

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

RECHTSANWÄLTE

PER TELEFAX: 42798-5351

An das
Landgericht Hamburg
Große Strafkammer 2
Sievekingplatz 3
20355 H a m b u r g

DR. IUR. H.C. GERHARD STRATE
KLAUS-ULRICH VENTZKE
JOHANNES RAUWALD
RECHTSANWÄLTE

Hamburg, am 21.07.2018/gs

Aktenzeichen: 602 Ks 8/18

In dem Strafverfahren

gegen

Marijan S a b o l i c

nehme ich zu der dienstlichen Äußerung der abgelehnten Richterin wie folgt Stellung:

1. Sie erklärt:

„Nach der Beschlussfassung war der Beschluss nur noch nach Maßgabe des § 311 Abs. 3 S. 2 StPO abänderbar.“

Das ist **falsch**. Die abgelehnte Richterin müsste um die Richtigkeit des Gegenteils wissen. Zwar war der Beschluss gefasst und von allen Richtern, die daran mitgewirkt hatten, unterschrieben. Auch war der Beschluss mit einer Zustellungsverfügung der abgelehnten Richterin auf die Geschäftsstelle gelegt und dort ausgefertigt worden. Zu dem Zeitpunkt, als ich meine Ankündigung übersandt hatte, bis zum Mittwoch der vergangenen Wochen zu dem Antrag der Staatsanwaltschaft Stellung nehmen zu wollen, lag der Beschluss mitsamt Ausfertigungen aber noch auf der Geschäftsstelle und war noch nicht an Dritte weitergegeben, insbesondere noch nicht an mich übersandt worden. Der Beschluss war deshalb mit Außenwirkung noch nicht erlassen worden und hätte ohne weiteres zurückgehalten und – nach Gewährung des von mir erbetenen Gehörs – neu beraten und neu gefasst (oder revidiert) werden können:

„Diese (die gerichtliche Entscheidung) ist getroffen, wenn sie für das Gericht, welche sie gefasst hat – außer in den gesetzlich vorgesehenen Fällen – unabänderlich ist. Bei einem Beschluss, der außerhalb der Hauptverhandlung ergeht und nicht verkündet wird, ist dies in der Regel (erst) der Fall, wenn ihn die Geschäftsstelle an eine Behörde oder Person außerhalb des Gericht hinausgegeben hat und eine Abänderung tatsächlich unmöglich ist.“¹

„Eine außerhalb mündlicher Verhandlung ergehende Gerichtsentscheidung ist nicht bereits mit der Beschlussfassung des Gerichts oder der Unterzeichnung durch den oder die mitwirkenden Richter, sondern erst dann im Rechtssinn ‚erlassen‘, wenn sie den Innenbereich des Gerichts verlässt, insbesondere von der Geschäftsstelle zur Zustellung oder Mitteilung an einen Verfahrensbeteiligten in Auslauf gegeben wird (BayObLGSt 1972, 23/25 und 214/217; BayObLG v 20.1.1977 - 2 Ob OWi 470/76 zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen; Kleinknecht vor § 33 RdNr 8; vgl auch Löwe/Rosenberg StPO 23. Aufl § 33 RdNr 14). Bis dahin bildet sie einen internen Vorgang des Gerichts und kann von diesem wieder zurückgenommen werden.“²

¹ BGH in NStZ 2011, 703;

² BayObLGSt 1977, 77, 79.

„Dabei ist unter Bekanntgabe nicht die Bekanntgabe bei den auf der Geschäftsstelle des Gerichts beschäftigten Personen, sondern die Übergabe an die Staatsanwaltschaft oder die auf Anordnung des Vorsitzenden erfolgte Bekanntgabe an eine gerichtsfremde Person oder Stelle zu verstehen.“³

Es ist **auszuschließen**, dass der abgelehnten Richterin diese Rechtsprechung – die auch in der ihr aktuell vorliegenden Auflage des *Meyer-Goßner/Schmitt* nachzulesen ist⁴ - unbekannt war. Jedenfalls kann dem Antragsteller nicht zugemutet werden, einer Richterin, die in einer Schwurgerichtskammer das Amt der stellvertretenden Vorsitzenden versieht, einen gravierenden Rechtsirrtum zuzubilligen, der ihn in schwerwiegender Weise beeinträchtigt, nämlich ihn einer Instanz beraubt. Tatsächlich ist das Verhalten der abgelehnten Richterin so zu beurteilen, wie ich es schon meinem Antrag vom 18.07.2018 formuliert habe:

Der abgelehnten Richterin war klar, dass eine Übermittlung des Beschlusses an mich den Effekt hat, dass ohne Gewährung rechtlichen Gehörs die Sache erstinstanzlich entschieden ist und dem Beschuldigten nur noch die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde zum Oberlandesgericht offensteht. Es wäre der abgelehnten Richterin ein Leichtes gewesen, den geplanten Versand der Entscheidung bis zum Ablauf des 18.07.2018 zu stoppen und nach Eingang meiner Stellungnahme nochmals in der Kammer über die Aufrechterhaltung oder eine Revision des am Montag gefassten Beschlusses zu beraten. Sie hat sich jedoch anders entschieden und Frau Born die Anweisung gegeben, den Beschluss vom 16.07.2018 an mein Büro per Fax zu übersenden. Dies geschah dann gegen 15:30 Uhr. Macht eine Richterin, wie hier, durch ihr Verhalten deutlich, dass sie an dem Vorbringen der Verteidigung, gleichviel welchen Inhalts, **kein Interesse** hat, und unterbindet sie durch ihr Verhalten, dass die anderen Richter der Kammer von dem Vorbringen der Verteidigung Kenntnis erhalten, begründet dies allemal den Vorwurf der Befangenheit.

2. Die abgelehnte Richterin führt folgendes aus:

„Die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft, die sich aus behördeninternen Gründen verzögert hatte, enthielt keine dem Beschwerdeführer noch nicht bekannten Tatsachen oder Beweisergebnisse, sondern lediglich Rechtsausführungen.“

³ HansOLG Hamburg, in NJW 1963, 874.

⁴ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 61. Aufl., Rdnr. 9 vor § 33.

Auch dies ist **falsch**. Die Staatsanwaltschaft trägt vor

„Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der benannte Sachverständige Prof. Dr. Goertz gegenüber dem früheren Sachverständigen Dr. Stoffregen über überlegene Forschungsmittel verfügt, die er zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen benutzt hat.“

Wie aus dem Gutachten des Brandsachverständigen Prof. Dr. Goertz hervorgeht, hat er zwar sein Gutachten auf der Grundlage des Inhalts der Verfahrensakten erstellt. Er hatte jedoch mit Hilfe eines rechnergestützten Brandsimulationsprogramms, das dem Landeskriminalamt bei seiner Begutachtung im Jahre 2004 nicht zur Verfügung stand (und auch heute noch nicht zur Verfügung steht) die Belüftungsverhältnisse in der Gartenlaube annäherungsweise ermittelt. Die Durchlüftungsverhältnisse in dem Anbau der Gartenlaube waren demgegenüber durch das Landeskriminalamt nicht geklärt worden (Gutachten, S. 44).

Grundsätzlich ist eine Brandsimulation mit einem Feldmodell (Computational Fluid Dynamics, CFD), wie dem von dem Sachverständigen hier verwendeten Fire Dynamics Simulator (FDS) des National Institute of Standards and Technology (USA), eine auf strömungsdynamischen Prinzipien basierende Simulation, mit deren Hilfe sich die Ausbreitung von Feuer, Rauch und Wärmestrahlung **dreidimensional** berechnen lässt (Gutachten Goertz, S. 44). Der Gutachter hat hierbei die vorsichtigen Annahmen, die er seiner Berechnung zugrunde gelegt hat, in seinem Gutachten geschildert (Gutachten, S. 44/45) und kommt schließlich zu einer approximativen Einschätzung der Durchlüftungsverhältnisse in dem Anbau der Gartenlaube, die nach einem 20-40 Minuten dauernden Schwelbrand den plötzlichen Eintritt eines „Flash-Over“ bzw. einer Rauchgas-Durchzündung wahrscheinlich macht (Gutachten, S. 39 und S. 45). Hierbei sei der Einsatz eines Brandbeschleunigers mit Sicherheit auszuschließen (Gutachten, S. 39).

Dass die rechnergestützte Brandsimulation ein überlegenes Forschungsmittel darstellt, versteht sich von selbst. Dass die abgelehnte RichterIn sich sachlich gar nicht damit auseinandersetzt, sondern schlicht dem falschen Dekret der Staatsanwaltschaft -

„Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der benannte Sachverständige Prof. Dr. Goertz gegenüber dem früheren Sachverständigen Dr. Stoffregen über überlegene Forschungsmittel verfügt, die er zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen benutzt hat.“ –

folgt, macht fassungslos.

3. Die abgelehnte Richterin führt aber nicht nur aus:

„Die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft, die sich aus behördeninternen Gründen verzögert hatte, enthielt keine dem Beschwerdeführer noch nicht bekannten Tatsachen oder Beweisergebnisse, sondern lediglich Rechtsausführungen.“

Sie fügt diesem Satz noch folgenden hinzu:

„Deshalb bestand kein Anlass für eine Zuleitung mit der Setzung einer Frist für eine mögliche Replik der Verteidigung.“

Die abgelehnte Richterin ignoriert nicht nur – wie oben unter Ziff. 1 gezeigt – die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Hanseatischen Oberlandesgerichts, sie weigert sich nicht nur – wie unter Ziff. 2 aufgezeigt –, den Vortrag der Verteidigung inhaltlich zu verstehen, sie kümmert sich darüber hinaus auch nicht um die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Das Grundrecht auf rechtliches Gehör betrifft nicht nur eine Äußerungsmöglichkeit zur Sache, sondern auch zur **Rechtslage**:

*„Der in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör ist eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken für das gerichtliche Verfahren. Der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 84, 188 [190] m.w.N.). Da dies nicht nur durch tatsächliches Vorbringen, sondern auch durch Rechtsausführungen geschehen kann, gewährleistet Art. 103 Abs. 1 GG dem Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern auch zur **Rechtslage zu äußern** (vgl. BVerfGE 60, 17 5[210, 211 f.]; 64, 135 [143]; 65, 227 [234]).“⁵ (Meine Hervorhebung)*

⁵ BVerfGE 86, 133, 144.

Das Grundrecht auf rechtliches Gehör gebietet es auch, grundsätzlich zu **jeder** dem Gericht zur Entscheidung unterbreiteten **Stellungnahme der Gegenseite** eine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen:

*„Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG scheidet nicht deshalb aus, weil der Beschwerdeführer sich in einem früheren Stadium des Verfahrens hat äußern können und geäußert hat. Denn das Grundrecht auf rechtliches Gehör erschöpft sich nicht darin, dem Betroffenen die Gelegenheit zu gewährleisten, daß er im Verfahren überhaupt gehört wird, sondern gewährleistet die Gelegenheit, sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern, also **grundsätzlich zu jeder dem Gericht zur Entscheidung unterbreiteten Stellungnahme der Gegenseite** (...).“⁶ (Meine Hervorhebung)*

Übersendet das Gericht eine ihm zur Entscheidung unterbreitete Stellungnahme der Gegenseite, ohne selbst eine Äußerungsfrist zu setzen, so gebietet das Grundrecht auf rechtliches Gehör zumindest ein **Abwarten von angemessener Dauer**, bevor entschieden wird:

*„Die Gewährung rechtlichen Gehörs setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts voraus, daß das Gericht die Ausführungen der Prozeßparteien zur Kenntnis nimmt und in Erwägung zieht (BVerfGE 47, 182 (187f) mwN). Maßgebend ist dabei der Gedanke, daß der Verfahrensbeteiligte Gelegenheit haben muß, durch einen sachlich fundierten Vortrag die Willensbildung des Gerichts zu beeinflussen (BVerfGE 22, 114 (119)). Aus diesem Grunde ist der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht nur dann verletzt, wenn das Gericht eine den Beteiligten selbst gesetzte Frist zur Äußerung mit seiner Entscheidung nicht abwartet (BVerfGE 12, 110 (113)), sondern auch dann, wenn das Gericht sofort entscheidet, ohne **eine angemessene Frist abzuwarten, innerhalb deren eine eventuell beabsichtigte Stellungnahme unter normalen Umständen eingehen kann** (vgl. BVerfGE 4, 190 (192); 6, 12 (15); 8, 89 (91); 12, 6 (9); 17, 191 (193)).“⁷*

Angesichts des Umstandes, dass die Staatsanwaltschaft auf die ihr gesetzte Frist von zwei Wochen sich insgesamt vier Wochen zugebilligt hat, um auf meinen Antrag, die Strafvollstreckung gemäß § 360 Abs. 2 StPO zu unterbrechen, zu antworten, war es geboten, gegenüber dem Verteidiger eine Stillhaltefrist von **wenigstens** einer vollen Woche einzuhalten, innerhalb deren eine eventuell beabsichtigte Stellungnahme hätte erarbeitet werden können. Hierbei war

⁶ BVerfGE 19, 32, 36; ebenso BVerfGE 49, 325, 328

⁷BVerfGE 49, 212, 215.

insbesondere zu berücksichtigen, dass die Verteidigung naheliegenderweise dem von ihr beauftragten Gutachter auch noch einmal Gelegenheit geben musste, sich zu der von der Staatsanwaltschaft aufgestellten Behauptung, er verfüge nicht über überlegene Forschungsmittel, zu äußern. Vor diesem Hintergrund war die von der Verteidigung innerhalb der Stillhaltefrist von einer Woche gewünschte Fristverlängerung um **zwei** Tage nicht überzogen, sondern angemessen. Die Ankündigung, bis Mittwoch (der vergangenen Woche) eine Stellungnahme abzugeben, wurde durch die Verteidigung auch eingehalten. Die Missachtung dieser Bitte und die schon vor Ablauf der Wochenfrist erfolgte Entscheidung nicht nur über den Antrag gemäß § 360 Abs. 2 StPO, sondern auch über die Zulässigkeit des Wiederaufnahmegesuchs insgesamt beschnitt den Antragsteller erneut in seinem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs.

4. Die dienstliche Äußerung der abgelehnten Richterin unterstreicht nachdrücklich die Berechtigung des Befangenheitsgesuchs. Nicht nur, dass sie – wie in dem ursprünglichen Befangenheitsgesuch dargetan – ein grundsätzliches Desinteresse an jeglichem Verteidigungsvorbringen offenbart. Es kommt nunmehr noch hinzu ein unverblümtes Bekenntnis, sich um die prozessuale Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Hanseatischen Oberlandesgericht sowie um die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu den Geboten des rechtlichen Gehörs nicht scheren zu wollen. Alles jeweils zum Nachteil meines Mandanten. Das geht nicht an.

Das im Namen meines Mandanten gestellte Befangenheitsgesuch stütze ich deshalb zusätzlich auch auf diese dienstliche Äußerung und die hierzu in diesem Schriftsatz gegebene Kommentierung.

Dem Befangenheitsgesuch ist stattzugeben.

Der Rechtsanwalt