

**HRRS-Nummer:** HRRS 2009 Nr. 530

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2009 Nr. 530, Rn. X

---

**BGH 3 StR 376/08 - Urteil vom 9. April 2009 (LG Hannover)**

**BGHSt; Besetzungsrüge; Einrichtung einer Hilfsstrafkammer (Zuweisung von Geschäften nach dem Abstraktionsprinzip; keine Zuweisung bestimmter einzelner Sachen); gesetzlicher Richter; Eingriff in die funktionelle Zuständigkeit für bereits anhängige Sachen (ultima ratio; Begründungspflicht; Dokumentationspflicht; Rechtmäßigkeitskontrolle; keine bloße Willkürkontrolle); Verfahrenrüge (Rügepräklusion; Darstellungsanforderungen: Vortrag der den Mangel enthaltenden Tatsachen).**

**§ 338 Nr. 1 StPO; § 21e Abs. 3 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 222b StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO**

Leitsätze

1. Der Präsidiumsbeschluss über die Errichtung einer Hilfsstrafkammer und die Übertragung (auch) bereits anderweitig anhängiger Sachen an diese (§ 21 e Abs. 3 GVG) ist zu begründen. (BGHSt)
2. Mängel dieser Begründung können spätestens bis zur Entscheidung der Hilfsstrafkammer über einen in der Hauptverhandlung erhobenen Besetzungseinwand (§ 222 b StPO) behoben werden. (BGHSt)
3. Überlastung eines Spruchkörpers (§ 21e Abs. 3 GVG) liegt vor, wenn über einen längeren Zeitraum ein erheblicher Überhang der Eingänge über die Erledigungen zu verzeichnen ist, sodass mit einer Bearbeitung der Sachen innerhalb eines angemessenen Zeitraumes nicht zu rechnen ist und sich die Überlastung daher als so erheblich darstellt, dass der Ausgleich nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres zurückgestellt werden kann. (Bearbeiter)
4. Eine Hilfsstrafkammer - ein im Gesetz nicht erwähnter Spruchkörper - darf bei vorübergehender Überlastung eines ständigen Spruchkörpers für begrenzte Zeit errichtet werden. Sie gehört nicht zu den "institutionellen" Kammern des Landgerichts und vertritt die ordentliche Strafammer in solchen Geschäften, die diese infolge anderweitiger Inanspruchnahme nicht selbst erledigen kann. (Bearbeiter)
5. Die Regelung der mit der Errichtung einer Hilfsstrafkammer verbundenen Übertragung von Aufgaben der ordentlichen Strafammer hat denselben Grundsätzen zu folgen wie sonstige Änderungen im Sinne von § 21e Abs. 3 GVG. Insbesondere ist das Abstraktionsprinzip zu beachten. Danach muss auch eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans die Aufgaben nach allgemeinen, sachlich-objektiven Merkmalen übertragen. Eine spezielle Zuweisung bestimmter einzelner Verfahren ist unzulässig. (Bearbeiter)
6. Die grundrechtsgleiche Gewährleistung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) steht einer Änderung der funktionellen Zuständigkeit (auch) für bereits anhängige Verfahren jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Neuregelung generell gilt, also etwa außer mehreren anhängigen Verfahren auch eine unbestimmte Vielzahl künftiger, gleichartiger Fälle erfasst, und auch nicht aus sachwidrigen Gründen geschieht. (Bearbeiter)
7. Lediglich in Ausnahmefällen kann auch eine Änderung der Geschäftsverteilung zulässig sein, die einer Hilfsstrafkammer ausschließlich bereits anhängige Verfahren überträgt. Dies kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn allein auf diese Weise dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebot angemessen Rechnung getragen werden kann. Jede Umverteilung während des laufenden Geschäftsjahres, die bereits anhängige Verfahren erfasst, muss geeignet sein, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen, denn Änderungen der Geschäftsverteilung, die diesen Anforderungen nicht genügen, sind nicht im Sinne des § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG nötig und können vor Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Bestand haben. (Bearbeiter)
8. Die Dokumentation der Änderungs- und Umverteilungsgründe muss grundsätzlich schon zum Zeitpunkt der Präsidiumsentscheidung vorliegen, denn sie dient der notwendigen Unterrichtung der

Präsidiumsmitglieder über die Gründe für die geplante Änderung des Geschäftsverteilungsplans und stellt sicher, dass die Entscheidung des Präsidiums auf dem aktuellen Stand der Belastungssituation und der übrigen bedeutsamen Umstände beruht. (Bearbeiter)

9. Jedenfalls muss die Dokumentation aber spätestens in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in dem in einer der in die Zuständigkeit der Hilfsstrafkammer fallenden Sachen über einen Besetzungseinwand nach § 222b Abs. 2 StPO sachlich zu entscheiden ist. (Bearbeiter)

10. Mangelt es an einer zureichenden Dokumentation der für die Änderung des Geschäftsverteilungsplans maßgeblichen Gründe, so ist der Beschwerdeführer weder bei Erhebung der Besetzungsrüge (vgl. § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO) noch im Revisionsrechtszug (vgl. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) gehalten, seinerseits die Tatsachen vorzutragen, die die Hilfsstrafkammer benötigt (hätte), um die Rechtmäßigkeit der Zuständigkeitsverteilung und damit ihre eigene Zuständigkeit sowie die Berechtigung des Besetzungseinwands inhaltlich prüfen zu können. (Bearbeiter)

11. Aus dem Sinn und Zweck der Rügepräklusion nach §§ 222b Abs. 1 und 338 Nr. 1 StPO folgt, dass jedenfalls dann, wenn jede Dokumentation der Gründe für die Errichtung einer Hilfsstrafkammer und die Übertragung bereits anderweit anhängiger Verfahren in deren Zuständigkeit unterblieben ist, ein Nachschieben von Gründen nach der Entscheidung über den Besetzungseinwand unbeachtlich ist. Es kann insbesondere einer mit der Revision erhobenen Besetzungsrüge nicht mehr den Boden entziehen kann; vielmehr greift diese ohne weiteres durch. (Bearbeiter)

#### Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hannover vom 29. November 2007 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen und wegen "gewerbsmäßigen" unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zur Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die gegen die Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten hat mit der Besetzungsrüge Erfolg, soweit sie beanstandet, die Einrichtung der Hilfsstrafkammer 3a durch das Präsidium des Landgerichts sei nicht gesetzmäßig erfolgt, so dass diese zur Verhandlung und Entscheidung im vorliegenden Verfahren nicht berufen und das erkennende Gericht somit vorschriftswidrig besetzt gewesen sei (§ 338 Nr. 1 StPO i. V. m. § 21 e Abs. 3 GVG). 1

1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde: 2

Durch schriftliche "Anordnung (1/2007) gemäß § 21 e GVG" vom 10. Januar 2007 eröffnete das Präsidium des Landgerichts "mit Wirkung vom 11. Januar 2007" unter anderem die Hilfsstrafkammer 3a und teilte dieser die in der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2006 bei der Strafkammer 3 eingegangenen, dort noch anhängigen Haftsachen zu, die noch nicht terminiert waren. Außerdem wurden dieser Hilfsstrafkammer "mit Wirkung vom 1. März 2007" die nächsten zwei Haftsachen übertragen, für die nach der bisherigen Geschäftsverteilung die Strafkammer 3 zuständig gewesen wäre. Als Anlass für die Änderung der Geschäftsverteilung wurde eingangs der Anordnung insoweit eine Überlastung der Strafkammer 3 angegeben. Eine Begründung enthielt die Entscheidung des Präsidiums nicht. Die Überleitung der bei der Strafkammer 3 bereits anhängigen und noch nicht terminierten Haftsachen erfasste - neben einer weiteren Strafsache - auch das gegen den Beschwerdeführer gerichtete Verfahren. 3

In diesem teilte die Hilfsstrafkammer 3a mit Schreiben vom 1. Februar 2007 die Gerichtsbesetzung mit. Der Verteidiger des Beschwerdeführers bat mit Schreiben vom 6. Februar 2007 an die Präsidialabteilung des Landgerichts, ihm je eine Kopie der Beschlussfassung über die Änderung der Geschäftsverteilung, des Protokolls der Präsidiumssitzung und der Überlastungsanzeige des Vorsitzenden der ehemals zuständigen Strafkammer zu überlassen. Daraufhin übersandte der Präsident des Landgerichts unter dem 8. Februar 2007 eine Kopie der "Anordnung (1/2007)" und teilte mit, dass die Übersendung eines Protokolls der Präsidiumssitzung nicht möglich sei, weil "dort Protokolle nicht geführt werden". Eine schriftliche Überlastungsanzeige sei nicht gefertigt worden. Sowohl dem Präsidium des Landgerichts als auch dem Oberlandesgericht Celle sei jedoch die Überlastung der Strafkammer bekannt, die die Eröffnung der 4

Hilfsstrafkammer notwendig gemacht habe. Vor der Beschlussfassung des Präsidiums habe er als dessen Vorsitzender darüber hinaus Gespräche mit dem Vorsitzenden und dem stellvertretenden Vorsitzenden der Strafkammer 3 geführt, in denen die Überlastung der Kammer nochmals dargelegt und erörtert worden sei.

In der Hauptverhandlung vom 26. Februar 2007 erhob der Angeklagte vor Einlassung zur Sache den Besetzungseinwand gemäß § 222b Abs. 1 StPO. Zur Begründung beanstandete er unter anderem den Übergang des Verfahrens von der ordentlichen Strafkammer 3 in die Zuständigkeit der Hilfsstrafkammer 3a und begründete die Rüge insoweit damit, dass weder ein Protokoll der Präsidiumssitzung noch eine Überlastungsanzeige des Vorsitzenden der ordentlichen Strafkammer 3 vorliege. Es sei daher nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Tatsachen das Präsidium die Einrichtung einer Hilfsstrafkammer meinte beschließen zu müssen. 5

Die Große Hilfsstrafkammer 3a wies den Besetzungseinwand in der Hauptverhandlung vom 12. März 2007 als unbegründet zurück. § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG ermächtige das Präsidium unter anderem dann zu einer Änderung des Geschäftsverteilungsplanes, wenn dies wegen Überlastung nötig werde. Ob ein Fall der Überlastung eingetreten sei, unterliege allein der Prüfung und Ermessensentscheidung des Präsidiums. Das Gesetz definiere den Begriff "Überlastung" nicht. Insbesondere setze es keine Überlastungsanzeige des betroffenen Spruchkörpers oder die Protokollierung der die Entscheidung vorbereitenden Beratung in der Präsidiumssitzung voraus. Dass Grundlage der "Anordnung (1/2007)" die Feststellung einer Überlastung der Strafkammer 3 gewesen sei, folge aus der Stellungnahme des Präsidenten vom 8. Februar 2007. 6

2. Die Besetzungsrüge ist zulässig erhoben. Sie ist weder wegen unzureichender Substantiierung des in der Hauptverhandlung erhobenen Besetzungseinwandes (§ 222b Abs. 1 Satz 2 StPO) nach § 338 Nr. 1 Buchst. b StPO präkludiert (s. unten 4. a)) noch hat der Beschwerdeführer die Anforderungen an die Begründung der Besetzungsrüge in der Revision (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) verfehlt (s. unten 4. b)). 7

Die Rüge ist auch begründet. Das Urteil kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil die erforderliche Dokumentation der Gründe fehlt, die das Präsidium zur Änderung der Geschäftsverteilung veranlasst haben, und deshalb nicht beurteilt werden kann, ob die Einrichtung der Hilfsstrafkammer 3a gesetzmäßig war oder ob der Angeklagte durch die Übertragung seines Verfahrens auf diese Strafkammer unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG seinem gesetzlichen Richter entzogen wurde. 8

a) Allerdings darf das Präsidium gemäß § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG die nach Abs. 1 Satz 1 dieser Bestimmung getroffenen Anordnungen im Laufe des Geschäftsjahres ändern, wenn dies wegen Überlastung eines Spruchkörpers nötig wird. Eine solche liegt vor, wenn über einen längeren Zeitraum ein erheblicher Überhang der Eingänge über die Erledigungen zu verzeichnen ist, sodass mit einer Bearbeitung der Sachen innerhalb eines angemessenen Zeitraumes nicht zu rechnen ist (vgl. Velten in SK-StPO § 21 e Rdn. 26) und sich die Überlastung daher als so erheblich darstellt, dass der Ausgleich nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres zurückgestellt werden kann (vgl. Kissel/Mayer, GVG 5. Aufl. § 21e Rdn. 112). Die Rechtsprechungstätigkeit der Gerichte wird immer wieder mit nicht vorhersehbaren Ereignissen und Entwicklungen konfrontiert. Derartige Umstände erfordern ein Eingreifen des Spruchkörpers oder des Präsidiums, um die Effizienz des Geschäftsablaufes zu erhalten oder wiederherzustellen. Eine nachträgliche Änderung der Geschäftsverteilung kann auch verfassungsrechtlich geboten sein, wenn nur auf diese Weise die Gewährung von Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit, insbesondere eine beschleunigte Behandlung von Strafsachen, erreicht werden kann. Das Beschleunigungsgebot lässt indes das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht vollständig zurücktreten. Vielmehr besteht Anspruch auf eine zügige Entscheidung durch diesen. Daher muss in derartigen Fällen das Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden (vgl. BVerfG NJW 2005, 2689, 2690 m. w. N.; Beschl. vom 18. März 2009 - 2 BvR 229/09). 9

b) Zu den vor diesem Hintergrund zulässigen und unter den genannten Voraussetzungen auch gebotenen Änderungsmaßnahmen des Präsidiums im Sinne von § 21e Abs. 3 GVG zählt auch die Einrichtung einer Hilfsstrafkammer. Dieser im Gesetz nicht erwähnte Spruchkörper darf nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. BGHSt 21, 260, 261) bei vorübergehender Überlastung eines ständigen Spruchkörpers für begrenzte Zeit errichtet werden (h.M.; aA Velten aaO § 21e Rdn. 44); er gehört nicht zu den "institutionellen" Kammern des Landgerichts und vertritt die ordentliche Strafkammer in solchen Geschäften, die diese infolge anderweitiger Inanspruchnahme nicht selbst erledigen kann (vgl. BGHSt 31, 389, 391). Die Regelung der mit der Errichtung einer Hilfsstrafkammer verbundenen Übertragung von Aufgaben der ordentlichen Strafkammer hat denselben Grundsätzen zu folgen, wie sonstige Änderungen im Sinne von § 21e Abs. 3 GVG; insbesondere ist auch insoweit das Abstraktionsprinzip zu beachten. Danach muss auch die Änderung des Geschäftsverteilungsplans die Aufgaben nach allgemeinen, sachlich-objektiven Merkmalen der Hilfsstrafkammer übertragen. Eine spezielle Zuweisung bestimmter einzelner Verfahren ist unzulässig (vgl. Kissel/Mayer aaO § 21 e Rdn. 99, 111). Nach diesen Maßstäben steht Art. 101 10

Abs. 1 Satz 2 GG einer Änderung der (funktionellen) Zuständigkeit auch für bereits anhängige Verfahren jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Neuregelung generell gilt, also etwa außer mehreren anhängigen Verfahren auch eine unbestimmte Vielzahl künftiger, gleichartiger Fälle erfasst, und nicht aus sachwidrigen Gründen geschieht (BVerfGE 24, 33, 54 f.; BVerfG NJW 2003, 345; 2005, 2689, 2690 m. w. N.). In Ausnahmefällen kann aber auch eine Änderung der Geschäftsverteilung zulässig sein, die der Hilfsstrafkammer ausschließlich bereits anhängige Verfahren überträgt, wenn nur so dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebot insbesondere in Haftsachen (s. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) angemessen Rechnung getragen werden kann (vgl. BGHSt 44, 161, 165 ff.; BVerfG Beschl. vom 29. März 2007 - 2 BvR 188/07 und vom 18. März 2009 - 2 BvR 229/09; noch offen gelassen in BVerfG NJW 2005, 2689, 2690). Gleichgültig, ob der Hilfsstrafkammer ausschließlich anhängige Verfahren oder daneben auch zukünftig eingehende Verfahren zugewiesen werden, muss jedoch jede Umverteilung während des laufenden Geschäftsjahres, die bereits anhängige Verfahren erfasst, geeignet sein, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen. Denn Änderungen der Geschäftsverteilung, die diesen Anforderungen nicht genügen, sind nicht im Sinne des § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG nötig und können vor allem vor Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Bestand haben (BVerfG NJW 2005, 2689, 2690).

c) Obwohl die Umverteilung von Geschäftsaufgaben auf eine Hilfsstrafkammer nach diesen Maßstäben grundsätzlich zulässig ist, birgt sie doch stets erhebliche Gefahren für das verfassungsrechtliche Gebot der Gewährleistung des gesetzlichen Richters in sich. Dies gilt in besonderem Maße bei Überleitung bereits bei der überlasteten ordentlichen Strafammer anhängiger Verfahren in die Zuständigkeit der Hilfsstrafkammer, weil dann schon eine anderweitige Zuständigkeit konkretisiert und begründet worden war. Daher ist es in solchen Fällen geboten, die Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern, zu dokumentieren und den Verfahrensbeteiligten - jedenfalls auf Verlangen - zur Kenntnis zu geben, um "dem Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung" entgegen zu wirken (vgl. BVerfG NJW 2005, 2689, 2690; Beschl. vom 18. März 2009 - 2 BvR 229/09). Eine solche Pflicht zur umfassenden, nachvollziehbaren Dokumentation und Darlegung der Gründe besteht auch dann, wenn neben der Umverteilung bereits anhängiger Verfahren auch zukünftig eingehende Sachen auf die Hilfsstrafkammer übertragen werden (vgl. hierzu einschränkend - nicht tragend - BGH - 2. Strafsenat - NSTZ 2007, 537; vgl. auch 5. Strafsenat in BGHR GVG § 21 e Abs. 3 Änderung 7; zur Begründungspflicht vgl. Kissel/Mayer aaO § 21e Rdn. 73 aE; Velten aaO § 21e Rdn. 30); denn auch bei einer derartigen Änderung der Geschäftsverteilung bedarf die Überleitung schon anhängiger Verfahren in eine neue Zuständigkeit besonderer Rechtfertigung. 11

Den sich danach ergebenden Anforderungen an die Begründung einer Änderung der Geschäftsverteilung nach § 21e Abs. 3 GVG, durch die eine Hilfsstrafkammer errichtet wird und dieser bereits bei einer ordentlichen Strafammer anhängige Verfahren zugewiesen werden, genügt die hier beanstandete Entscheidung des Präsidiums nicht. Dieses hat eine rechtzeitige Dokumentation der für die "Anordnung (1/2007)" maßgeblichen Gründe und Erwägungen völlig unterlassen. Deren revisionsrechtliche Überprüfung ist dem Senat daher nicht möglich. 12

3. Die Anforderungen an Inhalt und Umfang der gebotenen Dokumentation richten sich nach den Maßstäben, die für die revisionsgerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit eines derartigen Präsidiumsbeschlusses bestehen. Hierfür gilt: 13

a) Die revisionsrechtliche Überprüfung der Gesetzmäßigkeit einer Abänderung der Geschäftsverteilung im Laufe des Geschäftsjahres ist nicht ausgeschlossen, sondern grundsätzlich möglich (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 3, 353 ff.; 44, 161, 165, 170; Kissel/Mayer § 16 Rdn. 50 ff., § 21e Rdn. 120). Sie beschränkt sich bei Errichtung einer Hilfsstrafkammer nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings darauf, ob der neue Spruchkörper in gesetzmäßiger Weise vom Präsidium errichtet worden ist und ob die für die Bildung der Hilfsstrafkammer als Grund angegebenen Tatsachen den Rechtsbegriff der (vorübergehenden) Überlastung erfüllen (vgl. Kuckein in KK 6. Aufl. § 338 Rdn. 30 m. w. N.). Auf die Tatsachen, die zu der Änderung geführt haben, sowie darauf, ob die ordentliche Strafammer tatsächlich überlastet war, erstreckt sich die Prüfung hingegen nicht (vgl. BGHR GVG § 21e Abs. 3 Änderung 4; Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 338 Rdn. 22). Der Nachprüfung durch das Revisionsgericht sind danach enge Grenzen gesetzt (vgl. BGHR GVG § 21e Hilfsstrafkammer 1 m. w. N.). Dies wird aus der eigenverantwortlichen Stellung des Präsidiums als Gremium verwaltungsunabhängiger Selbstorganisation der Gerichte und aus der Besonderheit der ihm übertragenen Aufgaben hergeleitet. Daraus folge, dass der Beurteilung durch das Präsidium wegen der Notwendigkeit flexibler, an die konkrete Situation angepasster und auf wesentliche Veränderungen zeitnah reagierender Entscheidungen schon deshalb ein gewisser Vorrang zukommen müsse, weil es über Entscheidungsgrundlagen verfüge, die dem sachverhaltsferneren Revisionsgericht durch dienstliche Äußerungen und andere Mittel des Beweises nur unvollkommen vermittelt werden könnten. Hinzu komme, dass die Entscheidungen über die Geschäftsverteilung wesentlich von der Bewertung zukünftiger Entwicklungen insbesondere im Geschäftsfall bestimmt seien und solche vorausschauenden Beurteilungen ihrer Natur nach eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle nicht zuließen. Aus diesen Gründen sei die Regelung der Geschäftsverteilung, soweit es an bindenden rechtlichen Vorgaben fehle, dem pflichtgemäßen Ermessen des Präsidiums zu überlassen. Im Bereich rechtlicher Einzelnormierung müsse den dargelegten Besonderheiten dadurch Rechnung getragen werden, dass dem 14

Präsidium bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ein weiter Beurteilungsspielraum zugebilligt werde. Um einen solchen unbestimmten Rechtsbegriff handele es sich bei der Voraussetzung vorübergehender Überlastung der ordentlichen Strafkammer, von der die Einrichtung einer Hilfsstrafkammer abhängt. Ein durchgreifender Rechtsmangel sei daher erst dann begründet, wenn offen zu Tage liege, dass die Entscheidung über die Bildung der Hilfsstrafkammer und/oder die damit verbundene Zuweisung von Geschäften an diese als objektiv willkürlich zu bewerten sei (vgl. Bredling in Löwe/Rosenberg aaO § 21e GVG Rdn. 45).

b) Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 16. Februar 2005 (NJW 2005, 2689, 2690) ausgeführt, dass es bei der Prüfung, ob in einem bestimmten Verfahren dem grundrechtsgleichen Anspruch des Betroffenen auf Gewährleistung des gesetzlichen Richters genügt worden sei, zwar die Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen grundsätzlich nur beanstandet, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erschienen und offensichtlich unhaltbar - mithin willkürlich - seien. Jedoch sei dies anders, wenn nicht die fehlerhafte Auslegung oder Anwendung einer Zuständigkeitsregel (etwa eines Geschäftsverteilungsplans oder der Voraussetzungen des § 21e Abs. 3 GVG) durch das Gericht, sondern die Verfassungsmäßigkeit der Regelung im Geschäftsverteilungsplan, die der Rechtsanwendung zugrunde liege, betroffen sei. An die verfassungsrechtliche Überprüfung der Umverteilung von bereits anhängigen Verfahren durch das Präsidium müsse vielmehr ein Kontrollmaßstab angelegt werden, der über eine reine Willkürprüfung hinausgehe und in den Fällen der nachträglichen Zuständigkeitsänderung jede Rechtswidrigkeit einer solchen durch das Präsidium getroffenen Regelung im Geschäftsverteilungsplan erfasse.

c) Es liegt auf der Hand, dass der Maßstab der Fachgerichte bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Änderung der Geschäftsverteilung nach § 21e Abs. 3 GVG und hier damit derjenige des Senats bei der revisionsrechtlichen Beurteilung der Einrichtung der Hilfsstrafkammer 3a sowie der Umverteilung von Strafverfahren an diese aufgrund der Besetzungsrüge kein abweichender sein kann. Denn ansonsten fände die Überprüfung der Präsidiumsentscheidung nach den verfassungsrechtlich vorgegebenen Beurteilungskriterien erst in einem vom Angeklagten eventuell angestrebten Verfassungsbeschwerdeverfahren statt. An dem eingeschränkten Maßstab einer reinen Willkürprüfung kann daher insoweit nicht festgehalten werden.

Dies wirkt jedoch zurück auf die Anforderungen an den Inhalt der Dokumentation eines Präsidiumsbeschlusses über die Errichtung einer Hilfsstrafkammer und die Übertragung (auch) bereits anderweitig anhängiger Sachen auf diese. Der Beschluss muss so detailliert begründet sein, dass eine Prüfung seiner Rechtmäßigkeit nach den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Maßstäben möglich ist (s. näher BVerfG NJW 2005, 2689, 2690 f.).

d) Diese Dokumentation muss im erforderlichen Umfang grundsätzlich schon zum Zeitpunkt der Präsidiumsentscheidung vorliegen. Denn sie dient nicht nur der notwendigen Unterrichtung der Präsidiumsmitglieder über die Gründe für die geplante Änderung des Geschäftsverteilungsplans, sondern bildet für diese auch die erforderliche umfassende Entscheidungsgrundlage. Die Ermittlung und Niederlegung aller bedeutsamen Umstände zu diesem Zeitpunkt stellt sicher, dass die Entscheidung des Präsidiums auf dem aktuellen Stand der Belastungssituation der ordentlichen Strafkammer und der übrigen bedeutsamen Umstände beruht. Ferner ist die Dokumentation der Gründe der Umverteilung von Verfahren zu diesem Zeitpunkt am besten geeignet, gegenüber allen Verfahrensbeteiligten dem "Anschein der Willkürlichkeit" entgegenzuwirken. Schließlich können die zur Erhebung des Besetzungseinwands nach § 222b Abs. 1 StPO Berechtigten nur bei Vorliegen der Änderungsgründe auf tragfähiger sachlicher Grundlage sowie rechtzeitig entscheiden, ob die Besetzung des erkennenden Gerichts ordnungsgemäß ist oder ob es Umstände gibt, die einen Besetzungseinwand rechtfertigen (s. näher unten 4. a)).

e) Die Dokumentation der Änderungs- und Umverteilungsgründe muss jedenfalls spätestens in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in dem in einer der in die Zuständigkeit der Hilfsstrafkammer fallenden Sachen über einen (zulässig erhobenen) Besetzungseinwand nach § 222b Abs. 2 StPO sachlich zu entscheiden ist. Unabhängig davon, dass bei Fehlen einer Begründung der Änderung zum Zeitpunkt des Präsidiumsbeschlusses eine verlässliche Rekonstruktion der tatsächlichen Gründe für die Errichtung der Hilfsstrafkammer mit zunehmendem Zeitablauf immer schwieriger wird, ergibt sich dies aus dem Sinn und Zweck der für die erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht und Oberlandesgericht bestehenden Rügepräklusion; denn mit den durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 vom 5. Oktober 1978 (BGBl I S. 1645) eingeführten Präklusionsvorschriften der § 222b Abs. 1, § 338 Nr. 1 StPO wollte der Gesetzgeber erreichen, dass Besetzungsfehler bereits in einem frühen Verfahrensstadium erkannt und geheilt werden, um zu vermeiden, dass ein möglicherweise mit großem justiziellem Aufwand zustande gekommenes Urteil allein wegen eines derartigen Besetzungsfehlers im Revisionsverfahren aufgehoben und in der Folge die gesamte Hauptverhandlung - mit erheblichen Mehrbelastungen sowohl für die Strafjustiz als auch für den Angeklagten - wiederholt werden muss (vgl. BGH NJW 2003, 2545, 2546 unter Hinweis auf die Begründung des Entwurfs BTDrucks. 8/976 S. 25 ff.). Deshalb wurde ein Zwischenverfahren über die gegen die Besetzung erhobenen Beanstandungen geschaffen, um der Gefahr einer Ausuferung der Besetzungsrügen entgegenzuwirken und sie auf das

verfassungsrechtlich gebotene Maß zurückzuführen (vgl. Kissel/Mayer aaO § 16 Rdn. 60; Schlüchter in SK-StPO § 222b Rdn. 1). Soll dieses Zwischenverfahren effektiv sein und seinen vom Gesetzgeber bestimmten Sinn und Zweck erfüllen, bereits zu Beginn der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und nicht erst in der Revisionsinstanz zu klären, ob das erkennende Gericht vorschriftsmäßig besetzt ist, so müssen die Rügeberechtigten, die hinsichtlich des Einwands besonderen Begründungspflichten unterworfen sind, wie auch das nach § 222b Abs. 2 StPO über den Einwand entscheidende Gericht in der Lage sein, anhand der maßgeblichen Tatsachen zu beurteilen, ob Besetzungsmängel vorhanden sind (vgl. Gollwitzer in Löwe/Rosenberg aaO § 222b Rdn. 25).

All dies erfordert im Falle der Änderung der Geschäftsverteilung wegen Überlastung eines Spruchkörpers im Sinne des § 21e Abs. 3 StPO, insbesondere bei Umverteilung (auch) bereits anhängiger Verfahren eine Begründung der Anordnung zugleich mit dem maßgeblichen Beschluss des Präsidiums. Etwaige Begründungsmängel können spätestens bis zur Entscheidung über einen erhobenen Besetzungseinwand gemäß § 222b StPO behoben werden, sofern der zunächst einer umfassenden Begründung ermangelnde Änderungsbeschluss des Präsidiums durch eine ausführliche, alle Gründe für die Umverteilung dokumentierende Begründung in einem ergänzenden Beschluss des Präsidiums bestätigt wird, so dass der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt einen berechtigten Anlass zu der Annahme hatte, die Gerichtszuständigkeit sei zu seinen Lasten manipuliert worden (vgl. BVerfG, Beschl. vom 18. März 2009 - 2 BvR 229/09).

Daran gemessen war die vom Präsidenten des Landgerichts in seinem Schreiben an den Verteidiger vom 8. Februar 2007 vor Beginn der Hauptverhandlung erteilte Auskunft zwar noch rechtzeitig; indes war sie nach ihrem sachlichen Gehalt nicht geeignet, die Prüfung der Änderung der Geschäftsverteilung nachträglich zu ermöglichen. Das Schreiben enthielt lediglich die Behauptung einer - nur innerhalb der Justiz bekannten - Überlastung der Strafkammer 3 zum Zeitpunkt des Präsidiumsbeschlusses, belegte diese jedoch nicht mit Tatsachen. Gleiches gilt für die Mitteilung des Landgerichtspräsidenten, dass er vor der Einrichtung der Hilfsstrafkammer 3a mit dem Vorsitzenden und dem stellvertretenden Vorsitzenden der ordentlichen Strafkammer 3 Gespräche geführt habe, in denen die Überlastung der Kammer nochmals dargelegt und erörtert worden sei. Die erforderliche Dokumentation der Gründe des Präsidiumsbeschlusses wurde somit auch nicht rechtzeitig nachgeholt.

4. Aus all dem folgt für die Entscheidung über die Besetzungsrüge:

a) Da der Angeklagte mit seinem in der Hauptverhandlung rechtzeitig erhobenen Besetzungseinwand alle Tatsachen vorgebracht hat, die ihm zu den Hintergründen der Errichtung der Hilfsstrafkammer 3 a zugänglich waren, hat er die ihm gemäß § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO insoweit obliegende Vortragslast erfüllt und ist daher mit der Besetzungsrüge nicht nach § 338 Nr. 1 Buchst. b StPO präkludiert. Weiteres musste er nicht darlegen; insbesondere war er mangels jeder Dokumentation der für die "Anordnung (1/2007)" maßgeblichen Gründe nicht gehalten, seinerseits die Tatsachen vorzutragen, die die Hilfsstrafkammer benötigte, um die Rechtmäßigkeit dieser Anordnung und damit ihre eigene Zuständigkeit sowie die Berechtigung des Besetzungseinwands inhaltlich prüfen zu können.

Das auf den Besetzungseinwand in den erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten eröffnete Zwischenverfahren dient dazu, die Prüfung und Beanstandung der Gerichtsbesetzung auf den von § 222b Abs. 1 Satz 1 StPO beschriebenen Zeitpunkt vorzulegen, damit ein Fehler rechtzeitig aufgedeckt und gegebenenfalls geheilt wird. Damit wird auch dem Recht des Angeklagten, sich nur vor seinem gesetzlichen Richter verantworten zu müssen, besser Rechnung getragen, als wenn er darauf verwiesen würde, dieses Recht erst mit der Revision geltend zu machen. Ist jedoch der Einwand der vorschriftswidrigen Besetzung zur Wahrung der entsprechenden Revisionsrüge zu Beginn der Hauptverhandlung zu erheben, so muss rechtlich und faktisch auch die Möglichkeit zur Prüfung der Besetzung vor der Verhandlung bestehen, da andernfalls die Rechte der Prozessbeteiligten und insbesondere des Angeklagten in nicht hinnehmbarer Weise verkürzt würden. Ihm ist daher - jedenfalls auf sein Verlangen - die insoweit erforderliche Tatsachenkenntnis zu verschaffen, nicht etwa muss er diese Tatsachen selbst ermitteln. Denn aus dem Grundsatz einer rechtsstaatlichen, fairen Verfahrensführung folgt, dass ihm eine effektive Überprüfung der Besetzung ermöglicht werden muss, und dass die Präklusionswirkung des nicht vollständig erhobenen Einwandes für das Revisionsverfahren nur so weit reichen darf, wie diese Möglichkeit gewährt worden ist. Hieraus ergibt sich, dass in den in Betracht kommenden Fällen eine Pflicht zur Mitteilung der Gerichtsbesetzung und zur Information über die hierfür maßgebenden Gründe besteht sowie ein ausreichend bemessener Zeitraum gewährt werden muss (vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs BTDrucks. 8/976 S. 26).

Da hier die Gründe, die für die Einrichtung der Hilfsstrafkammer 3a bestimmend waren, nicht dokumentiert worden sind, war es dem Angeklagten unmöglich, die Ordnungsmäßigkeit der Besetzung des erkennenden Gerichts auch nur im Ansatz zu überprüfen. Damit konnte er nicht beurteilen, ob ein Besetzungseinwand berechtigt war oder für seine Erhebung kein Anlass bestand. Demgemäß war er entweder darauf verwiesen, die Wahrung seines Rechts auf den

gesetzlichen Richter in der ersten Instanz ungeprüft zu lassen - was die Präklusion seiner erst im Revisionsverfahren geltend gemachten Besetzungsrüge zur Folge gehabt hätte - oder den Besetzungseinwand - wie geschehen - vorsorglich und "ins Blaue hinein" zu erheben. Zwar war er dabei nicht in der Lage, diesen Einwand in der vorgeschriebenen Art und Weise zu begründen; denn hierzu hätte er die Fehlerhaftigkeit der Besetzung substantiiert behaupten, also anhand von Tatsachen schlüssig darlegen (§ 222b Abs. 1 Satz 2 StPO), sowie alle Beanstandungen gleichzeitig vorbringen müssen (§ 222b Abs. 1 Satz 3 StPO; vgl. Gollwitzer aaO § 222b Rdn. 17, 18; Schlüchter aaO § 222a Rdn. 1). Dies kann jedoch aus den dargelegten Gründen nicht zu seinen Lasten gehen. Da ihm keine Dokumentation über die Gründe für die Änderung der Geschäftsverteilung zur Verfügung stand, durfte er sich zur Begründung des Besetzungseinwands daher auf die Beanstandung beschränken, dass mangels vorhandener Unterlagen nicht nachzuvollziehen sei, aufgrund welcher Tatsachen das Präsidium die Hilfsstrafkammer eingerichtet hat. Das aus § 222a Abs. 3 StPO folgende Recht auf Einsicht in die Besetzungsunterlagen änderte hieran nichts, weil es - worauf der Präsident in seinem Schreiben an den Verteidiger hingewiesen hatte - eine Niederlegung der Gründe für die Umverteilung der Geschäfte nicht gab.

Demgegenüber kann vom Angeklagten nicht verlangt werden, dass er über die eingeholten Mitteilungen der Justizverwaltung hinaus selbst ermitteln müsse, ob die Errichtung einer Hilfsstrafkammer und die Zuweisung der Geschäfte an diese ordnungsgemäß waren. Das gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - jede Dokumentation zu der entsprechenden Entscheidung des Präsidiums fehlt. Denn dies würde bedeuten, dass dem Angeklagten die Pflicht auferlegt würde, selbst die gesamte Belastungssituation der ordentlichen Strafkammer in allen Einzelheiten zu erforschen und die insoweit maßgeblichen Tatsachen festzustellen. Dies wäre - falls es überhaupt gelingen könnte - mit einem enormen Aufwand verbunden und würde etwa auch die Einsicht in verfahrensfremde Akten sowie alle sonstige interne Unterlagen der als überlastet angesehenen Strafkammer, wie zum Beispiel Verhandlungskalender und Terminierungspläne erfordern. Solch umfangreiche Ermittlungen sind einem Angeklagten - zumal innerhalb der regelmäßig kurzen Zeit zwischen der Mitteilung der Gerichtsbesetzung und dem Beginn der Hauptverhandlung sowie ungeachtet der Frage, ob entsprechende Einsichtsrechte überhaupt bestünden - jedenfalls nicht zuzumuten und in der Regel tatsächlich auch gar nicht möglich. Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn eine Begründung der Änderung der Geschäftsverteilung vorliegt und zusätzlich nur wenige einzelne Umstände ermittelt und vorgetragen werden müssen (vgl. BGHSt 44, 161, 163 f.), braucht hier nicht entschieden zu werden. 26

b) Für die aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO folgende Vortragslast des Angeklagten zur Begründung der Besetzungsrüge in der Revision gilt das Entsprechende. Ist eine Dokumentation der Gründe für die Änderung der Geschäftsverteilung nicht vorhanden und hat der Angeklagte auf seinen Besetzungseinwand keine weitergehenden Informationen erhalten, so kann er auch die im Revisionsverfahren erhobene (nicht präkludierte) Besetzungsrüge nur ebenso pauschal ausführen, wie seinen Besetzungseinwand. Vom Angeklagten zu verlangen, dass er für das Revisionsverfahren darüber hinaus alle Tatsachen ermitteln (und vortragen) müsse, die eine nicht ordnungsgemäße Besetzung der Hilfsstrafkammer belegen, würde die aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO folgenden Pflichten überspannen (vgl. BVerfG StV 2006, 57; StraFo 2005, 512 m. w. N.; Beschl. vom 10. März 2009 - 2 BvR 49/09). 27

c) Die vom Senat zu den Gründen der Errichtung der Hilfsstrafkammer eingeholten dienstlichen Stellungnahmen des Präsidenten des Landgerichts und des damaligen Vorsitzenden der ordentlichen Strafkammer 3 können nicht herangezogen werden, um die vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts nachträglich zu belegen. Denn aus dem dargelegten Sinn und Zweck der Rügepräklusion nach § 222b Abs. 1, § 338 Nr. 1 StPO folgt, dass jedenfalls dann, wenn jede Dokumentation der Gründe für die Errichtung einer Hilfsstrafkammer und die Übertragung bereits anderweit anhängiger Verfahren in deren Zuständigkeit unterblieben ist, ein Nachschieben von Gründen nach der Entscheidung über den Besetzungseinwand unbeachtlich ist und insbesondere einer mit der Revision erhobenen Besetzungsrüge nicht mehr den Boden entziehen kann. Vielmehr greift diese ohne weiteres durch. Denn in diesem Fall muss auch der im Revisionsverfahren herrschende Grundsatz zurückstehen, dass nur ein bewiesener Verfahrensmangel zur Aufhebung eines Urteils führen kann (vgl. Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 337 Rdn. 10). Hierzu gilt: 28

Im Allgemeinen sind die zu einer Besetzungsrüge vorgebrachten Tatsachenbehauptungen, die nicht durch den Inhalt des Protokolls bewiesen werden können (§ 274 StPO), zwar der Überprüfung durch das Revisionsgericht im Wege des Freibeweises zugänglich (vgl. Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl. Rdn. 295 ff., 298). Eine abweichende Beurteilung ist aber dann geboten, wenn im Revisionsverfahren erstmals die auch dem Revisionsführer bisher unbekannteten Tatsachen in vollem Umfang ermittelt werden müssten, die für die Beurteilung der Zuständigkeit des erstinstanzlich erkennenden Spruchkörpers maßgeblich sind, und dadurch der Regelungszweck der § 222b Abs. 1, § 338 Nr. 1 StPO konterkariert würde. Hierfür ist auch von Belang, dass das Revisionsverfahren zur Ermittlung der Hintergründe der regelmäßig schon länger zurückliegenden Präsidiumsentscheidungen denkbar ungeeignet ist, weil eine exakte Aufklärung der entsprechenden Umstände wegen des erheblichen Zeitablaufs kaum geleistet werden kann. Aus diesem Grund könnten die Durchführung des Freibeweisverfahrens und die Heranziehung seiner Erkenntnisse im 29

Übrigen darauf hinauslaufen, dass sich die Nachlässigkeit des Präsidiums im Ergebnis zu Lasten des Beschwerdeführers auswirkt. Denn führten die freibeweislichen Erhebungen nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, so bliebe der gerügte Besetzungsmangel unbewiesen mit der Folge, dass - verfassungsrechtlich unbedenklich - von einer ordnungsgemäßen Besetzung auszugehen wäre (vgl. Meyer-Goßner aaO § 337 Rdn. 12). Danach ist es im vorliegenden Fall letztlich ohne Belang, ob die Besetzung des erkennenden Gerichts tatsächlich nicht vorschriftsmäßig im Sinne von § 338 Nr. 1 StPO war. Der Senat weist daher nur ergänzend darauf hin, dass auch der Inhalt der von ihm eingeholten dienstlichen Erklärungen nach den aufgezeigten Maßstäben die Rechtmäßigkeit der "Anordnung (1/2007)" zur Errichtung der Hilfsstrafkammer und Umverteilung von Strafverfahren nicht belegt.

Ob das Freibeweisverfahren in der Revision durchzuführen ist und dadurch erlangte Erkenntnisse heranzuziehen sind, wenn eine vorhandene Dokumentation nur punktuell zu ergänzen ist (vgl. BGHSt 44, 161), kann der Senat wiederum offen lassen. 30

d) Die Sache bedarf somit neuer Verhandlung und Entscheidung. 31