

HRRS-Nummer: HRRS 2012 Nr. 150

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2012 Nr. 150, Rn. X

---

### BGH 2 StR 346/11 - Beschluss vom 11. Januar 2012 (BGH)

Recht auf den gesetzlichen Richter (ordnungsgemäße Gerichtsbesetzung bei Vergabe eines doppelten Senatsvorsitzes; materielle Gewährleistung einer tatsächlichen Unabhängigkeit und normativ legitim zu erwartende Leistungsfähigkeit: sachgerechte Ausübung der Leitungsfunktion durch den Vorsitzenden).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 21e GVG; § 21f Abs. 2 GVG

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Der Geschäftsverteilungsplan, mit dem Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann ab 1. Januar 2012 dem 2. Strafsenat als Vorsitzender zugewiesen ist, steht mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in Einklang. Er führt zu einer nicht ordnungsgemäßen Besetzung des Senats.
2. Jeder Spruchkörper hat bei auftretenden Bedenken die Ordnungsmäßigkeit seiner Besetzung von Amts wegen zu prüfen und darüber in eigener Verantwortung zu entscheiden. Dies gilt unabhängig vom Vorliegen eines Besetzungseinwands von Verfahrensbeteiligten. Auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verbindlichkeit von Geschäftsverteilungsplänen steht dem nicht entgegen.
3. Die Verteilung der richterlichen Aufgaben liegt zwar im pflichtgemäßen Ermessen des Präsidiums, dem dabei ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum eingeräumt ist. Davon unberührt bleibt aber die Prüfung, ob im Rahmen des Geschäftsverteilungsplans der Grundsatz des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG mit seinen Gewährleistungen hinreichende Beachtung gefunden hat.
4. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG stellt auch materielle Anforderungen an den gesetzlichen Richter. Nur der neutrale, unparteiliche und unabhängige Richter ist gesetzlicher Richter im Sinne der Verfassungsnorm. Herausragende Bedeutung kommt dabei der durch Art. 97 GG geschützten Unabhängigkeit des Richters zu. 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, so wenig darf er mit unerfüllbaren Aufgaben beauftragt werden, indem ihm ein Pensum auferlegt wird, das sich in sachgerechter Weise nicht mehr erledigen lässt. Eine sichere oder auch nur in Kauf genommene dauerhafte Überlastung eines Richters beeinträchtigt die gleichmäßige Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs der Rechtssuchenden. Sie stellt die Unabhängigkeit des Richters bei der Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben in Frage.
5. Kern der Tätigkeit der Strafsenate des BGH ist die rechtliche Überprüfung schriftlicher, oft umfangreicher Urteilsgründe anhand ebenfalls schriftlicher Revisionsschriftsätze. 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. All dies kann dem Vorsitzenden nicht durch den Vortrag eines - unter Umständen weniger erfahrenen - Berichterstatters vermittelt werden.
6. Der Vorsitzende eines Strafsenats des BGH 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 Rechtsprechung des Senats sicherzustellen. Die Begleitung und Kontrolle des Berichterstatters durch den Vorsitzenden erweist sich als notwendig, um einen grundrechtlich garantierten effektiven Rechtsschutz durch den erforderlichen substanziellen Zugriff auf die inmitten stehenden Rechtsfragen sicherzustellen.

#### Entscheidungstenor

1. Es wird festgestellt, dass der Senat nicht ordnungsgemäß besetzt ist.

## 2. Die Hauptverhandlung wird ausgesetzt.

### Gründe

Der Senat ist nicht ordnungsgemäß besetzt. Der Geschäftsverteilungsplan, mit dem Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann ab 1. Januar 2012 dem 2. Strafsenat als Vorsitzender zugewiesen ist, steht mit Art. 101 Abs. 1 Satz 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.

#### I.

Die Stelle des Vorsitzenden des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs ist seit dem ruhestandsbedingten Ausscheiden der vormaligen Vorsitzenden zum 31. Januar 2011 unbesetzt; der Geschäftsverteilungsplan weist seit diesem Zeitpunkt den Vorsitz mit "N.N." aus. Die Funktion des Vorsitzenden im Senat, dem im Hinblick auf eine voraussichtlich längere Vakanz zum 1. Februar 2011 als Ersatz für die ausgeschiedene Vorsitzende Richter am Bundesgerichtshof Dr. Berger zugeteilt worden ist, hat vom 1. Februar bis 31. Dezember 2011 der stellvertretende Vorsitzende, Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Fischer, wahrgenommen.

Die Stelle des Vorsitzenden des 2. Strafsenats ist weiterhin vakant. Der stellvertretende Vorsitzende 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 Beschluss vom 24. Oktober 2011 hat daraufhin das Verwaltungsgericht Karlsruhe im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die Stelle zu besetzen, bevor Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Fischer unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu beurteilt worden ist. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

Am 11. Januar 2012 ist dem Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Fischer eine neue Beurteilung ausgehändigt worden. Das Besetzungsverfahren, dessen weitere Dauer derzeit nicht absehbar ist, kann daher seinen Fortgang nehmen. Das Präsidium des Bundesgerichtshofs hat am 15. Dezember 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 vom 1. Januar 2012 dem Vorsitzenden des 4. Strafsenats, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann, der zum 30. Juni 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 gegenüber derjenigen im 4. Strafsenat hat. Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Schmitt, der bisher allein Mitglied des 2. Strafsenats war, wurde mit jeweils 50% seiner Arbeitskraft dem 2. und 4. Strafsenat zugewiesen.

Grund für diese Änderung des Geschäftsverteilungsplans war, dass das Präsidium des Bundesgerichtshofs eine weitere Wahrnehmung der Aufgaben des Senatsvorsitzenden 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 im Sinne des § 21f Abs. 2 GVG handelte.

#### II.

Der Geschäftsverteilungsplan, mit dem Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann ab 1. Januar 2012 zugleich dem 2. und dem 4. Strafsenat als Vorsitzender zugewiesen ist, steht nicht mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG in Einklang.

1. 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 Rechtsprechung 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 ff.). 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).

Zu beachten ist freilich, dass die Überprüfung von Geschäftsverteilungsplänen im Hinblick auf deren Rechtsnatur 8  
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 weiterer Einschätzungs-  
und Prognosespielraum eingeräumt ist. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung 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.

Davon unberührt bleibt aber die Prüfung, ob im Rahmen des Geschäftsverteilungsplans der Grundsatz des 9  
gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG mit seinen Gewährleistungen hinreichende Beachtung gefunden  
hat (vgl. BVerfGE 95, 322, 330).

2. Schon angesichts des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs stellt der Senat die Ausgangsüberlegung des 10  
Präsidiums, der Vorsitz im 2. Strafsenat könne nach elf Monaten der Vakanz nicht länger von dem  
geschäftsplänmäßigen Vertreter wahrgenommen werden, nicht in Frage. Die Ansicht, es liege angesichts der Dauer  
des Besetzungsverfahrens eine nicht nur vorübergehende Verhinderung des Vorsitzenden vor, die eine Vertretung  
durch den Stellvertreter gemäß § 21f Abs. 2 Satz 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).

Soweit der Senat anderer Auffassung ist und im Falle einer Vakanz bei Durchführung eines gesetzlich geregelten 11  
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 Vorsitzenden annehmen will, steht dies zu der Entscheidung des  
Präsidiums und zu den genannten Entscheidungen anderer Bundesgerichte nicht in Widerspruch. Die zitierte  
Rechtsprechung hat eine solche Fallkonstellation nicht zum Gegenstand, ist einzelfallbezogen ergangen und wollte  
ausdrücklich starre Fristen und allgemein geltende Regeln für die Auslegung des Begriffs der "vorübergehenden"  
Verhinderung im Sinne von § 21f Abs. 2 GVG nicht aufstellen.

Zudem besteht in der zugrundeliegenden Konstellation, in der Gerichte zur Klärung von im Zusammenhang mit der 12  
eingeleiteten Stellenbesetzung entstandenen Rechtsfragen aufgerufen sind, nicht die Gefahr, die Exekutive könne  
durch unvertretbares 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).

Gegenstand der Prüfung durch den Senat ist daher nicht etwa die Frage, ob das Präsidium überhaupt hätte tätig 13  
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 Bundesgerichtshofs mit  
demselben Richter als Vorsitzenden zu besetzen, mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG in Einklang steht.

3. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet das Recht auf den gesetzlichen Richter. Ziel der Verfassungsgarantie ist es, 14  
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 Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtssuchenden und der  
Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden. Deshalb verpflichtet Art. 101 Abs. 1  
Satz 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 fassen, 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  
Satz 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 Verfassungs  
wegen gehalten, hinreichend bestimmte Regelungen zur Zuständigkeit des einzelnen Richters zu schaffen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darüber hinaus einen 15  
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.

Art. 101 Abs. 1 Satz 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). 16

a) Der vom Präsidium des Bundesgerichtshofs mit Wirkung ab 1. Januar 2012 beschlossene Geschäftsverteilungsplan, durch den dem Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof 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 Bundesgerichtshof Prof. Dr. Schmitt, der beiden Senaten jeweils mit der Hälfte seiner Arbeitskraft zugewiesen ist - eine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie die Arbeitskraft des Vorsitzenden Richters am Bundesgerichtshof 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 Vorsitzenden im Ausgangspunkt eine hinreichend bestimmte Regelung, die auch in der Vergangenheit - etwa bei zusätzlicher Übertragung eines Vorsitzes in einem Spezialsenat - verfassungsrechtlich unbeanstandet geblieben ist. 17

Zu berücksichtigen ist hier freilich die Besonderheit, dass dem Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann der Vorsitz in zwei voll ausgelasteten Strafsenaten des Bundesgerichtshofs übertragen worden ist, die für sich, wie bisher unbezweifelt geblieben ist, jeweils die volle Arbeitskraft eines Vorsitzenden 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 Vorausbestimmung 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 Senate in ihren Mitwirkungsgrundsätzen jeweils alternierende Beratungswochen vorgesehen haben. 18

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 Satz 2 GG nicht in Einklang zu bringen ist. 20

b) Art. 101 Abs. 1 Satz 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" im Sinne der 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 (unter anderem) 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, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 28. November 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 22

Aufgaben beauftragt werden, indem ihm ein Pensum auferlegt wird, das sich in sachgerechter Weise nicht mehr erledigen lässt (vgl. BGH, Urt. vom 3. Dezember 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, Beschluss vom 14. November 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 ff.).

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. vom 3. Dezember 2009 - RiZ(R) 1/09 - juris), erst Recht nicht darauf, ob ein Richter bereit und subjektiv willens ist, ein beliebiges, gegebenenfalls weit überdurchschnittliches Pensum zu leisten. Vielmehr ist zu fragen, ob es sich um ein Arbeitspensum handelt, das sich allgemein - nach der Lebenserfahrung, den für Fälle der betreffenden Art üblichen Maßstäben und den Anforderungen, welche an Richter in der entsprechenden Funktion nach allgemeiner 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 ff.). 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 Bundesgerichtshofs ein Arbeitspensum beinhaltet, das sich nach abstrakt-genereller Betrachtung sachgerecht von einem Vorsitzenden so bewerkstelligen lässt, dass der Justizgewährungsanspruch rechtsuchender Beschwerdeführer 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 Bundesgerichtshofs nicht gezogen werden können. 26

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 Bundesgerichtshofs 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 Vorsitzenden hohe Anforderungen, die nicht dadurch umgangen oder gemindert werden können, dass durch Bestellung eines "Zweitberichterstatters" das so genannte "Vier-Augen-Prinzip" ohne Beteiligung des Vorsitzenden gewahrt wird. 27

Eine sachgerechte Ausübung der Leitungsfunktion durch den Vorsitzenden - 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 richtungweisenden Einfluss des Vorsitzenden auf die Rechtsprechung, die sich auch auf seine Vorbereitung auszuwirken hat; vgl. BGH NJW 2009, 931; s. auch BVerfG NJW 2004, 3482). Dies ist ohne vertiefte Fallkenntnis nicht möglich; entsprechende Kenntnisse können dem Vorsitzenden auch nicht zuverlässig durch bloßen mündlichen Vortrag eines anderen Richters in einem Maß vermittelt werden, das eine inhaltliche "Leitung" der Beratung ermöglicht. 28

Kern der Tätigkeit der Strafsenate des Bundesgerichtshofs 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 Rechtsprechungs-Entwicklung. All dies kann dem Vorsitzenden nicht durch den Vortrag eines - unter Umständen weniger erfahrenen - Berichterstatters vermittelt werden. 29

bb) Unerheblich für die hier zu entscheidende Konstellation ist auch, dass an Landgerichten, auch an Oberlandesgerichten, 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 Vorsitzenden).

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 Strafkammern für besondere Geschäftsaufgaben nach §§ 74 Abs. 2, 74a, 74b, 74c GVG betreffen. In solchen Spruchkörpern kann ein Vorsitzender 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.

Dies ist in den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs 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.

cc) Für die Beurteilung des Senats ist auch die individuelle Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Vorsitzenden Richters am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann nicht entscheidungserheblich. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beurteilung des Leistungsverhaltens von Richtern, ergibt sich aber auch aus Folgendem:

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 1. Januar 2012, aber auch danach Gestaltungsmöglichkeiten erörtert worden, die zu einer Reduzierung der Arbeitslast des Vorsitzenden führen können. Umfang und Ausmaß dessen, was der Vorsitzende über seine rechtliche Verpflichtung hinaus zu leisten bereit und imstande ist, können aber auf diese Weise insbesondere 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 Vorsitzenden rechtlich verlangt werden oder er auch nur zu einer verbindlichen Auskunft angehalten werden könnte.

dd) Die Übertragung eines Doppelvorsitzes bei zwei Strafsenaten des Bundesgerichtshofs stellt ein Arbeitspensum dar, das dem Vorsitzenden - unabhängig von seiner konkreten Person - nicht mehr die verantwortungsvolle Ausübung der richterlichen Tätigkeit in beiden Senaten ermöglicht (vgl. zum gleichzeitigen Vorsitz in mehreren Strafkammern beim Landgericht BGHSt 2, 71, 73, wo der BGH aber - wie bei BGHSt 8, 17, 18 - nicht auf die damit verbundene Belastung des Vorsitzenden 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 Vorsitzende Richter nicht mehr der "gesetzliche Richter" im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Mit der Übertragung eines weiteren Vorsitzendenamts 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 Vorsitzenden von Strafsenaten beim Bundesgerichtshof im Januar 2012 einer doppelten Belastung annähern dürfte. Es ist bislang nicht in Frage gestellt worden, dass bereits die Leitung eines Strafsenats beim Bundesgerichtshof die Arbeitskraft eines Vorsitzenden im Wesentlichen ausschöpft.

Es liegt demnach auf der Hand, dass der gleichzeitige Vorsitz in zwei voll belasteten Strafsenaten nicht ohne gravierende, den Justizgewährungsanspruch substanziell einschränkende Qualitätseinbußen ausgeübt werden kann.

Dies gilt auch, soweit man davon ausginge, dass Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof 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 Vorsitzenden eines Spruchkörpers zusätzliche Aufgaben - insbesondere 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 Verhinderung nach § 21f Abs. 2 GVG nicht vorliegen soll). Auch ein Arbeitspensum, das "nur"

175% desjenigen eines durchschnittlichen Vorsitzenden 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 Vorsitzenden Richters am Bundesgerichtshof Dr. Ernemann) dauern kann, gleichzeitig nahezu zwei volle Stellen als Vorsitzender auszufüllen. 38

ee) Ein anderes Ergebnis könnte sich ergeben, wenn es - rechtlich zulässig im Hinblick auf Aufgaben und Funktion eines Vorsitzenden Richters - Möglichkeiten gäbe, ihn ohne Beeinträchtigung des Justizgewährungsanspruchs von gewissen Aufgaben freizustellen, um ihm so Freiräume für den gleichzeitigen Vorsitz in zwei Senaten des Bundesgerichtshofs zu schaffen. Bereits im Vorfeld der Änderung der Geschäftsverteilung zum 1. Januar 2012, insbesondere auch im Rahmen der Anhörung durch das Präsidium am 15. Dezember 2011, sind mögliche organisatorische Maßnahmen erörtert worden, die zu einer Reduzierung der Arbeitslast des Vorsitzenden 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 Revisions-sachen im Jahr nicht möglich ist, wenn nach "normalen" Regeln gearbeitet werde). Der Senat sieht solche Möglichkeiten nicht. Sie ergeben sich insbesondere nicht aus einem teilweisen Verzicht auf das Studium des Revisionsheftes (vgl. schon oben). 39

Nach § 21f Abs. 1 GVG führt der Vorsitzende Richter in den Senatsspruchkörpern den Vorsitz, er nimmt prinzipiell an allen Verfahren teil. Der Vorsitzende 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 Rechtsprechung des Senats sicherzustellen. 40

Die Begleitung und Kontrolle des Berichterstatters durch den Vorsitzenden 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 Rechtsprechung" durch einen besonders qualifizierten Richter nicht mehr ankäme. 41

Daher hat sich in langjähriger Praxis des Bundesgerichtshofs 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 Rechtsprechung des Senats einzuordnende) Ansicht von den in dem jeweiligen Verfahren anfallenden Rechtsfragen zu bilden. 42

Eine Delegation dieser Aufgabe, etwa an den stellvertretenden Vorsitzenden oder an einen Zweitberichterstatter, verträgt sich mit einem solchen Verständnis nicht; die Lektüre etwa der Zuschriften des Generalbundesanwalts kann zwar einen allgemeinen Überblick über die inmitten stehenden Rechtsfragen verschaffen, keinesfalls aber die eigene Kenntnis des Senatshefts ersetzen. 43

Zudem wäre eine Selbststeuerung der Arbeitslast durch den Vorsitzenden 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 Vorsitzenden 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 Bundesgerichtshofs (vgl. auch VGH Kassel ESVG 48, 241 zur Wahrnehmung eines Vorsitzes bei einem Verwaltungsgerichtshof, bei dem - nicht zuletzt im Interesse einer sachgerechten und verantwortungsvollen Ausübung der Leitungsfunktion - von einem Vorsitzenden die Übernahme von Berichterstattertätigkeiten erwartet wird). 44

d) Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die vom Präsidium des Bundesgerichtshofs 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 Satz 2 GG voraussichtlich in Konflikt zu geraten. Dies könnte etwa eine vorübergehende Verkleinerung der Geschäftsaufgabe des 2. und/oder 4. Strafsenats 45

auf ein Maß sein, welches einen Doppelvorsitz ermöglicht. Denkbar wäre auch eine Zuweisung des Vorsitzenden 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.

### III.

Die Feststellung der Unvereinbarkeit der Geschäftsverteilungsregelung mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, die nicht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht 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. 46