprechung und Literatur anerkannt.²¹⁶³ Als eben keine reine Privatsache des Beamten ist die Kontrolle und Einschränkung der Nebentätigkeiten zur Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG gerechtfertigt.²¹⁶⁴ Eine entsprechende Regelung würde an den festgestellten Vortragstätigkeiten und Veröffentlichungen der Richterinnen und Richter anknüpfen, nicht aber die einseitige Aufnahme von Informationen selbst

2159 Deutscher Richterbund, Richterehrik in Deutschland, S. 7.

2160 BVerfG, v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 –BVerfGE 9, 268–291; BVerfG, v. 07.11.1979 – 2 BvR 513/73 –BVerfGE 52, 303; siehe auch § 34 BeamStG.

2161 BVerfG, v. 10.12.1985 – 2 BvL 18/83 –BVerfGE 71, 255–275.

2162 Gröpl/Gröpl u. a., GG-Kommentar, Art. 33 GG, Rn. 60; Grigoleit/Stern u. a., Grundrechte-Kommentar, Art. 33 GG, Rn. 83 ff; zur Begründung von Dienstpflichten durch Effektivität und Effizienz der Verwaltung Jachmann-Michel/Kaiser/von Mangold/Klein/Starck, GG, Art. 33, Rn. 47f.

2163 Zur Rechtfertigung zugunsten der allgemeinen Anforderungen an den öffentlichen Dienst und den besonderen Erfordernissen des jeweiligen öffentlichen Amtes bspw. BVerfG, v. 28.09.2007 – 2 BvR 1121/06. siehe auch Battis, BBG, § 97, Rn. 5 ff mwN.

2164 BVerfG, v. 25.11.1980 – 2 BvL 7/76 –BVerfGE 55, 207; Battis, BBG, § 97, Rn. 5f.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

unterbinden. Immerhin könnte so aber verhindert werden, dass Richterinnen und Richter regelmäßig nur für eine Gruppe von Interessenrepräsentanten tätig werden, und in diesem Zuge einseitig vorgeprägt würden.

Eine Umsetzung dieser Neuregelung wäre in unterschiedlicher Weise möglich. Entschließt sich der Gesetzgeber selbst zu handeln, so könnte er in Weiterführung der bereits vorgeschlagenen Verschärfung des Nebentätigkeitsrechts den Katalog des § 99 Abs. 2 BBG um ein Regelbeispiel erweitern.²¹⁶⁵ So könnte er klarstellen, dass ein Versagungsgrund dann vorliegt, wenn die Nebentätigkeit „aufgrund ihres Zuschnitts, ihres Ausübungsumfelds und ihres Adressatenkreises, oder in Zusammenschau mit den übrigen Nebentätigkeiten der Beamtin oder des Beamten eine einseitige Informationsbeschaffung der Beamtin oder des Beamten befürchten lassen kann.“ Um eine solche Pflicht allein für die Richterschaft und nicht für das gesamte Berufsbeamtentum einzuführen, könnte der Gesetzgeber aber auch an § 99 Abs. 2 Nr. 2 BBG oder § 100 Abs. 4 BBG anknüpfen, und eine entsprechende dienstrechtliche Pflicht zur ausgewogenen Informationsaufnahme in Form eines § 39a DRiG schaffen:

§ 39a DRiG nF

¹Der Richter hat sich bei der Auswahl und Ausübung seiner Nebentätigkeiten so zu verhalten, dass ein ausgeglichener Informationsfluss gewährleistet ist. ²Dabei hat er den Zuschnitt seiner Nebentätigkeit, das Ausübungsumfeld, den Adressatenkreis sowie in einer Gesamtschau auch das Zusammenspiel mit seinen übrigen Nebentätigkeiten zu berücksichtigen.

Zumindest überlegenswert ist, ob nicht auch die Dienstaufsichtspraxis selbst eine entsprechende Neuregelung herbeiführen könnte. So besteht unter den Fachgerichten mittlerweile etwa Einigkeit darüber, dass für Vorträge im Rahmen sogenannter *Inhouse*-Veranstaltungen aus Gründen der zu besorgenden Parteilichkeit eine Genehmigung nicht erteilt werden kann.²¹⁶⁶ Die dort vorgefundene Exklusivität des Adressatenkreises und die Intransparenz der Veranstaltung gewährleisteten keine Nachvollziehbarkeit über den vermittelten Inhalt, ließen inhaltsstarke Nebengespräche und Vertrauensverhältnisse befürchten und begründeten daher vernünftige Zweifel an der Unparteilichkeit der Richterschaft, § 99 Abs. 2 Nr. 2 und 4 BBG sowie § 100 Abs. 4 BBG. Auf diese mittlerweile rechtswegübergreifende Pra-

²¹⁶⁵ Brinktrine/Brinktrine/Schollendorf, BeckOK Beamtenrecht, § 99, Rn. 31.

²¹⁶⁶ Siehe D.II.A.4.

xis konnten sich die Dienstaufsichtsstellen auch ohne legislative Initiative einigen, und so rein faktisch eine Verschärfung des Nebentätigkeitsrechts herbeiführen. Ob der Auslegungsspielraum der Dienstaufsicht jedoch auch ausreichen würde, um mit einer ähnlichen Argumentation eine wie hier vorgeschlagene Obliegenheit zu ausgewogener Informationsbeschaffung einzuführen, erscheint fraglich. So ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Unparteilichkeit selbst keine ausgewogene Informationsbeschaffung verlangt. Auch fordert der restriktivere § 100 Abs. 4 BBG, anders als § 99 Abs. 2 BBG, eine Verletzung von Dienstpflichten, und eben nicht bloß eine Beeinträchtigung dienstlicher Interessen.²¹⁶⁷ Insofern dürften entsprechende Impulse durch die Dienstaufsicht allenfalls nach Umsetzung der im Rahmen der Unparteilichkeit vorgeschlagenen Reformen erwartet werden.

Bedenken gegen eine entsprechende Informationsverhaltenspflicht

Unabhängig von Akteur und Rechtsetzungstechnik überwiegen jedoch die Bedenken gegen eine entsprechende Regelung. Eine informationsbezogene Ausgleichs- oder Ausgewogenheitspflicht wäre in einer nicht zu vernachlässigenden Zahl von Fällen schon dem Grunde nach ungeeignet sicherzustellen, dass die Richterschaft ihrer Entscheidung tatsächlich inhaltlich ausgewogene *legislative facts* zugrunde legt.

So stellt sich in einem ersten Schritt die Frage, inwiefern sich die einzelnen Interessengruppen und Positionen überhaupt eindeutig und nachvollziehbar identifizieren lassen, um eine *ausgewogene* Verteilung der eigenen Vortragstätigkeiten zu erreichen. Während dies in manchen Bereichen wie etwa dem Bankenrecht, dem Versicherungsrecht oder dem Mietrecht noch möglich erscheint,²¹⁶⁸ verteilen sich die Positionen und Interessen etwa im Kauf- und Werkvertragsrecht oder auch dem öffentlichen Umweltrecht je nach konkreter Ausgestaltung des Sachverhalts neu. Eine eindeutige Zuteilung von Positionen zu bestimmten Interessengruppen, Verbänden oder Gremien ist kaum möglich, sodass eine ausgleichende Verteilung wahrgenommener Nebentätigkeiten auch im Nachhinein kaum erreichbar erscheint.

Vor allem aber folgt aus der Einführung einer Pflicht, die eigenen Nebentätigkeiten möglichst allen Interessengruppen gleichermaßen anzubieten,

2167 *Battis*, BBG, § 100, Rn. 17; *Brinktrine/Brinktrine/Schollendorf*, BeckOK Beamtenrecht, § 99, Rn. 33 ff mwN.

2168 Siehe insofern zu polarisierten Rechtsbereichen D.III.B.4.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

nicht notwendigerweise auch die Situation, dass die betroffenen Interessen in vergleichbarer Weise organisiert und die jeweiligen Informationen entsprechend abrufbar sind.²¹⁶⁹ Wo nun aber nur eine Gruppe von Interessenrepräsentanten zur Verfügung steht, bestünde für die Richterschaft wohl keine Möglichkeit zur weitergehenden Ausübung von Nebentätigkeiten. Folge wäre entweder das Aussetzen von Nebentätigkeiten – verbunden mit einem Verlust an Information und Wissen – oder aber die teleologische Reduktion der soeben erst eingeführten Pflicht auf jene Sachverhalte, in denen mehrere Nebentätigkeitsangebote unterschiedlicher Gruppen und Interessen überhaupt vorliegen. Dann wiederum stünden den Verfahrensbeteiligten auch weiterhin einseitig informierte Richterinnen und Richter gegenüber. Die Regelung wäre mithin schon ungeeignet, das Einflussnahmedizit tatsächlich zu verändern, und trüge zudem noch zur Intransparenz bei: Wie sollte ein Rechtssuchender erkennen können, ob der Richter der Pflicht zu ausgewogener Informationsbeschaffung überhaupt unterlegen hat?

Aber auch im Falle idealverteilter Gelegenheiten zum Informationserhalt bleiben Zweifel an der diskutierten Regelung. Denn auch hier ist nicht sichergestellt, dass alle Informationsangebote gleichwertig sind, mithin die Fachtagungen der verschiedenen Interessengruppen überhaupt einen vergleichbaren Informationsgewinn für die Richterschaft bieten. Ist dies aber nicht der Fall, beschränkt die soeben vorgeschlagene Nebentätigkeitsreform selbst im Idealfall die wenigen bestehenden Informationsquellen der Richterschaft zu *legislative facts* in nicht zu rechtfertigender Weise.

Der Bedarf der Richterinnen und Richter an diesen Informationen ist ebenso dargestellt worden wie die vielfältigen Bemühungen und Anstrengungen, diesen effizient und sachorientiert zu decken.²¹⁷⁰ Weil die justizinternen Strukturen bis heute auf die Beschaffung dieser Norm- und Rechtstatsachen nicht ausgelegt sind, sind Richterinnen und Richter zur praxistauglichen Rechtsanwendung letztlich auf Informationsvermittlung durch Prozessvertreter, Rechtswissenschaft und praxisnahe Experten – und damit auf den *status quo* – angewiesen. Jede Beschränkung der zur Verfügung stehenden Informationsquellen ohne gleichzeitige Ermöglichung neuer Informationszugänge begründet berechtigte Sorge um die Qualität, Effizienz und Praxistauglichkeit der Justiz und Rechtsprechungspraxis.

2169 Siehe D.II.A.4.

2170 Siehe C.IV.3.3.2.

Im Ergebnis erscheint die wie auch immer ausgestaltete Einführung einer richterlichen Pflicht zu ausgeglichener Informationsbeschaffung außerhalb des konkreten Verfahrens, wenn nicht sogar verfassungswidrig, dann jedenfalls in einer Mehrzahl von Fällen zweckwidrig. Allenfalls in Kombination mit der Eröffnung weitergehender Zugänge zu *legislative facts* erscheint eine auf Nebentätigkeiten beschränkte Dienstpflicht überhaupt vertretbar.

III.3.3) Ausweitung der Informations- und Äußerungsgelegenheiten ...

Es empfiehlt sich daher, sich die übergeordneten Zusammenhänge der Problematik noch einmal zu vergegenwärtigen. Die Forderung nach einem ausgeglichenen und umfassenden Informationszugang staatlicher Institutionen gründet im Ideal, dass *rechtstaatliches* Handeln im Sinne der *good governance* rational und durch möglichst lückenlose Expertise begründe zu sein hat.²¹⁷¹ Die bislang diskutierten Reformansätze knüpfen gerade hieran an, wenn sie das Informationsbeschaffungsverhalten der Richterschaft zugunsten größerer Ausgewogenheit und prozessualer Waffengleichheit regulieren wollen. Andererseits fußt sie wie auch das Gebot rechtlichen Gehörs selbst im demokratischen Grundgedanken, dass allen Staatsbürgern gleichermaßen die Möglichkeit zukommen muss, an der Willensbildung des Staates zu partizipieren und auf zu treffende Entscheidungen Einfluss

2171 Zum Informationsbedürfnis des Staates *Fassbender*, in: Isensee/Kirchhof, § 76 Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, Rn. 1-4; *Guckelberger*, VerwArch 2017, 1, S.4 mwN; *Geiger*, EU lobbying handbook; *Köpll*, Power Lobbying; *Michalowitz*, in: Die Rationalität europäischer Interessenvertretung: Prinzipale, Agenten und Tausch im maritimen Transport, *Michalowitz*, in: *Warleigh/Fairbrass*, Integrating Interests the European Union, S. 44-48; zur Frage der Rechtsstaatlichkeit bspw. für das das Verwaltungsverfahren allgemein *Guckelberger*, VerwArch 2017, 1, S.1f. mwN; *Heßhaus/Bader/Ronellenfitsch*, BeckOK VwVfG, § 24, Rn. 37-39; *Kallerhoff/Fellenberg/Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 24, Rn. 62-64; für die Staatsanwaltschaft *Sackreuther/Graf*, BeckOK StPO, § 160, Rn. 13-17; *Griesbaum/Hannich*, Karlsruher Kommentar, StPO, § 160, Rn. 28 mwN; für die Gerichtsprozesse stellvertretend der Strafprozess und *Krehl/Hannich*, Karlsruher Kommentar, StPO, § 244, Rn. 28 mwN.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

zu nehmen.²¹⁷² Dieses Gebot *formaler demokratischer Gleichheit*²¹⁷³ fordert einen freien und offenen Prozess der Meinungs- und Willensbildung im Volk,²¹⁷⁴ aber eben auch die in der Gesellschaft gleichmäßig verteilte Chance, staatlichen Akteuren gegenüber vorzusprechen.²¹⁷⁵

Gerade unter dieser letzten Perspektive haben sich außerhalb des beamten- und richterrechtlichen Dienst- und Nebentätigkeitsrechts weniger restriktive Ansätze zur Regulierung und Kontrolle herausgebildet.²¹⁷⁶ So stellt etwa § 44a Abs. 1 S. 2 AbgG klar, dass Nebentätigkeiten von Parlamentsabgeordneten trotz Anzeigepflicht²¹⁷⁷ grundsätzlich erlaubt sind und weder unter Verbots- noch unter Inkompatibilitätsvorbehalt stehen.²¹⁷⁸ Denn anders als Beamte oder Richterinnen unterliegen Abgeordnete keiner eigentlichen Pflicht zur Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit.²¹⁷⁹ Weil

2172 *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 133; *Schmitt Glaeser*, in: Frowein/Münch, Partizipation an Verwaltungssentscheidungen, S. 180 ff; *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S. 81 ff, 120 ff als Verletzung der Wettbewerbsfreiheit mwN.

2173 *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S. 29-31 mwN; *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 133f; siehe auch *Boehme-Neffler*, in: *Boehme-Neffler*, Die Öffentlichkeit als Richter? S. 20, 30f; *Bamberger*, Nachamtliche Tätigkeitsbeschränkungen für politische Amtsträger, S. 130; *Epp*, Die Abgeordnetenbestechung, S. 135; insgesamt *Schlosser*, Die Verhaltensregeln für die Mitglieder des Deutschen Bundestages vom 25. 6. 1980; vgl. *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 24: Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 41 ff mwN; *Grzesick/ Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, Rn. 36 mwN.

2174 Mit Blick auf die Wahlfreiheit BVerfG, v. 16.12.2014 – 2 BvE 2/14 –BVerfGE 138, 102–125, Rn. 28.

2175 *Jablonski*, Rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Lobbyisten in der öffentlichen Verwaltung, S.87, 89f, 120 ff; vgl. zu Art. 3 GG als Chancengleichheitsgrundsatz *Nußberger/Sachs*, GG, Art. 3, Rn. 57-64; mwN *Schmitt Glaeser*, in: *Isensee/Kirchhof*, § 38: Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, Rn. 28f.

2176 Zu den Nebentätigkeitsregelungen von Abgeordneten und deren Einordnung siehe insbesondere *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 29 ff, 56 ff, 117 ff; Anhang 1 zur GOBT; sowie etwa § 1 Abs. 2 der Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages.

2177 Siehe §§ 44a Abs. 4, 44b AbgG iVm den Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages.

2178 *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 23, 51 ff mwN, 117 ff; 210 ff.

2179 BVerfG, v. 05.11.1975 – 2 BvR 193/74 –BVerfGE 40, 296–352; *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 208f mwN; S. 215–230 mwN, 252 ff; zu verfassungsrechtlichen Bewertung etwaiger Ein-

der demokratische Souverän aber gerade Abgeordneten gegenüber die Möglichkeit haben muss, Kontrolle und Einfluss auszuüben,²¹⁸⁰ bestehen im Zusammenhang mit §§ 44a, 44b AbG weitgehende Veröffentlichungspflichten.²¹⁸¹ Gemäß § 3 der Verhaltensregeln des Bundestags sind die Abgeordneten dazu verpflichtet, Angaben zur Art und Höhe der nach § 44a Abs. 4 S. 1 AbG problematischen Nebentätigkeiten durch Einstellen auf der allgemein zugänglichen Informationsinternetseite des Deutschen Bundestages zu veröffentlichen. Diese Vermittlung von Daten und Informationen an die Öffentlichkeit soll dazu führen, mögliche wirtschaftliche oder persönliche Abhängigkeiten sichtbar zu machen.²¹⁸² Indem möglichst der gesamte Willensbildungsvorgang nachvollziehbar gemacht wird, wird die Voraussetzung dafür geschaffen, das politische Geschehen öffentlich zu bewerten²¹⁸³ und im Rahmen von Wahlen²¹⁸⁴ oder noch während des politischen Entscheidungsvorgangs durch Unmutsäußerungen zu „sanktionieren“.²¹⁸⁵

Begreift man zumindest einen Teil der Nebentätigkeiten auch als Möglichkeit zur Informationsbeschaffung, stellt die gegenüber Abgeordneten getroffene Regelung anders als die bisher vorgestellten Reformansätze allenfalls eine mittelbare Beschränkung der möglichen Informationsquellen dar. Statt diese von vorn herein zu verschließen oder mit Auflagen zu versehen, soll der Informationsbeschaffungsvorgang in erster Linie nachvollziehbar

schränkungen für Abgeordnete ausführlich *Käßner*, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 117 ff, 151 ff, 210, 215 ff; aA *Olberding*, Rechtliche Möglichkeiten der Steuerung von Interessenpolitik, S. 135 ff.

2180 Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 2 ff, 377f; vgl. VerfGH NRW, Urteil vom 16.05.1995 – VerfGH 20/93; Thüringer Verfassungsgerichtshof, v. 16.12.1998 – VerfGH 20-95 mwN.

2181 Zu frühen Forderungen bspw. *Fromme*, ZRP 1972, 225.

2182 Caspar, in: Hill/Sommermann/Wieland/Ziekow, Brauchen wir eine neue Verfassung, S. 233 ff.

2183 Vgl. BVerfG, v. 05.11.1975 – 2 BvR 193/74 –BVerfGE 40, 296–352, (296); Thüringer Verfassungsgerichtshof, v. 16.12.1998 – VerfGH 20-95.

2184 Ähnlich *Van Aaken*, ZARV 2005, 407, S. 435; Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 2 ff.

2185 Käßner, Nebentätigkeiten und Nebeneinkünfte der Mitglieder des Deutschen Bundestages, S. 122 ff; BVerfG, v. 05.11.1975 – 2 BvR 193/74 –BVerfGE 40, 296–352, Rn. 61; Thüringer Verfassungsgerichtshof, v. 16.12.1998 – VerfGH 20-95; allgemeiner auch VerfGH NRW v. 16.05.1995 – VerfGH 20/93; zum "allgemeinen Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie" BVerfG, v. 14.01.1986 – 2 BvE 14/83 –BVerfGE 70, 324–388, Rn. 135; auch BVerfG, v. 28.02.2012 – 2 BvE 8/11; BVerfG, v. 19.06.2012 – 2 BvE 4/11 –BVerfGE 131, 152–230, Rn. 112 ff – juris.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

gemacht werden.²¹⁸⁶ Die Verpflichtung des Staates zur Informationsmitteilung ist eine Verpflichtung zum Nachvollziehbarmachen, und dient der Stärkung des öffentlichen Vertrauens.²¹⁸⁷

Gerade aufgrund dieser mit der Veröffentlichungspflicht verbundenen Kontrollmechanismen wäre es jedoch verfehlt, die angestrebte Transparenz allein dem Demokratieprinzip zuzuordnen.²¹⁸⁸ Die Erhebung, Sicherung und Bereitstellung von Bürgerinformationen über das Zustandekommen, die Grundlagen und die Umsetzung staatlicher Entscheidungen ist vielmehr grundsätzlicher Bestandteil jeden guten Regierens.²¹⁸⁹ Sie ist ein umfassendes Hilfsmittel und ermöglicht, die Einhaltung und Durchsetzung von Grundrechten, Verfassungsgrundsätzen und Staatszielen im Allgemeinen zu kontrollieren.²¹⁹⁰ Transparenz wird von ganz verschiedenen Verfassungsprinzipien eingefordert.²¹⁹¹ Gerade mit Blick auf die Tätigkeit von Verwaltung und Gerichten stellt sie insofern auch einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips dar.²¹⁹² Die umfängliche Information von Bürgerinnen und Bürgern fördert das Vertrauen in exekutive und judikative Entscheidungen, und gewährleistet, dass deren Durch- und Umsetzung fak-

2186 Zur sog. Partizipationsfunktion etwa *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 51 mwN; siehe auch *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 38 ff; vgl. *Welzel*, ZParl 1995, 141; *Zippelius*, ZRP 1993, 241; vgl. außerdem *Redels*, in: *Leif/Speth*, Die fünfte Gewalt, S. 333 ff.

2187 *Lamprecht*, NJW 2017, 1156 S. 1158; *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip; *Welzel*, ZParl 1995, 141; *Zippelius*, ZRP 1993, 241; vgl. auch *Kopp*, CCZ 2013, 67.

2188 Zum Topos der Transparenz im Grundgesetz *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 2 ff, 7; siehe auch *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 7-9 mwN.

2189 *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 1-16 mwN; *Brink/Brink u. a.*, Informationsfreiheitsgesetz, § 1, Rn. 1-5 mwN; vgl. etwa BVerfG, v. 05.11.1975 – 2 BvR 193/74 -BVerfGE 40, 296–352, Rn. 61; außerdem *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 319 ff; vgl. mit europäischer Perspektive *Nettesheim/Grabitz u. a.*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 1 EUV, Rn. 35 ff, insb. Rn. 36 mwN in Fn. 4, 5; *Hetzer*, NJW 2004, 3746 S. 3746f mwN; kritisch *Wewer*, in: *Dix/Franßen/Kloepfer/Schaar/Schoch/Voßhoff*, Informationsfreiheit und Informationsrecht – Jahrbuch 2014, S. 161, S. 164 ff.

2190 *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 6 ff, 45 ff, 67 ff jeweils mwN spricht unter Verweis auf Kontroll- und Partizipationsfunktion von „Grundrechtsschutz“ und „Mittel und Ziel“ einer funktionierenden Demokratie; vgl. *Rossi*, Informationsfreiheitsgesetz, Einleitung, Rn. 26; *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 69 ff, 94 ff, 112 ff.

2191 *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 249 ff.

2192 *Debus/Gersdorf/Paal*, BeckOK IFG, § 1, Rn. 22; *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 146 ff; differenzierend *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 8 mwN.

tisch akzeptiert werden. Sie bietet zugleich die Chance, Machtmissbrauch und rechtswidriges Handeln zu erkennen, zu rügen und gegebenenfalls gerichtlich zu beanstanden.²¹⁹³ Insofern beschreibt etwa Bröhmer den idealen Rechtsprechungsprozess auch mit Blick auf etwaige Betroffenenrechte²¹⁹⁴ als ein Verfahren, das von *Ergebnis-, Inhalts- und Verfahrenstransparenz* geprägt sei.²¹⁹⁵

Es mag daher nicht überraschen, dass im Zuge der Einführung der Informationsfreiheitsgesetze auf Bundes- und Länderebene auch gegenüber Verwaltung und Richterschaft Forderungen nach größeren Transparenzbemühungen gestellt wurden.²¹⁹⁶ Auch auf das Nebentätigkeitsrecht oder die Informationsbeschaffung der Richterschaft bezogen erschienen entsprechende Auskunft- und Mitteilungsansprüche denkbar.

... durch die Rechtsprechungspraxis?

Die herrschende Meinung jedoch lehnt einen verfassungsunmittelbaren Informationszugang der Bürgerinnen und Bürger gegenüber dem Staat und damit auch gegenüber der Judikative ab.²¹⁹⁷ Insbesondere lasse sich nichts aus der allgemeinen Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG herleiten, da es sich bei staatlichem Wissen und Akteninformationen nicht um

2193 Vgl. Borkenstein, Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung durch Information, S. 185.

2194 Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 22–38.

2195 Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 7f, 377.

2196 Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 59–61, 67 ff mwN; Brink/Brink u. a., Informationsfreiheitsgesetz, § 1, Rn. 6–23 mwN; vgl. Degenhart/Kahl u. a., BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 176 ff mwN; Bethge/Sachs, GG, Art. 5, Rn. 58 ff mwN; Borkenstein, Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung durch Information, S. 115f; Rössner, Das Informationsfreiheitsgesetz als Instrument der Korruptionsbekämpfung, S. 20; Lamprecht, NJW 2017, 1156, S. 1157f; zur bereits bestehenden Öffentlichkeit in der Judikative Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 81f.

2197 BVerfG, v. 24.01.2001 – 1 BvR 2623/95 – BVerfGE 103, 44–81; BVerwG, v. 09.11.2010 – 7 B 43/10; Degenhart/Kahl u. a., BK, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 178 mwN; Bethge/Sachs, GG, Art. 5, Rn. 58 ff mwN; Antoni/Hömig/Wolff, GG, Art. 5, Rn. 9–11 mwN; Hofmann/Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 5 GG, Rn. 14–16; Jastrow/Schlatmann, Informationsfreiheitsgesetz Rn. 6–19; Rossi, Informationsfreiheitsgesetz, Einleitung, Rn. 42; Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 52; Kloepfel/Schärdel, JZ 2009, 453, S. 459; aaA wohl Brink/Brink u. a., Informationsfreiheitsgesetz, § 1, Rn. 14 ff; siehe auch Angelov, Grundlagen und Grenzen eines staatsbürgerlichen Informationszugangsanspruchs, S. 35 ff, 92f, 99; Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 378 ff, 383, 403.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

allgemein zugängliche Quellen handle.²¹⁹⁸ Der abwehrrechtliche Charakter der Grundrechte dürfe nicht ohne Weiteres um eine Leistungsdimension erweitert werden.²¹⁹⁹ Allenfalls dann, wenn entsprechende Auskünfte notwendig wären, um sich in einem zweiten Schritt gegen staatliche Eingriffe zu verteidigen, wären verfassungsrechtliche Ausnahmen anzunehmen.²²⁰⁰

Dem ist zuzustimmen. Insbesondere ergibt sich nichts anderes aus der presserechtlichen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, nach welcher Journalisten unter bestimmten Umständen ein Auskunftsanspruch unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zustehen kann.²²⁰¹ Das BVerwG argumentierte, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei, die Rechtsordnung auch im Hinblick auf Auskunftspflichten in einer solchen Weise auszugestalten, die der Presse eine funktionsgemäße Betätigung ermöglicht. Dabei stehe ihm zwar ein weiter Gestaltungsspielraum zu, er habe aber die spezifische Bedeutung der Presse hinreichend zu berücksichtigen.²²⁰² Insbesondere kann ein solches Presseauskunftsrecht nicht mit einer jedermann offenstehenden Auskunft gleichgesetzt werden.²²⁰³ Bleibt der zuständige Gesetzgeber vollkommen untätig, könne man aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ein pressespezifisches Auskunftsrecht herleiten.²²⁰⁴ Die umstrittene Entscheidung²²⁰⁵ lässt sich weder auf das in Art. 5 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Lobbyinggrundrecht noch auf allgemeine Auskunftsansprüche gegenüber dem Gericht übertragen. Es ist unerheblich, dass auch dem allgemeinen

2198 BVerfG, v. 30.01.1986 – 1 BvR 1352/85; BVerfG, v. 03.12.1974 – I C 30.71 – BVerwGE 47, 247–255, Rn. 32;

Schulze-Fielitz/Dreier u. a., GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 79 ff; WendtMünch/Kunig, GG, Art. 5, Rn. 25; Jastrow/Schlatmann, Informationsfreiheitsgesetz Rn. 16f; Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 25f.

2199 OVG Berlin-Brandenburg, v. 17.10.2011 – OVG 10 S 22.11, Rn. 55; Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 73.

2200 Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 73 ff mwN.

2201 BVerwG, v. 20.02.2013 – 6 A 2/12 – BVerwGE 146, 56–67 Rn. 14; nochmals bestätigend in Auseinandersetzung mit Kritik BVerwG, v. 25.03.2015 – 6 C 12/14 – BVerwGE 151, 348–361; erneut BVerwG, v. 16.03.2016 – 6 C 65/14; OVG Berlin-Brandenburg, v. 20.01.2015 – OVG 6 S 42.14; dazu auch Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 34 Fn. 130; entgegen der bis dahin hM, bspw. noch BVerwG, v. 13.12.1984 – 7 C 139/81 – BVerwGE 70, 310–318.

2202 Vgl. BVerwG, v. 20.02.2013 – 6 A 2/12 – BVerwGE 146, 56–67, Rn. 27.

2203 BVerwG, v. 20.02.2013 – 6 A 2/12 – BVerwGE 146, 56–67, Rn. 28f.

2204 BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2013 – 6 A 2/12 –, BVerwGE 146, 56–67, Rn. 29; vgl. BVerfG, v. 19.12.2007 – 1 BvR 620/07 – BVerfGE 119, 309–330; Schemmer/Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 5, Rn. 32.

2205 Etwa OVG Münster, v. 18.12.2013 – 5 A 413/11; Huber, NVwZ 2013, 1010; Müller-Neuhoff, AfP 2013, 304; Kloepfer, JZ 2013, 892; Fechner u. a., AfP 2014, 213.

Lobbyinggrundrecht ein elementardemokratischer, kontrollierender oder zumindest partizipativer Gehalt zukommt.²²⁰⁶ Denn während das Lobbyinggrundrecht jedermann gleichermaßen zukommt, hat das Bundesverwaltungsgericht gerade die besondere Bedeutung der Presse als solcher hervorgehoben.²²⁰⁷ Damit wollte es den Ausnahmeharakter des verfassungsunmittelbaren Anspruchs – und damit auch der Gesamtentscheidung – sicherstellen.²²⁰⁸

Doch selbst, wenn man den zur Ausübung der eigenen Lobbyingfreiheit notwendigen verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch nicht jedermann, sondern nur Rechtssuchenden zuspräche, lässt sich die benannte presserechtliche Rechtsprechung nicht auf die untersuchungsgegenständliche Situation übertragen. Rechtssuchenden stehen aufgrund von Art. 103 Abs. 1 GG und der hieraus entwickelten Rechtsprechungspraxis schon jetzt Auskunftsansprüche gegenüber dem jeweils zuständigen Gericht zu.²²⁰⁹ Dass diese sich nicht auf etwaige Rechtsüberlegungen und Vorprägungen der Richterinnen und Richter erstrecken, ist jedenfalls mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Minimalstandard unerheblich. Denn dieser ist bereits überschritten, wenn dem Auskunftsanspruch berechtigte schutzwürdige Interessen Privater oder öffentlicher Stellen an der Vertraulichkeit von Informationen entgegenstehen.²²¹⁰ Dies ist mit Blick auf in die Grundrechtssphäre des einzelnen Richters fallende Informationen über außerdiestliches Verhalten einerseits und die öffentlich-rechtlichen Effizienzerwägungen, die im Rahmen des Art. 103 Abs. 1 GG gegen ein verfassungsrechtlich gebotenes Rechtsgespräch einzuwenden waren, gegeben.²²¹¹

Vor diesem Hintergrund stellen sich die Informationsfreiheitsgesetze als gesetzgeberische Entscheidungen dar, die bewusst über die grundgesetzlich aufgestellten Pflichten hinausgehen.²²¹² *De lege lata* lässt sich für die Rechtsprechungspraxis daher kein über diese Entscheidungen hinausgehender verfassungsrechtlicher Anspruch herleiten.

2206 Starck/Paulus/*von Mangold/Klein/Starck*, GG, Art. 5, Rn. 149.

2207 BVerwG, v. 20.02.2013 – 6 A 2/12 -BVerwGE 146, 56–67, Rn. 27.

2208 BVerwG, v. 20.02.2013 – 6 A 2/12 -BVerwGE 146, 56–67, Rn. 29.

2209 Ähnlich wohl auch BVerwG, v. 20.02.2013 – 6 A 2/12 -BVerwGE 146, 56–67, Rn. 13f.

2210 BVerwG, v. 20.02.2013 – 6 A 2/12 -BVerwGE 146, 56–67, Rn. 29

2211 Zur Frage von Datenschutz und Informationsfreiheit Nolte, NVwZ 2018, 521; Rofsnagel, MDR 2007, 16.

2212 Deutlich Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Einl., Rn. 59–61 mwN.

... durch gesetzgeberische Reformbemühungen

Die Legislative wiederum hat es bislang nicht für geboten erachtet, den Gerichten eine allgemeine Transparenzpflicht aufzuerlegen. Stattdessen sind diese als Organe der Rechtspflege typischerweise vom Anwendungsbereich der Bundes- und Landesinformationsgesetze ausgenommen.²²¹³ Auch anderweitige Veröffentlichungspflichten analog den §§ 44a f AbG bestehen für die Richterschaft in Bezug auf ihre Nebentätigkeiten oder Interessenkonflikte nicht. Für die deutsche Justiz gilt damit unverändert und in mehrerer Hinsicht der Grundsatz der beschränkten Aktenöffentlichkeit.²²¹⁴ Weder bestehen für interessierte Bürgerinnen und Bürger noch für unmittelbar Betroffene unmittelbare Ansprüche, Einblick in die Gerichts- oder Personalakten zu erhalten – ein Zustand, den *Caspar* als „Holzklasse informationeller Teilhabe an öffentlichen Wissensbeständen“ beschrieben hat.²²¹⁵ Dieser Befund fügt sich ein in die von *Bröhmer* beobachtete Hemmnis der Judikative, die eigene Entscheidungsfindung im Rahmen der Entscheidungsbegründung umfassend nachvollziehbar zu machen, und relevante Vorüberlegungen sowie für beachtlich gehaltene Zusammenhänge offenzulegen.²²¹⁶

Zugleich bestehen aber, soweit ersichtlich, auch keine Archive oder Informationssammlungen, über die oder aus denen eine Auskunft tatsächlich erteilt werden könnte. Auf Anfrage teilten im Jahr 2016 auch das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz sowie das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit, über keine Daten zu den Nebentätigkeiten

2213 Debus/Gersdorf/Paal, BeckOK IFG, § 1, Rn. 143.2 mwN; vgl. BT-Drs. 15/4493, S. 8; siehe auch etwa

§ 2 Abs. 2 Nr. 3 LIFG-BW oder § 2 Abs. 1 S. 2 LIFG-Berlin.

2214 Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 984, S. 985; Kallerhoff/Mayen/Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 29, Rn. 1 mwN.

2215 *Caspar*, in: Hill/Sommermann/Wieland/Ziekow, Brauchen wir eine neue Verfassung, S. 233f.

2216 Ausdrücklich *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S.275 ff, 387; siehe außerdem *Chudoba*, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech, Die Unabhängigkeit des Richters, S. 53, S. 55f; *Christensen*, in: Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech, Die Unabhängigkeit des Richters, S.1, S. 11-16; siehe auch *Strecker*, ZRP 1984, 122, S. 126; *Berglar*, ZRP 1984, 4, S. 4ff, 5 mwN; erneut *Kempen*, AuR 1985, 1, S.5f; vgl. auch *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 150 ff; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 30 ff; auch *Schmidt-Jortzig*, NJW 1984, 2057, S.2061ff; dagegen mit Blick auf die Praktikabilität stellvertretend *Hartmann*, JR 1977, 181, S. 185; *Meyke*, DRiZ 1990, 58; vgl. grundsätzlicher und kritisch *Puppe*, NStZ 2012, 409, S. 409 ff; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 149 ff.

an den Bundesgerichten zu verfügen.²²¹⁷ Auch das Statistische Bundesamt erhebt allein Daten mit Blick auf die Geschäftsentwicklung bei den Gerichten, um anhand dieser die Kapazitätsplanung und Personalentwicklung zu rechtfertigen.²²¹⁸ Es verfügt jedoch nicht über statistische Informationen zu Nebentätigkeiten oder deren Inhalte. Auskünfte über genehmigte wie abgelehnte oder auch nur angezeigte Nebentätigkeiten werden dezentral in den Personalakten der einzelnen Richterinnen und Richter bei den jeweiligen Gerichten geführt. Einblick in diese mit sensiblen personenbezogenen Daten durchzogenen Akten hat allein die Dienstaufsicht im konkreten Einzelfall – entsprechende Anfragen werden mit Verweis auf das Personalaktgeheimnis und den Datenschutz abgewiesen, § 46 DRiG i.V.m. § 111 BBG bzw. § 5 Abs. 2 IfG i.V.m. § 111 Abs. 3 BBG.²²¹⁹ Ein gerichtsübergreifendes Register besteht nicht. Eine strukturierte Datenerfassung dürfte ohnehin erst mit dem seit 2010 vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz bzw. dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales jährlich angefragten anonymisierten Datensatz zu Nebentätigkeiten begonnen worden sein.²²²⁰ Die Anfrage konzentriert sich jedoch auf einige wenige Parameter wie Entgelt, Genehmigungspflichtigkeit und zeitlicher Umfang der Nebentätigkeiten. Sie dient vor allem dazu, Kleine und Große Anfragen im Bundestag zu beantworten.²²²¹ Die erhobenen Daten geben jedoch keine Auskunft darüber, inwiefern die Nebentätigkeit in einem spezifischen inhaltlichen Zusammenhang mit der richterlichen Tätigkeit, also der konkreten Zuständigkeit des jeweiligen Richters, stehen. Eine umfassende Informationsbasis,

2217 Siehe B.II.1.

2218 Siehe etwa die Fachserien zu Zivil- und Familiengerichten, Verwaltungs- und Finanzgerichten oder Strafgerichten und Staatsanwaltschaften allesamt abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html#spqr235918 [Stand: 01.01.2022]; außerdem *Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch Deutschland 2019*, S. 315 ff.

2219 Dazu BVerwG, v. 29.06.2017 – 7 C 24/15.

2220 Siehe insbesondere LT-Bay-Drs.17/2335, S. 4 Nr. 2.2.1 Anlass. Auf die Frage, wie oft eine Nebentätigkeit untersagt wurde: „*Im Geschäftsbereich des Staatsministeriums der Justiz (Ordentliche Gerichtsbarkeit) wurde aktiven Richtern in den letzten fünf Jahren in keinem Fall die beantragte Nebentätigkeit förmlich untersagt. Wurde in Einzelfällen festgestellt, dass einem Antrag auf Nebentätigkeit nicht entsprochen werden kann, wurden dem Richter die Versagungsgründe zunächst formlos mitgeteilt. In allen Fällen erfolgte daraufhin eine Antragsrücknahme bzw. wurde der Antrag so abgeändert, dass eine Nebentätigkeitsgenehmigung erteilt werden konnte.*“ Eine vergleichbare Verwaltungspraxis wurde bei den Bundesgerichten auf Anfrage verneint.

2221 Etwa BT-Drs. 18/10435 und BT-Drs. 18/10781.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

etwa über die beteiligten Interessengruppen oder die Seminarveranstalter, besteht weder bei den Gerichten noch bei den Bundesministerien.

Auch auf Länderebene konnte nichts anderes festgestellt werden.²²²² Soweit ersichtlich hat allein das Land Hessen vor dem Hintergrund des *Fall Henrichs*²²²³ ein Informationsregister eingeführt, und dabei einen viel-versprechenden Kompromiss zwischen Nebentätigkeitsrecht, prozessualer Waffengleichheit und Schutz personenbezogener Daten gefunden.²²²⁴ Seitdem sieht das Hessische Richtergesetz vor, genehmigungs- und anzeigenpflichtige Nebentätigkeiten ab einer Gesamtvergütungssumme von 1.550 EUR jährlich zu dokumentieren (§ 71 HRiG) und genehmigungs-pflichtige Nebentätigkeiten in einem gerichtsbezogenen Nebentätigkeitsregister anonymisiert erfassen zu lassen (§ 7m Abs. 1 HRiG)²²²⁵. Dieses Nebentätigkeitsregister steht allein konkret Verfahrensbeteiligten offen, damit diese eine mögliche Befangenheit des Richters überprüfen können (§ 7m Abs. 2 HRiG).²²²⁶ Die ansonsten nicht-öffentliche Datensammlung wird dem Rechtspolitischen Ausschuss des Hessischen Landtags unter Ausschluss der Öffentlichkeit jährlich vorgestellt (§ 7p HRiG).

Obwohl das hessische Nebentätigkeitsregister schnell nach seiner Einführung als vorbildliche Vorlage galt,²²²⁷ hat sie bis heute keine Nachahmer gefunden.²²²⁸ Sie scheint jedoch gerade mit Blick auf ihre beschränkte Öffentlichkeit einerseits und die strukturierte Datenerfassung andererseits einen gangbaren Kompromiss zugunsten der prozessualen Waffengleichheit zu bieten. Ein solches Register bietet Auskunftsberechtigten die Möglichkeit, Nebentätigkeiten mit auffälligen thematischen Überschneidungen oder vermeintlichen Näheverhältnissen auf den Grund zu gehen, und bietet insofern eine dezentrale Kontrolle sowohl über das richterliche wie auch das außerdienstliche Handeln, aber auch über die dienstrechtliche Genehmigungspraxis.²²²⁹ Zugleich besteht ein vollständiger Zugriff nicht

2222 Siehe B.II.1; außerdem LT-BW-Drs. 12/1440; *LT-Bremen-Drs. 14/568*.

2223 Siehe *Rudolph*, NJW 1997, 2928.

2224 Vgl. HessLT-Drs.14/3037, S. 1, 9, 15 ff, S. 18: „Transparenz der Justiz“.

2225 HessLT-Drs.14/3037, S. 19.

2226 Der Hessische Datenschutzbeauftragte hat auf Anfrage mitgeteilt, dass er die Behandlung des Nebentätigkeitsberichts in der Öffentlichkeit, also außerhalb des Rechtspolitischen Ausschusses, gerade mit Blick auf die Regelung des § 7p HRiG nicht für geeignet hält.

2227 Betrifft JUSTIZ 2003, 164, S. 165; *Bäumer*, Betrifft JUSTIZ 2003, 160.

2228 Siehe etwa Hamburgische Bürgerschaft-Drs. 20/116793 sowie 20/11679.

2229 Zur Kontrollfunktion Brink/*Brink u. a.*, Informationsfreiheitsgesetz, § 1, Rn. 45 ff; *Gröschner*, in: Kokott/Vesting/Brugger/Gusy/et al., Berichte und Diskussionen auf

für jedermann zu jeder Zeit: Stattdessen besteht ein Auskunftsanspruch ab Anhängigkeit eines konkreten Verfahrens an einem konkreten Gericht in Bezug auf einen bestimmten Spruchkörper.²²³⁰ Da hiermit kein Einblick in das Nebentätigkeitsregister verbunden ist, erhalten Beteiligte nicht von Nebentätigkeiten des Richters Kenntnis, die unter keinen denkbaren Umständen eine Befangenheit oder Anlass zu weitergehendem Vortrag begründen könnten, sodass auf diesem Wege den datenschutzrechtlichen Belangen der Richter Rechnung getragen wird.²²³¹

Während § 7m HRiG sich auf die Ermöglichung einer richterlichen Ablehnung beschränkt, sollten die erhobenen Daten sinnvollerweise auch eine weitergehende Auseinandersetzung mit der richterlichen Vorprägung ermöglichen. Erlaubt werden sollte eine Einsicht nicht allein zur Vorbereitung eines – voraussichtlich aussichtslosen – Ablehnungsantrags, sondern eben gerade auch zugunsten eines möglichst interessengerechten prozessualen Parteivortrags. Es wäre eine den Parteien mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG zuzumutende Obliegenheit, sich im entsprechenden Gerichtsregister über mutmaßliche Hintergründe der richterlichen Meinungsbildung zu informieren. Insofern böte eine etwa wie folgt formulierte Norm die Chance, prozessuale Waffengleichheit ohne Restriktionen für die Richterschaft zu erreichen:

§ 39b DRiG nF²²³²

- (1) ¹Für jedes Gericht werden die genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten der Richter in einer Übersicht (Nebentätigkeitsregister) erfasst. ²Das Nebentätigkeitsregister darf andere Angaben als solche zu Art und Inhalt der Nebentätigkeit, zur Person des Auftraggebers oder des Empfängers der Leistungen im Rahmen der Nebentätigkeit, zum Zeitpunkt der Genehmigung oder der Anzeige und zur Beendigung der Nebentätigkeit nicht enthalten.
- (2) ¹Beteiligte eines gerichtlichen Verfahrens können zum Zwecke der Prüfung der möglichen Befangenheit des Richters sowie zur Ausweitung des eigenen rechtlichen wie tatsächlichen Vortrags Auskunft über seine

der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003, S. 344, S. 355 ff.

2230 Vgl. HessLT-Drs.14/3037, S. 18.

2231 Vgl. HessLT-Drs.14/3037, S. 18f.

2232 Der Normtext orientiert sich an § 7m HRiG; die Abänderungen wurden hervorgehoben.

E) Rechtliche Bewertung und Präskription

Nebentätigkeiten aus dem Nebentätigkeitsregister verlangen.² Über die zur Person des Richters enthaltenen Angaben über Nebentätigkeiten darf nur insoweit Auskunft erteilt werden, als andere Beteiligte des gerichtlichen Verfahrens Auftraggeber oder Empfänger der Leistungen im Rahmen der Nebentätigkeit sind oder diesen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise *nahestehen*.

³ Die Erteilung der Auskunft hat zu unterbleiben, wenn die Ausübung der Nebentätigkeit beendet ist und seit der Beendigung *vier* Jahre verstrichen sind.

Eine Ausweitung des in § 7m Abs. 2 S. 3 HRiG vorgeschlagenen zeitlichen Rahmens scheint mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG auch unter Berücksichtigung der Datensparsamkeit und weitergehenden datenschutzrechtlichen Überlegungen angemessen. Anders als § 7m HRiG sieht der hier getroffene Vorschlag vor, dass eine Auskunft auch dann erteilt werden darf, wenn Verfahrensbeteiligte den Empfängern der Nebentätigkeit nur wirtschaftlich nahestehen.²²³³ Auf diese Weise sollen die Interessengruppen und Zusammenhänge außerhalb der eigentlichen Personenidentität darzustellen versucht werden.

Es bleibt hervorzuheben, dass die hier vorgeschlagene Regelung dann größtmögliche Wirkung entfalten würde, wenn auch die weiter oben vorgeschlagene Reform des Nebentätigkeitsrechts mit Blick auf genehmigungsbedürftige Vortragstätigkeiten umgesetzt würde.²²³⁴ Denn nur dann wären gerade jene Sachverhalte transparent zu machen, die in besonderer Weise eine einseitige Vorprägung befürchten lassen.

2233 HessLT-Drs. 14/3037, S.19.

2234 Siehe E.III.2.