

KARSTEN GAEDE

Als befangen anzusehende Staatsanwälte – ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK?

Klaus-Ulrich Ventzke. Dieser Name steht für sich. Es bedarf keines Titels, um eine insbesondere strafprozessuale Expertise zu unterstreichen, die mich früh beeindruckt hat und heute in vielen Rechtsfragen leitet.¹ Nimmt man die eigene Dankbarkeit für die genossene Ausbildung und die Bewunderung für das unprätentiöse, aber umso substanziellere Auftreten und Wirken von *Klaus-Ulrich Ventzke* hinzu, ist schon die Wahl des Beitragsthemas eine echte Aufgabe – für den zu Ehrenden muss ein anspruchsvoller Fragenkreis erstmals aufgegriffen werden.

Vielleicht kann die – vom Verfasser bisher nicht erörterte – Frage nach einer revisiblen Rechtsverletzung durch die Verfahrenspartizipation eines als befangen anzusehenden Staatsanwalts diese Hürde nehmen? Zu ihr herrscht heute auch für die hier in den Mittelpunkt gestellte Hauptverhandlung der Maßstab eines möglichen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vor, der durch eine restriktive Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des Verhaltens des Gerichts festzustellen sein soll.²

Zunächst muss aber feststehen, dass das Recht auf ein faires Verfahren den Maßstab ausmacht (dazu I.). Es ist aufzunehmen, welche Haltung der revisionsrechtlichen Praxis in jüngeren Entscheidungen offenbar geworden ist

¹ Ich denke hier etwa an *Ventzke StV* 1997, 343.

² So insbesondere BGH NStZ-RR 2024, 252 = HRRS 2024 Nr. 1075 und BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042; noch offenlassend BVerfG JR 1979, 28; im Kontext eines möglichen Anschlusses an § 22 Nr. 5 StPO BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742.

(siehe II.). Folgen soll ein Vorschlag dazu, von welchen Koordinaten die Prüfung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ausgehen sollte (hierzu III.). Anmerkungen zur Verfahrensrüge sind zu ergänzen (siehe IV.). Die Frage, ob in den jüngeren Hauptfällen des BGH ein Fairnessverstoß überzeugend verworfen wurde, schließt den Beitrag ab (hierzu V.).³

I. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK – entscheidend?

So bedeutsam das Recht auf ein faires Verfahren ist oder sein sollte,⁴ bleibt doch zu beachten, dass konkretere gesetzliche Maßstäbe – schon nach dem Fairnessgedanken selbst⁵ – zu erhoffen/erwarten und vorrangig zu

³ Die wichtige Teilproblematik einer etwaig möglichen gerichtlichen Durchsetzung eines etwaigen Ablösungsanspruches jenseits der Revision muss im Rahmen der Festschrift außen vor bleiben. Zu ihr siehe etwa abl. *Siolek*, in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2016), Vor § 22 Rn. 9 ff. und zust. *Wohlers* GA 2006, 403 ff. Für eine Anwendung der als vorrangig betrachteten §§ 23 ff. EGGVG etwa *Hilgendorf* StV 1996, 50, 52 ff.; *Wohlers* in SK-StPO, 6. Aufl. (2023), § 145 GVG Rn. 24; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2022), § 9 Rn. 15; a.A. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 81 f.; OLG Hamm NJW 1969, 808 f.; *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 2 Rn. 30; *Pawlik* NStZ 1995, 309, 314; offenlassend OLG Stuttgart NJW 1974, 1394.

⁴ Für einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK durch die Mitwirkung eines disqualifizierten Staatsanwaltes z.B. auch schon *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 11; *Hilgendorf* StV 1996, 50, 51 f.

⁵ Zum Gebot der Bestimmtheit als Teil der Verfahrensfairness schon m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 417 ff. und 663 ff. Zu den regelmäßig aufzufindenden und berechtigten Appellen an den Gesetzgeber, endlich Regelungen zu schaffen, vgl. statt vieler *Nowak*, Die institutionelle Stellung des Staatsanwalts im Strafverfahren und deren Auswirkung auf die Möglichkeit der Befangenheit (2024), S. 142; zum erwartbaren Ertrag aber skeptisch *Veljovic/Bona*, KriPoZ 2025, 225, 232.

durchdenken sind. Dies gilt im Besonderen, weil nach vielen Stimmen mit dem Verweis auf die Fairness eine hohe Schwelle für einen anzunehmenden Verstoß einhergehen soll.⁶ Anwendbare konkrete gesetzliche Regelungen könnten die innerbehördliche Prüfung eines Austauschs des betreffenden Staatsanwalts ebenso wie die ggf. notwendige Entscheidung durch ein Revisionsgericht besser anleiten; sie könnten prima facie ohne eine kaum bestimmte allgemeine Gesamtbetrachtung auskommen.

Explizite Regelungen sind bekanntermaßen aber weder in der StPO noch im GVG aufzufinden.⁷ Vor allem die §§ 145 ff. GVG enthalten keine Vorschriften über Ausschlussgründe, die eine Substitution insbesondere des Sitzungsvertreters erzwingen. Mehr noch behalten sie nach Ansicht der Praxis gemäß § 145 Abs. 1 Alt. 2 GVG allein der vom Gericht unabhängigen (§ 150 GVG) Staatsanwaltschaft die mögliche Substitution des in Frage stehenden Staatsanwalts vor.⁸

Immerhin werden aber analoge Anwendungen sowie erweiternde Norminterpretationen zugunsten tendenziell konkreterer Prüfungsmaßstäbe diskutiert.⁹

⁶ So nun auch der 6. Strafsenat in diesem Kontext: BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

⁷ Zu diesem Befund nur unter Hinweis auf unwirksame landesrechtliche Regelungen m.w.N. *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 10.

⁸ Siehe überdies zum verworfenen Ablehnungsrecht der Verfahrensbeteiligten OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 81 f.; LG Köln NStZ 1985, 230, 231 f.; *Heil* in KK-StPO, 9. Aufl. (2023), Vor § 22 Rn. 6.

⁹ Die folgende Darstellung behandelt nicht jede der zum Teil sehr ausdifferenzierten Stellungnahmen zum Thema. Zu weiteren Ansätzen siehe etwa aus jüngerer Zeit m.w.N. *Nowak* (Fn. 5), S. 19 ff.; vgl. auch *Jescheck* ZStW 84 (1972), 834, 838, der es wegen Missbrauchsgefahr nicht zulassen will, Ablehnungsanträge auf einen Verstoß gegen § 160 Abs. 2 StPO zu stützen.

1. Analoge Anwendung der §§ 22–24 StPO

Denkbare und praktisch eintretende Fälle etwa einer persönlichen Betroffenheit durch die vorgehaltene Tat oder erkennbare Besorgnisse einer fallbezogenen Voreingenommenheit des konkret agierenden Staatsanwalts haben im Schrifttum seit längerem zu Plädoyers geführt, nach denen die für Richter geschaffenen materiellen Regelungen der §§ 22–24 StPO ganz oder teilweise¹⁰ analog mit der Folge eines absolut bzw. relativ revisiblen Rechtsverstoßes anwendbar seien.

Entsprechende Ansätze eint, dass sie in dem bis heute andauernden und ursprünglich bewusst entschiedenen Verzicht des historischen Gesetzgebers der Strafprozessordnung auf nähere Regelungen zum möglichen Ausschluss und zur möglichen Befangenheit von Staatsanwälten¹¹ einen korrekturbedürftigen Irrtum erblicken, der – bei einer gleichen Interessenlage – die Anwendung der für Richter geltenden Vorschriften nicht hindern könne.¹² In der Einschätzung, die rechtmäßige Besetzung der Staatsanwaltsfunktion lediglich als Internum der ohnehin auf das Recht ausgerichteten Staatsanwaltschaft zu begreifen, liege vor dem Hintergrund der heute zu beachtenden Fairnessmaßstäbe eine planwidrig zu nennende Regelungslücke.¹³ Sowohl Dienstaufsichtsbe-

¹⁰ *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 13; *Schlothauer/Wollschläger/Piel*, Verteidigung im Revisionsverfahren, 4. Aufl. (2025), Rn. 423; *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 12, 13, 18 ff. und 23: Analogie zu § 22 Nr. 1–3 und 5 und 24 Abs. 2 StPO, nicht aber zu den §§ 23 und 24 Abs. 1 StPO; zur Ablehnung einer Analogie auch zum Verfahren *Wohlers* GA 2006, 403, 405 f.

¹¹ Siehe *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen auf Veranlassung des Kaiserlichen Reis-Justizamts, Dritter Band: Materialien zur Strafprozeßordnung, Erste Abtheilung, 2. Aufl., 1886, S. 92.

¹² Statt vieler so *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 10.

¹³ In diesem Sinne auch etwa *Hilgendorf* StV 1996, 50, 51 f., 53 und *Pawlik* NStZ 1995, 309, 313: alleiniger Verweis auf § 145 Abs. 1 Alt. 2 GVG unzureichend.

schwerden¹⁴ als auch der Umweg über eine beantragte Vernehmung des Sitzungsvertreters als Zeugen¹⁵ seien unzureichend. Es ließe sich insbesondere für die Ausschlussgründe des § 22 Nr. 1, 2, 3 und 5 StPO¹⁶ und ggf. über diese hinaus¹⁷ das Recht des Beschuldigten formulieren, zu den für Richter geltenden Maßstäben eine Beseitigung bedenklicher staatsanwaltlicher Verfahrenseinflüsse einzufordern. Insoweit wird allerdings trotz dahingehender Überlegungen regelmäßig der Rückgriff auf die §§ 338 Nr. 2 und 3 StPO abgelehnt,¹⁸ die für den Fall von Verstößen gegen die §§ 22–24 StPO eine Beruhensprüfung erübrigen.

a) Keine planwidrige Nichtanwendung der §§ 22–24 StPO

Diesen Ansätzen zugunsten einer Analogie, die bemerkenswerterweise auf eine analoge Anwendung des komplementären Verfahrens nach den §§ 25 ff. StPO regelmäßig verzichten, ist aber nicht zu folgen.¹⁹ Bereits die

¹⁴ Zur mangelnden Effektivität etwa *Volkmann/Vogel* StV 2021, 537, 539, auch mit der Erwägung von Schulterschlusseffekten (542 ff.); *Brocke* in *MüKo-StPO*, Bd. 4, 2. Aufl. (2025), GVG § 145 Rn. 7: nur bei Willkür weites Ermessen überschritten.

¹⁵ Zu diesem Ansatz siehe etwa BGH NStZ 1989, 583 f.; m.w.N. *Krause* in *MAH Strafverteidigung*, 3. Aufl. (2022), § 7 Rn. 105; krit. *Schneider* NStZ 1994, 457 f.

¹⁶ Dafür etwa wieder *Wohlers* in *SK-StPO* (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 11.

¹⁷ M.w.N. *Pawlik* NStZ 1995, 309, 311; dass eine direkte Übertragung indes nicht gelingen kann, betonte etwa schon *Hackner*, *Der befangene Staatsanwalt im deutschen Strafverfahrensrecht* (1995), S. 233 ff.: „Die funktionsbedingten Unterschiede zwischen ihm [dem Staatsanwalt] und dem Richter müssen sich vielmehr auch in den Maßstäben zur Beurteilung staatsanwaltlicher Befangenheit niederschlagen.“

¹⁸ Vgl. etwa *Arloth* NJW 1983, 207, 210.

¹⁹ So etwa auch BVerfGE 25, 336, 345 f.; BVerfG JR 1979, 28; BGH NStZ-RR 2024, 252 f. = HRRS 2024 Nr. 1075; BGH NJW 1980, 845, 846; NStZ 1991, 595; 2008, 353 f. = HRRS 2008 Nr. 320; *Stuckenberg* JR 2019, 163 f.; Heil in *KK-StPO* (Fn. 8), Vor § 22 Rn. 1; *Fezer* (Fn. 3), Fall 2 Rn. 29 f.; *Schmitt* in *Schmitt/Köhler*, StPO,

Planwidrigkeit der mangelnden Erstreckung gerade der §§ 22–24 StPO auf die Staatsanwaltschaft lässt sich nicht recht dartun:²⁰

Es ist zwar mehr als plausibel, dass das Fehlen gesetzlicher Maßstäbe und eines geregelten Verfahrens für die Sicherung einer objektiven Teilhabe der Staatsanwaltschaft am Strafverfahren eine im Licht der Fairnessgarantie normativ betrachtet planwidrige Regelungslücke ausmacht, wenn man sich den zentralen Verfahrenseinfluss der Staatsanwaltschaft vor Augen führt, der ihr insbesondere über das Ermittlungsverfahren²¹ und die Hauptverhandlung zukommt.²² Regelungen für Richter einschließlich der Schöffen (§§ 22–31 StPO), für Sachverständige (§ 74 StPO), für Dolmetscher (§ 191 GVG) und für Urkundsbeamte (§ 31 StPO) und Beamte/Mitarbeiter anderer Verwaltungen (siehe nur §§ 20 f. VwVfG) unterstreichen, dass sich der Bedarf nach Willkür vermeidenden Maßstäben schwerlich zurückweisen lässt.²³ Schon die Materialien zur Reichsstrafprozessordnung drücken auch gar nicht aus, dass es keine Maßstäbe geben sollte. Sie vermeinen vielmehr voller Vertrauen, dass die

68. Aufl. (2025), Vor § 22 Rn. 3 und 8; Conen/Tsambikakis in MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. (2023), § 22 Rn. 6; i.E. Krause in MAH (Fn. 15), § 7 Rn. 102.

²⁰ So z.B. BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075; BGH NStZ 1989, 583 (zu § 22 Nr. 5 StPO); LG Köln NStZ 1985, 230, 231; Kudlich/Noltensmeier-von-Osten in SSW-StPO, 5. Aufl. (2023), § 22 Rn. 5; Weßlau/Deiters in SK-StPO, 5. Aufl. (2018), Vor § 22 Rn. 35; nur zum Verfahren LR/Siolek (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 8.

²¹ Hier wäre neben der Anklageerhebung bzw. der Versagung von Einstellungen etwa an die Auswahl des Sachverständigen zu denken, die regelmäßig die Person des gerichtlich bestellten Sachverständigen im Hauptverfahren vorprägt.

²² So bejaht eine planwidrige Lücke zu den materiellen Maßstäben etwa auch schon Frisch in Festschrift für Bruns (1978), S. 385, 396 ff., obschon er ein Ablehnungsrecht in der Hauptverhandlung in das Ermessen des Gesetzgebers stellen will, siehe S. 409 ff., 413 f.; in materieller Hinsicht für eine Anwendbarkeit auch Hilgen-dorf StV 1996, 50, 53.

²³ Siehe auch die Anschlüsse an Fälle des § 22 StPO bei Schmitt in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 4.

Staatsanwaltschaft ohnedies eine ggf. notwendige Ersetzung vornehmen werde, weshalb es einer Regelung in der StPO nicht bedürfe.²⁴

Damit ist aber nur dargelegt, dass der Verzicht auf leitende Regelungen als solcher in einem Rechtsstaat planwidrig zu nennen ist und der Herausbildung von Maßstäben für sich genommen kein Wille des historischen Gesetzgebers entgegensteht. Angesichts der Funktionsunterschiede, die zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht im deutschen Strafprozess verbleiben und der für sich genommen unstreitigen primären Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Ausgestaltung des fairen Verfahrens (dazu näher II. 2. b)], lässt sich die These der Planwidrigkeit aber nicht in dem Sinne verstehen, dass gerade die vom Gesetzgeber bis heute *verwehrte Übertragung der Regelungen für Richter* planwidrig zu nennen wäre.²⁵ Eine ganz fehlende Regelung lässt sich planwidrig nennen – die vom Gesetzesrecht bis heute verfolgte getrennte Beurteilung für Richter und Staatsanwälte ist aber mitnichten evident zu verwerfen.

b) Keine hinreichende Interessenparallelität

Auch das Kriterium der vergleichbaren Interessenlage hält in diesem Sinne zur Zurückhaltung an. Richtig ist zwar, dass die Objektivitätsbindung der

²⁴ In diesem Sinne vertraute man darauf, dass schon auf Antrag bei der Behörde oder von Amts wegen das Nötige getan würde, siehe *Hahn/Stegemann* (Fn. 11), S. 92; so auch schon *Schneider* NStZ 1994, 457, 461; *Müller-Gabriel* StV 1991, 235, 236; *Pawlik* NStZ 1995, 309, 310 f.; krass a.A. noch heute *Temming* in HK-StPO, 7. Aufl. (2023), Vor §§ 22 ff. Rn. 6.

²⁵ Hierbei wäre es methodisch denkbar, den angesprochenen Punkt der wertenden Prüfung der hinreichend gleichen Interessenlage vorzubehalten. Jedenfalls dann, wenn – wie hier – das Recht auf ein faires Verfahren als normative Grundlage für eine Planwidrigkeit die vom Gesetzgeber zurückgewiesene direkte Übertragung der Regelungen für Richter nicht erzwingt, sollte schon die Abweichung vom gesetzgeberischen Plan als Hindernis einer analogen Anwendung der für Richter geltenden Maßstäbe benannt werden.

Staatsanwaltschaft und der Blick in § 20 Abs. 1 VwVfG²⁶ und § 21 Abs. 1 VwVfG²⁷ für die Verwaltung im Allgemeinen ad hoc verständlich machen, weshalb die Ausschließungsgründe der § 22 Nr. 1–3 StPO und damit die eigene Tatbetroffenheit (Nr. 1), eine Partner- bzw. Vormund- oder Betreuungsrolle hinsichtlich des Verletzten (Nr. 2) und die nahe Verwandtschaft zum Beschuldigten oder Verletzten (Nr. 3) für eine Teilanalogie vorgeschlagen werden.²⁸ Allerdings zeigt der Fall des § 22 Nr. 4 StPO in Gestalt der ausschließend wirkenden Tätigkeit *als Staatsanwalt* in der gleichen Sache doch deutlich, dass es sich um einen spezifisch für die Funktion des Richtens formulierten Katalog handelt. Überdies ist er in ein Verfahrensregime (§§ 25–30 StPO) eingebettet,

²⁶ § 20 Abs. 1 VwVfG lautet: „In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden, 1. wer selbst Beteiligter ist; 2. wer Angehöriger eines Beteiligten ist; 3. wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt; 4. wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteiligten in diesem Verfahren vertritt; 5. wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist; 6. wer außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist. Dem Beteiligten steht gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.“

²⁷ § 21 Abs. 1 VwVfG lautet: „Liegt ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wird von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet, so hat, wer in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten. Betrifft die Besorgnis der Befangenheit den Leiter der Behörde, so trifft diese Anordnung die Aufsichtsbehörde, sofern sich der Behördenleiter nicht selbst einer Mitwirkung enthält.“

²⁸ Dafür etwa wieder nur *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 12 m.w.N.

das unstreitig nicht auf die Interessenlage der Staatsanwaltschaft als Behörde zugeschnitten ist.

Vor allem bleibt den Staatsanwälten, anders als es bei Richtern (und auch bei Verwaltungsmitarbeitern, die eigene Aufgaben wahrnehmen) der Fall ist, regelmäßig die eigene Sachentscheidung verwehrt – die Rechtsprechung ist den Gerichten anvertraut:²⁹ Die regelmäßig entscheidende Bedeutung des Gerichts, welche in den Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zu expliziten Maßstäben gerade für das Gericht Anlass gibt,³⁰ erklärt die in den §§ 22–24 mit 31 StPO und fortgesetzt in § 338 Nr. 2 und 3 StPO vorzufindende striktere Regelung gerade für Richter. Die Unvoreingenommenheit der Richtenden bleibt mindestens typisiert betrachtet für den Angeklagten bedeutsamer als die Unvoreingenommenheit der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft. Es steht ein nochmals dringlicheres prozessuales Interesse des Angeklagten in Rede, das die Abfassung der §§ 22–24 StPO und ihre Auslegung beeinflusst und bei der Staatsanwaltschaft eine Übertragung gerade dieser Maßstäbe nicht rechtfertigt. Auch die durchaus vorzufindenden (Mit-)Entscheidungsbefugnisse des Staatsanwalts in Opportunitäts-³¹ und heute auch

²⁹ In diesem Sinne gegen eine Gleichstellung des Maßstabes insoweit z.B. BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075; *Walter* JZ 2024, 1043, 1046; ähnlich schon BVerfG JR 1979, 28; LG Köln NStZ 1985, 230, 231; die Analogie zu § 22 Nr. 5 StPO offenlassend dagegen BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742; die mangelnde hinreichende Vergleichbarkeit überzeichnend siehe aber *Temming* in HK-StPO (Fn. 24), Vor §§ 22 ff. Rn. 6.

³⁰ Dazu etwa *Brocke* in MüKo-StPO (Fn. 14), § 145 GVG Rn. 7: kein gesetzlicher Staatsanwalt; tendenziell auch *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. (1983), Rn. 66.2.

³¹ Zu diesem Aspekt z.B. schon *Frisch* in FS Bruns (Fn. 22), S. 385, 408 ff.; *Bruns* JR 1980, 397, 400; aus jüngerer Zeit etwa wieder *Volkman/Vogel* StV 2021, 537, 539 f.

Verständigungsfragen³² tragen zwar eine bereichs- und fallweise Annäherung. Vor dem Hintergrund der zugleich verbleibenden Unterschiede zwischen der unabhängigen Justiz und der in einer Behörde organisierten Staatsanwaltschaft rechtfertigen sie aber keine – für die Analogie – entscheidende vollständige Gleichstellung auch in Fällen, in denen diese und vergleichbare prozessuale Fragen nicht einschlägig sind.

Schließlich ist eine hinreichend gleiche Interessenlage auch deshalb abzulehnen, weil die Entscheidungserheblichkeit des richterlichen Verhaltens und der gerichtlichen Würdigung ein weiteres Kriterium in den Raum stellt, das bei der unmittelbaren und ausschließlichen Anwendung der in § 338 Nr. 2 und 3 StPO aufgegriffenen Kriterien der §§ 22–24 StPO gar keine bzw. eine ganz andere Rolle spielen würde.³³ Die materiellen Positionen der §§ 22–24 StPO sind nach dem Gesetz mit absoluten Revisionsgründen verknüpft. Selbst wenn man nicht das Verfahren nach den §§ 25 ff. StPO als solches übertragen wollte, müsste man konsequent mit der Erstreckung auf Staatsanwälte die gleiche Verfahrensbedeutung behaupten. Kompensatorische Schritte des Gerichts und ggf. auch der Staatsanwaltschaft müssten damit für die Revision außen vor bleiben.³⁴ Während es aber bei der Anwendung auf Richter allein

³² Siehe nur BVerfGE 133, 168, 219 f. = HRRS 2013 Nr. 222: „In der Verständigungssituation kommt der Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft herausgehobene Bedeutung zu“; darüber hinaus zur Hauptverhandlung auch *Kudlich/Nicolai* StV 2025, 159, 160.

³³ Überdies wäre die mangelnde Erwähnung der Staatsanwaltschaft in § 338 Nr. 2 und 3 StPO ist schon nicht planwidrig zu nennen. Im Zuge der expliziten Erwähnung der Staatsanwaltschaft in § 338 Nr. 5 StPO und der etwa auch für Sachverständige trotz vorhandener Ablehnungsvorschriften in der StPO fehlenden Übertragung des § 338 Nr. 2 und 3 StPO ist die mangelnde Schaffung eines Pendants für Staatsanwälte als bewusste und weiter leitende Entscheidung zu begreifen. Dazu schon *Stuckenberg* JR 2019, 163, 164.

³⁴ Dies gilt mindestens dann, wenn man nicht auch hier zu den relativierenden Kriterien greifen wollte, mit denen die Rechtsprechung seit längerem versucht, die vom Gesetz mit § 338 StPO ausgelösten „Nötigungen zur Verfahrensaufhebung“

um ihre Person selbst geht und in diesem Rahmen ihr Verhalten zu bewerten ist, wird die Interessenlage für Staatsanwälte *zusätzlich* zu dem zu beurteilenden Verhalten und der zu wägenden Eigenschaften des disqualifizierten Staatsanwalts vor allem durch das entscheidungserhebliche richterliche Verhalten mitbestimmt. Auch wenn man das Wirken des Staatsanwalts erneut nicht als unbedeutend verzeichnet, hängen die Folgen seines Wirkens doch regelmäßig entscheidend von der Reaktion des Gerichts ab. Selbst wenn man nicht unbegrenzt richterliche Kompensationen zulassen will, drängt sich infolge der nur von den Richtern geschriebenen Urteile die revisionsrechtliche Relevanz ihres Verhaltens auf, ohne dass sich aus den §§ 22–24 StPO oder § 338 Nr. 2 und 3 StPO eine vorbildgebende differenzierende Lösung folgern ließe. Folgt man der naheliegenden Verknüpfung mit § 338 Nr. 2 und 3 StPO, lägen bei einer völligen Ausblendung des richterlichen Umgangs mit der Situation unzureichend begründete Urteilsaufhebungen nahe. Bezöge man aber – relativierend – das gerichtliche Verhalten in die Betrachtung mit ein, entfernte man sich vom Ansatz der § 338 Nr. 2 und 3 StPO, die auf eine Bewertung der betreffenden Person und ihres Verhaltens ausgerichtet sind. Wenn die Befürworter einer Analogie dies regelmäßig anerkennen und durch die Zurückweisung einer Analogie zu § 338 Nr. 2 und 3 StPO eine weitere Abweichung von der Bedeutung der §§ 22–24 StPO in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich akzeptieren, überzeugt dies zwar im Ergebnis. Auch in diesem Licht wird man aber trotz der hohen materiellen Anziehungskraft etwa der § 22 Nr. 1–3 StPO nicht von einer hinreichend gleichen Interessenlage sprechen können.

Anderes ist auch nicht aus dem Umstand zu folgern, dass schon die Rechtsprechung im Fall der Vernehmung des Sitzungsvertreters als Zeuge in der

scheinbar effektivitätssteigernd über eine Umdeutung in partiell relative Revisionsgründe zu begrenzen.

Hauptverhandlung § 22 Nr. 5 StPO partiell entsprechend anwendet.³⁵ Auch insoweit ist zwar ein zentraler Grund angesprochen, aus dem heraus eine staatsanwaltliche Verfahrensmitwirkung rechtsfehlerhaft sein kann, da eine objektive Amtswahrnehmung absehbar beeinträchtigt ist. Aber schon die Rechtsprechung gelangt nicht zu einer echten Analogie, die in der Übertragung der Rechtsfolge der Norm bestehen und demzufolge stets in dem Ausschluss des Staatsanwalts aus dem Verfahren liegen müsste. Vielmehr sehen die Gerichte Raum, die zeitweise Zeugen-(oder Sachverständigen-)rolle des Staatsanwalts *nur insofern* als Gesetzesverletzung zu erachten, als die weitere Verfahrensmitwirkung mit der Aussage in einem unlösbaren Zusammenhang steht.³⁶ Sie führen damit ein gesetzesfernes Differenzierungskriterium ein. Indem die Gerichte schließlich den Rückgriff auf § 338 Nr. 2 StPO zurückweisen, der im Konnex mit § 22 Nr. 5 StPO geboten wäre,³⁷ unterstreichen sie im Gegenteil, dass sie § 22 Nr. 5 StPO nicht analog anwenden.³⁸ Sie nutzen die Norm vielmehr als Inspiration für die einstweilen notwendige richterrechtliche Ausdifferenzierung der Anforderungen, die an die Verfahrensmitwirkung der Staatsanwaltschaft gestellt werden sollten.

³⁵ M.w.N. zur jüngeren Rspr. BGH NStZ 2019, 234, 235 f. = HRRS 2018 Nr. 1053 m. krit. Anm. *Stuckenberg* JR 2019, 163; früher schon RGSt 29, 236; näher zum Ganzen *Schneider* NStZ 1994, 457 ff.; offenlassend dagegen BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742; einschränkend zur Rspr. *Brocke* in MüKo-StPO (Fn. 14), § 145 GVG Rn. 11 ff. m.w.N.; *Schmitt* in *Schmitt/Köhler* (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 8: „nicht unzweifelhaft“.

³⁶ M.w.N. BGH NStZ 2019, 234, 235 = HRRS 2018 Nr. 1053; siehe treffend *Heil* in KK-StPO (Fn. 8), Vor §§ 22 ff. Rn. 3: „§ 22 Nr. 5 wird also nicht uneingeschränkt auf den StA übertragen“; *Schneider* NStZ 1994, 457, 461; ferner m. krit. Anm. *Stuckenberg* JR 2019, 163, 166: Fragenkreis des disqualifizierten Staatsanwalts ist mit Analogiebildung allein nicht zu lösen.

³⁷ So prinzipiell auch *Stuckenberg* JR 2019, 163, 164.

³⁸ Siehe so wieder BGH NJW 2025, 1428 = HRRS 2025 Nr. 453 und *Schmitt* in *Schmitt/Köhler* (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 8; krit. etwa schon BGH NStZ 2008, 353 f. HRRS 2007 Nr. 1106.

Erst recht wäre eine hinreichend vergleichbare Interessenlage nicht für die Fälle der §§ 22 Nr. 4, 23 und 24 StPO zu befürworten, für die zum Teil dennoch die Analogie ins Feld geführt wird. In all diesen Fällen und vor allem bei der Würdigung eines möglichen Befangenheitsgrundes nach § 24 Abs. 2 StPO käme man nicht umhin, mögliche Rückwirkungen der Funktionsunterschiede in die Betrachtungen einzustellen.³⁹ Von vornherein muss sich die Frage nach der Besorgnis der Befangenheit auf eine andere Verfahrensrolle ausrichten, wollte man nicht – lebensfremd – den Vertreter der Anklage als einen Nebenrichter verzeichnen, der die Wahrheit unbeeinflusst von der Anklageentscheidung sucht. Damit entschiede aber nicht der vom Gesetz spezifisch für Richter angesteuerte Kriterienpool. Anstatt dessen würden gesetzlich ausgeprägte oder systematisch zu erschließende *Besonderheiten der Mitwirkung als Staatsanwalt* den Maßstab verschieben.

2. Erweiternde Lesart des § 338 Nr. 5 StPO

Kürzlich wurde ferner vorgeschlagen, die Anwesenheit eines disqualifizierten Staatsanwalts in der Hauptverhandlung der mangelnden Anwesenheit der

³⁹ Siehe entsprechend dann etwa auch unter Abwandlung des scheinbar analog angewendeten Maßstabs gerade des § 24 Abs. 2 StPO *Wendisch* in Festschrift für Schäfer (1980), S. 243, 259: Besorgnis der Befangenheit hinsichtlich eines Staatsanwaltes, „wenn besondere Umstände, etwa die Art und Weise seines Vorgehens, eine offensichtliche und durch die Sachaufgabe nicht gerechtfertigte Voreingenommenheit erkennen lassen“; *Schlüchter* (Fn. 30), Rn. 66.1; siehe auch *Pawlik* NStZ 1995, 309, 311: „Vorfestlegung“ der Staatsanwaltschaft sei auf Grund ihrer prozessualen Rolle zuzulassen, eine Besorgnis der Befangenheit erst zu bejahen, „wenn der begründete Verdacht entsteht, daß der Staatsanwalt die Anklage dennoch um jeden Preis ‚retten‘ will und sich deshalb einer Modifizierung seiner Sichtweise gezielt verweigert“; vergleichbar schon *Frisch* in FS Bruns (Fn. 22), S. 385, 390 und 405 f.; zur Berücksichtigung der anderen Rolle ferner *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 20: „vor dem Hintergrund der von der Staatsanwaltschaft zu erfüllenden Funktion gesehen“; *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 14.

Staatsanwaltschaft gemäß § 338 Nr. 5 StPO gleichzustellen: Wenn nur ein befangen zu nennender Staatsanwalt der Hauptverhandlung beiwohne, sei die vom Gesetz konstitutiv vorausgesetzte Staatsanwaltschaft gar nicht anwesend.⁴⁰

Dieser Vorschlag hat für sich, dass er für die Hauptverhandlung an eine für die Staatsanwaltschaft explizit geltende Vorschrift anknüpfen will. Zudem ist der Gedanke, dass § 338 Nr. 5 StPO jeweils materiell verhandlungsfähige Personen meinen muss, für sich genommen anziehend. Der Ansatz führt allerdings mit der in Bezug genommenen Norm als solcher zunächst schon keinen Schritt bei der Frage weiter, *wann* denn eine Person oder ein Verhalten vorliegt, die bzw. das die Besorgnis der Befangenheit begründet. Das Maßstabsproblem wird auf eine materiell nicht von § 338 Nr. 5 StPO gemeinte staatsanwaltschaftliche Verfahrensteilhabe verschoben. § 338 Nr. 5 StPO greift den zu verhindernden *Ausfall zentraler Verfahrensbeteiligter* auf; ihm ist mangels eines Anhaltspunkts in der Regelung nicht zu unterstellen, dass er zugleich den (einzigen) Maßstab für unzulässige Einflüsse auf den Prozess seitens tatsächlich und notwendigerweise anwesender Beteiligter ausmachen will.⁴¹ Auch

⁴⁰ Walter JZ 2024, 1043, 1047 f.: Staatsanwalt müssten *ohne grobe Rechtsfehler* in der Lage sein, der Erwartung des § 338 Nr. 5 StPO gerecht zu werden.

⁴¹ Siehe auch jüngst abl. zur Teilnahme eines Dolmetschers, dem gegenüber Ablehnungsgründe vorlagen, BGH NJW 2025, 1428 f. = HRRS 2025 Nr. 453; ferner auch für die Analogie zu § 22 Nr. 5 StPO den absoluten Revisionsgrund verwerfend etwa Schmitt in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 8. Gleichwohl ist Walter jedenfalls partiell zuzustimmen, wenn er dem Gericht in Fällen unzweifelhafter Disqualifikation zubilligt, zunächst nicht zu verhandeln, um seine Position zu bekräftigen (siehe auch schon Hackner [Fn. 17], S. 172 ff.). Indessen wird man eine solche Befugnis infolge der Rechtsgewährungspflicht der Gerichte/des Gebots zur funktionstüchtigen Rechtspflege und des unter Umständen zu versagenden Berufens nicht unbefristet zulassen können. Dem Gericht ist nur eine abermalige Verdeutlichung seiner Position mit einer angemessenen Reaktionsfrist der Staatsanwaltschaft zuzugestehen. Sodann muss es aber – blendet man einen Rechtsschutz nach den §§ 23 ff. EGGVG aus – zur Auflösung des nicht zwingend zugunsten

teleologisch ist eine stets vorhandene Gleichwertigkeit der grundverschiedenen Fälle nicht ausgemacht, zumal die Norm diese für gleichzustellenden Fälle einer unzulässigen Mitwirkung nicht zu erkennen gibt – allein der Rechtsanwender müsste die Schwelle setzen. Zu erwarten wäre hier, dass die ins Auge gefasste Gleichschaltung mit § 338 Nr. 5 StPO die Schwelle für die Anerkennung eines Rechtsverstosses (wieder) anheben müsste – im Rückgriff auf einen absoluten Revisionsgrund muss insofern gerade kein praktischer Vorteil liegen. Es ließe sich schließlich und vielleicht vor allem nicht stimmig erklären, weshalb eine Frage des Ausschlusses bzw. der Befangenheit jenseits der expliziten Thematisierung in den § 338 Nr. 2 und 3 StPO zusätzlich klandestin nach anderen und ungenannten Maßstäben über § 338 Nr. 5 StPO erfasst sein sollte.⁴² Blendete man selbst solche systematischen Zusammenhänge aus, müsste die Öffnung des § 338 Nr. 5 StPO dazu einladen, diverse Einzelfallgeschehen über einen mehr oder weniger plausiblen Rückschluss auf die Disqualifikation des jeweiligen Staatsanwalts (oder anderer notwendig Beteiligter) zum absoluten Revisionsgrund zu erheben.

II. Jüngere Maßstäbe des Bundesgerichtshofs

Blickt man von diesem ernüchternden Befund *de lege lata* auf die Rechtsprechung, ist revisionsrechtlich die etwaige Anknüpfung an ein Verhalten des Gerichts zu diskutieren (dazu 1.). Vornehmlich anhand einer Entscheidung des

seiner eigenen Rechtsansicht zu lösenden Patts eine Verhandlung mit dem problematisierten Staatsanwalt und die ggf. folgende Beruhensprüfung einleiten, auch um eine abschließende Entscheidung durch einen Dritten zu ermöglichen. Insoweit bleibt weiter ein Rest an Dilemma, das nur der dringlich zur Klärung aufgeforderte Gesetzgeber (besser) auflösen könnte.

⁴² Vor allem hiermit abl. auch bereits *Tolksdorf*, Das Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt (1989), S. 130.

6. Strafsenats ist eine restriktive Bestimmung des Fairnessmaßstabs vorzustellen (dazu 2.).

1. Revisionsrechtliche Gesetzesverletzung

Den Rahmen für mögliche Gesetzesverletzungen, welche die Revision begründen können, setzen primär die §§ 336–339 StPO. Soweit es hier in Rede steht, ist die Frage nach einer Gesetzesverletzung entscheidend, auf der das Urteil beruhen kann (§ 337 Abs. 1 StPO). Dabei kommen die mangelnde und die unrichtige Normanwendung in Betracht (§ 337 Abs. 2 StPO).

Hiernach ist es gerade für die Haltung der Gerichte nicht selbstverständlich, dass die unbehelfliche Mitwirkung eines Staatsanwalts bzw. seine fehlerhaft unterbleibende Substitution die Revision begründen können sollte, zumal insoweit nicht das Gericht agiert und Substitutionsbefugnisse bisher nur der Staatsanwaltschaft, nicht aber auch dem Gericht zugestanden werden.⁴³ Unter Umständen könnte das Gericht in letzter Konsequenz nicht selbst in der Lage sein, den Rechtsverstoß und die Urteilsaufhebung zu verhindern. So konnte man zum Beispiel im früheren *Meyer-Goßner/Schmitt* lange Zeit lesen, dass die Mitwirkung eines befangenen Sitzungsvertreters schlicht nicht revisibel sei.⁴⁴

Aber schon wenn man auf das ggf. pflichtwidrig ausgebliebene Verhalten des Tatgerichts abstellen wollte, steht in Abhängigkeit von den konkret befürworteten Maßstäben an das Verhalten des Gerichts eine nennenswert weite Revisibilität im Raum. Denn das Gericht hat *de lege lata* eine ganze Reihe von Befugnissen sowie Äußerungsmöglichkeiten vor und in seinem Urteil, um der These eines unzulässigen staatsanwaltschaftlichen Einflusses bzw. seines Verhaltens auf das Verfahrensergebnis entgegenzutreten und ggf. eine

⁴³ Dafür etwa nochmals BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075.

⁴⁴ So noch *Schmitt* in *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 67. Aufl. (2024), Vor § 22 Rn. 7 in Abgrenzung von Situationen eines Ausschlusses – in Spannung zur abgelehnten Analogie. In dieser Form aufgegeben in der 68. Auflage.

problemlösende Entscheidung der Staatsanwaltschaft zu fördern. So kann das Gericht beim Vorgesetzten des Sitzungsvertreters auf eine Substitution hinwirken oder eine solche anregen⁴⁵ und die Hauptverhandlung selbst unterbrechen und ggf. sogar aussetzen.⁴⁶ Es kann den Staatsanwalt ermahnen, beanstandungsbedürftige einzelne Mitwirkungshandlungen zurückweisen und sich im Urteil von etwaig störenden Einflüssen explizit distanzieren. Ferner ist es für das Beruhen auf einer Gesetzesverletzung des Gerichts nicht erforderlich, ein zwingend anderes Verfahrensergebnis infolge einer sodann erwirkten Substitution des Staatsanwalts darzulegen. Ein Urteil beruht vielmehr stets auf der Gesetzesverletzung, wenn es möglich erscheint oder nicht auszuschließen ist, dass das Urteil ohne den Rechtsfehler anders ausgefallen wäre.⁴⁷ Geht man aber von einem substitutionsbedürftigen bzw. in seinem Auftreten korrekturbedürftigen Staatsanwalt aus, der auf das Gericht einwirken durfte, ist angesichts der Rechtsbindung der Staatsanwaltschaft davon auszugehen, dass eine Änderung des Verhaltens oder der Sitzungsbesetzung bei einer *hinreichenden* Entgegnung durch das Gericht eingetreten und der auf dem Gericht liegende störende Verfahrenseinfluss abgestellt worden wäre. Demnach steht die Möglichkeit einer anderen Urteilsfindung im Raum. Schon die Anknüpfung an ein Verhalten des Gerichts eröffnet die Revision damit ausgiebig.

Unrichtig ist es insoweit aber, entsprechende Pflichten, „bei dem Vorgesetzten des Sitzungsvertreters der StA auf dessen Ersetzung durch einen anderen StA hinzuwirken und seine Bemühungen in der Hauptverhandlung öffentlich

⁴⁵ OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 81 f.; *Inhofer* in BeckOK-GVG, 25. Ed. (15. Februar 2025), § 145 Rn. 13; *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 10.

⁴⁶ OLG Zweibrücken StV 2000, 516 (allerdings im Fall die Aussetzung kritisierend); *Krause* in MAH (Fn. 15), § 7 Rn. 104.

⁴⁷ Für ein anschauliches Beispiel siehe BGH 3 StR 403/09, Beschluss vom 14. Januar 2010 = HRRS 2011 Nr. 151 und allgemein *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), § 337 Rn. 36 f.; zur normativen Bedeutung des betroffenen Rechts etwa BGH NStZ-RR 2022, 52 = HRRS 2022 Nr. 176.

zu machen“, als Obliegenheiten einzuordnen.⁴⁸ Vielmehr trifft zuvörderst das Gericht als „ultimate guardian“ der Verfahrensfairness⁴⁹ die Pflicht, Art. 6 EMRK zu wahren. Auch im Übrigen kann und darf es dem Gericht nicht egal sein, ob sein Verfahren bzw. sein Urteil durch einen Verfahrensbeteiligten gefährdet wird, denn es ist insbesondere der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet, die ihm übertragene staatliche Rechtspflege mit den ihm eröffneten Möglichkeiten zu leisten.

Im Ergebnis dürfte eher selten entscheidungserheblich sein, ob auch eine unmittelbare revisionsrechtliche Anknüpfung an staatsanwaltliches Verhalten zuzulassen wäre. Die staatsanwaltliche Fehlbesetzung dürfte sich dem Revisionsgericht oft als Vorhalt einer gerichtlichen Kompensation antragen lassen, die vor dem Hintergrund des konkret zu schildernden Verhaltens des Staatsanwalts unzureichend gewesen sei, während die Staatsanwaltschaft über hinreichende gerichtliche Schritte gar nicht entscheiden konnte. In der Sache sollte aber auch die ggf. einmal entscheidende direkte Anknüpfung an das staatsanwaltliche Verhalten zugelassen werden. Selbst dann, wenn das Gericht gleichsam alle ihm verfügbaren Register der Kompensation gezogen hat, die Staatsanwaltschaft sich dem aber verweigert hat, bleibt entscheidend, dass das maßgebliche Gesetz in § 337 StPO keine Basis für die kategorische Annahme bietet, nur Gesetzesverletzungen seitens des Gerichts könnten die

⁴⁸ So aber BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 und etwa auch *Schmitt* in Köhler/Schmitt (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 7; etwas unentschieden, aber letztlich krit. *Veljovic/Bona*, KriPoZ 2025, 225, 228 f., die aber zu Unrecht verneinen, dass das Tatgericht die Besorgnis stets verneinen können müsse. Anders schon OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 81; LG Mönchengladbach StV 1987, 333 und etwa *Conen/Tsambikakis* in MüKo-StPO (Fn. 19), § 22 Rn. 6: gebotene Schritte; *Cirener* in BeckOK-StPO, 53. Ed. (1. Oktober 2024), § 22 Rn. 35; über die Fürsorgepflicht *Heil* in KK-StPO (Fn. 8), Vor §§ 22 ff. Rn. 5; *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 122 f.

⁴⁹ So EGMR *Cuscani v. GB*, Urteil v. 24. September 2002, §§ 39 f.; EGMR *ZE Chadwick v. GB*, Entscheidung v. 18. November 2003, § 1.

Revision begründen.⁵⁰ Weder in Absatz 1 noch in Absatz 2 wird die Gesetzesverletzung auf das gerichtliche Verhalten beschränkt.⁵¹ Dies kann auch nicht in erheblicher Spannung zu Art. 19 Abs. 4 GG jenseits der gesetzlichen Kriterien zur Beschneidung des Rechtsschutzes rechtsfortbildend entwickelt werden. Auch die Rechtsprechung sieht *de lege lata* die Staatsanwaltschaft als Organ der Strafrechtspflege und „Wächter der Gesetze“ *originär* dazu verpflichtet, objektiv zu agieren und die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu wahren.⁵² Richtig ist stattdessen, dass das im Gesetz etablierte Beruhenserfordernis die Eingrenzung leisten muss und auch leisten kann. Mit ihm wird ein Kriterium benannt, das bei fehlerhaften Rechtsanwendungen anderer Verfahrensbeteiligter nicht so nahe liegt, wie dies bei einer gerichtlichen Fehlentscheidung im Vorfeld des Urteils oft der Fall sein wird. Das Beruhenserfordernis gibt dem Gericht zugleich in Grenzen die Möglichkeit, einem nur vermeintlich überzeugenden Schluss auf einen Zusammenhang zum Urteil entgegenzutreten. Das Gericht ist insoweit nicht der stets zwingenden Aufhebung seines Urteils ausgeliefert.⁵³ Da aber auch die – von der Staatsanwaltshierarchie nicht abgestellte – Mitwirkung eines auf das Gericht einwirkenden unqualifizierten Staatsanwalts die Verfahrensentscheidung beeinflussen kann, ohne dass Kompensationsbemühungen den Einfluss stets durchgreifend ausräumen können, besteht kein Grund, das staatsanwaltliche Verhalten aus dem Kreis der

⁵⁰ Wie hier zum Fragenkreis etwa auch schon *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 129 f. Insoweit ist der allein auf gerichtliche Entscheidungen bezogene § 336 StPO im Kontext des § 305 StPO zu sehen, siehe *Knauer/Kudlich* in *MüKo-StPO*, Bd. 3, 2. Aufl. (2024), § 336 Rn. 1 f., die im Kern auf das (un-)mögliche Beruhen im Einzelfall hinsichtlich anderer Entscheidungen abstellen.

⁵¹ Zu dennoch behaupteten Ausnahmefällen einer Bindung an ein gerade schuldhaftes Verhalten des Gerichts siehe aber im Überblick m.w.N. *Wiedner* in *BeckOK-StPO*, 54. Ed. (1. Januar 2025), § 337 Rn. 22.

⁵² BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 m.w.N.

⁵³ Insoweit zu weit formulierend aber etwa *Fezer* (Fn. 3), Fall 2 Rn. 31 und *Hilgendorf* StV 1996, 50, 53.

möglichen Gesetzesverletzungen pauschal auszugrenzen.⁵⁴ Das maßgebliche Gesetz des § 337 StPO garantiert den Gerichten insoweit keine *vollständige* Hoheit über die Gefahr einer Urteilshebung.

2. Maßstab gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

In der Sache kommt für die Rechtsprechung ein revisibler Rechtsverstoß durch die Mitwirkung eines disqualifizierten Staatsanwalts in Betracht, wenn sich die Mitwirkung als Verstoß gegen das Gebot zu einem fairen Verfahren aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK bzw. Art. 20 Abs. 3 i.V.m. 2 Abs. 1 GG darstellt. Zu diesem für sich genommen schon früh vom BGH in den Raum gestellten Maßstab⁵⁵ sind in jüngerer Zeit vor allem zwei Entscheidungen ergangen, die für den Fall einer verteidigungskritische Rechtspositionen beziehenden Staatsanwältin⁵⁶ und eines selbst verfahrensbefangenen Staatsanwalts⁵⁷ einen Verstoß näher erwogen haben. In der Annahme, dass die Prozessgesetze keine direkt oder analog geltenden Regelungen enthalten, wird in ihnen das Recht des Angeklagten auf ein faires und justizförmiges Verfahren zur Maßstabsbildung herangezogen.⁵⁸ Maßstab sei „die Rolle der Staatsanwaltschaft als

⁵⁴ Siehe ferner schon *Hackner* (Fn. 17), S. 169 ff.: Sensibilisierung des Gerichts für die Disqualifikation des Staatsanwalts allein schließt das Beruhen nicht stets aus; *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 131: bei Mitwirkung in der Hauptverhandlung sei ein Beruhen in der Regel nicht auszuschließen.

⁵⁵ Siehe noch tastend BGH NJW 1980, 845, 846; offenlassend im Kontext des § 22 Nr. 5 StPO ferner zu einer früheren Mitwirkung als Richter in gleicher Sache BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742; krit. etwa noch in der Annahme, über (unechte) Analogien bestimmter zu agieren, *Frisch* in FS Bruns (Fn. 22), S. 385, 390 ff.

⁵⁶ BGH NStZ-RR 2024, 252 f. = HRRS 2024 Nr. 1075.

⁵⁷ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

⁵⁸ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042; BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075; ebenso etwa *Heil* in KK-StPO

„Wächter der Gesetze“⁵⁹ [...] und als ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege⁶⁰ [...]“ sowie die „hieraus folgende [...] Pflicht zur Objektivität“⁶¹ (§ 160 Abs. 2 StPO).⁶²

a) Entscheidung des 5. Strafsenats

Hierbei soll für den 5. Strafsenat angesichts der Urteilsfindung durch das Gericht und seiner prägenden Verfahrensrolle für die etwaige „Besorgnis der Befangenheit“ nicht der „strenge Maßstab wie bei einem der zur Entscheidung berufenen Richter“⁶³ gelten. Die Gründe müssten „vielmehr ähnlich schwerwiegen wie die Ausschlussstatbestände der §§ 22, 23 StPO“⁶⁴. Im Ergebnis stellt der Senat darauf ab, ob ein Staatsanwalt seine Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens derartig schwer und nachhaltig verletzt hat, dass sich sein Verhalten in der Hauptverhandlung aus Sicht eines verständigen Angeklagten als *Missbrauch staatlicher Macht* darstellt;

(Fn. 8), Vor §§ 22 ff. Rn. 5; *Cirener* in BeckOK-StPO (Fn. 48), § 22 Rn. 34.1 und 37a; nur ergänzend *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 13.

⁵⁹ BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 unter Verweis auf BVerfGE 133, 168, 219 f. = HRRS 2013 Nr. 222 und BGH NJW 2024, 846, 847 = HRRS 2024 Nr. 251.

⁶⁰ BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 unter Verweis auf BGHSt 24, 170, 171; siehe auch heute *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 141 GVG Rn. 1.

⁶¹ BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075. In diese Richtung wohl auch BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742 und schon maßgeblich OLG Stuttgart NJW 1974, 1394 f.

⁶² Jeweils übernommen vom 6. Strafsenat in BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

⁶³ BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075.

⁶⁴ BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 unter Verweis auf *Cirener* in BeckOK-StPO (Fn. 48), § 22 Rn. 36 und – eher verfehlt – auf *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 113 ff.

dann sei das Recht auf ein faires Strafverfahren verletzt und außerdem regelmäßig ein Beruhen zu bejahen.⁶⁵ Anderes gelte, wenn das erkennende Gericht im Rahmen seiner Verfahrensherrschaft eine Kompensation zum Ausdruck bringt, welche das Beruhen ausschließt.⁶⁶ Dies könne in der Obliegenheit münden, bei dem Vorgesetzten des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft auf dessen Ersetzung durch einen anderen Staatsanwalt hinzuwirken und seine Bemühungen in der Hauptverhandlung öffentlich zu machen. Fehle es an einer Reaktion des Gerichts, werde es nur ausnahmsweise auszuschließen sein, dass sich das dem rechtsstaatlichen Verfahren zuwiderlaufende Verhalten des Sitzungsvertreters in dem Urteil belastend ausgewirkt habe.⁶⁷

Für eine Staatsanwältin, die sich in einer Hauptverhandlung hinsichtlich Straftaten zulasten der sexuellen Selbstbestimmung allzu spät „als Feministin und persönliche Betroffene“ als „befangen“ bezeichnete und mit außergewöhnlich scharfen Worten („unerträglich“) und im Widerspruch zu § 244 Abs. 2 StPO und Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ihr Befremden über die „kritische“ Befragung einer Geschädigten durch die Verteidigung zum Ausdruck gebracht hatte, verneinte der 5. Strafsenat einen unkompensierten Machtmissbrauch.⁶⁸ Den

⁶⁵ BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075. Mit Ähnlichkeiten schon LG Mönchengladbach StV 1987, 333 und *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 20: objektive und subjektive Willkür für die Besorgnis der Befangenheit aus der Perspektive der staatsanwaltlichen Rolle maßgeblich.

⁶⁶ BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075. Siehe auch – allerdings allzu apodiktisch – zur Kompensation durch eine vollständig neu besetzte Kammer bei einer früheren Richtertätigkeit in der vorliegenden Sache durch die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742.

⁶⁷ M.w.N. BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075.

⁶⁸ BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 f. = HRRS 2024 Nr. 1075. Der Senat formulierte aber die Pflicht eines Staatsanwalts, der sich für voreingenommen hält, die Gründe hierfür seinem Dienstvorgesetzten vor- und um Ersetzung anzutragen. Dies gebiete die Gewährleistung der im Gesetz angelegten Selbstkontrolle der Staatsanwaltschaft. Abl. zur Entscheidung *Walter* JZ 2024, 1043, 1046 f.

anzulegenden „strengen Maßstäben“ für einen Verfahrensfehler habe das Verhalten nicht genügt, zumal die betreffende Staatsanwältin den Freispruch des Angeklagten in mehreren Fällen beantragt habe und ihr Verhalten in der Hauptverhandlung ausweislich der dienstlichen Erklärung des Strafkammervorsitzenden im Übrigen nicht zu beanstanden gewesen sei. Zudem belege eine dienstliche Erklärung, dass sich die Strafkammer ihrer Verantwortung für die Gewährleistung des Rechts auf ein faires Verfahren auch im Hinblick auf die Rolle der Staatsanwaltschaft und ihre Pflicht zur Objektivität bewusst gewesen sei.

b) Entscheidung des 6. Strafsenats

Jüngst hat der 6. Strafsenat weitere Maßstäbe anhand der Konstellation eines Staatsanwalts gesetzt, der zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung *infolge der Äußerungen des Angeklagten* selbst Beschuldiger eines Ermittlungsverfahrens war.⁶⁹ Dieses betraf die Annahme von Schmiergeldern seitens der im Verfahren des Angeklagten verfolgten Gruppierung für ermittlungsinterne Informationen und/oder Zusagen, es wies mit dem verhandelten Tatvorwurf also eine Verbindung auf. Überdies habe die verfahrensbetroffene Gruppe den StA „wohl wegen seines in Haft sitzenden Schwagers in der Hand“ gehalten.⁷⁰ Zunächst setze eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren voraus, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde, wobei zunächst die rahmensetzenden Gesetze des primär für die Verfahrensfairness zuständigen Gesetzgebers zu berücksichtigen seien.⁷¹ Es sei einzubeziehen, dass das Rechtsstaatsprinzip

⁶⁹ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

⁷⁰ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

⁷¹ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042 unter Verweis auf BVerfGE 57, 250, 276 und 64, 135, 145 f. Mit einer positiveren Wendung für die Einordnung des objektiven Staatsanwalts als unverzichtbare Frage *Volkman/Vogel StV* 2021, 537, 540.

neben der Verfahrensfairness die Berücksichtigung der Belange einer funktionsstüchtigen Strafrechtspflege verlange, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden könne.⁷² Konkret sei eine Gesamtbetrachtung anzustellen, in die – jedenfalls im Fall der Mitwirkung eines in derselben Sache beschuldigten Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft – im Ausgangspunkt die Nähe zu einem für Richter geltenden gesetzlichen Ausschlusstatbestand einzustellen sei.⁷³ Die Mitwirkung eines Staatsanwalts als Sitzungsvertreter, der Beschuldigter (irgend-)einer Straftat ist, sei als solche infolge des mit zu bedenkenden möglichen Missbrauchs durch einen fingierten Vorwurf ungeeignet, die Fairness eines Strafverfahrens in Frage zu stellen. Es komme daher auf die Bewertung des gesamten Verfahrensablaufs an, der in der Revisionsbegründung umfassend darzustellen sei (dazu IV.).⁷⁴ „Insbesondere [ist] von Bedeutung, ob ein Zusammenhang zwischen dem Verfahrensgegenstand des gegen den Sitzungsvertreter geführten Ermittlungsverfahrens und dem in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten verhandelten Tatvorwurf bestand, [und] wie eng dieses ‚prozessuale Band‘ war [...]“.“⁷⁵ „Wesentliche Bedeutung in der Gesamtbetrachtung käme auch dem Verdachtsgrad gegen den beschuldigten Staatsanwalt zu. Zu berücksichtigen wären weiterhin das Gewicht etwaiger Verstöße des beschuldigten Staatsanwalts gegen seine staatsanwaltlichen Amtspflichten [...] sowie sein konkretes Verhalten in der

⁷² BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042 unter Verweis auf BVerfGE 33, 367, 383; 46, 214, 222 f.; 80, 367, 375; BVerfG BeckRS 2009, 140731, Rn. 16 = HRRS 2009 Nr. 467; BGH NJW 2024, 3603, 3604 f. = HRRS 2024 Nr. 1348. Hierzu aber nur *Volkmann/Vogel* StV 2021, 537, 540 f. mit dem Hinweis, dass zugleich auch die bestmögliche objektive Sachaufklärung tendenziell zurückgesetzt wäre, würde man die Anerkennung einer unzureichenden Objektivität des Staatsanwalts an gezielt großzügige Maßstäbe binden.

⁷³ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

⁷⁴ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

⁷⁵ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

Hauptverhandlung. Von erheblicher Bedeutung [...] sind schließlich auch etwaige Absicherungen durch den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft⁷⁶“.

Gemessen hieran sei im konkreten Fall – soweit der Senat dies beurteilen konnte (siehe IV.) – kein Fairnessverstoß erkennbar, weil im maßgeblichen Zeitpunkt der Hauptverhandlung nur sehr vage Anhaltspunkte gegen den Staatsanwalt bestanden und eine Pflichtverletzung in der Hauptverhandlung nicht dargetan war. Obschon eine Verfahrenseinstellung gegen den Staatsanwalt nicht in Betracht gekommen sei, leitete der Senat sein Votum gegen eine Fairnessverletzung maßgeblich aus dem Umstand her, dass die Staatsanwaltschaft den Vorgesetzten des in Rede stehenden Staatsanwalts durchgängig als weiteren Sitzungsvertreter einsetzte. Während der verfahrensbefangene Staatsanwalt das Schlussplädoyer hielt, blieb die Befragung des Polizeibeamten, der die auch den betreffenden Staatsanwalt belastende Vernehmung durchgeführt hatte, dem vorgesetzten Oberstaatsanwalt vorbehalten.

III. Was verlangt ein faires staatliches Strafverfahren?

Als Maßstab der Rechtsprechung lässt sich hiernach die These aufstellen, dass eine Fairnessverletzung auch für die Gerichte im Rahmen einer zurückhalten- den Gesamtbetrachtung vorliegt, wenn der Staatsanwaltschaft in der laufenden Hauptverhandlung (im laufenden Strafverfahren) ein unzureichend kompensierter Machtmissbrauch vorzuhalten ist. Während der 6. Strafsenat im Grunde lediglich eine Gesamtbetrachtung einfordert und zum Maßstab allein auf unbenannte rechtsstaatliche Erfordernisse verweist, setzt der 5. Strafsenat mit dem Machtmissbrauch immerhin an einem Kriterium an, dem auch die

⁷⁶ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042; vgl. zu dessen Aufsichtspflicht *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 121 ff.; *Wendisch* in FS Schäfer (Fn. 39), S. 243, 266.

vom 6. Strafsenat für den Fall des verfahrensbefangenen Staatsanwalts in den Raum gestellten und isoliert gesehen plausiblen Teilkriterien zugeordnet werden können.

1. Unfairness durch Zulassung eines missbräuchlichen Einflusses

Will man näheres entwickeln bzw. Angebote für die Konkretisierung des Machtmissbrauchsansatzes unterbreiten, muss die Frage nach dem Gehalt der Garantie eines fairen Verfahrens gestellt werden, welcher die Gerichte auch hier wieder aus dem Weg gegangen sind. Konkrete Aussagen des EGMR, der für die EMRK nach Art. 32 EMRK die Letztentscheidungskompetenz besitzt und auch für die Standards der GRC und des GG wesentliche Bedeutung erlangt, sind für die hier interessierende Problematik leider noch nicht ersichtlich. Geht man entsprechend dem allgemeineren Gehalt der Fairness gerade des Strafverfahrens nach, wurde schon an anderer Stelle unter Bezugnahme auf die ebenfalls seltenen globaleren Aussagen des EGMR dargelegt, dass die Verfahrensfairness ein Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe an der Entscheidung über staatlicherseits erhobene Anklagen bedeutet.⁷⁷ Während die EMRK ebenso wie das Grundgesetz staatliche Zwangsverfahren zur Etablierung strafrechtlicher Verantwortung zulässt, lässt sie die Feststellung einer strafrechtlichen Schuld doch nur um den Preis eines konstitutiven, die Verurteilung legitimierenden fairen Verfahrens zu. Konkret gewährt Art. 6 EMRK dem Angeklagten das Recht, in einem ergebnisoffen zu gestaltenden Verfahren umfassend an der Erarbeitung der Entscheidungsgrundlage mitwirken und insofern am Prozess des Richtens teilhaben zu können.⁷⁸ Ein Verfahren ist in diesem Sinne fair, wenn es zum einen den Angeklagten befähigt, sein

⁷⁷ Dazu und zum Folgenden näher m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 369 ff.

⁷⁸ Näher schon m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 369 ff. und 387 ff.

Individualinteresse unbenachteiligt und erschöpfend zur Sprache zu bringen⁷⁹ und zum anderen nach seiner Ausgestaltung von der ernsthaften Berücksichtigung des Vortrags des Angeklagten bei der Urteilsfindung anhand von Rechtsmaßstäben ausgegangen werden kann.⁸⁰ Bei der Prüfung des Fairnessrechts ist auf benannte und unbenannte Teilrechte zu achten und als Prüfungsinstrument eine Gesamtbetrachtung erforderlich,⁸¹ die nicht mit einer beliebigen Entscheidungsfreiheit über die Gewährleistung des Art. 6 EMRK verwechselt werden darf.⁸²

Blickt man von einer solchen Warte auf die Problematik befangen scheinender Staatsanwälte, wird offenbar, weshalb die Entwicklung eines Maßstabes schwierig ist und immer wieder eine Bezugnahme auf die gerichtliche Reaktion im Raum steht: *Zum einen* schmälert die Bedenken unterliegende Person des Staatsanwalts nicht unmittelbar die Teilhaberechte der Verteidigung als solche, die mit der Fairness vor allem verbunden sind; würde ein Bedenken auslösender Staatsanwalt die Rechte der Verteidigung etwa im Ermittlungsverfahren entziehen oder beeinträchtigen, wäre schon dieser konkrete Sachverhalt Anhaltspunkt für eine ggf. leichter zu begründende Fairnessverletzung. *Zum anderen* verweist die Garantie eines offenen Verfahrens entsprechend der auch in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vorgenommenen Zuordnung der

⁷⁹ Dazu und zum Folgenden näher m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S 290 ff., 387 ff., 397 ff. sowie EGMR [GK], Urteil v. 16. Dezember 1999 – 24724/94, NLMR 2000, 17 Rn. 83 – T./UK: „The Court notes that Article 6, read as a whole, guarantees the right of an accused to participate effectively in his criminal trial“; EGMR [GK], Urteil v. 16. Dezember 1999 – 24888/94, NLMR 2000, 17 Rn. 85 – V./UK.

⁸⁰ Dazu und zum Folgenden eingehend bereits m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 383 ff., 392 ff.

⁸¹ Hierzu bereits näher m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 427 ff. und knapper Gaede in MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. (2025), Art. 6 EMRK Rn. 16 ff. und 22 ff.

⁸² Dazu bereits m.w.N. Gaede in MüKo-StPO (Fn. 81), Art. 6 EMRK Rn. 27 ff.

Entscheidung zum Gericht vor allem auf die Haltung und Reaktion *der Richtenden*. Im Rahmen des zunächst prozessmodelloffenen Rechts auf ein faires Strafverfahren⁸³ finden sich hingegen grundsätzlich keine konkreteren Teilrechte bzw. -standards, die gerade die jeweilige Anklagevertretung näher bestimmen. Deshalb hat der EGMR bereits festgehalten, dass Art. 6 EMRK nicht für sich genommen ein Recht auf einen unparteilichen Staatsanwalt gewährleistet, so wie es sich für Richter in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK findet.⁸⁴

Dennoch ist es richtig, dass die Frage nach dem befangenen Staatsanwalt dem Recht auf ein faires Verfahren unterliegt und dahingehende Maßstäbe zu erarbeiten sind. Denn zu den Teilrechten des fairen Verfahrens gehört insbesondere die Garantie, dass die Verteidigung waffengleich und damit unter Vermeidung substanzieller Nachteile gegenüber der staatlichen Beeinflussung der gerichtlichen Urteilsfindung auf das Verfahren Einfluss nehmen darf.⁸⁵ Und hier muss man – unabhängig von der konkreten Prozessstruktur – realistisch annehmen, dass der mit dem Anspruch der objektiven Verfahrensteilhabe

⁸³ Hierzu siehe bereits eingehend m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 461 ff. und ferner Gaede in MüKo-StPO (Fn. 81), Art. 6 EMRK Rn. 23 ff.

⁸⁴ So EGMR, Urteil v. 23. November 2017 – 66847/12, Rn. 94 – Haarde/ISL, zu einem Fall der Vorbefassung als staatlicher Sachverständiger. Die Entscheidung hebt dort aber zugleich wieder hervor, dass die Unschuldsvermutung auch für Staatsanwälte gilt; zur entsprechenden Objektivitätsverpflichtung auch Kjelby Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 2015, 61, 67 f.

⁸⁵ Zur Gewährleistung einer Verteidigung, die nicht im Vergleich zur Anklagevertretung substanziell benachteiligt ist, EGMR, Urteil v. 17. Januar 1970 – 2689/65, EGMR-E 1, 100 Rn. 28 f. – Delcourt/BEL: „full equality of treatment“; EGMR, Urteil v. 22. Februar 1996 – 17358/90, ÖJZ 1996, 430 Rn. 47 – Bulut/AUT; EGMR, Urteil v. 31. Januar 2002 – 24430/94, ÖJZ 2002, 433 Rn. 57 ff. – Lanz/AUT; EGMR, Urteil v. 2. Oktober 2001 – 44069/98, StraFo 2002, 81 Rn. 58 – G.B./FRA: „the principle of equality of arms [...] requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent“; EGMR, Urteil v. 22. Juni 2000 – 32492/96 u.a., Rn. 102 – Coëme ua/BEL; Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 641 ff., 652 ff.

auf tretenden staatlichen Anklagevertretung eine regelmäßig starke prozessuale Stellung zukommt: Sie genießt ein erhebliches Vertrauen des Gerichts, das bis hin zu angelegten und eintretenden Schulterschlusseffekten reicht, während die Verteidigungsteilhabe nicht selten erheblichen Beschränkungen zur Vermeidung eines oft allzu früh gewährten Missbrauchs zugunsten von Partikularinteressen unterliegt.⁸⁶ Und gerade hier ist dieser Vertrauensvorschluss zugunsten des anklagenden Staates am einschlägigen deutschen Recht auch abzulesen, wenn es bis heute voller Zutrauen in die Lösungskompetenz der staatlichen Behörde völlig auf nähere Regelungen zum Ausschluss und zur Besorgnis der Befangenheit bei Staatsanwälten verzichtet, während entsprechende Regelungen in jedem anderen Exekutivsektor der Verwaltung existieren! Auch die vielfach berichtete Ankerwirkung staatsanwaltlicher Anträge⁸⁷ macht fassbar, dass die realen Teilhabechancen der Verteidigung und mithin des von Art. 6 EMRK berechtigten Angeklagten zu einem Gutteil von der konkreten Aufgabenwahrnehmung durch die Staatsanwaltschaft abhängen. Lässt das nationale Prozessrecht jedoch zu, dass ein Staatsanwalt agiert, welcher der Vertrauen erheischenden Objektivitätsgewähr nicht entspricht und im Gegenteil die Sorge begründet, dass der mit erheblicher Macht ausgestattete Staat über seine Exekutive interessengeleitet auf das Gericht einwirkt, kann dies die Offenheit des Verfahrens bzw. die gleichberechtigte Teilhabe des Angeklagten durchgreifend beeinträchtigen.

Dass die Vorsicht vor scheinbar schon infolge der Rollenbeschreibung stets objektiven Verfahrensbeiträgen insoweit auch nicht gegen eine

⁸⁶ Zu den psychologischen und soziologischen Implikationen vgl. schon *Volkmann/Vogel StV* 2021, 537, 542 f. Siehe ferner m.w.N. *Siolek* in *Löwe/Rosenberg* (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 12: Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Einfluss auf das Gericht auszuüben; ferner *Weßlau/Deiters* in *SK-StPO* (Fn. 20), Vor § 22 Rn. 35: Staatsanwaltschaft kann auch in der Hauptverhandlung die Urteilsfindung mitbestimmen.

⁸⁷ Zum kaum noch bestrittenen Anker-Effekt gerade des staatsanwaltlichen (Strafzumessungs-)Antrags siehe m.w.N. *Neuhaus* in *NK-StPO* (2025), Vor §§ 333-358 StPO Rn. 85; im Kontext auch *Kudlich/Nicolai StV* 2025, 159 f.

Vorentscheidung des deutschen Gesetzgebers über Fairnessinhalte verstößt, zeigt bei alledem zusätzlich insbesondere § 74 StPO, der für einen anderen Fall des prima facie objektiven und in der Regel gewichtigen Einflusses auf die gerichtliche Entscheidung längst ein Ablehnungsrecht und damit einen Schutz vor Personen etabliert, die im Einzelfall keine Gewähr für eine objektive Verfahrensteilhabe bieten. Auch hier wird nicht nur das von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK genannte Gericht, sondern ein besonderes Vertrauen genießender Einfluss auf die gerichtliche Verfahrensführung und -entscheidung begrenzenden Maßstäben unterworfen.

2. Maßbestimmung

Geht man in diesem Sinne davon aus, dass der als befangen anzusehende Staatsanwalt sehr wohl ein Fairnesshindernis ausmacht, bleibt die nicht weniger wichtige Frage zurück, an welchen Maßstäben man den auszuschließenden oder einzuhegenden Verfahrenseinfluss der Staatsanwaltschaft konkreter bestimmen sollte.

Insoweit kann man dem 5. Strafsenat zunächst jedenfalls darin folgen, dass die Lösung nicht darin liegen kann, die immerhin im Ansatz strengen Maßstäbe für Richter auf die mitwirkenden Staatsanwälte pauschal zu übertragen. Der Bezugspunkt der Verfahrensfairness bleibt das Gericht; es geht um einen potenziellen *Einfluss* auf das grundsätzlich zur eigenen Würdigung und Prüfung befähigte Gericht, nicht um das Gericht selbst.

Zu widersprechen ist aber der vom 6. Strafsenat wohl vertretenen These, nach der unter dem Aspekt des fairen Verfahrens allenfalls schlechthin unverzichtbare Schranken gezogen werden dürften, was den effektiven Ausschluss des Verfahrenseinflusses einer befangenen Staatsanwaltschaft zu einer prozessualen Chimäre machen könnte. Schon die dahinter stehende allgemeinere Lehre zur Handhabung der Fairnessgarantie wird vom BVerfG nicht einheitlich zugrunde gelegt – sie wurde vom BVerfG, aber auch vom BGH, zugunsten von

konkreteren Maßstabsbildungen durchbrochen.⁸⁸ Überdies ist diese Ansicht systematisch unzureichend, weil sie verkennet, dass hier gerade ein unstreitig als verfehlt bewerteter Ausfall der notwendigen gesetzgeberischen Ausdifferenzierung der Fairness den Gerichten aufdrängt, die Lücke praktikabel zu schließen. Der schiere planwidrige Maßstabsausfall seitens des Gesetzgebers kann schwerlich die Anforderungen an die Verfahrensfairness gleichsam herunterzuschrauben, die gerade *der Gesetzgeber* zu beachten hat. Entsprechend existiert seitens des EGMR von vornherein keine vergleichbare Reduktion der Pflicht auch des Gesetzgebers, Art. 6 EMRK wirksam und praktikabel zu gewährleisten. Vielmehr verlangt Art. 6 EMRK im Sinne der *Maxime nullum iudicium sine lege*, dass nationale Gesetzgeber die prozessualen Rechtsmaßstäbe näher ausprägen, um einen – auch hier virulenten – durch Unbestimmtheit eintretenden Leerlauf der Verteidigungsrechte im Angesicht eines drohenden staatlichen Missbrauchs zu verhindern.⁸⁹ Dass bei der Lückenschließung die Systematik des gesetzgeberisch geschaffenen Rechts und die mit ihr etablierte Prozessstruktur als Grundlage heranzuziehen sind, um insofern „behutsam“ vorzugehen, ist sodann fraglos richtig, aber erneut kein Grund, festgestellten Versäumnissen halbherzig zu begegnen.

⁸⁸ Siehe hierzu als Leitbeispiel BVerfGE 118, 212 = HRRS 2007 Nr. 647 und m.w.N. Gaede GA 2008, 394, 399 ff.

⁸⁹ Siehe EGMR, Urteil v. 22. Juni 2000 – 32492/96 u.a., Coëme u.a. v. B, §§ 98 ff., 102: “The Court reiterates that the principle that the rules of criminal procedure must be laid down by law is a general principle of law. It stands side by side with the requirement that the rules of substantive criminal law must likewise be established by law and is enshrined in the maxim ‘*nullum iudicium sine lege*’. It imposes certain specific requirements regarding the conduct of proceedings, with a view to guaranteeing a fair trial, which entails respect for equality of arms. [...] The Court further observes that the primary purpose of procedural rules is to protect the defendant against any abuse of authority and it is therefore the defence which is the most likely to suffer from omissions and lack of clarity in such rules.” Dazu näher bereits Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 663 ff.

Schließlich wäre der – dem 6. Strafsenat unterlaufene – ausschließliche Verweis auf eine Gesamtbetrachtung ohne einen Zielmaßstab schon unpraktikabel: Er müsste alle Einzelfälle – entgegen der jeweils zu beachtenden Subsidiarität – ggf. zunächst zum BGH, sodann zum BVerfG und schließlich zum EGMR führen, weil eine im Auge des entscheidenden Gerichts liegende Gesamtschau zur (unverzichtbaren) Fairness im Einzelfall den „Maßstab“ ausmachen würde.⁹⁰

a) Zu besorgender Machtmissbrauch

Will man in diesem Sinne über die These einer nur für Extremfälle möglichen und unbestimmten Gesamtbetrachtung hinauskommen, liegt es nach dem zuvor Gesagten nahe, mit dem 5. Strafsenat auf das Leitkriterium des nicht hinreichend vom Gericht ausgeräumten staatlichen Machtmissbrauchs in der Person oder dem konkreten Verhalten des Staatsanwalts abzustellen.⁹¹ Ist nicht mehr begründet anzunehmen, dass die Staatsanwaltschaft ihren oft prägenden Einfluss insbesondere in der regelmäßig entscheidenden Hauptverhandlung prinzipiell objektiv ausübt, steht im Raum, dass gewichtige staatliche Befugnisse interessengeleitet zur Belastung der Verteidigung genutzt werden. Die Zulassung bzw. unwidersprochene Hinnahme einer solchen staatlichen Einflussnahme drängte den Eindruck auf, dass das Anklageziel rechtsfern verfolgt werden dürfe, was einem offenen und nach gleichem Recht geführten Prozess widerstreitet.

Im Lichte des zuvor Gesagten ist der Missbrauch aber nicht nur gleichsam krassen Fällen atemberaubender staatsanwaltlicher Besetzungen und

⁹⁰ Siehe zum Bedürfnis, dass schon die nationalen Gerichte den menschenrechtlichen Standard der EMRK ggf. fortschreiben müssen, m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 91 ff., 115 ff., 130 ff., 134 ff.

⁹¹ Zust. etwa auch *Schmitt* in *Schmitt/Köhler* (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 6.

Vorgehensweisen vorzubehalten.⁹² Der zu besorgende Missbrauch muss im Sinne der schon vom Gesetzgeber aufgestellten Objektivitätsanforderung und der auch vom BVerfG als bisweilen zentral unterstrichenen Wächterfunktion schon in unausgeräumten Zweifeln an der objektiven Rollenwahrnehmung liegen, die durch keinen Funktionsunterschied zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft mehr zu legitimieren sind.⁹³ Auch der 5. Strafsenat stellt – wohl in diesem Sinne – auf die Sicht eines verständigen Angeklagten ab, nach dem sich die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft als Missbrauch staatlicher Macht darstellen muss; es muss nicht tatsächlich ein Missbrauch vorliegen.⁹⁴

Für die Konkretisierung dieses ggf. fatalen Eindrucks ist entsprechend, so wie es die Rechtsprechung zum Teil anerkennt, insbesondere auf die Verwirklichung der für Richter (siehe §§ 22 Nr. 1–3⁹⁵, 4 [3. und 4. Var.] und 5 sowie 23 StPO), aber auch für Beteiligte des Verwaltungsverfahrens (§ 20 VwVfG) geltenden Ausschlussgründe zu achten, die insbesondere in einer persönlichen Betroffenheit liegen.⁹⁶ Ihnen kommt etwa bei der Gefahr der „Verteidigung“ eines früher als Richter gefällten Urteils in der nun als Staatsanwalt

⁹² Siehe auch schon gegen überhöhte Anforderungen an das Kriterium des „Missbrauchs staatlicher Macht“ *Walter* JZ 2024, 1043, 1046; siehe ferner bereits *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 114 f.: Restriktionen müssen mit der Pflicht zur Objektivität vereinbar bleiben.

⁹³ Siehe auch *Schlüchter* (Fn. 30), Rn. 66.2, die wohlbegründet einer Reduktion des disqualifizierten Staatsanwalts auf eine tatsächlich bewiesene Befangenheit entgegentritt.

⁹⁴ Hierzu nochmals BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075.

⁹⁵ Gerade für diese etwa deutlich *Nowak* (Fn. 5), S. 129 ff.

⁹⁶ Siehe auch *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 15: zur Übertragung bestehe (in der Sache) Einigkeit; *Conen/Tsambikakis* in MüKo-StPO (Fn. 19), § 22 Rn. 7; *Cirener* in BeckOK-StPO (Fn. 48), § 22 Rn. 36.1.

begleiteten Berufungsinstanz⁹⁷ eine erhebliche Orientierungswirkung zu.⁹⁸ Im Übrigen ist der Gedanke des § 24 Abs. 2 StPO gemessen an der anderen Rolle des Staatsanwalts und damit unter Einbeziehung einer zunächst naheliegenden Aufgeschlossenheit hinsichtlich der von der Staatsanwaltschaft erhobenen Anklage leitend – es müssen zum Beispiel für die Hauptverhandlung gewichtige Gründe im konkreten Verfahren dafür streiten, dass der Staatsanwalt seine Aufgabe der Anklagevertretung nicht unbefangen, sondern einseitig zu lasten des Angeklagten wahrnimmt. Insoweit bieten die Ausarbeitungen in der Literatur zur Übertragung des § 24 Abs. 2 StPO längst Anhaltspunkte, obschon sie nicht im Gewande einer Analogie daherkommen sollten.

b) Mangelnde gerichtliche Kompensation

Sodann ist aber – konventionsrechtlich schon für den Verstoß gegen das Gebot zur Verfahrensfairness und nicht allein für das Beruhen⁹⁹ – von Belang, ob das

⁹⁷ Siehe schon früh OLG Stuttgart NJW 1974, 1394 f. und zust. etwa *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 14 und *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 15; zu kurz greift hier hingegen BGH NStZ 1991, 595; so aber auch *Inhofer* in BeckOK-StPO (Fn. 45), § 145 GVG Rn. 15.

⁹⁸ Siehe so auch für die Haltung der Justiz z.B. *Heil* in KK-StPO (Fn. 8), Vor § 22 Rn. 1.

⁹⁹ So aber BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075. Auch zu Art. 6 EMRK ließe sich über die Bedeutung der Waffengleichheit als unbenanntes Teilrecht andenken, dass die Verletzung stets unabhängig von der gerichtlichen Reaktion festgestellt werden könnte. Allerdings liegt es für das unbenannte Teilrecht nahe, eine Gesamtbetrachtung anzustellen, da hier gerade aus der Art und Weise der Mitwirkung durch die Staatsanwaltschaft und nicht aus formalen Rechtsunterschieden eine Ungleichheit abgeleitet werden soll. Diese eher materielle Betrachtung tendiert zur Bewertung auch über die potenzielle Wirkung auf das Gericht im Einzelfall. Ohnedies würde der EGMR nach seiner aktuellen Rechtsprechung zu einer Gesamtbetrachtung neigen.

Gericht dem missbräuchlich zu nennenden staatlichen Verfahrenseinfluss hinreichend entgegengetreten ist.

Davon ist zunächst auszugehen, wenn das Gericht die Missbräuchlichkeit erkennt und es durch eine erfolgreiche Hinwirkung auf einen Austausch bzw. eine Mäßigung eine Heilung des ursprünglich unrechtmäßigen Verfahrenseinflusses bewirkt.

In Relation zum problematischen Verhalten bzw. der problematischen Besetzung der Staatsanwaltschaft ist es aber immerhin auch denkbar, einen Verstoß gegen das faire Verfahren schon infolge einer angemessenen Zurückweisung des konkreten Fehlverhaltens und seines Einflusses durch das entscheidende Gericht zu verneinen, gerade weil die Fairness auf die gerichtliche Entscheidung bezogen ist. Indes kann dies nur in Frage kommen, wenn die Zurückweisung einen fortwirkenden Einfluss der missbräuchlichen staatsanwaltlichen Verfahrenseinwirkung sicher ausschließen kann. Dies muss in jedem Fall eine volle Erfassung des bedenklichen Einflusses seitens des Staates voraussetzen, von dem sich das Gericht deutlich distanziert, ohne sich hierzu in seinem Urteil in einen Widerspruch zu setzen.

Insoweit dürfte aber – entgegen der jüngeren Haltung des 6. Strafsenats – ein strenger Maßstab anzulegen sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie es der 5. Strafsenat eröffnet hat – auch nach der Urteilsfindung im Revisionsverfahren geäußerte Einschätzungen einbezogen werden sollen, die vom Interesse an der Erhaltung des verfassten Urteils beeinflusst sein können.¹⁰⁰ Ferner ist gerade in Situationen, in denen etwa ein ursprünglich diskutiertes Vorgehen im Wege einer Verständigung oder einer Verfahrenseinstellung an einer Mitentscheidungsbefugnis des Staatsanwalts gescheitert sein könnte, einem

¹⁰⁰ Dies gilt auch unter dem Aspekt, dass eine Befragung des Gerichts bzw. des Vorsitzenden zum Beruhen als solche im Übrigen ausscheidet. Es muss insoweit um spezifische Äußerungen/Wahrnehmungen zur Hauptverhandlung und damit um das etwaige Ausmaß der Objektivitätsferne des Staatsanwalts und seine damalige Beurteilung durch das Gericht gehen.

Verweis auf die ausgleichende Verfahrensführung durch das Gericht entgegenzutreten, weil das Gericht hier nicht mehr allein maßgeblich ist. Aber auch über derartige Konstellationen hinaus muss Vorsicht walten, weil im Zuge der berührten Garantie der Waffengleichheit auch der äußerliche Eindruck der vom Staat im Ergebnis geduldeten und nur verbal zurückgewiesenen staatlichen Verfahrensbeeinflussung zu bedenken bleibt.¹⁰¹ Dieser Eindruck dürfte jedenfalls bei klaren materiellen Ausschlussgründen und einer ausbleibenden Heilung aber verheerend bleiben, zumal das Gericht jenseits auffälliger Einzelhandlungen schwerlich konkrete Ausgleichsanstrengungen leisten könnte. Es kann vielmehr geneigt sein kann, die Bedeutung etwa einer persönlichen Betroffenheit des Staatsanwalts infolge scheinbar nicht auffälliger Einzelhandlungen zu unterschätzen. Wie in anderen Zusammenhängen sollte ein Verstoß gegen die waffengleiche Teilhabe nicht an den Nachweis eines zusätzlich fassbaren Nachteils gebunden werden.¹⁰² Dies gilt, zumal das wertungsabhängige Recht ebenso wie die letztlich auf subjektive Einschätzungen verweisende Tatfrage mannigfaltige Einfallstore für Beeinflussungen eröffnen, die sich das Gericht infolge des grundsätzlichen Vertrauens in Staatsanwälte nicht stets bewusst machen kann.

¹⁰¹ Dazu bereits in Kontexten exklusiver staatlicher Einwirkungen EGMR [GK], Urteil v. 20. Februar 1996 – 15764/89, NLMR 1996, 42 Rn. 32 – Lobo Machado/POR; EGMR, Urteil v. 31. Januar 2002 – 24430/94, ÖJZ 2002, 433 Rn. 57 – Lanz/AUT; EGMR, Urteil v. 22. Februar 1996 – 17358/90, ÖJZ 1996, 430 Rn. 47 – Bulut/AUT m.w.N.: „*In this context, importance is attached to appearances as well as to the increased sensitivity to the fair administration of justice*“; EGMR, Urteil v. 4. März 2003 – 41784/98, Rn. 55 – A.B./SVK: Eindruck einer Benachteiligung zu vermeiden.

¹⁰² EGMR, Urteil v. 22. Februar 1996 – 17358/90, ÖJZ 1996, 430 Rn. 49 – Bulut/AUT: „*In any event [...] the principle of the equality of arms does not depend on further, quantifiable unfairness flowing from a procedural inequality*.“; EGMR, Urteil v. 31. Januar 2002 – 24430/94, ÖJZ 2002, 433 Rn. 58 – Lanz/AUT; EGMR, Urteil v. 4. März 2003 – 41784/98, Rn. 56 – A.B./SVK.

IV. Ein zweites Nadelöhr?

Bei alledem darf ein weiterer zentraler Umstand nicht ausgeblendet bleiben. Auch für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK erhebt die Rechtsprechung den Anspruch, dass den traditionell streng verstandenen Darlegungsanforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO Genüge getan wird. Der Revisionsführer soll also „die Tatsachen, die den behaupteten Verfahrensmangel begründen, so vollständig und genau mitteilen [müssen], dass das Revisionsgericht aufgrund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden“.¹⁰³ Für sich genommen wenig verwunderlich sollen die in die Gesamtabwägung einzustellenden Umstände mit Tatsachen belegt werden. Der 6. Strafsenat hebt hervor, dass der Revisionsführer insoweit die bereits früher bejahte Erkundigungspflicht beim erstinstanzlichen Verteidiger oder beim Gericht zu beachten habe.¹⁰⁴ Ebenso sei der Revisionsführer verpflichtet gewesen, vorzutragen, dass er sich erfolglos bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist um Einsicht in die Ermittlungsakte in dem gegen den Staatsanwalt geführten Verfahren bemüht habe,¹⁰⁵ welche unter anderem eine konkretere Bewertung der Stärke des „prozessualen Bandes“ zu dem gegen den Angeklagten geführten Verfahren hätte ermöglichen können; anderenfalls sei die Darstellung der

¹⁰³ So wieder der 6. Strafsenat in BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

¹⁰⁴ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042 unter Verweis auf BGH StV 2006, 459 mit Anm. *Ventzke* = HRRS 2005 Nr. 43; *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO (Fn. 50), § 344 Rn. 121; *Gericke* in KK-StPO (Fn. 8), § 344 Rn. 38.

¹⁰⁵ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042. Zum vorausgesetzten Bemühen um Akteneinsicht schon BGH NJW 2005, 300, 303 f. = HRRS 2005 Nr. 61; BGH NStZ 2009, 51 f. = HRRS 2010 Nr. 280; NStZ 2010, 530, 531 = HRRS 2010 Nr. 272: notwendige Rechtfertigung einer Ausnahme von der Vortragspflicht; *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO (Fn. 50), § 344 Rn. 121.

rügebegründenden Tatsachen unvollständig.¹⁰⁶ So sei der Beschwerdeführer im konkret zu entscheidenden Verfahren verpflichtet gewesen, die von ihm selbst als aussagekräftig bewerteten ermittlungsgegenständlichen Chatnachrichten, die eine Überschneidung des gegen den Staatsanwalt geführten Verfahrens mit den gegen den Beschwerdeführer erhobenen Tatvorwürfen belegen sollen, durch einen vollständigen Vortrag vorzutragen. Die vom Senat auf die erhobene Sachrüge hin im Urteil zur Kenntnis genommenen Chatnachrichten seien insoweit nicht aussagekräftig gewesen, soweit der Revisionsführer nicht dargelegt habe, dass es über diese Chatnachrichten hinaus keine weiteren relevanten Nachrichten gegeben habe.

Es ist hier nicht der Raum, den Umgang mit § 344 Abs. 2 S. 2 StPO und die Frage nach einer Rücksprachepflicht insbesondere hinsichtlich der Instanzverteidigung ganz allgemein zu erörtern. Einige kritische Anregungen, die gerade für den konkretisierungsbedürftigen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK gelten, sollen aber ausgeführt werden:

Wenn es richtig ist, dass nur eine – nach den hiesigen Überlegungen m.E. zu präzisierende – Gesamtbetrachtung den Maßstab des geltenden Rechts ausmacht, kann sich eine im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 13 EMRK¹⁰⁷ an Rechtsschutz interessierte Rechtsprechung nicht durch einen Federstrich von dem Umstand frei machen, dass die Rechtsordnung auch dem Revisionsführer nur eine konkretisierungsbedürftige Globalgarantie als Prüfungsgrundlage zur Verfügung stellt. Hier ist *im Besonderen* darauf zu achten, dass ex ante nach der prozessualen Lage¹⁰⁸ vorhersehbar ist und nicht erst durch die *spätere* Entscheidung gleichsam vom Himmel fällt, welche konkretisierenden Darlegungen des

¹⁰⁶ BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

¹⁰⁷ Siehe zu einer möglichen Anwendung auf Art. 6 EMRK insoweit Gaede in MüKo-StPO (Fn. 81), Art. 13 EMRK Rn. 12 f.

¹⁰⁸ Siehe auch Gericke in KK-StPO (Fn. 8), § 344 Rn. 38: entgegenstehende prozessuale Lage (bzw. Tatsachen) müsse konkret in Betracht kommen; ferner auch BGH NStZ 2022, 126 = HRRS 2021 Nr. 996.

Abwägungsmaterials gefordert sind. So hat etwa das BVerfG in seiner Leitentscheidung zu § 344 Abs. 2 S. 2 StPO für eine strenge Interpretation voraussetzen können, dass die darzulegenden Umstände unschwer am Gesetzestext erkennbar waren und von den Gerichten seit langem anerkannt gewesen seien.¹⁰⁹ Die allgemeine Kritik an dem erwarteten Vortrag sog. Negativtatsachen erlangt hier eine besondere Bedeutung.¹¹⁰

Alles andere wäre auch nicht mit dem Konventionssystem vereinbar. Denn wenn der BGH sich selbst die Möglichkeit zu einer Entscheidung entzieht, die Verstöße gegen Art. 6 EMRK noch beheben könnte, wird die Durchsetzung des Rechts auf ein faires Verfahren kurzerhand auf das BVerfG und den EGMR verschoben. Entgegen dem subsidiären Schutz über die EMRK wird – solange das BVerfG die Praxis zu § 344 Abs. 2 S. 2 StPO weiter größtenteils deckt – der EGMR schnell zur einzigen Adresse, welche Art. 6 EMRK im Falle überraschend weit ausgelegter Darlegungsanforderungen zur Durchsetzung verhelfen kann. Gerade wenn – wie es hier der Fall ist – das Fehlen einer materiellen Regelung ein planwidrig zu nennendes Versäumnis des Gesetzgebers ist, darf die richterrechtlich ersetzende Rechtsprechung den mangels konkretisierender Regelungen erschwerten Rechtsschutz nicht zusätzlich verengen.

In diesem Licht war es zwar nachvollziehbar, dass der Senat die Stärke des vorhandenen „Verfahrensbandes“ und seine Abbildung in staatlichen Verfahrensakten thematisiert. Dennoch dürfte sich der 6. Strafsenat mit seinen zum Teil bereits spekulativ erscheinenden Aussagen zu möglichen weiteren Beurteilungskriterien und Vorträgen an der äußersten Grenze der von § 344 Abs. 2 S. 2 StPO legitimierten (über-)strengen Praxis bewegen. Indem der selbst nicht über Akteneinsicht verfügende Senat auch hier Aussagen zu einer abschließenden Äußerung zu Verfahrensakten verlangt, die dem Revisionsführer

¹⁰⁹ BVerfGE 112, 185, 212 = HRRS 2005 Nr. 417.

¹¹⁰ Zu dieser im Überblick *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO (Fn. 50), § 344 Rn. 129 ff. und allgemein m.w.N. *Ventzke* StV 2006, 459 ff. und *ders.* HRRS 2004, 340.

gar nicht vorlagen und nach dem Vortrag seitens des Staates verweigert worden sind, maximiert er die Hürden bei der Darlegung eines Fairnessverstosses einseitig. Zunächst war hinsichtlich des Aktenstandes im Verfahren gegen den Staatsanwalt ganz offenbar nur ein Zwischenstand, nicht aber eine abschließende Sachverhaltsklärung zu erwarten. Vor allem aber blendet der BGH bei seiner Bemessung der Strenge der Vortragspflicht völlig aus, dass in einer Lage wie der hiesigen das Tatgericht selbst als „*ultimate guardian*“ der Verfahrensfairness für die Aktenbeziehung verantwortlich gewesen wäre: *Ihm selbst* musste daran gelegen sein, die besorgniserregenden Hintergründe des auf ihn einwirkenden Verfahrenseinflusses zu klären. Wenn das Revisionsgericht in dieser Lage keine dem Rechtsschutz hinderliche gezielte Außerachtlassung relevanter Sachverhaltsumstände positiv feststellen kann und sich der Senat sodann in der Lage gesehen hat, auf der Basis des Vortrags des Revisionsführers eine Subsumtion des möglichen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vorzunehmen, zeigt dies, dass keine revisionsrechtliche Not bestand, die Karte des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO gerade in einem Fall unsicheren Rechts zu spielen. Der 6. Strafsenat war alles andere als gezwungen, mit einer harten Linie das Interesse geringzuschätzen, deutsche Verletzungen des in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK liegenden Völkerrechts noch vermeiden zu können.

V. Überzeugend entschieden?

Es bleibt die Frage zurück, ob man nach alledem an den jüngeren Leitentscheidungen des BGH auch im Ergebnis Anstoß nehmen sollte, die sich mit dem Einwand eines disqualifizierten Staatsanwalts befassen, diesen aber am Ende zurückweisen. Dies wird man für den Fall des 5. Strafsenats noch verneinen können, zum 6. Strafsenat aber bejahen müssen:

1. Feministische Kritik am Fragerecht

Im Fall des 5. Strafsenats lässt sich angesichts der persönlichen Erklärung als befangen und der rechtsirrigen Äußerungen, die in der Sache die staatliche Anklage protegiert hatten, trotz der differenzierten Anträge der Staatsanwältin durchaus ein Sachverhalt erkennen, in dem eine kompensationsbedürftige Fehlhaltung der Staatsanwaltschaft *im Kontext der Befragungen* zum Ausdruck kam. Zugleich war aber mit der (Opfer-)Zeugenbefragung ein Kontext betroffen, dessen Würdigung und Beurteilung explizit dem Gericht zugewiesen ist und hinsichtlich dessen das Gericht seine abweichende, das Verfahrensrecht und das Objektivitätsgebot bestätigende Position zum Ausdruck gebracht hatte. Die Staatsanwältin selbst hatte die Hintergründe immerhin – zu spät! – offengelegt und demonstriert, dass sie mit sich selbst im Zuge ihrer Bindung an Recht und Gesetz gerungen hatte. Hier ist der Schluss des BGH letztlich verständlich, das Beruhen respektive die Fairnessverletzung selbst zu verneinen.¹¹¹ Selbstverständlich ist dies bei einer nachträglichen Äußerung im Revisionsverfahren zwar keineswegs. Hier hat die mitgeteilte dienstliche Erklärung des Kammervorsitzenden aber explizit gerade eine Fairnessverletzung durch die Äußerungen der Staatsanwältin in der Hauptverhandlung sowie Überlegungen der Kammer zum prozessualen Umgang mit derselben thematisiert. Es liegt nicht nur eine verbale Reaktion zur mangelnden eigenen Beeinflussung im Rahmen der anschließenden Urteilsfindung vor. Zumal hier auch konkrete Eingriffe in die in Rede stehenden und vom Gericht gewürdigten Vernehmungen gerade nicht behauptet sind, sollte die Versagung des Beruhens auch unter dem Aspekt des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK nicht beanstandet werden.

¹¹¹ Wie hier auch *Kudlich/Nicolai* StV 2025, 159, 161; ebenso ferner *Frommel* NSW 2025, 162; siehe aber auch die Bedenken hinsichtlich der dienstlichen Erklärung bei *Veljovic/Bona*, KriPoZ 2025, 225, 228 f. (im Ergebnis abl., Autor *Veljovic*).

2. Selbst verfahrensbefangene Staatsanwälte

Anders sollte man den zweiten Fall sehen, in dem – was man sich nochmal vor Augen halten muss – ein Staatsanwalt agierte, der gerade vom Angeklagten im Kontext der angeklagten Taten beschuldigt wurde und der – vom Senat und auch vom Tatgericht nicht ausgeräumt – offenbar durch eine Erpressung „in der Hand“ von Tatbeteiligten liegen sollte. Wenngleich der 6. Strafsenat einerseits von vagen Anhaltspunkten sprach, sah er sich doch zugleich und maßgeblich dazu gehalten, davon auszugehen, dass die Beschuldigungen nicht so vage waren, als dass sie eine Einstellung während der Hauptverhandlung ermöglicht oder auch nur absehbar gemacht hätten. Demnach war hier zugrunde zu legen, dass ein fortdauerndes Ermittlungsverfahren gerechtfertigt war. Im Urteil des Landgerichts selbst befindliche Chat-Nachrichten stellten überdies eine Beziehung zwischen den Sachverhalten der Verfahren gegen den Angeklagten und gegen den Staatsanwalt zusätzlich zu den erhobenen Anschuldigungen gegenüber dem Staatsanwalt in den Raum. Dass die *nähere* Substanz der Verdächtigungen nicht abschließend beurteilt werden konnte, stand der Annahme eines engen Bandes zwischen den Verfahren zwar entgegen; dieser Umstand räumte aber gerade nicht aus, dass eine nennenswerte Verbindung mit einer gewissen Substanz zu erwägen blieb. Wenn hier nicht das Tatgericht etwa durch eine eigene Aktenbeiziehung oder eine sonstige Prüfung dafür sorgt, dass es ein letztlich fehlendes oder substanzloses prozessuales Band zugrunde legen kann, ist nicht nur von einer willkürlichen Beschuldigung auszugehen. Vielmehr steht dann eine ernst zu nehmende Möglichkeit der Verknüpfung der *beiden* verdachtsbedingt geführten Verfahren im Raum. Hier wird man die Grenze zu einem zu besorgenden Missbrauch als überschritten ansehen müssen:

§ 22 Nr. 1–3 StPO lässt sich entnehmen, dass eine eigene erhebliche Betroffenheit hinsichtlich des Verfahrensgegenstands oder der vom Verfahren betroffenen Personen die objektive Verfahrensmithwirkung in Frage stellt. Rollenunterschiede führen insoweit nicht zu einer anderen Gewichtung. Wenn nun aber in § 22 StPO nicht explizit festgelegt wird, dass die Richter auch

keine potentiell Tatbeteiligten sein und damit nicht gleichsam zum Richter in eigener Sache werden dürfen, liegt dies allein an der völligen Selbstverständlichkeit des hier notwendigen Ausschlusses.¹¹² Nicht hingegen nimmt der Rechtsstaat jenen Fall leichter. In diesem Sinne findet sich zum Beispiel auch in § 20 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG der Ausschluss desjenigen wieder, der selbst Verfahrensbeteiligter ist. Hier soll nun aber ein Staatsanwalt weiter Einfluss haben dürfen, bei dem man angesichts eines substanziell gegen ihn betriebenen Verfahrens und einer nicht auszuschließenden Erpressung stets die störende innere Frage besorgen muss, wie sich ein bestimmter Gang des hiesigen Verfahrens wohl auf *seine eigene* Lebens- und Verfahrenslage auswirken mag. Soll er Gnade vor Recht ergehen lassen, um zu besänftigen? Soll er Härte zeigen, um Angriffe auf seine eigene Person abprallen zu lassen oder (neuen) Angriffen vorzubeugen? Eine solche Lage muss, wenn das Tatgericht sie nicht näher erwogen und verneint hat, eine objektive Verfahrensführung und erst recht ein Vertrauen in die objektive Amtswahrnehmung ausschließen.

Entgegen der Ansicht des Senats genügt die – offenbar auch das Tatgericht zu sehr in Sicherheit wiegende – Einschaltung des Vorgesetzten nicht, um einen Verstoß hier auszuräumen. Die Einbindung eines zweiten und zumal vorgesetzten Staatsanwalts ist zwar in der Tat ein Schritt, der Bedenken oft entscheidend abmildern dürfte.¹¹³ Die Befragung des Anschuldigungen aufnehmenden Polizeibeamten durch den selbst ungenügenden Staatsanwalt wurde zwar vermieden. Schon die gesamte Würdigung des Beweisstoffs im Plädoyer kam aber ihm selbst zu, was aufdrängt, dass der bereits zuvor mit der Sache betraute verfahrensbefangene Staatsanwalt der zentrale Amtswalter der Staatsanwaltschaft geblieben war. Auch der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft eine Doppelbesetzung vorsah und dem verfahrensbefangenen Staatsanwalt nicht ressourcenschonend andere Aufgaben zugewiesen hatte, spricht dafür, dass sich die Staatsanwaltschaft die Mitwirkung der primär

¹¹² Entsprechend etwa schon Nowak (Fn. 5), S. 129.

¹¹³ Für eine erhebliche Bedeutung auch etwa schon LG Köln NStZ 1985, 230, 231 f.

eingearbeiteten Person erhalten wollte. Vor allem verhindert die Mitwirkung des zweiten Staatsanwalts gerade nicht, dass *der verfahrensbefangene Staatsanwalt auf das Gericht in seinem Sinne einwirken konnte*. Insoweit ist die Lösung über den zweiten Staatsanwalt von vornherein nicht so hilfreich, wie sie es im entsprechend § 22 Nr. 5 StPO behandelten Fall des „Zeugenstaatsanwalts“ sein mag. Da keine ausgleichenden, gegen das Beruhen streitenden Anstrengungen des Gerichts bekannt sind, lag deshalb infolge der Zulassung eines als missbräuchlich zu besorgenden staatlichen Einflusses insgesamt ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vor.