

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales

Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht

**Schriftfassung der Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung
des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 17.1.2023
betreffend den Entwurf der Bundesregierung eines Sechsten Gesetzes zur
Änderung des Deutschen Richtergesetzes (BT-Drs. 20/8761)**

I. Zusammenfassung

1. Der Gesetzentwurf adressiert ehrenamtliche Richterinnen und Richter, die keine Gewähr dafür bieten, dass sie „jederzeit“ für die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Sinne unseres Grundgesetzes eintreten. **Er macht damit eine fundamentale Mindestqualifikation zur Ausübung rechtsprechender Gewalt in dem vom Grundgesetz geformten Rechtsstaat deutlich.** Im Hintergrund der Gesetzesänderungen steht die – begründete – Befürchtung, dass Reichsbürger, Rechtsextreme und andere **Verfassungsfeinde Zugang zum Laienrichteramt suchen, um damit ihre ideologischen Ziele zu fördern.**¹ Dies gefährdet das **Vertrauen der Allgemeinheit in die Neutralität der wichtigsten Institution unseres Rechtsstaates.** Infolgedessen muss die Unabhängigkeit der Justiz auch gegenüber Gefahren von innen gestärkt werden.²
2. Die **Änderung des § 31 DRiG**, der zufolge ein Versetzungsverfahren die Durchführung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens unberührt lässt, hat **klarstellende Wirkung. Gegen den Norminhalt ist nichts zu erinnern. Beide Verfahren verfolgen unterschiedliche Zwecke und schließen einander daher nicht per se aus.**
3. Soweit § 44a DRiG zum Ausdruck bringen soll, dass ehrenamtliche Richter die Gewähr dafür zu erbringen haben, dass sie jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintreten, so gibt das die **Anforderungen wieder, die bereits das BVerfG benannt hat.** Auch gegen die

¹ *Wagner*, RuP 59 (2023), 11 ff. mit weiteren Nachweisen. Dazu und zu weiteren (geplanten) Konsequenzen im Dienst- und Disziplinarrecht *Herrmann*, NVwZ 2023, 128 ff.

² *Wagner*, RuP 59 (2023), 11, 17.

Klarstellung, dass diese Gewähr auch durch ein der Berufung nachfolgendes Verhalten entfallen kann, spricht nichts.

4. **Dringend überdacht werden** sollte aber die strafverfahrensrechtliche Konsequenz der für § 44a DRiG gewählten Formulierung: Eine von Anfang fehlende Gewähr im Sinne des § 44a DRiG ist ein **absoluter Revisionsgrund. Künftig sind Strafverfahren mit der „Dauergefahr“ belastet, dass sie wegen eines fehlerhaft berufenen Schöffen wiederholt werden müssen.** Die Verteidigung kann ggfs. erst nach Urteilsverkündung nach Anhaltspunkten dafür suchen, dass es einem Schöffen schon vor der Berufung an der notwendigen Verfassungstreue mangelte. Die **hochgradig normative und damit auslegungsbedürftige Formulierung „freiheitlich-demokratische Grundordnung“** erleichtert die Suche nach entsprechenden Indikatoren etwa in sozialen Medien. Nach Einlegung der Revision müsste ein Revisionsgericht mit der Verfassungstreue des Laienrichters eine Frage klären, zu deren Beantwortung es methodisch-kompetenziell nicht in der Lage ist.

II. Zur Änderung des § 31 DRiG

Zum Kerngehalt der richterlichen Unabhängigkeit zählt die Unversetzbarkeit der Richter. Nur in eng begrenzten, weil zur Sicherung der Funktion der Rechtspflege unvermeidbaren Fällen lässt das DRiG eine vom Gesetzesvorbehalt des Art. 97 Abs. 2 S. 1 GG ermöglichte Versetzung zu. Diese hat eine präventive, gefahrabwehrende Zielrichtung: Mit ihr soll der Gefahr einer „Justizkrise“ am jeweiligen Gerichtsort³ entgegengewirkt werden, die bspw. entstehen kann, wenn ein Richter langjährige, enge Verbindungen zu einem kriminellen Milieu pflegt, so dass die Öffentlichkeit den Eindruck haben kann, diese Verbindungen seien „insgesamt für seine private Lebensführung kennzeichnend“ gewesen.⁴ In solchen Fällen kann eine Versetzung notwendig werden, um das Vertrauen in die Rechtspflege zu erhalten – ein Vertrauen, auf das gerade eine zur autoritativen Rechtsfeststellung und -durchsetzung berufene Institution zwingend angewiesen ist. Die Versetzung ist mithin ein Institut, das vor allem ein positiv-generalpräventives Ziel verfolgt: Es soll das Vertrauen jener Fachkreise und Öffentlichkeit sichern, in der und für die das Gericht handelt, d.h. seine Rechtsprechung ausübt. Das Disziplinarrecht des Bundes und der Länder verfolgt demgegenüber einen anders gelagerten Zweck: Es nimmt sowohl die Beamten in ihrer Gesamtheit sowie den einzelnen

³ *Staats*, in: Nomos-Kommentar DRiG, 1. Aufl. 2012, DRiG § 31 Rn. 1.

⁴ BGH NJW 1995, 2495.

Beamten und seine Verfehlung in den Blick und soll spezialpräventiv wirken, d.h. alle Beamten zu rechtmäßigem Verhalten anhalten und den fehlbaren Beamten erziehen bzw. bessern.⁵

Folglich stehen § 31 DRiG und das Disziplinarrecht auf unterschiedlichen Ebenen, so dass beide einander nicht per se ausschließen, sondern Versetzungs- und Disziplinarverfahren nebeneinander oder nacheinander durchgeführt werden können.⁶ Auch Rechtsfolgen, die in ihrer Summierung unverhältnismäßig in die Grundrechte der betroffenen Richter eingreift, sind nicht zu befürchten. Eine Versetzung ist nur auf Grundlage einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung möglich, § 31 DRiG ist mit Blick auf Art. 97 Abs. 2 GG eng auszulegen,⁷ die Praxis macht von der Befugnis dementsprechend nur sehr selten Gebrauch.⁸

III. Zur Änderung der §§ 44a, 44b DRiG

1. Ehrenamtliche Richterinnen und Richter können schon auf Grundlage der geltenden Rechtslage wegen fehlender Verfassungstreue aus dem Amt entfernt werden. Dies gilt auch, wenn sich die mangelnde Verfassungstreue in einem Verhalten außerhalb des Amtes zeigt.⁹ Denn nicht nur hauptamtliche, sondern auch ehrenamtliche Richter unterliegen einer Pflicht zur besonderen Verfassungstreue. Dies ergibt sich aus ihrer Funktion als hauptamtlichen Richtern gleichberechtigte Organe. Sowohl hauptamtliche als auch ehrenamtlichen Richtern ist – als „den Richtern“ im Sinne des Art. 92 GG – die rechtsprechende Gewalt als zentrale Aufgabe des vom Grundgesetz konstituierten Staates überantwortet. **Recht wird in diesem Staat notwendig unter der Geltung des Grundgesetzes gesprochen. Daher dürfen nur Personen zum Richter ernannt werden, die die Gewähr dafür bieten, dass sie die ihnen von Verfassungs wegen obliegenden, durch Eid bekräftigten Pflichten jederzeit uneingeschränkt erfüllen.** Dabei zu berücksichtigen, dass die Verfassung nicht wertneutral ist, sondern sich für zentrale Grundwerte entscheidet, die sie unter ihren Schutz stellt und die die staatlichen Institutionen zu schützen verpflichtet sind. Der Staat darf daher Personen keine (Ehren-)Ämter übertragen oder in diesen belassen, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnen oder bekämpfen.¹⁰ **Wenn das DRiG**

⁵ *Grigoleit*, in: Battis (Hrsg.), BBG, 6. Aufl. 2022, § 77 Rn. 5.

⁶ So schon auf Grundlage der jetzigen Rechtslage *Schmidt-Räntsch*, DRiG, § 31 Rn. 7.

⁷ BGH NJW 1995, 2495.

⁸ *Staats*, in: Nomos-Kommentar DRiG, 1. Aufl. 2012, DRiG § 31 Rn. 1.

⁹ Dazu und zum Folgenden BVerfG NJW 2008, 2568 ff.

¹⁰ Grundlegend BVerfGE 39, 334, 349.

zum Ausdruck bringt, dass ehrenamtliche Richter die Gewähr dafür erbringen müssen, dass sie jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintreten, so ist dies nur folgerichtig. Ebenso folgerichtig ist, dass § 44b n.F. DRiG klarstellt, dass diese Gewähr auch durch ein der Berufung nachfolgendes Verhalten entfallen kann.

2. Eine Norm, deren Nichtbeachtung keine Konsequenzen hätte, bliebe unvollkommen. Daher stellt sich mit Blick auf ehrenamtliche Richterinnen und Richter die Frage, was zu geschehen hat, wenn festgestellt wird, dass sie – vor der Berufung oder danach – durch ihr Verhalten zum Ausdruck bringen, dass sie die freiheitlich-demokratischen Grundordnung ablehnen. **In Bezug auf die Rechtsfolgen trifft der Gesetzentwurf eine folgenschwere Unterscheidung:**

- a) Treten erst *nach* Berufung Umstände ein, die am Eintritt für die freiheitlich-demokratische Grundordnung zweifeln lassen, ist nach § 44b Abs. 1 DRiG ein Abberufungsverfahren einzuleiten. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage bzw. Rechtsfolgensystematik.
- b) Deutlich anders behandelt wird hingegen der Fall, dass die Umstände, die an der Verfassungstreue zweifeln lassen, bereits *vor* der Berufung vorlagen. Für Strafverfahren hat die vom Entwurf gewählte Fassung des § 44a Abs. 1 n.F. DRiG („darf nicht berufen werden“) nämlich **eine weitreichende, vom Gesetzgeber erkannte Folge**: Das Strafgericht, dem ein (ehrenamtlicher) Richter angehört, der nicht hätte berufen werden dürfen, ist fehlerhaft besetzt. Die fehlerhafte Besetzung eines Spruchkörpers stellt nach § 338 Nr. 1 StPO einen **absoluten Revisionsgrund** dar. *Für* diese weitreichende Folge mag sprechen, dass die Landesjustizverwaltungen damit einen Anreiz haben, die (untechnisch gesprochene) Verfassungstreue ehrenamtliche Richterinnen und Richter sorgfältig zu prüfen, bevor diese berufen werden, um eine zusätzliche Belastung der Landesjustiz durch (erfolgreiche) Revisionen zu vermeiden. *Dagegen* spricht jedoch eine Folge, die die Gesetzesbegründung *nicht* thematisiert: Künftig werden Strafverfahren **mit der „Dauergefahr“ behaftet sein, dass sie wegen eines fehlerhaft berufenen Schöffen wiederholt werden müssen**. Denn die Verteidigung muss nicht innerhalb der von § 222b StPO bezeichneten Frist einen Besetzungseinwand geltend machen, da diese Regelung bei einem Besetzungsmangel, der sich aus in der Person des Richters liegenden Tatsachen ergibt, nicht greift.¹¹ **Ein fehlender Besetzungseinwand präkludiert die Revision daher nicht**. Folglich kann die Verteidigung erst im fortgeschrittenen Verfahrensstadium oder erst nach Urteilsverkündung nach Anhaltspunkten dafür suchen, dass es einem Schöffen schon vor der

¹¹ BGH NJW 2022, 1470.

Berufung an der notwendigen Verfassungstreue mangelte. Die **hochgradig normative und damit auslegungsbedürftige Formulierung „freiheitlich-demokratische Grundordnung“** erleichtert die Suche nach solchen Ansatzpunkten erheblich. Das BVerfG fasst darunter die Garantie der Menschenwürde und die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie der elementaren Rechtsgleichheit. Ferner ist das Demokratieprinzip konstitutiver Bestandteil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sowie die im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Rechtsbindung und der sich aus der verfassungsrechtlich garantierten Freiheit des Einzelnen ergebende Umstand, dass die Anwendung physischer Gewalt den gebundenen und gerichtlicher Kontrolle unterliegenden staatlichen Organen vorbehalten ist.¹² Eine Recherche in sozialen Medien wie Facebook, Twitter oder Instagram **dürfte in nicht wenigen Fällen Ansatzpunkte für die Einlegung der Revision ergeben. Im Anschluss müsste sodann das Revisionsgericht eine Frage klären, zu deren Beantwortung es methodisch-kompetenziell gar nicht in der Lage ist: die Verfassungstreue des Schöffens.**

- c) Aus diesen Gründen rate ich davon ab, § 44a DRiG so zu fassen, dass er in Strafverfahren zu einem absoluten Revisionsgrund führt.

¹² BVerfGE 144, 20, Leitsatz 3.