



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 174/09

vom
4. August 2009
in der Strafsache
gegen

wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts am 4. August 2009 gemäß § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kiel vom 30. September 2008 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels und die den Nebenklägerinnen hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in 17 Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Erwerb, Besitz und Verbreitung kinderpornographischer Schriften, sowie wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in 14 Fällen, Besitzes kinderpornographischer Schriften in zwei Fällen und Verbreitung pornographischer Schriften in sechs Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Weiter hat es den Angeklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes an die Nebenklägerinnen verurteilt und seine weitere Schadenersatzpflicht gegenüber zwei der Nebenklägerinnen dem Grunde nach festgestellt.
- 2 Hiergegen wendet sich die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat mit der Verfahrensrüge Erfolg; auf die Sachrüge kommt es daher nicht an.

I.

3 Mit Recht beanstandet der Beschwerdeführer die nicht vorschriftsmäßige
Besetzung des erkennenden Gerichts (§ 338 Nr. 1 StPO).

4 1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

5 a) Die Staatsanwaltschaft klagte den in Untersuchungshaft befindlichen
Beschwerdeführer am 13. August 2007 zur Jugendschutzkammer an. Nach
dem Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts für 2007 war für die Verhand-
lung und Entscheidung die 2. Große Strafkammer zuständig. Diese setzte den
Haftbefehl gegen den Beschwerdeführer am 2. Oktober 2007 außer Vollzug.
Der Geschäftsverteilungsplan für 2008 behielt ihre Zuständigkeit bei.

6 Am 13. März 2008 zeigte die 2. Große Strafkammer ihre Überlastung an.
Sie werde nicht in der Lage sein, einige ältere Verfahren in absehbarer Zeit zu
terminieren, darunter auch erstinstanzliche Sachen, in denen Haftbefehle außer
Vollzug gesetzt worden seien. Nahezu ständig verhandle sie mehrere umfang-
reiche Haftsachen nebeneinander. In vier Verfahren habe sie derzeit Termin auf
Anfang April 2008 bestimmt mit Verhandlungstagen über den gesamten Monat
hinweg; in zwei dieser Verfahren müsse darüber hinaus bis Ende Juni bzw. Juli
2008 verhandelt werden. Der Eingang zweier weiterer Haftsachen sei zu erwar-
ten.

7 Hierauf beschloss das Präsidium des Landgerichts am 28./29. April
2008:

"Zur Entlastung der 2. gr. Strafkammer (Jugend- und Jugend-
schutzkammer I) wird mit Wirkung vom 1. 5. 2008 eine

gr. Hilfsstrafkammer gebildet, welche die Bezeichnung 20. gr. Hilfsstrafkammer (Jugend- und Jugendschutzkammer III) erhält.

Die 20. gr. Hilfsstrafkammer bearbeitet alle in den Jahren 2006 und 2007 bei der 2. gr. Strafkammer eingegangenen und noch nicht terminierten zweitinstanzlichen Jugendschutzsachen."

- 8 b) Am 9. Mai 2008 setzte die 2. Große Strafkammer den Haftbefehl gegen den Beschwerdeführer wieder in Vollzug. Das Präsidium befasste sich am 30. Mai 2008 erneut mit deren Belastung und beschloss:

"Die 20. gr. Hilfsstrafkammer bearbeitet alle bis zum 31. 12. 2007 eingegangenen erstinstanzlichen Verfahren der 2. gr. Strafkammer, in denen zur Zeit Untersuchungshaft vollzogen wird und in denen noch kein Termin zur Hauptverhandlung bestimmt worden ist."

- 9 Der Beschluss betraf nur das gegenständliche Verfahren. Nach dessen Abgabe durch die 2. Große Strafkammer bestimmte die 20. Hilfsstrafkammer Termin zur Hauptverhandlung auf den 3. September 2008 mit Folgetagen.

- 10 Über den Wortlaut der vorgenannten Beschlüsse hinaus enthalten die Akten des Präsidiums nur die Überlastungsanzeige vom 13. März 2008. Der Präsident des Landgerichts teilte dem Beschwerdeführer am 28. August 2008 auf Anfrage mit, die Beschlüsse beruhten auf "einer vorübergehenden Überlastungssituation der 2. großen Strafkammer im Frühjahr 2008, die vor allem auf ein Großverfahren zurückzuführen gewesen ist".

- 11 c) In der Hauptverhandlung am 3. September 2008 erhob der Beschwerdeführer vor seiner Einlassung zur Sache den Besetzungseinwand gemäß § 222 b Abs. 1 StPO. Mit der Zuweisung des Verfahrens an die 20. Hilfsstraf-

kammer habe ihn das Präsidium seinem gesetzlichen Richter, der 2. Großen Strafkammer, entzogen. Mangels ausreichender Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen erwecke der Beschluss vom 30. Mai 2008 den Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung. Es werde nicht ersichtlich, ob seine erneute Inhaftierung die 2. Große Strafkammer in eine Lage brachte, in der rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen absehbar waren, gegebenenfalls, ob die Einzelzuweisung seines Verfahrens an die 20. Hilfsstrafkammer geeignet war, dem abzuhelfen.

12 Die 20. Hilfsstrafkammer wies den Besetzungseinwand in der Hauptverhandlung am 16. September 2008 als unbegründet zurück. Ein Geschäftsverteilungsplan könne auch während des laufenden Geschäftsjahres geändert werden, wenn dies wegen Überlastung eines Spruchkörpers notwendig werde. Die Überlastungsanzeige vom 13. März 2008, die beiden Präsidiumsbeschlüssen zugrunde liege, belege diese Notwendigkeit. Noch bevor die am 28./29. April 2008 beschlossene Entlastung gegriffen habe, sei das gegenständliche Verfahren unvorhersehbar zur drängenden Haftsache geworden, was weitere Maßnahmen erfordert habe. Beide Beschlüsse seien erkennbar von dem Bemühen getragen, einen ausgewogenen Ausgleich zwischen Beschleunigung und dem Prinzip des gesetzlichen Richters zu finden. Dass das Präsidium sachfremde Ziele verfolgt hätte, werde nicht ersichtlich.

13 2. Die Rüge hat Erfolg.

14 a) Sie ist zulässig, denn sie ist weder wegen unzureichender Substantiierung des in der Hauptverhandlung rechtzeitig erhobenen Besetzungseinwands präkludiert (§§ 222 b Abs. 1 Satz 2, 338 Nr. 1 Buchst. b StPO) noch verfehlt sie die Anforderungen an ihre Begründung in der Revision (§ 344 Abs. 2 Satz 2

StPO). Der Beschwerdeführer hat die Überlastungsanzeige, die Präsidiumsbeschlüsse und die ihm vom Präsidenten des Landgerichts hierzu erteilte Auskunft jeweils im Wortlaut mitgeteilt. Er hat damit alle Umstände vorgebracht, die ihm zu den Hintergründen der Übertragung des Verfahrens auf die Hilfsstrafkammer zugänglich waren. Seinerseits weitergehende Tatsachen zu ermitteln und so substantiiert vorzutragen, dass der Präsidiumsbeschluss vom 30. Mai 2008 auf seine materielle Rechtmäßigkeit überprüft werden kann, war er in Anbetracht der Begründungspflicht des Präsidiums hier nicht gehalten (BGH, Urt. vom 9. April 2009 - 3 StR 376/08 - Rdn. 23 ff., 27).

15 b) Die Besetzungsrüge ist auch begründet.

16 aa) Gemäß § 21 e Abs. 3 Satz 1 GVG darf das Präsidium die nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift 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 und sich die Überlastung daher als so erheblich darstellt, dass der Ausgleich nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres zurückgestellt werden kann (BGH aaO Rdn. 9 m. w. N.). 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 ei-

ner funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden (BVerfG NJW 2005, 2689, 2690; 2009, 1734 f.).

17 Zu den vor diesem Hintergrund zulässigen und unter den genannten Voraussetzungen auch gebotenen Änderungsmaßnahmen des Präsidiums im Sinne von § 21 e Abs. 3 GVG zählt auch die Einrichtung einer Hilfsstrafkammer (BGH aaO Rdn. 10). Die mit der Errichtung einer Hilfsstrafkammer verbundene Übertragung von Aufgaben der ordentlichen Strafammer hat aber denselben Grundsätzen zu folgen, die für Regelungen der Geschäftsverteilung schlechthin gelten. Insbesondere ist auch insoweit das Abstraktionsprinzip zu beachten, das die Zuweisung von Aufgaben nach allgemeinen, sachlich-objektiven Merkmalen fordert. Eine spezielle Zuweisung bestimmter einzelner Verfahren ist unzulässig. Nach diesen Maßstäben steht Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG einer Änderung des zuständigen Spruchkörpers 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 (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 2. Halbs., Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) angemessen Rechnung getragen werden kann (BVerfG NJW 2009, 1734, 1735). 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 § 21 e Abs. 3 Satz 1 GVG nötig und können vor Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Bestand haben (BVerfG NJW 2005, 2689, 2690).

18 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 Strafkammer 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 (BVerfG NJW 2005, 2689, 2690; 2009, 1734, 1735). Der Präsidiumsbeschluss muss so detailliert begründet sein, dass eine Prüfung seiner Rechtmäßigkeit möglich ist; von Verfassungs wegen sind Regelungen der Zuständigkeit, anders deren Anwendung, nicht lediglich am Maßstab der Willkür, sondern auf jede Rechtswidrigkeit hin zu überprüfen (BVerfG NJW 2005, 2689, 2690 f.; BGH aaO Rdn. 17).

19 bb) Diesen Anforderungen wird der Präsidiumsbeschluss vom 30. Mai 2008 nicht gerecht.

20 Dahinstehen kann, ob der Beschluss des Präsidiums vom 28./29. April 2008, durch den die 20. Hilfsstrafkammer errichtet wurde, in der Überlastungsanzeige der 2. Großen Strafkammer vom 13. März 2008 eine hinreichend do-

kumentierte Begründung findet. Jedenfalls fehlt eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Dokumentation der Gründe, die für den Präsidiumsbeschluss vom 30. Mai 2008, mithin für die Übertragung des gegenständlichen Verfahrens auf die Hilfsstrafkammer, maßgeblich waren. Die Überprüfung, ob dieser Beschluss rechtmäßig war, ist deshalb nicht möglich.

21 Ob der Beschluss stillschweigend auf die Überlastungsanzeige vom 13. März 2008 Bezug nimmt, kann ebenfalls offen bleiben. Schon nach ihrem Inhalt bietet diese Anzeige keine Erklärung dafür, dass die 2. Große Strafkammer trotz der am 28./29. April 2008 beschlossenen Entlastung nicht in der Lage war, das gegenständliche Verfahren innerhalb einer dem Beschleunigungsgebot genügenden Zeitspanne zu verhandeln. Sie legt vielmehr nahe, dass am 30. Mai 2008 zwei der ab Anfang April 2008 verhandelten Sachen bereits abgeschlossen waren und der Abschluss der beiden anderen in wenigen Wochen bevorstand. Ungewiss bleibt, ob die erwarteten weiteren Haftsachen eingegangen waren und welchen Umfang sie gegebenenfalls hatten. Damit kann auch nicht beurteilt werden, ob die Übertragung des Verfahrens auf die 20. Hilfsstrafkammer ungeachtet der drei Monate, die noch bis zum Beginn der Hauptverhandlung verstrichen, geeignet war, das Verfahren zu beschleunigen.

22 Zwar kann das Präsidium bis zur Entscheidung über einen nach § 222 b StPO erhobenen Besetzungseinwand Mängel in der Begründung seines Beschlusses beheben, indem es diesen durch ergänzenden, die Gründe für die Umverteilung dokumentierenden Beschluss bestätigt (BGH aaO Rdn. 20). Auch wenn die Auskunft des Präsidenten des Landgerichts vom 28. August 2008 auf einem solchen ergänzenden Beschluss beruht haben sollte, ermöglichte sie indes ebenso wenig wie die Überlastungsanzeige eine Überprüfung der Maßnahme auf ihre Rechtmäßigkeit. Mit der Anzeige im Ergebnis übereinstimmend

offenbart sie lediglich eine vorübergehende Überlastung der 2. Großen Strafkammer im Frühjahr 2008.

23 Nach alledem bedarf es keiner näheren Erörterung, ob die Besetzungsrüge allein auch unter dem Aspekt Erfolg haben müsste, dass es sich bei der Übertragung der vorliegenden Sache auf die 20. Hilfsstrafkammer um eine unzulässige Einzelzuweisung handelte.

II.

24 Für die neue Hauptverhandlung geben die Urteilsgründe Anlass zu folgenden Hinweisen:

25 Fälle A 1 und 2: Besitz nach § 184 b Abs. 4 Satz 2 StGB tritt hinter die in der Herstellung liegende Besitzverschaffung gemäß Satz 1 zurück (BGH NSTZ 2009, 208).

26 Fall B 1: Werden die gefertigten Bilder Personen unter 18 Jahren zugänglich gemacht (Fälle C 4, C 5, D 17, E 1), liegt darin ein Verbreiten nach § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB; hiervon wird Nr. 8 dieser Vorschrift verdrängt (Fischer, StGB 56. Aufl. § 184 Rdn. 46).

27 Fall B 2: Schwere sexueller Missbrauch von Kindern nach § 176 a Abs. 3 StGB setzt die Absicht des Täters voraus, die Tat zum Gegenstand einer pornographischen Schrift zu machen, die nach § 184 b Abs. 1 bis 3 StGB verbreitet werden soll. Ein Verbreiten im Sinne von § 184 b Abs. 1 Nr. 1 StGB ist bei der Weitergabe (je) eines einzelnen Exemplars der Schrift nur gegeben, wenn der Täter zumindest damit rechnet, dass das Werk im Anschluss einer

größeren, nicht mehr kontrollierbaren Zahl von Personen zugänglich gemacht werde (BGHSt 19, 63, 71); die regelmäßig ohnehin bestehende abstrakte Gefahr der Weitergabe durch den Dritten genügt nicht. Sollte dies in der neuen Hauptverhandlung nicht festgestellt werden können, könnte eine Strafbarkeit nach § 176 a Abs. 3 StGB über die Verweisung auf § 184 b Abs. 2 StGB eröffnet sein. Denn § 176 a Abs. 3 StGB verwendet den Begriff des Verbreitens nicht im engeren Sinne des § 184 b Abs. 1 Nr. 1 StGB, sondern nimmt auf die gesetzliche Überschrift dieser Norm Bezug (vgl. Fischer aaO § 176 a Rdn. 15; § 184 b Rdn. 8). Kraft Verweisung auf § 184 b Abs. 2 StGB erfasst § 176 a Abs. 3 StGB deshalb auch Tathandlungen, die nur in der Absicht vorgenommen werden, einem anderen den Besitz an der Schrift zu verschaffen, ohne dass zugleich Verbreitungsabsicht nach § 184 b Abs. 1 StGB besteht. Da der Verweisung auf § 184 b Abs. 2 StGB deshalb durchaus eigenständige Bedeutung zukommen kann, erscheint sie auch nicht als bloßes gesetzgeberisches Versehen (so aber Wolters in SK-StGB § 176 a Rdn. 23). Tateinheitlich kann zu § 176 a Abs. 3 StGB, soweit nicht von § 154 a StPO Gebrauch gemacht wird, ein Sichverschaffen von kinderpornographischen Schriften nach § 184 b Abs. 4 Satz 1 StGB hinzutreten (BGHSt 43, 366, 367).

28 Fälle B 3, B 11, D 16: § 176 StGB schützt die ungestörte sexuelle Entwicklung des Kindes, somit ein persönliches Rechtsgut. Ist die auf ein Kind bezogene Tathandlung nach § 176 Abs. 1 StGB gleichzeitig eine solche nach § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB vor einem anderen Kind, stehen deshalb beide Tatbestände in Tateinheit (vgl. Fischer aaO § 176 Rdn. 43).

29 Fälle D 1, D 3, D 12, D 13 bis 15: Aus demselben Grund führt auch eine gleichartige und gleichzeitige Tathandlung zum Nachteil mehrerer Kinder nicht

zu einem einheitlichen Delikt, sondern zu tateinheitlicher Begehung in der entsprechenden Zahl von Fällen.

30 Fall E 2: Allein die Bezeichnung "Pornofilm" ist keine hinreichende Feststellung, dass der Film sexualbezogenes Geschehen in pornographischer Form darstellt.

VRiBGH Becker und
RiBGH von Lienen be-
finden sich in Urlaub
und sind daher gehindert
zu unterschreiben.

Sost-Scheible

Sost-Scheible

Hubert

Mayer