

139/11 stehen dem nicht entgegen. Soweit die Begründungen jener Einzelfallentscheidungen als zu weitgehend interpretiert werden könnten, stellt der *Senat* klar, dass eine Ausnahme der *Nicht-*Anordnung der Maßregel gem. § 64 StGB vom Revisionsangriff nur dann unwirksam ist, wenn sich im Einzelfall aus den Urteilsgründen eine unlösbare Verbindung von Straf- und Maßregelausspruch ergibt. ...

## Fehlerhafte Besetzung des 2. Strafsenats des BGH

GG Art. 101 Abs. 1 S. 2; GVG § 21f Abs. 2

### Fehlerhafte Besetzung des 2. Strafsenats des BGH in der Person des Vorsitzenden wegen der Übertragung des Vorsitzes im 2. und 4. Strafsenat auf diesen.

BGH, Beschl. v. 11.01.2012 – 2 StR 346/11

**Aus den Gründen:** [1] Der *Senat* ist nicht ordnungsgemäß besetzt. Der Geschäftsverteilungsplan, mit dem Vors. Richter am BGH Dr. Ernemann ab 01.01.2012 dem 2. Strafsenat als Vors. zugewiesen ist, steht mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht in Einklang. Das hat der *Senat*, auch ohne dass eine ausdrückliche Besetzungsrüge vorliegt, von Amts wegen zu prüfen. Dies führt zur Aussetzung der Hauptverhandlung.

[2] I. Die Stelle des Vors. des 2. Strafsenats des BGH ist seit dem ruhestandsbedingten Ausscheiden der vormaligen Vors. zum 31.01.2011 unbesetzt; der Geschäftsverteilungsplan weist seit diesem Zeitpunkt den Vorsitz mit »N.N.« aus. Die Funktion des Vors. im *Senat*, dem im Hinblick auf eine voraussichtlich längere Vakanz zum 01.02.2011 als Ersatz für die ausgeschiedene Vors. Richter am BGH Dr. Berger zugeteilt worden ist, hat v. 01.02.2011 bis 31.12.2011 der stellvertretende Vors., Richter am BGH Prof. Dr. Fischer, wahrgenommen.

[3] Die Stelle des Vors. des 2. Strafsenats ist weiterhin vakant. Der stellvertretende Vors. dieses *Senats*, der sich neben anderen um diese Stelle beworben hat, hat die ihm erteilte Anlassbeurteilung angefochten und gegen die beabsichtigte Ernennung eines anderen Bewerbers Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt. Mit Beschl. v. 24.10.2011 hat daraufhin das *Verwaltungsgericht Karlsruhe* im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die Stelle zu besetzen, bevor Richter am BGH Prof. Dr. Fischer unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu beurteilt worden ist. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

[4] Am 11.01.2012 ist dem Richter am BGH Prof. Dr. Fischer eine neue Beurteilung ausgehändigt worden. Das Besetzungsverfahren, dessen weitere Dauer derzeit nicht absehbar ist, kann daher seinen Fortgang nehmen.

[5] Das Präsidium des BGH hat am 15.12.2011 mehrere Mitglieder des 2. Strafsenats zu einer geplanten Änderung des Geschäftsverteilungsplans für das Geschäftsjahr 2012 angehört und sodann diese Änderung beschlossen. Danach ist mit Wirkung v. 01.01.2012 dem Vors. des 4. Strafsenats, Vors. Richter am BGH Dr. Ernemann, der zum 30.06.2012 in den Ruhestand treten wird, auch der Vorsitz des 2. Strafsenats übertragen worden; zugleich bestimmt der Geschäftsverteilungsplan, dass die Tätigkeit im 2. *Senat* Vorrang ge-

genüber derjenigen im 4. Strafsenat hat. Richter am BGH Prof. Dr. Schmitt, der bisher allein Mitglied des 2. Strafsenats war, wurde mit jeweils 50% seiner Arbeitskraft dem 2. und 4. Strafsenat zugewiesen.

[6] Grund für diese Änderung des Geschäftsverteilungsplans war, dass das Präsidium des BGH eine weitere Wahrnehmung der Aufgaben des Senatsvors. durch den Stellvertreter im 2. Strafsenat nicht mehr für zulässig hielt, weil es sich nach Ablauf von elf Monaten der Vakanz nicht mehr um eine vorübergehende Verhinderung i.S.d. § 21f Abs. 2 GVG handele.

[7] II. Der Geschäftsverteilungsplan, mit dem Vors. Richter am BGH Dr. Ernemann ab 01.01.2012 zugleich dem 2. und dem 4. Strafsenat als Vors. zugewiesen ist, steht nicht mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in Einklang.

[8] I. Jeder Spruchkörper hat bei auftretenden Bedenken die Ordnungsmäßigkeit seiner Besetzung – von Amts wegen – zu prüfen und darüber in eigener Verantwortung zu entscheiden (vgl. *BVerfGE* 95, 322, 330). Dies gilt unabhängig vom Vorliegen eines Besetzungseinwands von Verfahrensbeteiligten. Dem steht auch nicht die Rspr. des *Bundesverwaltungsgerichts* entgegen, wonach ein Geschäftsverteilungsplan solange als verbindlich anzusehen ist, bis seine Rechtswidrigkeit (im verwaltungsgerichtlichen Verfahren) festgestellt oder er anderweitig aufgehoben ist (vgl. *BVerwGE* 50, 11 f.). Diese bezieht sich allein auf die Rechtslage bei der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung eines Geschäftsverteilungsplans durch Richter, die sich durch die Geschäftsverteilung in eigenen Rechten verletzt sehen. Es entbindet deshalb die Fachgerichte im Rahmen der ihnen obliegenden Pflicht zur Justizgewährung nicht davon, die Rechtmäßigkeit ihrer Besetzung jeweils eigenständig zu prüfen und darüber zu entscheiden (vgl. *BVerwG* NJW 1980, 900). Denn ein gesetzwidrig besetztes Gericht ist nicht zur Sachentscheidung berufen (vgl. etwa auch § 338 Nr. 1 StPO).

[9] Zu beachten ist freilich, dass die Überprüfung von Geschäftsverteilungsplänen im Hinblick auf deren Rechtsnatur Grenzen unterliegt. Geschäftsverteilungspläne werden vom Präsidium eines Gerichts in Wahrnehmung der ihm nach § 21e GVG übertragenen Aufgabe in richterlicher Unabhängigkeit beschlossen (vgl. *BGHZ* 46, 147, 148 f.). Die Verteilung der richterlichen Aufgaben liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Präsidiums, dem dabei ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum eingeräumt ist. Dieser ist nach st. Rspr. der Verwaltungsgerichte erst überschritten, wenn für die Entscheidungen kein sachlicher Grund ersichtlich ist und die Verteilung der Geschäfte maßgeblich durch sachfremde Erwägungen geprägt, also die Grenze zur objektiven Willkür überschritten ist (vgl. *BVerwG* NJW 1982, 2274; s. auch *BVerfG* NJW 2008, 909). Dies führt naturgemäß dazu, dass der Geschäftsverteilungsplan insoweit nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist, die sich nicht darauf zu erstrecken hat, ob sich die getroffene Regelung als die zweckmäßigste darstellt oder sich bessere Alternativen angeboten hätten.

[10] Davon unberührt bleibt aber die Prüfung, ob im Rahmen des Geschäftsverteilungsplans der Grundsatz des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG mit seinen

Gewährleistungen hinreichende Beachtung gefunden hat (vgl. *BVerfGE* 95, 322, 330).

[11] 2. Schon angesichts des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs stellt der *Senat* die Ausgangsüberlegung des Präsidiums, der Vorsitz im 2. *Strafsenat* könne nach elf Monaten der Vakanz frei von Willkür von dem geschäftsplanmäßigen Vertreter wahrgenommen werden, nicht in Frage. Die Ansicht, es liege angesichts der Dauer des Besetzungsverfahrens eine nicht nur vorübergehende Verhinderung des Vors. vor, die eine Vertretung durch den Stellvertreter gem. § 21f Abs. 2 S. 1 GVG nicht mehr erlaube, ist nach Ansicht des *Senats* zwar nicht zwingend, aber jedenfalls vertretbar und ersichtlich frei von Willkür (vgl. hierzu *BGH* NJW 2006, 154; *BFHE* 190, 47; *BVerwG* NJW 2001, 3493; *BSG* NJW 2007, 2717).

[12] Soweit der *Senat* anderer Auffassung ist und im Falle einer Vakanz bei Durchführung eines gesetzlich geregelten Konkurrentenstreitverfahrens, an dessen Ende – anders etwa als bei unabsehbarer Erkrankung, die auch mit dauernder Dienstunfähigkeit enden kann – in jedem Fall eine Besetzung der ausgeschriebenen Stelle erfolgt, in der Regel eine nur vorübergehende Verhinderung des Vors. annehmen will, steht dies zu der Entscheidung des Präsidiums und zu den genannten Entscheidungen anderer Bundesgerichte nicht in Widerspruch. Die zitierte Rspr. hat eine solche Fallkonstellation nicht zum Gegenstand, ist einzelfallbezogen ergangen und wollte ausdrücklich starre Fristen und allg. geltende Regeln für die Auslegung des Begriffs der »vorübergehenden« Verhinderung i.S.v. § 21f Abs. 2 GVG nicht aufstellen. Zudem besteht in der zugrundeliegenden Konstellation, in der Gerichte zur Klärung von im Zusammenhang mit der eingeleiteten Stellenbesetzung entstandenen Rechtsfragen aufgerufen sind, nicht die Gefahr, die Exekutive könne durch unververtretbares oder sachlich nicht begründetes Zuwarten mit der Stellenbesetzung Einfluss auf die konkrete Besetzung des Gerichts nehmen (vgl. *BVerfGE* 18, 423, 426; *BayVerfGH* NJW 1986, 1326).

[13] Gegenstand der Prüfung durch den *Senat* ist daher nicht etwa die Frage, ob das Präsidium überhaupt hätte tätig werden können oder müssen, sondern allein, ob die aufgrund der vom Präsidium vertretbar angenommenen Pflicht zum Tätigwerden konkret getroffene Entscheidung, den 2. und den 4. *Strafsenat* des *BGH* mit demselben Richter als Vors. zu besetzen, mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG in Einklang steht.

[14] 3. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet das Recht auf den gesetzlichen Richter. Ziel der Verfassungsgarantie ist es, der Gefahr einer möglichen Einflussnahme auf den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung vorzubeugen, die durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eröffnet sein könnte (*BVerfGE* 95, 322, 327). Damit sollen die Unabhängigkeit der Rspr. gewahrt und das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden. Deshalb verpflichtet Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zunächst den Gesetzgeber dazu, eine klare und abstrakt-generelle Zuständigkeitsordnung zu schaffen, die für jeden denkbaren Streitfall im Voraus den Richter bezeichnet, der für die Entscheidung zuständig ist. Normen, die gerichtliche Zuständigkeiten bestimmen, sind so zu fas-

sen, dass aus ihnen der im Einzelfall zuständige Richter möglichst eindeutig erkennbar wird. Das Gebot der normativen Vorausbestimmung wendet sich aber auch an die Judikative, die neben den Organen von Legislative und Exekutive ebenfalls Adressat der Garantie des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist (*BVerfGE* 82, 286, 298). Daher sind sowohl das Präsidium eines Gerichts beim Beschluss der Geschäftsverteilungspläne als auch die gerichtlichen Spruchkörper in ihren Mitwirkungsregelungen von Verfassungen wegen gehalten, hinreichend bestimmte Regelungen zur Zuständigkeit des einzelnen Richters zu schaffen.

[15] Nach st. Rspr. des *BVerfG* hat Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darüber hinaus einen materiellen Gewährleistungsgehalt. Die Verfassungsnorm garantiert, dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (*BVerfGE* 82, 286, 298; 89, 28, 36). Der Normgeber einer Zuständigkeits- oder Besetzungsregelung hat deshalb Vorsorge dafür zu treffen, dass die Richterbank im Einzelfall mit Richtern besetzt ist, die dem zur Entscheidung anstehenden Streitfall mit der erforderlichen professionellen Distanz gegenüberstehen und ihr Amt in inhaltlicher Unabhängigkeit sachgerecht ausüben können.

[16] Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist somit nicht nur als formale Bestimmung zu verstehen, die schon erfüllt ist, wenn die Richterzuständigkeit abstrakt-generell für alle anhängig werdenden Verfahren geregelt ist. »Ungesetzlich« ist auch derjenige Richter, der in seiner Person nicht den materiellen Anforderungen des Grundgesetzes entspricht (vgl. *BVerfGE* 82, 286, 298).

[17] a) Der vom Präsidium des *BGH* mit Wirkung ab 01.01.2012 beschlossene Geschäftsverteilungsplan, durch den dem Vors. Richter am *BGH* Dr. *Ernemann* der Vorsitz in zwei *Strafsenaten* zugleich übertragen worden ist, scheint auf den ersten Blick dem Gebot der normativen Vorausbestimmung zu genügen. Zwar fehlt – anders als bei Richter am *BGH* Prof. Dr. *Schmitt*, der beiden *Senaten* jeweils mit der Hälfte seiner Arbeitskraft zugewiesen ist – eine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie die Arbeitskraft des Vors. Richters am *BGH* Dr. *Ernemann* auf die *Senate* zu verteilen ist. Bei Auslegung der getroffenen Regelungen für den 2. und 4. *Strafsenat* ergibt sich aber, dass ihm – ohne dass es insoweit auf die Frage der Verteilung seiner Arbeitskraft ankäme – jeweils allein und eigenverantwortlich, somit in vollem Umfang, die Wahrnehmung des Vorsitzes in beiden *Senaten* obliegt. Damit erfährt die Zuweisung des Vors. im Ausgangspunkt eine hinreichend bestimmte Regelung, die auch in der Vergangenheit – etwa bei zusätzlicher Übertragung eines Vorsitzes in einem *Spezialsenat* – verfassungsrechtlich unbeanstandet geblieben ist.

[18] Zu berücksichtigen ist hier freilich die Besonderheit, dass dem Vors. Richter am *BGH* Dr. *Ernemann* der Vorsitz in zwei voll ausgelasteten *Strafsenaten* des *BGH* übertragen worden ist, die für sich, wie bisher unbezweifelt geblieben ist, jeweils die volle Arbeitskraft eines Vors. Richters beanspruchen. Daher könnten Zweifel aufkommen, wie der im Geschäftsverteilungsplan vorgesehene, allerdings nicht näher erläuterte Vorrang des Vorsitzes im 2. *Strafsenat* zu verstehen ist und ob er dem Gebot der normativen Vorausbestim-

mung hinsichtlich gleichzeitiger Anforderungen durch den 2. und 4. *Strafsenat* entspricht. Denn es liegt auf der Hand, dass es im Geschäftsablauf zweier *Strafsenate* – bezogen auf den Vorsitz – ständig zu Kollisionen hinsichtlich unterschiedlicher zu erfüllender Aufgaben kommen kann. Dies gilt unabhängig davon, dass beide *Senats* in ihren Mitwirkungsgrundsätzen jeweils alternierende Beratungswochen vorgesehen haben. Gleichwohl können Organisations- und Verwaltungsangelegenheiten, Beratungs- und Verhandlungstermine des einen *Senats* zeitgleich mit Aufgaben im anderen *Senat* zusammentreffen. Ob jede Form einer dienstlichen Beanspruchung im 2. *Strafsenat*, etwa auch die Auslastung mit Verwaltungsangelegenheiten, es rechtfertigt, die Wahrnehmung des Vorsitzes im 4. *Strafsenat* zurückzustellen, lässt sich der Vorrangregelung nicht eindeutig entnehmen; diese könnte auch auf Terminkollisionen hinsichtlich aller oder einzelner richterlicher Aufgaben beschränkt sein.

[19] Insoweit spricht Einiges dafür, dass im Geschäftsverteilungsplan ein vermeidbarer Spielraum verbleibt, weil er offen lässt, in welchen Fällen möglicher dienstlicher Verhinderung im 2. *Strafsenat* die richterliche Tätigkeit im 4. *Strafsenat* zurücktreten darf. Der *Senat* braucht dies nicht zu entscheiden, da nach seiner Ansicht die Übertragung eines Doppelvorsitzes jedenfalls mit der materiell-rechtlichen Gewährleistung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht in Einklang zu bringen ist.

[20] **b)** Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG stellt – wie oben dargelegt – materielle Anforderungen an den gesetzlichen Richter, die auch das Präsidium bei der Aufstellung seiner Geschäftsverteilungspläne zu beachten hat. Nur der neutrale, unparteiliche und unabhängige Richter ist »gesetzlicher Richter« i.S.d. Verfassungsnorm. Herausragende Bedeutung kommt dabei der durch Art. 97 GG geschützten Unabhängigkeit des Richters zu, die ihrerseits nicht nur zu den grundlegenden verfassungsgestaltenden Strukturprinzipien des Grundgesetzes zählt, sondern vor allem auch notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs ist (vgl. *Papier* NJW 1990, 8, 9). Grundrechtlich garantierter effektiver Rechtsschutz ist (u.a.) nur durch sachlich und persönlich unabhängige Richter möglich. Aus diesem Grund sind sie prinzipiell unabsetzbar und unversetzbar (*BVerfGE* 14, 156, 193; 17, 252, 259).

[21] Darin aber erschöpft sich die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit nicht; sie fordert auch Minimalbedingungen für die freie Ausübung der richterlichen Tätigkeit. So wenig ein Richter durch Maßnahmen der Geschäftsverteilung aus seinem Amt verdrängt werden darf (vgl. *BVerfGE* 17, 252, 259; *BVerfG*, Beschl. der 1. Kammer des 2. *Senats* v. 28.11.2007 – 2 BvR 1431/07 – NJW 2008, 909), indem ihm durch den Geschäftsverteilungsplan praktisch kaum noch Aufgaben zugewiesen werden, so wenig darf er mit unerfüllbaren Aufgaben beauftragt werden, indem ihm ein Pensum auferlegt wird, das sich in sachgerechter Weise nicht mehr erledigen lässt (vgl. *BGH*, Urt. v. 03.12.2009 – RiZ(R) 1/09 – juris). Eine sichere oder auch nur in Kauf genommene dauerhafte Überlastung eines Richters beeinträchtigt ohne Weiteres die gleichmäßige Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs der Rechtssuchenden (vgl. *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 14.11.2005 – 1 A 494/05 – juris) und stellt damit die Unabhängigkeit

des Richters bei der Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben in Frage (vgl. *BVerwGE* 78, 211 f.).

[22] Maßgeblich für die Beurteilung, ob das übertragene Pensum sich (noch) sachgerecht erledigen lässt, ist ein abstrakt-genereller Maßstab. Es ist nicht auf die individuelle Belastbarkeit des einzelnen Richters abzustellen (vgl. *BGH*, Urt. v. 03.12.2009 – RiZ(R) 1/09 – juris), erst Recht nicht darauf, ob ein Richter bereit und subjektiv willens ist, ein beliebiges, ggf. weit überdurchschnittliches Pensum zu leisten. Vielmehr ist zu fragen, ob es sich um ein Arbeitspensum handelt, das sich allg. – nach der Lebenserfahrung, den für Fälle der betreffenden Art üblichen Maßstäben und den Anforderungen, welche an Richter in der entsprechenden Funktion nach allg. Erfahrung gestellt werden können – auf Dauer erledigen lässt, oder ob es diese Grenze überschreitet.

[23] Von wesentlicher Bedeutung ist dabei, dass ein Richter – obgleich er keiner festen Arbeitszeitregelung unterliegt – nicht zur zeitlich unbegrenzten Erfüllung dienstlicher Angelegenheiten verpflichtet ist. Seine Arbeitsleistung orientiert sich unter Beachtung dienstlicher Notwendigkeiten, die vorübergehend einen höheren Arbeitseinsatz erfordern können, an der für Beamte geltenden Regelarbeitszeit und an dem von Richtern in vergleichbarer Position in dieser Zeit geleisteten Arbeitspensum (*BVerwGE* 78, 211 f.). Nur im Rahmen dieser Verpflichtung ist er zur Wahrnehmung dienstlicher Belange verpflichtet; nur in diesem Rahmen kann auch der Rechtssuchende davon ausgehen, dass der Richter seinen Teil zur Erfüllung des grundrechtlich garantierten Justizgewährungsanspruchs beiträgt.

[24] **c)** Legt man diesen Maßstab zugrunde, stellt sich die Frage, ob die Übertragung eines Doppelvorsitzes in zwei *Strafsenaten* des *BGH* ein Arbeitspensum beinhaltet, das sich nach abstrakt-genereller Betrachtung sachgerecht von einem Vors. so bewerkstelligen lässt, dass der Justizgewährungsanspruch rechtsuchender Bf. dadurch nicht beeinträchtigt wird. Der *Senat* verneint dies.

[25] **aa)** Für diese Einschätzung ist es nicht entscheidend, wie an anderen Bundesgerichten verfahren wird. Sowohl die Arbeitsweise wie auch die tatsächliche Belastungssituation an den verschiedenen Bundesgerichten mit jeweils unterschiedlichen Verfahrensordnungen weichen so stark voneinander ab, dass aus der Handhabung dort (zwingende) Rückschlüsse auf die Belastungssituation in den *Strafsenaten* des *BGH* nicht gezogen werden können. So können sich sowohl aus der von einem *Senat* zu bearbeitenden Anzahl von Verfahren als auch aus der konkreten Bearbeitungsweise erhebliche Unterschiede ergeben. Die Arbeit der *Strafsenate* des *BGH* ist dadurch geprägt, dass der weitaus größte Teil der Verfahren – mehr als 90% – im Beschlussverfahren nach § 349 Abs. 1 bis 4 StPO erledigt werden. In diesen Verfahren werden die Sachen nicht vorvotiert, sondern vom Berichterstatter in der Beratung vorgetragen. Dies stellt an die Leitungs- und Überwachungsfunktion des Vors. hohe Anforderungen, die nicht dadurch umgangen oder gemindert werden können, dass durch Bestellung eines »Zweitberichterstatters« das sog. »Vier-Augen-Prinzip« ohne Beteiligung des Vors. gewahrt wird.

[26] Eine sachgerechte Ausübung der Leitungsfunktion durch den Vors. – als regelmäßig besonders erfahrenen, qualifizierten und leistungsstarken Richter – setzt voraus, dass

dieser die im *Senat* zu entscheidenden Fälle kennt, die inmitten stehenden Rechtsprobleme wahrnimmt und überdenkt, mögliche Lösungen ins Auge fasst und die Beratung ggf. entsprechend lenkt (zum normativ begründeten richtungsweisenden Einfluss des Vors. auf die Rspr., die sich auch auf seine Vorbereitung auszuwirken hat; vgl. *BGH NJW* 2009, 931 [= *StV* 2010, 349]; s. auch *BVerfG NJW* 2004, 3482 [= *StV* 2005, 1]). Dies ist ohne vertiefte Fallkenntnis nicht möglich; entsprechende Kenntnisse können dem Vors. auch nicht zuverlässig durch bloßen mündlichen Vortrag eines anderen Richters in einem Maß vermittelt werden, das eine inhaltliche »Leitung« der Beratung ermöglicht.

[27] Kern der Tätigkeit der *Strafsenate* des *BGH* ist die rechtliche Überprüfung schriftlicher, oft umfangreicher Urteilsgründe anhand ebenfalls schriftlicher – teilweise sehr umfangreicher, komplexer und differenzierter, oft auch wenig strukturierter und problematisch abgefasster – Revisionschriftsätze. Diese Aufgabe kann sachgerecht nur erfüllt werden, wenn die in den sog. »Senatsheften« – die mitunter viele hundert Seiten umfassen können – enthaltenen Revisionsunterlagen sorgfältig durchgearbeitet werden. So verlangt beispielsweise oft schon die Auslegung von – umfangreichen – Revisionsrügen und das Erkennen von darin enthaltenen Rechtsproblemen eine vertiefte Kenntnis der Problematik oder lang zurück reichender Rspr.s-Entwicklung. All dies kann dem Vors. nicht durch den Vortrag eines – unter Umständen weniger erfahrenen – Berichterstatters vermittelt werden.

[28] **bb)** Unerheblich für die hier zu entscheidende Konstellation ist auch, dass an *LG*, auch an *OLG*, ein Doppel- oder sogar Mehrfachvorsitz durchaus vorkommt (vgl. etwa *BGHSt* 8, 17; *OLG Koblenz MDR* 1966, 1023; *Hans. OLG Hamburg StV* 2003, 11; *VGH Kassel, ESVGH* 48, 241; s. auch die einen Sonderfall betreffende Entscheidung *BGH NJW* 1967, 1566, 1567 = *BGHZ* 47, 289 in Widerspruch zu *BGHZ* 37, 210 und ohne Hinweis auf eine tatsächliche Belastung des Vors.).

[29] Grundlage dafür ist, dass an diesen Gerichten häufig Spruchkörper gebildet sind oder von Gesetzes wegen zu bilden sind, denen in der gerichtlichen Praxis nur eine geringe Geschäftsaufgabe zufällt. Das kann im Bereich der Strafrechtspflege etwa Auffangkammern oder *StrK* für besondere Geschäftsaufgaben nach §§ 74 Abs. 2, 74a, 74b, 74c *GVG* betreffen. In solchen Spruchkörpern kann ein Vors. Richter den Vorsitz je nach konkretem Zuschnitt mit einem so geringen Teil seiner gesamten Arbeitskraft ausfüllen, dass er daneben noch einen anderen Vorsitz wahrnehmen kann.

[30] Dies ist in den *Strafsenaten* des *BGH* nicht der Fall. Diese sind sämtlich voll ausgelastet. Der 4. *Strafsenat* hatte im Jahr 2011 682 Neueingänge, der 2. *Strafsenat* 623, zusätzlich 325 Beschwerden und Gerichtsstandsbestimmungen. Der 4. *Strafsenat* ist für das Geschäftsjahr 2012 für die *OLG*-Bezirke Rostock und Saarbrücken entlastet worden; dies wird zu einer Reduzierung der Geschäftslast um ca. 120 Revisionen führen.

[31] **cc)** Für die Beurteilung des *Senats* ist auch die individuelle Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Vors. Richters am *BGH Dr. Ernemann* nicht entscheidungserheblich. Dies entspricht der Rspr. des *BGH* zur Beurteilung des

Leistungsverhaltens von Richtern, ergibt sich aber auch aus Folgendem:

[32] Abgesehen davon, dass sich eine formelle Dokumentation seiner Leistungsbereitschaft weder im Geschäftsverteilungsplan noch in den Mitwirkungsgrundsätzen der betroffenen *Senate* noch an anderer Stelle findet, sind schon im Vorfeld der Änderung der Geschäftsverteilung zum 01.01.2012, aber auch danach Gestaltungsmöglichkeiten erörtert worden, die zu einer Reduzierung der Arbeitslast des Vors. führen können. Umfang und Ausmaß dessen, was der Vors. über seine rechtliche Verpflichtung hinaus zu leisten bereit und imstande ist, können aber auf diese Weise insbes. aus Sicht des rechtssuchenden Bürgers im Voraus weder bestimmt noch auch nur erkannt werden. Der Umfang überobligatorischer Arbeitsleistung bis an die Grenze des Möglichen kann jederzeit – aus beliebigen Gründen – eingeschränkt oder verändert werden, ohne dass ihre Erfüllung von dem Vors. rechtlich verlangt werden oder er auch nur zu einer verbindlichen Auskunft angehalten werden könnte.

[33] **dd)** Die Übertragung eines Doppelvorsitzes bei zwei *Strafsenaten* des *BGH* stellt ein Arbeitspensum dar, das dem Vors. – unabhängig von seiner konkreten Person – nicht mehr die verantwortungsvolle Ausübung der richterlichen Tätigkeit in beiden *Senaten* ermöglicht (vgl. zum gleichzeitigen Vorsitz in mehreren *StrK* beim *LG BGHSt* 2, 71, 73, wo der *BGH* aber – wie bei *BGHSt* 8, 17, 18 – nicht auf die damit verbundene Belastung des Vors. und den Einfluss auf dessen Unabhängigkeit, sondern auf dessen fehlenden richtungsgebenden Einfluss zur Leitung der Spruchkörper abstellt). Das gilt auch unter Berücksichtigung von denkbaren, rechtlich zulässigen Entlastungen. Dies führt zu einer die Unabhängigkeit beeinträchtigenden Überbelastung und dazu, dass der überbelastete Vors. Richter nicht mehr der »gesetzliche Richter« i.S.v. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist. Mit der Übertragung eines weiteren Vors.amts wird dem Richter – ungeachtet der konkreten Belastung im einzelnen *Senat* – ein über dem bisherigen Maß voller Belastung liegendes Arbeitspensum auferlegt, das sich nicht nur gegenüber früherer Belastung, sondern auch im Verhältnis zu anderen Vors. von *Strafsenaten* beim *BGH* im Januar 2012 einer doppelten Belastung annähern dürfte. Es ist bislang nicht in Frage gestellt worden, dass bereits die Leitung eines *Strafsenats* beim *BGH* die Arbeitskraft eines Vors. im Wesentlichen ausschöpft.

[34] Es liegt demnach auf der Hand, dass der gleichzeitige Vorsitz in zwei voll belasteten *Strafsenaten* nicht ohne gravierende, den Justizgewährungsanspruch substantiell einschränkende Qualitätseinbußen ausgeübt werden kann. Dies gilt auch, soweit man davon ausginge, dass Vors. Richter am *BGH Dr. Ernemann* durch die Vorrangregelung zu Gunsten des 2. *Strafsenats* im Ergebnis eine bis zu 25% reichende Entlastung der Aufgaben im 4. *Strafsenat* (vgl. *BGHZ* 37, 210, 216; zur möglichen Vertretung auch *BGHSt* 28, 290, 293) erfahren könnte (insoweit allerdings fraglich; vgl. dazu *Hans. OLG Hamburg StV* 2003, 11, wonach dann, wenn dem Vors. eines Spruchkörpers zusätzliche Aufgaben – insbes. der Vorsitz in einem weiteren Spruchkörper – übertragen werden, die er in Folge ohnehin bestehender Arbeitsbelastung voraussehbar nicht erbringen kann, in Bezug auf die zusätzlichen Aufgaben ein Fall der Verhin-

derung nach § 21f Abs. 2 GVG nicht vorliegen soll). Auch ein Arbeitspensum, das »nur" 175% desjenigen eines durchschnittlichen Vors. Richters ausmacht, ist ohne eine exorbitante Steigerung der Arbeitsleistung nicht zu bewältigen. Ein solches Maß an Arbeitsaufwand schuldet der Richter, wenn überhaupt, allenfalls bei ganz besonderer, nicht vorhersehbarer dienstlicher Notwendigkeit, und dies auch nur "vorübergehend«. Keinesfalls ist er aber verpflichtet, planmäßig und für einen längeren Zeitraum, der hier angesichts der Unabsehbarkeit des Besetzungsverfahrens bis zu sechs Monaten (bis zur Pensionierung des Vors. Richters am *BGH Dr. Ernemann*) dauern kann, gleichzeitig nahezu zwei volle Stellen als Vors. auszufüllen.

[35] **ee** Ein anderes Ergebnis könnte sich ergeben, wenn es – rechtlich zulässig im Hinblick auf Aufgaben und Funktion eines Vors. Richters – Möglichkeiten gäbe, ihn ohne Beeinträchtigung des Justizgewährungsanspruchs von gewissen Aufgaben freizustellen, um ihm so Freiräume für den gleichzeitigen Vorsitz in zwei *Senaten* des *BGH* zu schaffen. Bereits im Vorfeld der Änderung der Geschäftsverteilung zum 01.01.2012, insbes. auch im Rahmen der Anhörung durch das Präsidium am 15.12.2011, sind mögliche organisatorische Maßnahmen erörtert worden, die zu einer Reduzierung der Arbeitslast des Vors. führen und es ihm so überhaupt erst ermöglichen könnten, den Vorsitz in zwei *Strafsenaten* zugleich zu führen (weil Einigkeit bestand, dass eine Verdopplung der Arbeitsleistung durch Leitung von zwei *Senaten* mit insgesamt mehr als 1.300 Revisionsachen im Jahr nicht möglich ist, wenn nach »normalen« Regeln gearbeitet werde). Der *Senat* sieht solche Möglichkeiten nicht. Sie ergeben sich insbes. nicht aus einem teilweisen Verzicht auf das Studium des Revisionsheftes (vgl. schon oben).

[36] Nach § 21f Abs. 1 GVG führt der Vors. Richter in den Senatsspruchkörpern den Vorsitz, er nimmt prinzipiell an allen Verfahren teil. Der Vors. leitet die Beratung, er stellt die Fragen und sammelt die Stimmen (§ 194 Abs. 1 GVG). Er übernimmt in der Regel keine eigenen Berichterstattungen und beschränkt sich regelmäßig – ohne besondere Gestaltung in einzelnen Verfahren – darauf, durch die Leitung von Beratung und Hauptverhandlung die Einheitlichkeit der Rspr. des *Senats* sicherzustellen.

[37] Die Begleitung und Kontrolle des Berichterstatters durch den Vors. erweist sich als notwendig, um einen grundrechtlich garantierten effektiven Rechtsschutz durch den erforderlichen substanziellen Zugriff auf die inmitten stehenden Rechtsfragen sicherzustellen. Würde man hierauf verzichten, so wäre das Amt eines Senatsvorsitzenden insgesamt überflüssig, da es auf eine »Lenkung der Rspr.« durch einen besonders qualifizierten Richter nicht mehr ankäme.

[38] Daher hat sich in langjähriger Praxis des *BGH* ein bisher auch nicht in Frage gestelltes Verständnis herausgebildet, wonach es selbstverständliche Pflicht eines Strafsenatsvorsitzenden ist, selbst jedes Senatsheft zu lesen und sich aufgrund dessen eine (der Auffassung des Berichterstatters gegenüberzustellende und in die Rspr. des *Senats* einzuordnende) Ansicht von den in dem jeweiligen Verfahren anfallenden Rechtsfragen zu bilden. Eine Delegation dieser Aufgabe, etwa an den stellvertretenden Vors. oder an einen Zweitberichterstatter, verträgt sich mit einem solchen Ver-

ständnis nicht; die Lektüre etwa der Zuschriften des GBA kann zwar einen allg. Überblick über die inmitten stehenden Rechtsfragen verschaffen, keinesfalls aber die eigene Kenntnis des Senatshefts ersetzen.

[39] Zudem wäre eine Selbststeuerung der Arbeitslast durch den Vors. Richter auch kein legitimer Grund für ein daran orientiertes Verständnis von Zuständigkeits- oder Mitwirkungsregeln (vgl. *BVerfGE* 54, 277, 295). Die Effektivität der Kontrolle und damit des gerichtlichen Rechtsschutzes in Strafsachen mit ihrer hohen Eingriffsintensität hängt mangels Kenntnis der Revisionsunterlagen der übrigen Mitglieder des *Senats* in Beschlussberatungen stark von der Maßstabslenkung und Erörterungsleitung durch den Vors. ab. Die Kenntnis des in den Akten zugrunde liegenden Streitstoffs ist und bleibt angesichts der derzeitigen Handhabung grundsätzlich vom Justizgewährungsanspruch geforderte und damit rechtstaatlich unabdingbare Voraussetzung für die Leitung und Führung eines *Strafsenats* beim *BGH* (vgl. auch *VGH Kassel* ESVGH 48, 241 zur Wahrnehmung eines Vorsitzes bei einem *Verwaltungsgerichtshof*, bei dem – nicht zuletzt im Interesse einer sachgerechten und verantwortungsvollen Ausübung der Leitungsfunktion – von einem Vors. die Übernahme von Berichterstattertätigkeiten erwartet wird).

[40] **d** Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die vom Präsidium des *BGH* beschlossene Einrichtung eines Doppelvorsitzes in der vorliegenden Form als einzig denkbare Lösung des oben unter Ziff. II. 2 dargestellten Problems in Betracht käme. Dies ist nämlich nicht der Fall. Vielmehr sind Alternativen denkbar, die bei entsprechender Ausgestaltung nicht Gefahr laufen, mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG voraussichtlich in Konflikt zu geraten. Dies könnte etwa eine vorübergehende Verkleinerung der Geschäftsaufgabe des 2. und/oder 4. *Strafsenats* auf ein Maß sein, welches einen Doppelvorsitz ermöglicht. Denkbar wäre auch eine Zuweisung des Vors. des 4. *Strafsenats* allein an den 2. *Strafsenat* – unter Inkaufnahme einer vorübergehenden Vakanz im 4. *Strafsenat* –; schließlich, auf der Grundlage der Senatsmeinung zu § 21f Abs. 2 GVG, auch eine weitere Fortführung der Vertretung.

[41] **III.** Die Feststellung der Unvereinbarkeit der Geschäftsverteilungsregelung mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, die nicht gem. Art. 100 Abs. 1 GG zur Vorlage an das *BVerfG* zwingt, hat der *Senat* von Amts wegen zu berücksichtigen. Sie führt zur Aussetzung der Revisionshauptverhandlung, um dem Präsidium Gelegenheit zu geben, eine mit der Verfassung in Einklang stehende Regelung herbeizuführen.

**Anm. d. Red.:** Diese Spruchgruppe des *Senats* hat es nunmehr – unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtsauffassung – mit Blick auf das rechtsstaatliche Beschleunigungsgebot sowie das verfassungsrechtliche Gebot der Rechtsschutzgewährung für geboten erachtet, in der Sache zu entscheiden. Das verfahrensabschließende Ur. in der vorstehenden Rechtssache 2 StR 346/11 v. 08.02.2012 wird in StV 05/2012 m. Anm. *Bernsmann* dokumentiert werden.