

# Unabhängigkeit Staatsanwaltschaft

von Dr. iur. George Andoor, Mag. iur.\*\*

## ZUSAMMENFASSENDE DARSTELLUNG DER KERNTHESEN\*\*\*

### I.

Sowohl der hier vorliegende Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP vom 25. Juni 2019 (im Folgenden: der Entwurf)<sup>1</sup> als auch der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 24. September 2019 (im Folgenden: der Antrag)<sup>2</sup> sehen die **Einführung einer unabhängigen Staatsanwaltschaft** vor. Beide Drucksachen sind auf die Abschaffung der ministeriellen Einzelweisungsbefugnis – die in Einklang mit der Literatur etwas unglücklich als „externes“ Weisungsrecht bezeichnet wird<sup>3</sup> – gerichtet. Aus den nachfolgend zusammenfassend dargestellten Gründen, die im Anschluss näher ausgeführt werden, ist **eine Beschränkung der Einzelweisungsbefugnis nicht angezeigt**. Die hier ausgeführten Gründe beruhen dabei allesamt im Wesentlichen auf der Erwägung, dass sich die Staatsanwaltschaft als Exekutivbehörde nicht so wesentlich von anderen Behörden unterscheidet, als dass nachzuvollziehen wäre, warum ausgerechnet bei ihr das Minus an parlamentarischer Kontrolle, das mit Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft einherginge, gerechtfertigt sein soll:

- Die ministeriale Weisungsbefugnis ist ein notwendiges Instrument der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive, da nur so dem Minister die politische Verantwortung für die Handlungen der Beamten in seinem Ressort zugeschrieben werden kann. Die damit einhergehende potentielle Gefahr einer ausschließlich politisch motivierten Einflussnahme auf die Beamten durch einen fehlgeleiteten Minister ist der Demokratie inhärent und hinzunehmen (S. 6 ff.).
- Die potentielle Gefahr der politischen Einflussnahme durch das ministerielle Weisungsrecht besteht bei allen Behörden. Insoweit ist die auf die Staatsanwaltschaft fokussierte Debatte fehlgeleitet. Zumal Grundrechtseingriffe im Strafverfahren nur selten unmittelbar durch die Staatsanwaltschaft herbeige-

---

\* Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft der Fraktion der FDP vom 25. Juni 2019, BT-Drs. 19/11095, sowie dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren, vom 24. September 2019, BT-Drs. 19/13516.

\*\* Der *Verfasser* ist Regierungsrat im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen; die hier wiedergegebenen Auffassungen geben ausschließlich die persönlichen Ansichten des *Verfassers* wieder. Die Teilnahme an der Anhörung erfolgt außerhalb seiner dienstlichen Tätigkeiten.

\*\*\* Soweit im vorliegenden Beitrag ausschließlich die maskuline Form gebraucht wird, ist dort, wo auch die feminine Form möglich wäre, selbstredend das generische Maskulinum gemeint. Seine Verwendung erfolgt lediglich aus Gründen der besseren Lesbarkeit des Textes.

<sup>1</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft der Fraktion der FDP vom 25. Juni 2019, BT-Drs. 19/11095.

<sup>2</sup> Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren, vom 24. September 2019, BT-Drs. 19/13516.

<sup>3</sup> Die ministerielle Weisungsbefugnis gegenüber den dem Minister nachgeordneten Beamten als „extern“ zu verkennt grundlegende demokratischer Legitimationsprozesse. Denn in aller Regel wird der Minister in einem Ressort der Amtsträger mit der höchsten demokratischen Legitimation sein, da er entweder durch einen unmittelbar durch das Parlament gewählten Bundeskanzler oder Ministerpräsidenten ernannt wurde oder selbst unmittelbar durch das Parlament gewählt wurde. Er ist der oberste Dienstvorgesetzte aller seinem Ressort angehörigen Beamten – seine Weisungen sind mitnichten „extern“, sondern vielmehr *die* Weisungen mit der höchsten demokratischen Legitimation und damit auch dem höchsten Geltungsanspruch, die ein Beamter organisationslogisch jemals erhalten wird.

führt werden, sondern in aller Regel durch oder unter Beteiligung eines Gerichts. Im Verwaltungsverfahren dagegen ist es die Behörde, die den eingreifenden Verwaltungsakt erlässt, während der gerichtliche Rechtsschutz bezogen auf diesen Eingriff nur nachgelagert erfolgt (S. 7 f.).

- Allein aus der Tatsache, dass der Minister ein politisches Amt bekleidet, zu folgern, dass seinen Einzelweisungen generell die Gefahr politischer Einflussnahme inhärent wäre, verkennt die demokratische Bedeutung dieser politischen Ämter – nur aufgrund der politischen Ausgestaltung dieser Ämter hat nämlich der Bürger nämlich durch die Wahlen mittelbaren Einfluss auf ihre Besetzung (S. 8 f.).
- Selbst wenn ausnahmsweise mittels ministerieller Einzelweisung versucht würde, eine rechtswidrige Behandlung der Sache durch einen Staatsanwalt herbeizuführen, verschafft bereits das geltende Recht Staatsanwälten – wie auch allen übrigen Beamten – eine hinreichende sachliche Unabhängigkeit, da sie von Gesetzes wegen nicht verpflichtet sind, solchen Weisungen Folge zu leisten (S. 10).
- Eine für Staatsanwälte geforderte Unabhängigkeit mit der bereits bestehenden Unabhängigkeit der Richter rechtfertigen zu suchen, verkannte die staatsrechtliche und verfassungsrechtliche Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit – ebenso würde insoweit verkannt, dass Richter gerade durch die Öffentlichkeit ihres Verfahrens, unmittelbare Beteiligung der Laien an der Rechtsprechung (etwa als Schöffen, Handelsrichter oder ehrenamtliche Richter) und dem Rechtsmittelzug zahlreichen Kontrollinstrumenten ausgesetzt sind, die für Staatsanwälte gerade nicht existieren (S. 10 ff.).
- Würde die Staatsanwaltschaft wegen einer potentiellen Gefahr der politischen Einflussnahme tatsächlich von (ministerialen) Weisungen freigestellt, stellte sich die Frage, wie insoweit mit anderen Behörden zu verfahren ist, die staatsanwaltliche Aufgaben wahrnehmen – zu denken wäre hier etwa an die Hauptzollämter oder Finanzämter, die in Steuerstrafverfahren als Staatsanwaltschaft fungieren (S. 6, 11).
- Generell ist auch nicht erklärbar, warum der potentiellen Gefahr einer politischen Einflussnahme auf die Staatsanwaltschaft eine größere Bedeutung beizumessen ist, als etwa einer solchen Einflussnahme auf bedeutsame Ordnungswidrigkeitenbehörden, die Bußgelder in Millionenhöhe festsetzen können – man denke etwa an das Bundeskartellamt oder die Bundesnetzagentur (S. 4).
- Insbesondere ist die Bindung an Gesetz und Recht und die damit einhergehende Objektivität kein Alleinstellungsmerkmal der Staatsanwaltschaft, mit der eine geringere ministeriale und damit parlamentarische Kontrolle gerechtfertigt werden könnte. Nach der ausdrücklichen Regelung in Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz sind nämlich alle Behörden an Gesetz und Recht gebunden (S. 8).
- Auch die Pflicht der Staatsanwaltschaft, belastende wie auch entlastende Umstände zu ermitteln, ist ihr nicht eigen – nicht nur folgt eine solche Pflicht auch ohne ihre ausdrücklich Normierung für alle Behörden aus dem Rechtsstaatsprinzip, auch hat der Gesetzgeber eine solche Pflicht für zahlreiche andere Behörden ausdrücklich normiert (S. 4).
- Gleiches gilt für das Legalitätsprinzip. Nicht nur wird das Legalitätsprinzip zwischenzeitlich durch zahlreiche Opportunitätsvorschriften durchbrochen; es gilt – in viel strengerem Maße – etwa auch für Dienstvorgesetzte bei der Verfolgung eines beamtenrechtlichen Dienstvergehens, sodass die Bindung an das Legalitätsprinzip keine andere Behandlung des Staatsanwalts gegenüber etwa den Dienstvorgesetzten im Disziplinarverfahren rechtfertigt (S. 5 f.).
- Die organisatorische Einbindung der Staatsanwaltschaft durch ihre Einrichtungen bei den Gerichten als Organe der Rechtspflege ist in der Staatsverwaltung ebenfalls nicht so einzigartig, als dies eine Andersbehandlung der Staatsanwaltschaft rechtfertigte. Es gibt auch andere Behörden, die in ähnlicher Weise organisatorisch Gerichten zugeordnet sind – etwa den Bundeswehrdisziplinaranwalt beim Bundesverwaltungsgericht oder den Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht (S. 5).
- Schließlich bleibt noch festzuhalten, dass auch aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs betreffend der Ausstellung Europäischer Haftbefehle nicht folgt, dass die deutsche Staatsanwaltschaft als eine unabhängige Justizbehörde ausgestaltet werden müsste; vielmehr stellt das Urteil lediglich fest, dass der

Europäische Haftbefehl – wie schon der nationale (Untersuchungs-)Haftbefehl – durch eine unabhängige Justizbehörde ausgestellt werden muss. Dieses Ziel lässt sich schon nach dem geltenden Recht erreichen, das eine Ausstellung des Europäischen Haftbefehls durch den Richter bereits gestattet (S. 13 f.).

## II.

Einer besonderen Regelung der Zuständigkeit für die **Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls**, wie der Antrag sie verlangt, bedarf es hingegen nicht zwingend, da eine solche **schon heute der Strafprozessordnung in Verbindung mit dem Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen zu entnehmen** ist. Wünschenswert wäre sicherlich dennoch eine klarstellende gesetzliche Regelung, bei der auch erwogen werden könnte, diese Aufgabe – da dem Europäischen Haftbefehl in der Regel bereits eine nationale richterliche Entscheidung zugrunde liegen wird – zur Einsparung von Richterkräften Rechtspflegern zu übertragen (S. 14).

## III.

Zu der in dem Antrag kritisierten **Einordnung des Generalbundesanwalts als politischer Beamter**<sup>4</sup> kann bereits an dieser Stelle abschließend festgehalten werden, dass durch diese Einordnung die persönliche Unabhängigkeit<sup>5</sup> des Amtsinhabers, auf die er mit Blick auf seine konkrete Funktion dringend angewiesen ist, über Maßen eingeschränkt wird. Insoweit gilt nämlich zu beachten, dass erst die von der Verfassung – unbeschadet der Weisungsgebundenheit von Beamten – gewährleistete persönliche Unabhängigkeit, die mit dem Lebenszeitprinzip bei der Verbeamtung einhergeht, den Beamten in die Lage versetzt, sein Amt ausschließlich an Gesetz und Recht ausgerichtet auszuüben; erst so kann er unsachlichen Beeinflussungen widerstehen, seine Vorgesetzten und die politische Führung unbefangen beraten und Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Gesetzen oder dienstlichen Anordnungen offen anmelden.<sup>6</sup> Gerade mit Blick auf die Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Status der politischen Beamten sind sogar **Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit** der Ausgestaltung des Amtes des Generalbundesanwalts als politischer Beamter angebracht.

So hatte das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss vom 28. Mai 2008<sup>7</sup> klargestellt, dass die Institution des politischen Beamten gegenüber dem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit die Ausnahme bilden müsse, weil das Lebenszeitprinzip zu den Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums gehört.<sup>8</sup> Die Ausnahme des eng zu bestimmenden Kreises der politischen Beamten rechtfertige sich allein durch die Art ihrer Aufgaben, die in besonderer Weise des politischen Vertrauens der Staatsführung bedürfen und in fortwährender Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen.<sup>9</sup> Bei den durch die politischen Beamten besetzten Ämtern, müsste es sich demnach um sog. „Transformationsämter“ handeln, deren Aufgabe es ist, politische Vorgaben in gesetzeskonformes und rechtsstaatliches Verwaltungshandeln umzuwandeln.<sup>10</sup> Konstituierendes und unerlässliches Element dieses Beamtenverhältnisses sei die fortdauernde politische Übereinstimmung mit Auffassung und Zielsetzung weisungsberechtigter, demokratisch gewählter und verantwortlicher Organe des Staates.<sup>11</sup> Dass gerade diese Eigenschaften es *nicht* sein sollten, welche die Tätigkeit des Generalbundesanwaltes als die oberste Strafverfolgungsbehörde der Bundesrepublik Deutschland prägen sollten, dürfte auch ohne jede weitere Erläuterung auf der Hand liegen, sodass **die Forderung, den Generalbundesanwalt aus der Liste der politischen Beamten in § 54 Absatz 1 Bundesbeamtenengesetz (BBG) herauszunehmen mit der gebotenen Eile umgesetzt werden sollte.**

---

<sup>4</sup> Siehe § 54 Absatz 2 Nummer 5 Bundesbeamtenengesetz (BBG).

<sup>5</sup> Zur persönlichen Unabhängigkeit von Beamten vgl. bereits BVerfGE 7, 155–171 = BVerfG, Beschluss vom 17. Oktober 1957 – 1 BvL 1/57 –, juris Rn. 40.

<sup>6</sup> BVerfGE 121, 205–233 = BVerfG, Beschluss vom 28. Mai 2008 – 2 BvL 11/07 –, juris Rn. 36.

<sup>7</sup> BVerfGE 121, 205–233 = BVerfG, Beschluss vom 28. Mai 2008 – 2 BvL 11/07 –, juris.

<sup>8</sup> BVerfGE 121, 205–233 = BVerfG, Beschluss vom 28. Mai 2008 – 2 BvL 11/07 –, juris Rn. 40.

<sup>9</sup> Ebd. m. w. N.

<sup>10</sup> Ebd.

<sup>11</sup> Ebd.

## AUSFÜHRLICHE STELLUNGNAHME

Eine von ministerialer Kontrolle unabhängige Staatsanwaltschaft bedeutet, sofern nicht weitere grundlegende Änderungen an dem System der Strafrechtspflege vorgenommen werden, vor allem eines: Eine Staatsanwaltschaft, die nicht mehr der parlamentarischen Kontrolle unterliegt und gegenüber anderen Exekutivbehörden mit ähnlichen Befugnissen ohne einen Sachgrund privilegiert würde.

### **Die objektive Stellung der Staatsanwaltschaft ist keinesfalls ein Alleinstellungsmerkmal**

Große Teile der Debatte um die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft haben ihren Ursprung in der Vorstellung, dass es sich bei der Staatsanwaltschaft um die „objektivste Behörde der Welt“<sup>12</sup> handelte. Auch der hier vorliegende Entwurf knüpft an dem »besonderen Status der Staatsanwaltschaft als objektives Organ der Rechtspflege«<sup>13</sup> an. Eben diese einzigartige Neutralität der Staatsanwaltschaft, so scheint die Befürchtung, würde durch eine die unbotmäßige, weil politische, Einmischung des Justizministers eingeschränkt.

---

Die Staatsanwaltschaft arbeitet vorrangig mit dem Ziel den Beschuldigten zu überführen

---

Dabei wird bei der Debatte um die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, so scheint es, regelmäßig verkannt, dass es die Staatsanwaltschaft ist, die durch ihre oder durch sie geleitete Ermittlungen mit einer gewissen Erheblichkeit – etwa bei einer Telekommunikations- oder Wohnraumüberwachung – in die (Grund-)Rechte von Bürgern eingreift. Allein dass ihr insoweit gesetzlich aufgegeben ist, nicht nur die zur Belastung, son-

dern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln,<sup>14</sup> begründet keine objektive Stellung der Staatsanwaltschaft, die anderen Behörden fremd wäre.

Denn die Pflicht sowohl belastende als auch entlastende Umstände zu ermitteln, geben zahlreiche (!) andere Gesetze einer Vielzahl von anderen Behörden auf, ohne dass deshalb – wie zu Weilen im Falle der Staatsanwaltschaft – behauptet würde, dass auch diese Behörden in einem besonderen Maße objektiv wären.

Zu denken wäre insoweit an jede beliebige Verwaltungsbehörde, die ein Ordnungswidrigkeitenverfahren führt und dabei – letztlich aufgrund derselben Vorschriften wie die Staatsanwaltschaft<sup>15</sup> – verpflichtet ist, sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände zu ermitteln, bevor sie sanktionierende Maßnahmen festsetzt. Dabei sollte die Bezeichnung „Ordnungswidrigkeitenverfahren“ nicht über die Eingriffsintensität dieser Maßnahmen hinwegtäuschen – man denke insoweit etwa an das Bundeskartellamt oder die Bundesnetzagentur, die Bußgelder in Millionenhöhe festsetzen können.

Doch auch für eine Vielzahl von Stellen, die mit der Durchführung von Disziplinar- oder berufsgerichtlichen Verfahren befasst sind, ist die Pflicht belastende und entlastende Umstände zu ermitteln, die für die Maßnahmenbemessung von Bedeutung sind, in anderen Gesetzen als der Strafprozessordnung ausdrücklich oder im Wege eines Verweises normiert.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Wenn auch oftmals ironisierend, für eine ernstliche Verwendung vgl. etwa *Hamm*, NJW 1999, 3097, 3097; *Haller/Conzen*, Das Strafverfahren, Rn. 123; *Rautenberg*, NJ 2003, 169, 170; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 32.

<sup>13</sup> „Status der Staatsanwaltschaft als objektives Organ der Rechtspflege“, BT-Drs. 19/11095, S. 6.

<sup>14</sup> § 160 Absatz 2 Strafprozessordnung (StPO).

<sup>15</sup> § 160 Absatz 2 StPO i. V. m. § 46 Absatz 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG).

<sup>16</sup> Vgl. § 21 Absatz 1 Satz 2 Bundesdisziplinalgesetz (BDG) für Dienstvorgesetzte von Beamten; §§ 37, 97 Wehrdisziplinarordnung (WDO) für Disziplinarvorgesetzte von Soldaten und Wehrdisziplinaranwälte oder § 62 Absatz 1 Satz 1 Zivildienstgesetz (ZDG) für den Präsidenten des Bundesamtes für den Zivildienst und den von ihm bestellten Beamten. Zahlreiche andere Gesetze verweisen insoweit auf das Bundesdisziplinalgesetz oder die Strafprozessordnung und führen damit in den dortigen Verfahren ebenfalls ausdrücklich eine Pflicht des Ermittlungsführers herbei, sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände zu ermitteln – vgl. insoweit nur mit Verweisen auf die Strafprozessordnung § 116 Absatz 1 Satz 2 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO); § 98 Absatz 1 Satz 2 Patentanwaltsordnung (PAO); § 153 Steuerberatungsgesetz (StBerG) oder § 127 Wirtschaftsprüferordnung (WiPrO); mit einem Verweis auf das Bundesdisziplinalgesetz § 96 Absatz 1 Satz 1 Bundesnotarordnung (BNotO).

---

Die Staatsanwaltschaft gilt bloß wegen eines Fehlzitates als die „objektivste Behörde der Welt“

---

Bemerkenswert dürfte insoweit sein, dass gerade das vielzitierte Bild der Staatsanwaltschaft als die „objektivste Behörde der Welt“ auf eine Fehlrezeption einer Äußerung von *von Liszt* aus dem Jahre 1901 zurückzuführen ist, mit der *von Liszt* gerade das Gegenteil dessen zum Ausdruck zu bringen suchte. Die von ihm in einer Rede vor dem Berliner Anwaltsverein getätigte Aussage lautete im Kontext nämlich:

»[D]ie Parteistellung der Staatsanwaltschaft ist allerdings durch unsere Prozeßordnung besonders verdunkelt worden. Durch die Aufstellung des Legalitätsprinzips, durch die dem Staatsanwalt auferlegte Verpflichtung, in gleicher Weise Entlastungs- wie Belastungsmomente zu prüfen, durch das ihm eingeräumte Recht, Rechtsmittel zu Gunsten des Beschuldigten einzulegen, u. s. w. könnte ein bloßer Civiljurist zu der Annahme verleitet werden, als wäre die Staatsanwaltschaft nicht Partei, sondern *die objektivste Behörde der Welt* [Hervorb. d. Verf.]. Ein Blick in das Gesetz aber reicht aus, um diese Entgleisung als solche zu erkennen.«<sup>17</sup>

---

Alle Behörden sind nach dem Grundgesetz zur Objektivität verpflichtet

---

Auch soweit der hier vorliegende Entwurf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 1959<sup>18</sup> bemüht, um den vermeintlichen Status der Staatsanwaltschaft als objektives Organ der Rechtspflege hervorzuheben,<sup>19</sup> muss festgehalten werden, dass gerade diese Aussage dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht zu entnehmen ist. Das Gericht stellt vielmehr lediglich fest, dass »die Staatsanwaltschaft nicht nur wie auch jede Verwaltungsbehörde an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG)«, sondern dass »sie, an das „Legalitätsprinzip“ gebunden, von vornherein dem Gesetz gegenüber einen besonders eng begrenzten Ermessensspielraum hat.«<sup>20</sup> Dass das Legalitätsprinzip im Strafverfah-

ren jedoch zwischenzeitlich durch zahlreiche Opportunitätsvorschriften aufgeweicht worden sind, zeigt bereits ein Blick in das Gesetz.<sup>21</sup>

Bemerkenswert dürfte aber auch sein, dass das Bundesverfassungsgericht bereits in dieser Entscheidung aus dem Jahre 1959 davon ausging, dass die Ermessensreduzierung durch das Legalitätsprinzip und »ihre organische Eingliederung in die Justiz« hinreichende Sicherungen dafür bieten, dass bezogen auf die Staatsanwaltschaft »die Weisungsbefugnis der Vorgesetzten (§ 146 GVG) und das den Landesjustizverwaltungen zustehende „Recht der Aufsicht und Leitung“ (§ 147 GVG) anderen als „justizgemäßen“ Einflüssen auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft [...] Raum gewähren.«<sup>22</sup>

### **Organisatorische Einbindung und Aufgaben der Staatsanwaltschaft sind nicht einzigartig**

Dabei stellen selbst die organische Eingliederung in die Justiz und das Legalitätsprinzip keine Eigenheiten der Staatsanwaltschaft dar.

Über eine ähnliche organische Eingliederung in die Justiz verfügen etwa auch die Wehrdisziplinaranwaltschaften bei den Truppendienstgerichten,<sup>23</sup> der Bundeswehrdisziplinaranwalt beim Bundesverwaltungsgericht,<sup>24</sup> der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht<sup>25</sup> und die Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Oberverwaltungsgerichten.<sup>26</sup>

Das Legalitätsprinzip gilt, sogar in noch strengem Maße als für die Staatsanwaltschaft, auch für die Dienst- und Disziplinarvorgesetzten der Beamten, Richter und Soldaten, sofern der Anfangsverdacht eines Dienstvergehens gegeben ist.<sup>27</sup>

Selbst die Aufgaben der Staatsanwaltschaft werden nicht ausschließlich durch diese als Behörde im Geschäftsbereich der Justizministerien

---

<sup>17</sup> *Liszt*, DJZ 1901, 179, 180.

<sup>18</sup> BVerfGE 9, 223–231 = BVerfG, Urteil vom 19. März 1959 – 1 BvR 295/58.

<sup>19</sup> BT-Drs. 19/11095, S. 2.

<sup>20</sup> BVerfGE 9, 223–231 = BVerfG, Urteil vom 19. März 1959 – 1 BvR 295/58 – juris Rn. 21.

<sup>21</sup> Vgl. §§ 153a bis 154f StPO.

<sup>22</sup> BVerfGE 9, 223–231 = BVerfG, Urteil vom 19. März 1959 – 1 BvR 295/58 – juris Rn. 21.

<sup>23</sup> § 81 Absatz 1 WDO.

<sup>24</sup> § 81 Absatz 3 WDO.

<sup>25</sup> §§ 35, 37 Absatz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

<sup>26</sup> §§ 36, 37 Absatz 2 VwGO.

<sup>27</sup> § 17 Absatz 1 BDG (ggf. i. V. m. § 63 Absatz 1 Deutsches Richtergesetz – DRiG); § 32 Absatz 1 WDO.

wahrgenommen. Gerade für den Bereich der Steuerstraftaten kommen mehreren Bundesbehörden und Landesbehörden, nämlich den Hauptzollämtern, den Finanzämtern, dem Bundeszentralamt für Steuern und den Familienkassen, staatsanwaltliche Befugnisse zu.<sup>28</sup>

Insoweit stellt sich die Frage, ob die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft konsequenterweise nicht auch auf für diese Behörden normiert werden müsste, soweit sie mit staatsanwaltlichen Aufgaben befasst sind.

### **Erst das ministeriale Weisungsrecht stellt eine parlamentarische Kontrolle sicher**

Gerade da die Staatsanwaltschaft nach dem bisher Dargelegten keine einzigartige Behörde darstellt, stellt sich die Frage, ob das ministerielle Weisungsrecht für diesen Bereich dennoch ausgesetzt werden sollte. Schließlich stellt § 147 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) letztendlich nur etwas ausdrücklich fest, was nach den allgemeinen Grundsätzen der Verwaltungsorganisation selbstverständlich ist – nämlich, dass dem Dienststellenleiter als Dienstvorgesetzten und dem zuständigen Fachminister das Recht zur Aufsicht und Leitung zusteht.

Diese Vorschrift ist, beamtenrechtlich betrachtet, genauso überflüssig wie § 146 GVG, in dem es heißt: »Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen«, oder § 148 GVG, in dem es heißt: »Der Generalbundesanwalt und die Bundesanwälte sind Beamte«. Auch diese Vorschriften stellen bloß Offensichtliches fest.

---

Die besonderen Vorschriften des GVG stellen vor allem klar, dass Staatsanwälte bloß Beamte sind

---

Diese Vorschriften erklären sich vor allem mit der besonderen Entwicklungsgeschichte der Staatsanwaltschaft. Bevor nämlich in Preußen 1846, zunächst bloß beschränkt auf Berlin, die Staatsanwaltschaft eingeführt wurde,<sup>29</sup> galt dort

das Inquisitionsverfahren nach der preußischen Criminal-Ordnung vom 11. Dezember 1805.

Die Durchführung der strafrechtlichen Ermittlungen, in der preußischen Criminal-Ordnung noch als »Criminal-Untersuchung« bezeichnet, oblag zu jener Zeit noch einem Richter – dem Inquirenten. Soweit dieser seine Criminal-Untersuchung abgeschlossen hatte, war es an einem erkennenden Gericht, dem der Inquirent nicht angehören durfte, eine Entscheidung zu fällen. Die Entscheidung wurde in einem bloß schriftlichen Verfahren anhand der Akten getroffen, die der Inquirent dem erkennenden Gericht mit etwaigen Verteidigungsschriften des Angeklagten vorlegte.<sup>30</sup>

Das zunächst 1846 in Berlin eingeführte neue Verfahren, die eine Anklageerhebung durch eine Staatsanwaltschaft voraussetzte, wurde allerdings bereits 1849 mit der *Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen* vom 3. Januar 1849 auf ganz Preußen ausgeweitet.<sup>31</sup>

§ 3 dieser Verordnung stellte hierbei klar, welche Funktion die mit der Verordnung neueingeführten Staatsanwälte – gerade im Vergleich zu den Richtern – innehaben sollten:

»Die Ober-Staatsanwälte, Staatsanwälte und deren Gehülfen gehören nicht zu den richterlichen Beamten. Sie sind in ihrer Amtsführung nicht der Aufsicht der Gerichte, sondern die Staatsanwälte der Aufsicht des Ober-Staatsanwalts und dieser mit ihnen der des Justizministers unterworfen, dessen Anweisungen sie nachzukommen haben. Die definitive Ernennung der Ober-Staatsanwälte und Staatsanwälte erfolgt durch Uns auf Antrag des Justizministers.«

Damit sollten die entscheidenden Unterschiede zwischen dem Amt des Staatsanwaltes und dem des Inquirenten hervorgehoben werden.

Auch der Reichsgesetzgeber, der nur wenige Jahrzehnte später das Gerichtsverfassungsgesetz

---

<sup>28</sup> § 386 Abgabenordnung (AO).

<sup>29</sup> Vgl. das Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen vom 17. Juli 1846, in: *Gesetzsammlung für die Königlich-Preußischen Staaten (PrGS)* 1846, 267. Etwas ausführlicher hierzu m. w. N. *Andoor*, Tatfragen in der strafrechtlichen Revision, S. 97 ff. (Veröffentlichung vorauss. 2. Hj. 2020).

<sup>30</sup> Siehe §§ 469 ff. der preußischen Criminal-Ordnung vom 11. Dezember 1805 (PCO); detaillierter *Andoor*, Tatfragen in der strafrechtlichen Revision, S. 114 ff. (Veröffentlichung vorauss. 2. Hj. 2020).

<sup>31</sup> PrGS 1849, 14.

formulierte, sah eine solche Klarstellung offensichtlich noch als erforderlich an. Dies erklärt die bis heute gültige Fassung der §§ 146 ff. GVG, die augenscheinlich bloß beamtenrechtliche Selbstverständlichkeiten für die Staatsanwaltschaft noch einmal hervorheben.

---

Erst die ministerielle Kontrolle vermittelt eine parlamentarische Kontrolle der Beamten

---

So ist das ministerielle Weisungsrecht ein Instrument, das sich nicht nur in der Justizverwaltung, sondern in nahezu allen Verwaltungen wiederfindet. Es handelt sich dabei um ein notwendiges Mittel zur Sicherstellung der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive, der auch die Staatsanwaltschaft angehört. Die parlamentarische Kontrolle der Exekutive setzt nämlich zwingend eine ununterbrochene Verantwortungs- und Kontrollkette von jedem einzelnen Beamten bis hin zum Parlament voraus. Im Falle eines Staatsanwaltes bei der Staatsanwaltschaft des Bundes reicht sie etwa von dem einzelnen Staatsanwalt über seinen Vorgesetzten und den Generalbundesanwalt sowie den Bundesminister der Justiz bis hin zur Bundeskanzlerin.<sup>32</sup> Die Letzteren, nämlich die Bundeskanzlerin und ihre Minister, müssen dem Bundestag und seinen Ausschüssen jederzeit Rede und Antwort stehen und unterliegen damit der unmittelbaren parlamentarischen Kontrolle.<sup>33</sup> Sie vermitteln in dem Beispiel also die parlamentarische Legitimation, Kontrolle und Verantwortung an den einzelnen Staatsanwalt.

Sofern jedoch dem Minister die Möglichkeit genommen würde, gegenüber seinen Beamten auch Einzelweisungen zu erteilen, wie dies durch den vorliegenden Entwurf beabsichtigt ist, kann er allenfalls für Organisationsverschulden in seinem Ressort, nicht aber für die Handlungen seiner Beamten zur politischen Verantwortung gezogen werden, da er in einem solchen Fall offensichtlich keinen Einfluss auf das Handeln des Beamten nehmen könnte. Dies stellte in einer parlamentarischen Demokratie einen unbefriedigenden Zustand dar, der nicht hingenommen werden kann.

Auf ein solches Kontrollinstrument sollte jedoch gerade bei der Staatsanwaltschaft nicht verzichtet werden, da sie als Teil staatlichen Strafrechtspflege einen außergewöhnlich mächtigen Teil der Verwaltung darstellt. Gerade die vielfältigen und eingriffsintensiven Aufgaben, die Staatsanwälten obliegen und von den Befürwortern ihrer Unabhängigkeit als Argument für eine solche vorgetragen werden,<sup>34</sup> sollten Anlass genug sein, die Staatsanwaltschaft als Machtfaktor im Staate nicht von den existierenden subtilen Kontrollinstrumenten freizustellen.

---

Folgen der Gefahr unbotmäßiger politischer Einflussnahme ist im Verwaltungsverfahren höher

---

Ohnehin gilt zu bedenken, dass die potentielle Gefahr der politischen Einflussnahme durch ministerielle Einzelweisungen nicht nur bei der Staatsanwaltschaft besteht, sondern bei jeder beliebigen Behörde. Würde man diese potentielle Gefahr wahrlich und ausschließlich orientiert an Sachargumenten als eine ernste betrachten, ist ihre Tragweite im Verwaltungsverfahren sogar größer als im Strafverfahren.

Denn die gravierendsten Grundrechtseingriffe im Strafverfahren erfolgen nur selten unmittelbar durch die Staatsanwaltschaft, sondern in aller Regel durch oder unter Beteiligung eines Gerichts. Im Verwaltungsverfahren ist es dagegen immer die Behörde, die den eingreifenden Verwaltungsakt – gegebenenfalls verbunden mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit – erlässt und damit unmittelbar und final in die Rechte des Bürgers eingreift. Anders als im Strafverfahren erfolgt der gerichtliche Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren dabei sogar nur nachgelagert.

Es wäre sachlich kaum zu erklären, warum dennoch der abstrakten Gefahr einer rechtswidrigen politischen Weisung im Strafverfahren eine größere Bedeutung beizumessen wäre als im Verwaltungsverfahren – nur wenn diese Erklärung gelingt, wäre überhaupt über das „Ob“ der Abschaffung der Einzelweisungsbefugnis in diesem Bereich nachzudenken. Selbst dann müsste das

---

<sup>32</sup> Ausführlicher hierzu *Andoor*, Abhängige Staatsanwälte – Und das ist auch gut so, in: Legal Tribune Online, 8. August 2015, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/16547/](https://www.lto.de/persistent/a_id/16547/) (abgerufen am: 3. Mai 2020).

<sup>33</sup> Vgl. nur Artikel 43 Absatz 1 Grundgesetz (GG).

<sup>34</sup> Vergleiche statt vieler nur: Bundesmitgliederversammlung der Neuen Richtervereinigung, Plädoyer für den unabhängigen Staatsanwalt, 4. März 2007, <https://www.neuerichter.de/details/artikel/article/plaedoyer-fuer-den-unabhaengigen-staatsanwalt-121.html> (abgerufen am: 3. Mai 2020).

„Wie“ noch geklärt werden, da der hier vorgestellte Entwurf zahlreiche Probleme, die sich damit stellen und die in dieser Stellungnahme nur rudimentär dargelegt werden, nicht aufgreift.

**Alle Behörden, nicht nur die Staatsanwaltschaft, sind an Gesetz und Recht gebunden**

Der Hinweis, dass schon die bloße Existenz einer Einzelweisungsbefugnis des Justizministers den Eindruck vermitteln könnte, dass staatsanwaltliches Handeln durch politische Einflussnahme außerhalb der Bindung an Recht und Gesetz bestimmt werden könnte,<sup>35</sup> vermag ihre Abschaffung ebenfalls nicht überzeugend zu begründen. Gleiches gilt für die Ausführung, dass die Staatsanwaltschaft ihre Tätigkeit nicht politisch verantwortet, sondern in Bindung an Recht und Gesetz.<sup>36</sup>

---

Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist ein allgemeiner Verfassungsgrundsatz

---

Insoweit wird nämlich verkannt, dass nicht nur die Staatsanwaltschaft, sondern die gesamte vollziehende Gewalt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Grundgesetzes, wie auch die Rechtsprechung, an Gesetz und Recht gebunden ist.<sup>37</sup> Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Existenz einer ministerialen Einzelweisungsbefugnis ausschließlich bei der Staatsanwaltschaft den Eindruck vermitteln soll, ihr Handeln werde durch politische Einflussnahme bestimmt und könne so außerhalb von Gesetz und Recht stattfinden. Sofern dies zutrifft, müsste dies konsequenterweise auch für jede andere Behörde auch gelten.

Das hieße, dass auch bei einem Jugendamt, das ein Kind entgegen dem Willen der Erziehungsberechtigten in seine Obhut nimmt,<sup>38</sup> oder bei einem Finanzamt, das zur Vollstreckung einer Steuerschuld das Auto eines Steuersäumigen pfändet,<sup>39</sup> oder auch bei einer Ausländerbehörde,

die gegen einen Ausländer eine Ausweisungsverfügung erlässt,<sup>40</sup> aufgrund der zweifelsfrei bestehenden Einzelweisungsbefugnisse oberster Dienstvorgesetzter, die ein politisches Amt inne haben, stets der Eindruck herrschen müsste, sie würden in ihren Handlungen außerhalb der Bindung an Gesetz und Recht durch politische Einflussnahmen bestimmt.

---

Ausgestaltung oberster Dienstposten als politische Ämter ist ein Aspekt der Demokratie

---

Dies ist offensichtlich nicht der Fall. In aller Regel nämlich wird dem Bürger sowohl bewusst sein, dass Beamte grundsätzlich Weisungen unterliegen, als auch dass ihre obersten Dienstvorgesetzten politische Ämter innehaben. Wie die Überhöhung des Richteramtes gegenüber dem Amt der Staatsanwaltschaft durch nahezu jeden Laien belegt, erfasst der Bürger im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre ebenfalls, dass ein fundamentaler Unterscheid zwischen Richtern und Staatsanwälten besteht, auch wenn er beide Berufsgruppen spontan als Beamte bezeichnen würde.

Dass die obersten Dienstposten in der Staatsverwaltung als politische Ämter ausgestaltet sind, die der Bürger unmittelbar durch seine Wahl beeinflussen kann, muss dabei sogar wohl als ein nicht unwesentlicher Grundsatz einer funktionierenden rechtsstaatlichen Demokratie begriffen werden.

Denn während der Beamte in aller Regel auf Lebenszeit ernannt ist,<sup>41</sup> endet etwa das Amt eines Bundesministers mit dem Zusammentritt eines neuen Bundestages oder der Erledigung des Amtes des Bundeskanzlers.<sup>42</sup> Hierdurch wird bei genauer Betrachtung eine über die parlamentarische Verantwortung hinausreichende unmittelbare Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Volk als Souverän begründet.<sup>43</sup> So muss ein Minister, dessen Beamte außerhalb von Gesetz

---

<sup>35</sup> BT-Drs. 19/11095, S. 1.

<sup>36</sup> BT-Drs. 19/11095, S. 7 f.

<sup>37</sup> Artikel 20 Absatz 3 GG.

<sup>38</sup> § 42 Absatz 1 Aches Sozialgesetzbuch (SGB VIII).

<sup>39</sup> § 281 AO.

<sup>40</sup> § 53 Aufenthaltsgesetz (AufenthG).

<sup>41</sup> Vgl. § 6 Absatz 1 Satz 2 BBG für Bundesbeamte; § 4 Absatz 1 Satz 2 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) für Landesbeamte.

<sup>42</sup> § 69 Absatz 2 GG.

<sup>43</sup> Vgl. Artikel 20 Absatz 2 Satz 2 GG.



und Recht handeln, stets auch befürchten, jedenfalls zum Ende einer Legislaturperiode auch persönliche politische Konsequenzen für jene Handlungen tragen zu müssen, die außerhalb der parlamentarischen Kontrolle eintreten.

### **Rechtswidrige Einzelweisungen eines Ministers wären ohnehin nicht verbindlich**

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Gefahren, die in ministeriellen Einzelweisungen gesehen werden, nicht ausschließlich bei der Staatsanwaltschaft gegeben sind, sondern bei allen Behörden der Exekutive. Zugleich ist diese Gefahr auch eine höchstabstrakte. Ministeriale Weisungen sind nämlich in allen Verwaltungen höchst selten und werden in der Regel nur getroffen, um offensichtlichen Fehlentwicklungen im nachgeordneten Bereich entgegenzuwirken, rechtliche Unklarheiten im Einzelfall zu beseitigen und verbindlich zu entscheiden.

---

Ministerielle Weisungen können ein notwendiges Korrektiv sein

---

Dabei entspricht es der allgemeinen Arbeitsweise der Verwaltung, letztendlich nach dem Prinzip der Subsidiarität zu agieren – allein deshalb sind Einzelweisungen selten angezeigt, da auf einer höheren Hierarchieebene nur selten das

insoweit notwendige Detail- bzw. Einzelwissen vorhanden sein wird.

Gleichzeitig gilt aber zu bedenken, dass auf der Ministerialebene in aller Regel deutlich mehr Ressourcen zur Verfügung stehen, um (neues) Fachwissen zu generieren. So können Einzelweisungen durchaus ein Instrument sein, um einer konkreten Fehlentwicklung aufgrund eines besseren Wissensstandes entgegenzuwirken.

Eben dies scheint der hier vorliegende Entwurf zu verkennen – denn auch die von ihm nunmehr etwas unglücklich<sup>44</sup> als Dienstaufsicht bezeichneten Maßnahmen der besonderen Rechtsaufsicht nach § 147 Absatz 2 und 3 des GVG-neu<sup>45</sup> können nur dann effizient umgesetzt werden, wenn insoweit auch Maßnahmen der Fachaufsicht – die eben die Befugnis, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen, umfasst – zur Verfügung stehen.

Ohne die Möglichkeit der Einzelweisungen können die zuständigen Justizministerien einem auf ihrer Ebene festgestellten Rechtsverstoß, welcher die Sachbehandlung von Einzelfällen betrifft, nicht abstellen. Auch dort, wo etwa eine Staatsanwaltschaft die allgemeinen Weisungen des Justizministers bei einem Einzelfall bewusst

---

<sup>44</sup> Dienstaufsicht meint, in Abgrenzung zur Fachaufsicht und Rechtsaufsicht, gerade die Aufsicht des Dienstherrn über das persönliche Verhalten der ihm in einem Dienstverhältnis unterstellten Mitarbeiter – erreichen will der Entwurf hier aber offensichtlich keine Dienstaufsicht durch die Ministerialebene, sondern eine besondere Form der Rechtsaufsicht, da die Ministerialverwaltungen gerade nicht die Befugnis enthalten soll, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen.

<sup>45</sup> Der auf BT-Drs. 19/11095, S. 5 aufgeführte Entwurf sieht die folgende Änderung des § 147 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) vor:

#### **§ 147 GVG**

Das Recht der Aufsicht und Leitung steht zu

1. dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte;
2. der Landesjustizverwaltung hinsichtlich aller staatsanwaltlichen Beamten des betreffenden Landes;
3. dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks.

#### **§ 147 GVG-neu**

(1) Die Dienstaufsicht steht zu

1. dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte;
2. der Landesjustizverwaltung hinsichtlich aller staatsanwaltlichen Beamten des betreffenden Landes;
3. dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks.

(2) Die Dienstaufsicht umfasst die Befugnis, auf eine gesetz- und ordnungsmäßige Erledigung der Dienstgeschäfte hinzuwirken.

(3) Die Dienstaufsicht des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz sowie der Justizverwaltungen enthält nicht die Befugnis, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen.

ignoriert, bedürfte es der Einzelweisungsbefugnis, um in der Situation effizient reagieren zu können.

---

Das geltende Recht kennt bereits heute zahlreiche Sicherungen gegen rechtswidrige Einzelweisungen

---

Nicht von der Hand zu weisen bleibt dennoch die theoretische Möglichkeit, dass ein Minister oder eine Ministerialverwaltung Weisungen erteilt, die nicht durch Sacherwägungen geleitet sind. Allerdings sehen bereits heute zahlreiche unterschiedliche Gesetze ausreichende Möglichkeiten zum Schutze der Staatsanwaltschaft vor rechtswidrigen Einzelweisungen vor, ohne zugleich eine Abschaffung des Weisungsrechts der Justizverwaltungen vorzunehmen.

So haben Beamte nach den einschlägigen Beamtengesetzen nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen unverzüglich bei dem unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen (die sog. Remonstrationspflicht).<sup>46</sup> Wird die Anordnung trotz der Remonstration aufrechterhalten, haben sie sich, wenn die Bedenken fortbestehen, an den nächst höheren Vorgesetzten zu wenden.<sup>47</sup> Erst wenn eine Weisung auch dann bestätigt würde, müssen sie diese grundsätzlich umsetzen.<sup>48</sup>

Allerdings regeln die einschlägigen Beamtengesetze<sup>49</sup> auch, dass eine Anordnung trotz der Bestätigung auf die wiederholte Remonstration nicht ausgeführt werden darf, wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder *strafbar* oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen und Beamten erkennbar ist.

Würde ein Staatsanwalt nun tatsächlich im Rahmen der ministeriellen Einzelweisungsbefugnis angewiesen werden, strafprozessuale Maßnahmen zu unterlassen oder vorzunehmen, die gegen Gesetz und Recht verstoßen, müsste er diese Weisung nach den oben dargestellten Grundsätzen gerade nicht folgen. Eine solche Weisung hätte nämlich zur Folge, dass der Staatsanwalt eine

Handlung vornehmen müsste, die als Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) respektive als Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB) zu bewerten und damit strafbar wäre.

Die Remonstrationspflicht in Verbindung mit dem Dispens von der Folgepflicht bei grob rechtswidrigen Weisungen, stellt somit eine sachliche Unabhängigkeit des Beamten her, welche die die politischen Leitungsbefugnis des Fachministers in einem demokratietheoretisch angemessenen Rahmen berücksichtigt. Dass die Staatsanwaltschaft insoweit dennoch hinter der sachlichen Unabhängigkeit der Richter zurückbleibt, ist verfassungsrechtlich und rechtssystematisch konsequent und sollte nicht anders geregelt werden.

### **Unabhängigkeit der Richter unterliegt Prämissen ungleich der Staatsanwaltschaft**

Generell muss auch vor überschnellen Vergleichen der Staatsanwälte mit (Straf-)Richtern gewarnt werden. Dieser Vergleich drängt sich zwar durchaus auf, weil beide auf dem ersten Blick der Strafjustiz zuzuordnen sind. Ebenso dass die Staatsanwälte, wie auch Richter, nach der Besoldungsordnung R und nicht wie die meisten übrigen Beamten nach der Besoldungsordnung A und B besoldet werden, trägt gewiss zu diesem Vergleich bei. Nicht zuletzt aber unter Staatsanwälten und Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit mag dieser Vergleich naheliegen, können sie doch vergleichsweise unproblematisch zwischen den einzelnen Professionen hin- und herwechseln und unterliegen dabei derselben Disziplinargerichtsbarkeit durch Richterdienstgerichte.<sup>50</sup>

In der Tat ist der Staatsanwalt damit in gewisser Hinsicht ein Beamter besonderer Art; er ist allerdings gerade kein Beamter eigener Art. Eine weitgehende Unabhängigkeit unter Ausschluss jeder ministerialen Fachaufsicht in letzter Instanz genießen nämlich nur wenige Beamte – hierzu gehören etwa beamtete Hochschullehrer, für die die verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre einfachgesetz-

---

<sup>46</sup> Für Bundebeamte vgl. § 63 Absatz 2 Satz 1 BBG; für Landesbeamte § 36 Absatz 2 Satz 1 BeamtStG.

<sup>47</sup> § 63 Absatz 2 Satz 2 BBG; § 36 Absatz 2 Satz 2 BeamtStG.

<sup>48</sup> § 63 Absatz 2 Satz 3 BBG; § 36 Absatz 2 Satz 3 BeamtStG.

<sup>49</sup> § 63 Absatz 2 Satz 4 BBG; § 36 Absatz 2 Satz 4 BeamtStG.

<sup>50</sup> § 122 Absatz 4 Satz 1 DRiG.

lich so ausformuliert wurde, dass ihnen im Ergebnis ebenfalls eine sachliche und persönliche Unabhängigkeit zukommt.<sup>51</sup> Ähnlich wie Richter (und zugegebenermaßen Staatsanwälte) verfügen die Hochschullehrer sogar über eine eigene Besoldung nach der Besoldungsordnung W.

---

Richterliche Unabhängigkeit ist funktionsnotwendiger Bestandteil der Judikative

---

Die Unabhängigkeit der Richter wiederum ist dabei ein notwendiger Bestandteil der Gewaltenteilung und einer funktionsfähigen Judikative. So bestimmt das Grundgesetz wörtlich: »Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut;«<sup>52</sup> und allein für diese Richter bestimmt es weiter: »Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.«<sup>53</sup> Damit lässt das Grundgesetz keinen Interpretationsspielraum dafür, wer der rechtssprechenden Gewalt, also der Judikative angehört – nur die Richter; nicht auch die Staatsanwälte.

Es wäre aus zweierlei Gründen zu kurz gedacht, dass dieser Beschränkung mit einer Grundgesetzänderung abgeholfen wäre, die bestimmte, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern *und Staatsanwälten* anvertraut ist und die Richter *und Staatsanwälte* unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen sind.

Zum einen widerspräche es der Natur der Judikative, also der Natur der rechtssprechenden Gewalt, auch die Anklagebehörde in ihr zu verorten; wer schon im Ermittlungsverfahren eine über

den Ermittlungsrichter hinausgehende unabhängige Instanz will, will keine unabhängige Staatsanwaltschaft, sondern die 1976 abgeschaffte gerichtliche Voruntersuchung und damit den Untersuchungsrichter zurück.<sup>54</sup>

Zum anderen wäre, wie bereits ausgeführt, nicht ersichtlich, warum ausschließlich die Staatsanwaltschaften, die als Organe der Rechtspflege die bei den ordentlichen Gerichten errichtet worden sind, der Judikative zuzurechnen wären. Gleiches müsste auch für die bereits oben erwähnten Wehrdisziplinaranwälte bei den Truppendienstgerichten, den Bundeswehrdisziplinaranwalt beim Bundesverwaltungsgericht, den Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht oder die Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Oberverwaltungsgerichten gelten. Auch bei exotischeren staatlichen Organen der Rechtspflege, die bei Gerichten eingerichtet sind, wie etwa bei der hessischen Landes-anwaltschaft beim Staatsgerichtshof,<sup>55</sup> müsste dasselbe gelten. Schließlich stellte sich auch hier die Frage, wie mit den Behörden umzugehen wäre, die in Steuerstrafsachen staatsanwaltliche Aufgaben wahrnehmen – also den Hauptzollämtern, den Finanzämtern, dem Bundeszentralamt für Steuern und den Familienkassen.<sup>56</sup>

---

Richterliche Unabhängigkeit bedeutet keine unkontrollierte Tätigkeit der Judikative

---

Zu bedenken gilt auch, dass die richterliche Unabhängigkeit nicht bedeutet, dass Richter ohne jede Kontrolle wären – gerade dies gälte aber

---

<sup>51</sup> Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG, §§ 43, 50 Absatz 2 Hochschulrahmengesetz (HRG) – ähnliche Regelungen finden sich auch in den zwischenzeitlich ergangenen Landeshochschulgesetzen, vgl. insoweit etwa § 61 Absatz 1 Satz 1, § 60 Absatz 4 Satz 4 und 5 Hessisches Hochschulgesetz (HHG).

<sup>52</sup> Artikel 92 Absatz 1 Halbsatz 1 GG.

<sup>53</sup> Artikel 97 Absatz 1 GG.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Andoor*, Tatfragen in der strafrechtlichen Revision, S. 197 ff. (Veröffentlichung vorauss. 2. Hj. 2020). Die gerichtliche Voruntersuchung und damit auch der Untersuchungsrichter wurden durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) vom 9. Dezember 1974, BGBl. I 3393, abgeschafft. Bei der gerichtlichen Voruntersuchung handelte es sich dem Grunde nach um ein richterlich durchgeführtes Ermittlungsverfahren. Die Durchführung der gerichtlichen Voruntersuchung oblag einem Untersuchungsrichter, der nach der Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung anstelle der Staatsanwaltschaft trat und die von ihm als notwendig erachteten Ermittlungen selbstständig durchführte. Anders als der heutige Ermittlungsrichter, der lediglich im Rahmen der Voruntersuchung auf einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft hin prüft, ob strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, die einem Richtervorbehalt unterliegen, vorgenommen werden dürfen, konnte der Untersuchungsrichter in Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung die von ihm für erforderlich erachteten Zwangsmaßnahmen selbst vornehmen. Er vereinigte damit die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft und des Ermittlungsrichters in einer Person.

<sup>55</sup> Artikel 130 Absatz 1 Satz 2 Verfassung des Landes Hessen (HV), § 10 Gesetz über den Staatsgerichtshof (StGHG); dieser ist allerdings gemäß § 10 Absatz 7 StGHG grundsätzlich an keine Weisungen gebunden.

<sup>56</sup> § 386 Absatz 1 AO.

mangels vergleichbarer Kontrollinstrumente für eine unabhängige Staatsanwaltschaft nicht.

So gilt in nahezu allen Gerichtsverfahrensordnungen der Öffentlichkeitsgrundsatz, der verbunden mit dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz sicherstellt, dass grundsätzlich jede erkennende gerichtliche Handlung von jedem beobachtet werden kann.<sup>57</sup> Gerade wer sich an die Kontroverse um die Journalisten-Akkreditierung bei dem sogenannten NSU-Prozess gegen die verbliebenen Beschuldigten der rechtsextremen Terrorgruppe „Nationalsozialistischer Untergrund“ (NSU) zurückerinnert, wird die Möglichkeit der Öffentlichkeit ein gerichtliches Verfahren zu verfolgen, kaum als eine bloße Formalie ohne nennenswerte praktische Bedeutung abtun.<sup>58</sup>

Daneben wird eine öffentliche Kontrolle der gerichtlichen Verfahren auch dadurch erreicht, dass in vielen gerichtlichen Verfahren das Volk unmittelbar als ehrenamtliche Richter mitwirkt – etwa im Strafverfahren als Schöffen<sup>59</sup> oder in gerichtlichen Disziplinarverfahren als Beamtenbesitzer<sup>60</sup> oder in Verfahren vor den Handelskammern als Handelsrichter<sup>61</sup>, um nur wenige Beispiele zu nennen.

Schließlich können die meisten erstinstanzlichen Urteile mittels einschlägiger Rechtsmittel einer justizinternen Kontrolle zugeführt werden, wobei bei Kollegialgerichten schon die Besetzung der Spruchkörper mit mehreren Richtern eine kontrollierende Wirkung entfaltet.

---

Das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren  
dagegen ist ein geheimes Verfahren

---

All die oben genannten Kontrollelemente schaffen einen hinreichenden Ausgleich für die

mangelnde parlamentarische Kontrolle und das damit einhergehende Legitimationsdefizit der rechtsprechenden Gewalt – Kontrollelemente, die in der Form im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren nicht existieren. So ist das Ermittlungsverfahren, wie nahezu jedes andere allgemeine Verwaltungsverfahren auch, ein geheimes Verfahren.<sup>62</sup> Weder der Beschuldigte noch die Öffentlichkeit hat Einblick in das – nahezu ausschließlich durch die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft geführte – Vorverfahren. Auch die Presse erhält zu laufenden Ermittlungen in der Regel keine Auskunft.

Ebenso kann der Betroffene viele Maßnahmen im Ermittlungsverfahren, schlicht weil sie größtenteils ohne seine Kenntnis durchgeführt werden, weder einer höherinstanzlichen noch einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Dies ist schon heute bedenklich, wenn man erkennt, mit welcher Leichtigkeit in der Praxis so sensible verdeckte Maßnahmen wie Telekommunikationsüberwachung,<sup>63</sup> Standortbestimmung von Mobilfunkgeräten<sup>64</sup> oder Wohnungsdurchsuchungen<sup>65</sup> durch Ermittlungsrichter angeordnet werden.

Daher ist eine von der politischen (im Sinne einer ministerialen) Kontrolle befreite und ausschließlich sich selbst kontrollierende Staatsanwaltschaft nichts, was ein freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat ohne die Schaffung weiterer Kontrollinstrumente herbeiwünschen sollte. Eine weisungsunabhängige Staatsanwaltschaft stellte jedenfalls in der aktuellen Rechtslandschaft einen unkontrollierbaren Machtfaktor dar.

---

<sup>57</sup> Vgl. nur für die ordentliche Gerichtsbarkeit § 169 GVG, auf den die meisten sonstigen Gerichtsverfahrensordnungen verweisen – so etwa § 55 VwGO für die Verwaltungsgerichtsbarkeit oder § 61 Sozialgerichtsgesetz (SGG) für die Sozialgerichtsbarkeit.

<sup>58</sup> Die allgemein-gesellschaftliche Bedeutung, welche diese Debatte erlangt hat, ist nicht zuletzt daran zu erkennen, dass dieser Kontroverse zwischenzeitlich ein eigener Artikel in der Online-Enzyklopädie Wikipedia gewidmet ist; siehe „Kontroverse um Journalisten-Akkreditierung beim NSU-Prozess“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, Bearbeitungsstand: 9. Oktober 2019, [https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Kontroverse\\_um\\_Journalisten-Akkreditierung\\_beim\\_NSU-Prozess&oldid=192994979](https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Kontroverse_um_Journalisten-Akkreditierung_beim_NSU-Prozess&oldid=192994979) (abgerufen am 3. Mai 2020).

<sup>59</sup> §§ 28 ff., 77 Absatz 1 GVG.

<sup>60</sup> Vgl. etwa § 47 BDG.

<sup>61</sup> § 45a DRiG, § 105 GVG.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu schon *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815, 822 ff.

<sup>63</sup> §§ 100a, 100e StPO.

<sup>64</sup> §§ 100i, 101 StPO.

<sup>65</sup> §§ 102, 105 StPO.

### **Auch der EuGH verlangt nicht nach einer unabhängigen deutschen Staatsanwaltschaft**

Auch aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Mai 2019<sup>66</sup> zur Ausstellung des Europäischen Haftbefehls in der Bundesrepublik Deutschland folgt nicht, dass die deutsche Staatsanwaltschaft generell unabhängig sein müsste.<sup>67</sup> Das Urteil, genauer eine Vorabentscheidung auf Vorlage des *Supreme Court of Ireland* und des *High Court* von Irland, befasst sich nämlich mit einer völlig anderen Prämisse.

---

#### Rahmenbedingungen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

---

So bestimmt bereits die Ziffer 8 der Erwägungen zu dem Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union zum Europäischen Haftbefehl<sup>68</sup> wörtlich:

»Entscheidungen zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls müssen ausreichender Kontrolle unterliegen; dies bedeutet, dass eine *Justizbehörde* des Mitgliedstaats, in dem die gesuchte Person festgenommen wurde, die Entscheidung zur Übergabe dieser Person treffen muss [Hervorb. d. Verf.]«

In Artikel 1 Absatz 1 des Rahmenbeschlusses heißt es wiederum:

»Bei dem Europäischen Haftbefehl handelt es sich um eine *justizielle Entscheidung* [Hervorb. d. Verf.], die in einem Mitgliedstaat ergangen ist und die Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedstaat zur Strafverfolgung oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung bezweckt.«

Artikel 6 Absatz 1 des Rahmenbeschlusses schließlich bestimmt:

»Ausstellende Justizbehörde ist die *Justizbehörde* des Ausstellungsmitgliedstaats, die nach dem Recht dieses Staats für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständig ist [Hervorb. d. Verf.]«

Bereits der Rahmenbeschluss geht also davon aus, dass zur Sicherstellung der ausreichenden Kontrolle der Europäische Haftbefehl durch eine *Justizbehörde* ausgestellt werden müsse. Schon hier hätte sich auch dem deutschen Gesetzgeber aufdrängen können, dass der Rahmenbeschluss mit der Wendung »Justizbehörde« (in Englischen: »judicial authority«; im Französischen: »L'autorité judiciaire«) eine der Judikativen zugehörige Behörde meinen könnte – zumal schon der nationale (Untersuchungs-)Haftbefehl in Strafsachen nur durch einen Richter ausgestellt werden kann.<sup>69</sup>

---

#### Der Europäische Gerichtshof verlangt (nur) eine Entscheidung der Judikative

---

Lediglich dies stellt auch der Europäische Gerichtshof fest. So führte er aus, dass die Mitgliedstaaten zwar selbst bestimmen können, wer die für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständige »Justizbehörde« ist, die Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs jedoch nicht ihrer Beurteilung überlassen bleiben könne.<sup>70</sup> Insofern stellte das Gericht klar, dass Begriff »Justizbehörde« nicht allein auf die Richter oder Gerichte eines Mitgliedstaats beschränkt ist, sondern so zu verstehen ist, dass er darüber hinaus die Behörden erfasst, die in diesem Mitgliedstaat an der Strafrechtspflege mitwirken; diese grenzt der Gerichtshof insbesondere zu Ministerien oder Polizeibehörden ab, die er der Exekutive zuordnet.<sup>71</sup>

Entscheidend kommt es dem Europäischen Gerichtshof also darauf an, dass der Europäische Haftbefehl, der in der Regel auf einem nationalen Haftbefehl beruhen wird, durch eine Behörde ausgestellt wird, die sachlich von der Exekutive unabhängig ist und idealerweise der Judikative zuzurechnen ist.

---

<sup>66</sup> EuGH, Urt. v. 27.5.2019, C-508/18 - OG (Parquet de Lübeck).

<sup>67</sup> So etwa irreführend die Überschrift »EuGH Urteil: Deutsche Staatsanwaltschaft nicht unabhängig« in einem Beitrag von Transparency International Deutschland e. V. vom 28. Mai 2019, <https://www.transparency.de/aktuelles/detail/article/eugh-urteil-deutsche-staatsanwaltschaft-nicht-unabhaengig/> (abgerufen am 3. Mai 2020).

<sup>68</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, 2002/584/JI.

<sup>69</sup> § 114 Absatz 1 StPO; für den Vollstreckungshaftbefehl, also den Haftbefehl, der ergeht, damit eine gerichtlich verhängte Freiheitsstrafe vollstreckt werden kann, ist in der Tat auch national die Staatsanwaltschaft zuständig, § 457 Absatz 3 Satz 3 StPO; ob dies europäisch wirklich anders sein muss, ist eine wenig diskutierte Frage, da in diesem Fall ja tatsächlich mit der gerichtlichen Freiheitsstrafe bereits eine gerichtlich verhängte Entscheidung vorliegt, die mit dem Vollstreckungshaftbefehl lediglich umgesetzt wird.

<sup>70</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 27.5.2019, C-508/18 - OG (Parquet de Lübeck), Rn. 48.

<sup>71</sup> A. a. O., Rn. 50.

Der Europäische Gerichtshof fordert also nicht die Errichtung einer unabhängigen Staatsanwaltschaft, sondern verlangt lediglich, dass der Europäische Haftbefehl durch eine unabhängige Stelle ausgestellt wird. Diese Möglichkeit bietet schon die geltende Fassung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), wonach der Europäische Haftbefehl auch durch einen Richter erlassen werden könnte.<sup>72</sup> Insoweit wäre lediglich über eine Klarstellung nachzudenken, um etwaige Missverständnisse auszuschließen. Soweit *de lege ferenda* darüber hinaus richterliche Kapazitäten eingespart werden sollen, böte sich eine Änderung des Rechtspflegergesetzes (RPfG) an, das schon heute zahlreiche (richterliche) Aufgaben auf den Rechtspfleger überträgt – anders als der Staatsanwalt ist der Rechtspfleger gemäß § 9 RPfG sehr wohl »sachlich unabhängig und nur an Recht und Gesetz gebunden«.<sup>73</sup>

– erhebliche Zweifel daran, ob eine solche Ausgestaltung noch im Einklang mit dem Lebenszeitprinzip als einem der Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums steht. Wenn dies nicht der Fall wäre, wäre diese Ausgestaltung schon *de constitutione lata* verfassungswidrig. ■

### Fazit

Mit Blick auf die ausführliche *Zusammenfassende Darstellung der Kernthesen* zu Beginn dieser schriftlichen Stellungnahme kann an dieser Stelle auf ein ausführliches Fazit verzichtet werden.

Es bleibt letztendlich festzuhalten, dass der Entwurf der Fraktion der FDP nicht überzeugt. In der Konsequenz würde dadurch das System von „*checks and balances*“ zwischen den Gewalten, das kennzeichnend für eine rechtsstaatliche Demokratie ist, für einen so gewichtigen und grundrechtsinvasiven Bereich wie den der Strafrechtspflege ohne Not erheblich eingeschränkt.

Die von dem Europäischen Gerichtshof letztendlich nur geforderte Ausstellung des Europäischen Haftbefehls durch eine unabhängige Stelle ist bereits *de lege lata* möglich, sodass allenfalls eine klarstellende Gesetzesänderung angezeigt ist.

Der Generalbundesanwalt sollte aus verfassungsrechtlichen Erwägungen kein politischer Beamter sein; tatsächlich bestehen – gerade mit Blick auf seine Rolle als Organ der Rechtspflege

---

<sup>72</sup> Für den Europäischen Haftbefehl bezogen auf die Untersuchungshaft dürfte § 131 Absatz 1 StPO i. V. m. § 78 Abs. 1, 77 Absatz 1 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) einschlägig sein; für den bezogen auf eine Vollstreckungshaft § 457 Absatz 3 Satz 3 StPO i. V. m. § 78 Abs. 1, 77 Absatz 1 IRG; siehe hierzu auch OLG Hamm, Beschluss vom 01.08.2019 - 2 Ws 96/19.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu auch *Andoor*, ZRP 2019, 154.