

DR. IUR. H. C. GERHARD STRATE
KLAUS-ULRICH VENTZKE

RECHTSANWÄLTE

An das
Oberlandesgericht Nürnberg
1. Strafsenat
Fürther Straße 110
90429 Nürnberg

Hamburg, am 18.7.2013/gs

Aktenzeichen 1 Ws 333/13

In dem Wiederaufnahmeverfahren

zugunsten

M o l l a t h Gustl Ferdinand

nehme ich zur Kenntnis, dass die Generalstaatsanwaltschaft nicht, auch nicht hilfsweise, zur **Begründetheit** des Befangenheitsgesuchs Stellung nimmt. Die lediglich auf zwei auswärtige OLG-Entscheidungen gestützte Behauptung der **Unzulässigkeit** der Beschwerde geht fehl, und zwar unabhängig davon, wer wie viele OLG-Beschlüsse zur Auslegung von § 28 Abs. 1 und Abs. 2 StPO auf seiner Seite weiß. Entscheidend ist allein der **Wortlaut** der Vorschrift. Gemäß § 28 Abs. 2 StPO ist der Beschluss, durch den die Ablehnung eines Richters als unbegründet zurückgewiesen wird, nur dann der Beschwerde entzogen, wenn die Ablehnung einen „erkennenden Richter“ betrifft.

Erkennende Richter sind die Richter, die berufen sind, in der Hauptverhandlung mitzuwirken. Die Eigenschaft als erkennender Richter – so das Oberlandesgericht Nürnberg in strikter Auslegung des Gesetzes – beginnt mit der Eröffnung des Hauptverfahrens. Sie endet mit der Eröffnung des Urteils¹. Einer analogen Anwendung des § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO auf Richter, die **möglicherweise** einmal in einem späteren Stadium eines Wiederaufnahmeverfahrens erkennende Richter **werden**, steht bereits entgegen, dass für diesen Fall eine **planwidrige Regelungslücke** bestehen müsste. Diese ist aber nicht gegeben, vielmehr regelt § 28 Abs. 2 Satz 1 StPO die generelle gesonderte Anfechtbarkeit eines Beschlusses, durch den die Ablehnung eines nicht im Rahmen einer Hauptverhandlung erkennenden Richter als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen wurde, mit der sofortigen Beschwerde².

Eine Regelungslücke ist erst recht deshalb zu verneinen, weil die **Motive** zeigen, dass der in § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO getroffenen Regelung der Charakter einer **Ausnahme** zukommen sollte. In den Motiven des Entwurfs einer Strafprozessordnung, wie sie mit Schreiben des Reichskanzlers Bismarck vom 29.10.1874 dem Reichstag zugeleitet worden sind, wird ausdrücklich festgehalten, dass „*das Recht der Beteiligten auf Beurtheilung der Sache durch einen **unbefangenen** Richter gerade eines der wichtigsten Rechte*“ sei³. In der Republik des Grundgesetzes kommen noch das Grundrecht aus Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG (Anspruch auf den gesetzlichen Richter, dem der befangene Richter nicht gehört) sowie der aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten sich herleitende allgemeine Justizgewährleistungsanspruch hinzu:

„Das Ablehnungsverfahren der StPO einschließlich des sofortigen Beschwerdeverfahrens dient der Feststellung des gesetzlichen Richters, der im jeweiligen Verfahren zur Mitwirkung an einer Entscheidung berufen ist. Eine Einschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten in diesem Bereich erscheint dem Senat im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG nur dort zulässig und sinnvoll, wo andere, gleichrangige Interessen eine Verfahrensbeschleunigung erfordern. Dies ist im Erkenntnisverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens der Fall, nicht jedoch in einem Verfahren über einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach dem Strafvollzugsgesetz.“⁴

Gleiches gilt für das Wiederaufnahmeverfahren. Zur Zeit befinden wir uns im Aditionsverfahren, noch nicht einmal im Probationsverfahren. In beiden Verfahrensabschnitten ist der erneute Eintritt in ein Hauptverfahren völlig ungewiss.

¹ OLG Nürnberg in NStZ 1988, 475, 476. Ebenso, aber etwas ausführlicher: RGSt 43, 179, 181.

² OLG Frankfurt a.M. in NStZ-RR 2008, 378, 379; zustimmend: Gössel in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. Rdnr. 8 zu § 372.

³ Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, Berlin 1885, S. 91 (zu § 22 RStPO-Entwurf).

⁴ OLG Nürnberg a.a.O.

Das gilt generell, aber auch und gerade im vorliegenden Fall. Der abgelehnte Richter ist der **Berichterstatter** der für die Entscheidung über die beiden Wiederaufnahmegesuche zuständigen Strafkammer. Die beiden anderen Richter seiner Kammer sowie eine bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt habende Vertretungsrichterin wollen ihm – unter Heranziehung der bei der Bearbeitung von Ablehnungsgesuchen üblichen Argumentationsmodule – konzedieren, dass er zwar möglicherweise sich in einem Irrtum befunden habe, er habe aber „*keine völlig abwegige oder gar willkürliche Rechtsansicht*“ geäußert.

Was für ein Verständnis von **Rechtsansichten** haben diese RichterInnen? Ist es die Äußerung einer „Rechtsansicht“, wenn ich einen eindeutigen **Sachverhalt verfälsche**? Auf welchem Niveau der juristischen Auseinandersetzung sind wir eigentlich angekommen?

Um es nochmals zu wiederholen:

War die Umdeutung der allein an die Staatsanwaltschaft gerichteten Eingabe, bitte doch von dort aus im Sinne der Aufklärung tätig zu werden –

*„Sehr geehrte Damen und Herren der Staatsanwaltschaft,
bitte veranlassen Sie unverzüglich im Fall Gustl Mollath ein Wiederaufnahmeverfahren. (...)
Sie können aus der Anlage 1, 2 und 3 entnehmen, dass neue Gesichtspunkte aufgetreten sind.
Bitte informieren Sie mich über Ihre Entscheidung.
Mit freundlichen Grüßen!“* (Bl. 646 d.A. – meine Hervorhebungen) –,

in ein **eigenes** Wiederaufnahmegesuch des Antragstellers nicht ein gravierende Verfälschung von **Inhalt** und **Intention** seines Begehrens? Eine Verfälschung, die umso gröber erscheint, als in der Zurückweisung dieses von dem Bürger Braun angeblich gestellten Wiederaufnahmeantrags gerade **ausdrücklich** darauf hingewiesen wird, dass die Staatsanwaltschaft **antragsberechtigt** ist (II.2.a des Beschlusses), der Antragsteller (als „*quivis ex populo*“) aber **nicht**? Wenn die Staatsanwaltschaft antragsberechtigt ist, der Bürger aber nicht, weshalb wird aus der Petition des Bürgers gegenüber der Staatsanwaltschaft ein Eigenantrag des Bürgers gemacht, um ihm alsdann die Unzulässigkeit zu bescheinigen?

Soll das keine Verfälschung sein?

Es **ist** eine Verfälschung. Und es ist eine **Verhöhnung** des Rechts, wenn eine derartige Verfälschung als die Äußerung einer **Rechtsmeinung** etikettiert wird.

Der Senat sehe mir den etwas kraftvollen Sprachgebrauch bitte nach. In der Regel neige ich nicht dazu. Aber alles hat seine Grenze.

Der Rechtsanwalt