

GERWIN MOLDENHAUER

Befangenheit und Ausschluss des Staatsanwalts oder „Hätten Sie den mit in die Sitzung genommen?“

A. Einleitung

Den verehrten *Jubilar* durfte ich schon während meiner Referendarausbildung in Hamburg Anfang der 2000er-Jahre kennenlernen. Klarstellend im Hinblick auf die Überschrift: Er hat mich zu sehr vielen Hauptverhandlungen mitgenommen, einschließlich einer Revisionshauptverhandlung des 5. Strafsenats des BGH in Leipzig.¹ Eine Zeit noch ohne VerständigungsG², aber mit reichlich Absprachen, Verständigungen oder Deals. In den vielen Diskussionen mit dem verehrten *Jubilar* ging es auch um die in der Praxis gelebte, in § 160 Abs. 2 StPO verankerte Objektivität der Staatsanwaltschaft sowie – ganz grundsätzlich – das Verständnis von Aufgabe und Funktion der (deutschen) Staatsanwaltschaft. Es kamen Fragen wie die folgenden auf: Darf der Staatsanwalt – oder muss er sogar – taktisch agieren, um den staatlichen Strafanspruch erfolgreich durchzusetzen? Wie weit darf die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung bereits von der Schuld des Angeklagten überzeugt sein?

¹ Damals noch unter dem Vorsitz von Frau VRiBGH a. D. Prof. *Monika Harms*, die später von 2006 bis 2011 Generalbundesanwältin war, vgl. <https://www.generalbundesanwalt.de/DE/Wir-ueber-uns/MonikaHarms/MonikaHarms-node.html>.

² Die strafprozessuale Verständigung (§ 257c StPO) wurde erst 2009 durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren eingeführt (BGBl. I, 2352).

Wenn das Verhalten des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung in den Gesprächen zwischen dem Jubilar und mir kritisch thematisiert wurde, was nicht selten der Fall war, betraf es häufig dessen Passivität, beispielsweise wenn keine (substantiierte) Stellungnahme zu Anträgen der Verteidigung abgegeben oder die Staatsanwaltschaft ihrer Wächterfunktion nicht hinreichend gerecht wurde. Fragestellungen aus dem Formenkreis der Befangenheit oder des gesetzlichen Ausschlusses betrafen hingegen den Richter und nicht den Staatsanwalt. Hätten wir vergleichbare Fälle gehabt wie diejenigen, die Anlass dieses Beitrags sind, hätten wir sie ganz sicher sehr intensiv diskutiert.

Der BGH musste sich im letzten Jahr gleich zweimal mit der Frage befassen, ob bei einem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft die Besorgnis einer Befangenheit besteht, beziehungsweise ob der Staatsanwalt gar ausgeschlossen war. Das wäre jetzt nicht unbedingt Anlass für diesen Beitrag, wenn es die in der Rechtsprechung als geklärt angesehene Frage beträfe, nämlich in welchem Umfang der Staatsanwalt einerseits als Sitzungsvertreter und andererseits als Zeuge in der Hauptverhandlung agieren, er also wegen der Einnahme einer anderen prozessualen Rolle als befangen gelten kann.³ Dieser Rollenkonflikt führt im Einzelfall immer wieder zu Diskussionen. In den beiden jüngeren Entscheidungen ging es aber um eher ungewöhnliche Fälle, nämlich um eine Staatsanwältin, die sich im Schlussvortrag gewissermaßen selbst für befangen erklärte und einen Staatsanwalt, gegen den im Zusammenhang mit der Tat, die Gegenstand der Hauptverhandlung war, in der er auch die Sitzungsvertretung für die Staatsanwaltschaft wahrnahm, ermittelt wurde.

B. Der Staatsanwalt als Zeuge

Zunächst sei die Situation des „*Zeugen-Staatsanwalts*“ in Erinnerung gerufen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist ein Staatsanwalt, der in der

³ Dazu unten B.

Hauptverhandlung als Zeuge vernommen worden ist, insoweit an der weiteren Wahrnehmung der Aufgaben als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung gehindert, als zwischen dem Gegenstand seiner Zeugenaussage und der nachfolgenden Mitwirkung an der Hauptverhandlung ein unlösbarer Zusammenhang besteht.⁴ Eingehender hat sich zuletzt der 1. Strafsenat 2018 mit der Problematik des „Zeugen-Staatsanwalts“ befasst. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Verfahren war der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft als Zeuge zu früheren Vernehmungen des Hauptbelastungszeugen gehört worden und hielt anschließend in der nämlichen Sache den Schlussvortrag. Der Senat hielt das Vorgehen der Staatsanwaltschaft auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung für unzulässig und hat das Urteil auf die entsprechende Verfahrensrüge aufgehoben.⁵ Eine weitere Mitwirkung an der Sitzungsvertretung sei nur möglich, soweit sich die Aufgabenwahrnehmung in der Hauptverhandlung inhaltlich von der Erörterung und Bewertung der eigenen Zeugenaussage trennen lasse.⁶ Das Schrifttum teilt diese Sicht ganz überwiegend.⁷ Umstritten ist lediglich deren rechtliche Herleitung im Einzelfall, namentlich ob eine – vom BGH abgelehnte – Analogie zu § 22 Nr. 5 StPO in Betracht kommt oder ob sich die vorgenannte Einschränkung aus dem Fairnessgedanken oder der Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Objektivität (§ 160 Abs. 2 StPO) ergibt. Auswirkungen kann das auf das Revisionsverfahren haben, insbesondere auf die dort gesondert zu prüfende

⁴ BGH, Urteil v. 13. Juli 1966 – 2 StR 157/66, BGHSt 21, 85, 89 f., vgl. auch BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 12), NStZ 2019, 234, 235; v. 14. Dezember 2018 – 4 StR 550/17; Urteil v. 19. Oktober 1982 – 5 StR 408/82 sowie schon RGSt 29, 236; vgl. auch *Schneider* NStZ 1994, 457.

⁵ BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 11 ff.), NStZ 2019, 234, 235.

⁶ BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 12), NStZ 2019, 234, 235.

⁷ MüKo/StPO-Maier, 2. Aufl. (2023), vor § 48 Rn. 14 ff.; SK/StPO-Wohlers, 6. Aufl. (2023), § 145 GVG Rn. 10 ff., *Tolksdorf*, Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt (1989); *Frisch* in FS Bruns (1978), S. 385; *Pfeiffer* in FS Rebmann (1989), S. 359.

Beruhensfrage (§ 337 Abs. 1 StPO).⁸ Der 1. Strafsenat hat in der geschilderten Entscheidung angenommen, dass das angefochtene Urteil auf dem Verfahrensfehler beruhte. Für den Tatnachweis waren die durch Vernehmung des Staatsanwalts eingeführten Angaben des Hauptbelastungszeugen und deren Glaubhaftigkeit von ausschlaggebender Bedeutung. Dass die Ausführungen des Staatsanwalts – in der Beweiswürdigung – Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts hätten haben können, sei jedenfalls nicht auszuschließen gewesen.⁹

Bei den Staatsanwaltschaften werden wohl einhellig die ermittelnden „Zeugen-Staatsanwälte“ aufgrund ihrer Sachkompetenz zum Sitzungsvertreter bestimmt, auch wenn grundsätzlich die Gefahr besteht, dass dem Angeklagten dadurch unter Umständen die Möglichkeit eröffnet wird, mit Hilfe geeigneter Beweisanträge den mit der Sache von Anfang an befassten und deshalb eingearbeiteten Staatsanwalt aus dem Verfahren zu entfernen.¹⁰ Ein solcher Beweis Antrag ist nicht grundsätzlich rechtsmissbräuchlich und könnte im Fall des Rechtsmissbrauchs gegebenenfalls auch nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO beschieden werden. Soweit ersichtlich musste der Bundesgerichtshofs sich noch nicht mit einem Rechtsmissbrauch durch den Anklagten im Zusammenhang mit einem „Zeugen-Staatsanwalt“ befassen. Die Anforderungen an die Feststellung eines solchen Rechtsmissbrauchs wären mit Sicherheit hoch. Die staatsanwaltschaftliche Praxis kompensiert das Problem, dass mit der Zeugenvernehmung des Sitzungsvertreters insbesondere in Komplexverfahren ein herber Wissensverlust für die Staatsanwaltschaft einhergeht, dadurch, dass der „Zeugen-Staatsanwalt“ nach seiner Vernehmung als Gehilfe des (neuen)

⁸ Vgl. dazu BeckOK/StPO-Cirener, 56. Ed. (2025), § 22 Rn. 35; Stuckenberg, JR 2019, 160.

⁹ BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 15), NStZ 2019, 234 (236).

¹⁰ Vgl. BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 13) sowie BGH, Beschluss v. 29. April 1989 – 1 StR 97/89 (Rn. 10).

Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft an der Sitzung teilnimmt oder dass von Beginn an neben dem „Zeugen-Staatsanwalt“ ein weiterer Staatsanwalt den Sitzungsdienst wahrnimmt.

C. Der befangene oder ausgeschlossene Staatsanwalt

Weitere Beispiele für die Befangenheit, die ihren Ursprung nicht in einem Rollen- oder Aufgabenkonflikt des Staatsanwalts haben, sondern im persönlichen Verhalten des Staatsanwalts begründet sind, waren bisher überwiegend theoretischer Natur. Danach liegt ein Befangenheitsgrund vor, wenn der Staatsanwalt sich an der Aufklärung nahe liegender Entlastungsmomente nachhaltig desinteressiert zeigt oder diese gar vereitelt, wenn er ungebührlich eine publizistische Vorverurteilung fördert oder wenn er die Ermittlungen bewusst verschleppt.¹¹ Mit einer – in den Urteilsgründen nicht mitgeteilten – Äußerung eines Staatsanwalts gegenüber dem Verteidiger des Angeklagten hatte der 1. Strafsenat sich zu befassen. Schon ihrem Inhalt nach konnte die Äußerung die weitere Mitwirkung des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung jedoch nicht ausschließen, da sich die Äußerung nicht gegen den Angeklagten richtete, sondern gegen dessen Verteidiger und gerade die Interessen des Angeklagten im Sinn hatte.¹² In dem Zusammenhang hat der Senat mitgeteilt, zu der Ansicht zu neigen, dass die geltende Strafprozessordnung und die Regelungen des GVG für die Ablehnung eines Staatsanwalts wegen Befangenheit keine rechtliche Grundlage bieten. Es käme allenfalls in Betracht, ein Recht dazu aus allgemeinen Erwägungen über die Struktur des Strafprozesses, der Stellung des Staatsanwalts oder aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens herzuleiten.

¹¹ Vgl. bspw. Arloth in Festschrift für Roxin (2001), S. 8.

¹² BGH, Urteil v. 25. September 1979 – 1 StR 702/78 (Rn. 23)

I. Besorgnis der Befangenheit – „Leipziger Fall“

1. Sachverhalt

Mit den Fragen der Besorgnis der Befangenheit einer Staatsanwältin hatte der 5. Strafsenat sich zu befassen.¹³ Der Angeklagte war wegen Körperverletzungsdelikten u. a. durch das Landgericht Leipzig verurteilt, vom Vorwurf der Vergewaltigung freigesprochen worden. Auf die Angeklagtenrevision wurde ein äußerst befremdlicher Schlussvortrag der Staatsanwältin Gegenstand einer Verfahrensrüge. Die Staatsanwältin und Sitzungsvertreterin erklärte nach sieben Hauptverhandlungstagen vor dem Landgericht Leipzig, an denen auch sechs Fälle der Vergewaltigung gegen den Angeklagten verhandelt wurden, dass sie *„bei Vorwürfen sexualisierter Gewalt gegen Frauen im Allgemeinen und im konkreten Fall befangen“* sei. Sie *„empfinde“* es als *„unerträglich“*, wenn sich eine Frau *„als Opfer sexualisierter Gewalt im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung kritischen Fragen des Gerichts und der Verteidigung stellen und wegen ihres Aussageverhaltens rechtfertigen müsse“*. Im Hauptverhandlungsprotokoll wurde vermerkt, dass die Vertreterin der Staatsanwaltschaft den Schlussvortrag gehalten habe, sie sei in Fällen häuslicher und sexueller Gewalt als Feministin und persönlich Betroffene befangen. Dies sei jedoch unproblematisch, denn sie lege es hier offen. Mehrfach habe sie, die Sitzungsvertreterin, überlegt, ob sie einen Befangenheitsantrag stelle, davon aber letztlich abgesehen. Das Verhalten der Kammer sei zunächst nicht zu beanstanden gewesen, weil diese der Geschädigten viel Raum für ihre Aussage gegeben habe. Im weiteren Verlauf habe die Kammer die Geschädigte aber kritischer betrachtet als manchen Zeugen. Daher möge sich die Kammer des *Confirmation Bias* ebenso bewusst sein, wie sie ihre Befangenheit offengelegt habe. Die Staatsanwältin beantragte u. a. hinsichtlich eines Vergewaltigungsvorwurfs eine Verurteilung, hinsichtlich

¹³ BGH, Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 = NStZ 2025, 313 = StV 2025, 157.

der weiteren von der Anklage umfassten fünf Fälle der Vergewaltigung einen Freispruch. Der Vorsitzende hat im Rahmen der dienstlichen Erklärung angegeben, dass das Verhalten der Staatsanwältin in der Sitzung im Übrigen von Gesetzes wegen nicht zu beanstanden gewesen sei.

2. Entscheidung

Der Senat hat die Revision im Beschlusswege nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen. Er war sich aber wohl dennoch auch einig, dass es sich um einen grenzwertigen Sachverhalt handelte¹⁴: Denn ausweislich der Beschlussbegründung habe das Fehlverhalten der Sitzungsvertreterin *noch* nicht ein Ausmaß angenommen, das – gemessen an den hierfür geltenden strengen Maßstäben – einen Verfahrensfehler begründen würde. Zum einen habe die Staatsanwältin trotz der ihren Schlussvortrag einleitenden Vorbemerkung beantragt, den Angeklagten in mehreren Fällen freizusprechen. Da mag man gleich entgegenrufen, aber doch auch in anderen Fällen zu verurteilen. Zum anderen ergebe sich aus der dienstlichen Erklärung des Strafkammervorsitzenden, dass das Verhalten der Staatsanwältin in der Hauptverhandlung im Übrigen nicht zu beanstanden und die Begründung ihrer Schlussvorträge auf der Grundlage der Beweiserhebung vertretbar und nicht offensichtlich von verfahrensfremden Überlegungen bestimmt gewesen sei. Zudem belege die dienstliche Erklärung, dass sich die Strafkammer ihrer Verantwortung für die Gewährleistung des Rechts auf ein faires und justizförmiges Verfahren auch im Hinblick auf die Rolle der Staatsanwaltschaft und deren Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens bewusst gewesen sei. Dass sich die Strafkammer dieser Verantwortung bewusst war, ist sicherlich zutreffend. Die Frage ist aber doch, ob sich die Sitzungsvertreterin *selbst* ihrer Verantwortung und letztlich der Rolle der Staatsanwaltschaft bewusst war. Die Sitzungsvertreterin hat sich im Schlussvortrag nicht nur selbst für befangen erklärt, sie hat

¹⁴ Vgl. BGH, Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 (Rn. 13).

dies auch noch konkret belegt. Dass sie dies auch gegenüber ihrer Behörde erklärt hat, ist unwahrscheinlich, muss letztlich aber offen bleiben. Hätte sie zu Beginn der Sitzung eine vergleichbare Erklärung abgegeben, wäre es dann rechtsfehlerhaft, wenn die Kammer sich nicht um ihre Ablösung bemüht hätte? Aber auch nach dem Schlussvortrag war die Hauptverhandlung noch nicht beendet.¹⁵ Muss die Staatsanwaltschaft nicht auch als objektive Wächterbehörde bei dem Schlussvortrag der Verteidigung und dem letzten Wort (§ 258 Abs. 3 StPO) vertreten sein? Die entscheidende Frage ist dann eher, ob und inwieweit sie an dem Urteil mitwirkte beziehungsweise, ob das Urteil auf der rechtsfehlerhaften Mitwirkung der befangenen Staatsanwältin beruhen konnte. Es wäre aus Sicht eines Staatsanwalts schon ernüchternd, wenn man behaupten wollte, im Rechtssinne sei auszuschließen, dass das Plädoyer (eines befangenen) Staatsanwalts Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts habe. Bei späteren Mitwirkungshandlungen, wie etwa der Abfassung und Einreichung der Gegenerklärung (§ 347 Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO) oder der Mitwirkung am Protokollberichtigungsverfahren (vgl. Nr. 161 RiStBV), wird man ein Beruhen anders als beim Plädoyer zweifellos ausschließen können. Der Senat hat im vorliegenden Fall festgehalten, dass das Urteil in einem solchen Fall regelmäßig auf der Rechtsverletzung beruhen (§ 337 Abs. 1 StPO) wird, es sei denn, das erkennende Gericht bringt im Rahmen seiner Verfahrensherrschaft eine Kompensation hierfür zum Ausdruck.¹⁶ Dies kann letztlich 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. Fehlt es an einer Reaktion des Gerichts, wird es nur ausnahmsweise auszuschließen sein, dass sich das einem rechtsstaatlichen Verfahren zuwiderlaufende Verhalten des Sitzungsvertreters in dem Urteil

¹⁵ Vgl. auch *Kudlich/Nicolai StV* 2025, 159, 160.

¹⁶ BGH, Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 (Rn. 10).

zulasten des Angeklagten ausgewirkt hat.¹⁷ Im vorliegenden Fall hat der Senat einen revisiblen Verfahrensverstoß verneint.¹⁸

II. Ausschluss – „Hannoveraner Fall“

1. Sachverhalt

Nur wenige Monate später musste der 6. Strafsenat sich mit einem noch viel außergewöhnlicheren Fall befassen¹⁹: In einem Verfahren vor dem Landgericht Hannover wurde dem Angeklagten die Beteiligung an einem international organisierten Bandenhandel mit etwa 14 Tonnen Kokain zur Last gelegt. Vor Eröffnung des Hauptverfahrens hatte der Angeklagte in einer polizeilichen Vernehmung – mit der Stoßrichtung der Aufklärungshilfe – Angaben zu Personen aus dem Bereich von Justiz und Polizei gemacht, die Informationen an Tatverdächtige aus dem gegen ihn geführten Verfahren herausgegeben hätten. Dabei hatte er mitgeteilt, dass er Gespräche in der Justizvollzugsanstalt angehört habe, nach denen der in seinem Verfahren ermittelnde Staatsanwalt S „*Schmiergelder für Informationen und/oder Zusagen erhalten habe*“. Polizeilich wurden einige dieser Angaben als plausibel bewertet und die Staatsanwaltschaft Hannover leitete ein Ermittlungsverfahren gegen S wegen Bestechlichkeit (§ 332 StGB) ein. Auf Anordnung des Ermittlungsrichters ließ die Staatsanwaltschaft die Wohnung des S durchsuchen. Gleichwohl war S – während gegen ihn das Ermittlungsverfahren wegen § 332 StGB im Zusammenhang mit

¹⁷ Vgl. Mosbacher JuS 2025, 131, 132: „*Angesichts der Möglichkeiten eines Staatsanwalts, Einfluss auf die Hauptverhandlung zu nehmen (etwa durch Fragen, Beanstandungen, Beweisanträge, Plädoyer), wird sich ein Beruhen des Urteils auf der Mitwirkung eines befangenen Staatsanwalts kaum ausschließen lassen, es sei denn, das Gericht macht durch seine öffentliche Distanzierung und Ablösungsbitten deutlich, dass es sich von dem Verhalten dieses Sitzungsvertreters bei seiner Entscheidungsfindung nicht beeinflussen lässt.*“

¹⁸ Kritisch dazu Kudlich/Nicolai StV 2025, 159, 161.

¹⁹ BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23.

den gegen den Angeklagten erhobenen Vorwürfen anhängig war – Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft. Einem etwaigen Verfahrensausschluss wollte die Staatsanwaltschaft dadurch entgegenwirken, dass der Abteilungsleiter von S, Oberstaatsanwalt O, ebenfalls mit in die Sitzung kam. O nahm an sämtlichen Sitzungstagen an der Hauptverhandlung teil und übernahm unter anderem die Befragung eines Polizeibeamten zu der Vernehmung des Angeklagten. Den Schlussvortrag – einschließlich der Würdigung einer etwaigen Aufklärungshilfe des Angeklagten – hielt S. O ergänzte – soweit bekannt – den Schlussvortrag seines Kollegen nicht.

2. Entscheidung

Der 6. Senat hat in seinem Urteil die Verfahrensrüge bereits gemessen an § 344 Abs. 2 S. 2 StPO für unzulässig befunden. Nichttragend erachtete er die Verfahrensbeanstandung aber auch für unbegründet. Der Maßstab für die Beurteilung der Mitwirkung eines ausgeschlossenen Staatsanwalts sei der Grundsatz des fairen Verfahrens. Für sich genommen sei die Mitwirkung eines Staatsanwalts als Sitzungsvertreter, der Beschuldigte (irgend-)einer Straftat sei, nicht geeignet, die Gesamtfairness des Strafverfahrens in Frage zu stellen. Das leuchtet ein. Es kommt auf die konkrete Straftat an.

a) Gefahr des Rechtsmissbrauchs

Der Senat geht in diesem Zusammenhang zunächst auf die rechtsmissbräuchliche Möglichkeit ein, einen missliebigen Staatsanwalt vom Verfahren auszuschließen. Das ist gewissermaßen „täglich Brot“ für die Staatsanwaltschaft, wobei der Schwerpunkt dieser Fälle sich auf die Ermittlungstätigkeit des Staatsanwalts bezieht. Nicht selten quittiert der Beschuldigte in einem Verfahren wegen Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 StGB) strafprozessuale Maßnahmen mit einer Strafanzeige wegen Rechtsbeugung (§ 339 StGB) gegen den Staatsanwalt. Solche häufig rechtsmissbräuchlichen Strafanzeigen, die gerade auch im sogenannten Reichsbürgermilieu beliebt sind, um den

Staatsanwalt einzuschüchtern, begründen regelmäßig keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO. Sie sind daher im AR-Register einzutragen und es ist kein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Den weit überwiegenden Fällen solcher Strafanzeigen liegt eine unzutreffende rechtliche Würdigung zu Grunde. Etwas anderes ist es, wenn Tatsachen bewusst wahrheitswidrig vorgetragen werden, um den missbilligten Staatsanwalt selbst der Strafverfolgung auszusetzen. Auch ein solcher Vortrag hat nicht die zwingende Folge, dass ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Im Rahmen der Bewertung der zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO ist eine Würdigung der Beweismittel vorzunehmen. Wenn diese – auch unter Berücksichtigung der Strafandrohung der §§ 164, 145d StGB für den Anzeigenden – offensichtlich nicht der Wahrheit entsprechen, kommt es nicht automatisch zu einer Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den betroffenen Staatsanwalt. In dem hier vorliegenden Hannoveraner Fall lag der Fall indes anders. Der Angeklagte hat S im Rahmen seiner Angaben und Aufklärungshilfe (§§ 31 BtMG, 46b StGB) belastet. Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter haben einen Anfangsverdacht bejaht.

b) Darlegungsanforderungen

Wegen dieser Wechselwirkung zur staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit und einer etwaigen Gefahr des Rechtsmissbrauchs hat der Senat die Anforderungen an die Darlegung im Sinne des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO konkretisiert und kommt im vorliegenden Fall deswegen zur Unzulässigkeit der Verfahrensbeanstandung. Der Senat spricht von dem „*prozessualen Band*“ zwischen dem Verfahrensgegenstand des gegen den Sitzungsvertreter geführten Ermittlungsverfahrens und dem in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten verhandelten Tatvorwurf. Grundsätzlich ist dem zuzustimmen. Würde beispielsweise gegen S wegen eines Sexualdelikts ermittelt, bräuchte es wesentliche weitere Erkenntnisse, die das Verfahren gegen den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mit dem

Vorwurf gegen S insoweit verbinden, dass das Verfahren nicht mehr fair wäre. Beispielsweise könnte dies dann der Fall sein, wenn vorgetragen würde, dass die Tochter des Angeklagten Geschädigte in dem gegen S geführten Verfahren sei. In dem Hannoveraner Fall ist das prozessuale Band allerdings offensichtlich, da es die Kehrseite des Tatvorwurfs ist, nämlich die Dienstpflichtverletzung in Form der Bestechlichkeit (§ 332 StGB) im Zusammenhang mit rechtswidriger Weitergabe von Informationen aus dem gegen den Angeklagten geführten Verfahren. Der Senat fordert hier aber noch weitere, den Tatverdacht begründende Mitteilungen, namentlich den Vortrag zu den – äußerst umfangreichen – Chatnachrichten sowie dem Bemühen der Einsichtnahme in die Akte aus dem Bezugsverfahren.²⁰

Neben dem prozessualen Band sind weiter verfahrenssichernde Maßnahmen mitzuteilen, also hier, dass O als weiterer Staatsanwalt S in der Hauptverhandlung begleitet hat, und welche Aufgabe dieser wahrgenommen oder – hier eher – nicht wahrgenommen hat. Nach den Feststellungen des Senats im Sachverhalt war O an allen Hauptverhandlungstagen zugegen und hat unter anderem einen Polizeibeamten zur Vernehmung des Angeklagten befragt. Den staatsanwaltschaftlichen Schlussvortrag hielt allerdings S und nahm damit auch die Würdigung der Angaben des Angeklagten zur Aufklärungshilfe (§§ 31 BtMG, 46b StGB) vor. Die sich aufdrängende Frage ist zunächst, warum der Abteilungsleiter O überhaupt den S noch mit in die Sitzung genommen hat. O übte ja keine verfahrenssichernde Funktion vergleichbar eines „Ergänzungsstaatsanwalts“ aus. Er war als (Ober)Staatsanwalt Sitzungsvertreter in der Hauptverhandlung und der Ausschlussgrund gegen S, nämlich das gegen S geführte Ermittlungsverfahren, bestand fortwährend. Naheliegend – schon im Hinblick auf Gesichtspunkte wie Fürsorge und Ressourcen, aber zuvor-derst wegen des Ausschlusses des S – wäre doch gewesen, dass O die Sitzung alleine – oder mit Unterstützung eines anderen Kollegen – wahrgenommen hätte. Dass O Unterstützung gerade durch S brauchte, etwa wegen dessen

²⁰ Vgl. BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23 (Rn. 24).

Kenntnis der durchaus komplexen Akte, ist nicht bekannt, auch nicht nahelegend, da er ja von Beginn der Hauptverhandlung an den staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienst verantwortlich wahrnahm und sich entsprechend vorbereiten musste; zudem hätten einzelne Fragen zum Verfahren außerhalb der Hauptverhandlung – gegebenenfalls durch Rücksprache mit der ermittelnden Polizei – vermittelt werden können. So gesehen mag sich der Leser fragen, ob er selbst S mit in die Sitzung genommen hätte. Ein weiterer Punkt ist, dass O zudem nicht den Schlussvortrag gehalten hat, und zwar auch nicht hinsichtlich der Fragestellung, ob die Voraussetzungen der Aufklärungshilfe nach §§ 31 BtMG, 46b StGB vorliegen.

Der Senat geht bei der Prüfung der Zulässigkeit der Verfahrensrüge davon aus, dass den Revisionsführer im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren eine Erkundungspflicht trifft, der er gegebenenfalls auch durch Nachfragen beim erstinstanzlichen Verteidiger oder beim Gericht zu genügen hat.²¹ Dabei muss der Revisionsführer auch sein Bemühen um Akteneinsicht in das Bezugsverfahren vortragen. Der Senat knüpft dabei an die Rechtsprechung zur Darlegungsanforderungen bei der unzulässigen Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten an.²² Der *Jubilar* sieht diese Rechtsprechung kritisch und weist in diesem Zusammenhang zu Recht auf die Bedeutung der Revisionsgegenerklärung nach § 347 Abs. 1 S. 2 StPO hin.²³

Der Senat hat im konkreten Fall den Vortrag für unvollständig und die Rüge damit unzulässig erachtet. Der Vortrag sei nicht vollständig gewesen, da die Revision in Bezug genommene Chatnachrichten, die den S betreffen und Gegenstand des Bezugsverfahrens seien, nicht mitgeteilt habe. Daher seien der Gegenstand des Verfahrens und eine etwaige Überschneidung mit dem gegen S erhobenen Tatvorwurf nicht hinreichend nachvollziehbar. Bei einem – wie

²¹ BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23 (Rn. 23).

²² Vgl. BGH, Beschluss v. 23. November 2004 – 1 StR 379/04, NStZ 2005, 283.

²³ *Ventzke* StV 2006, 459, 460.

oben dargestellt – so deutlichen prozessualen Band wirken die Anforderungen an den Sachvortrag überspannt. Der Tatvorwurf, nämlich die Bestechlichkeit im Zusammenhang mit Informationen aus dem nämlichen Verfahren, stand fest. Es kann nicht Aufgabe des Revisionsführers sein, die zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für diesen – bereits ermittlungsrichterlich bestätigten – Tatverdacht darzustellen. Unter welchem Gesichtspunkt soll der Revisionsführer Einsicht in das noch laufende Ermittlungsverfahren gegen S bekommen? Nach § 475 Abs. 1 StPO zur Vorbereitung der Verfahrensrüge in einem anderen Verfahren? Grundsätzlich ist dies möglich. Das „berechtigte Interesse“ im Sinne des § 475 Abs. 1 StPO kann in den Darlegungsanforderungen des Revisionsverfahrens gesehen werden, ist aber im Einzelfall mit der Gefährdung des Untersuchungszwecks im Bezugsverfahren sowie mit den Schutzwürdigen Interessen des Betroffenen abzuwägen (vgl. §§ 479 Abs. 1, 475 Abs. 1 S. 2 StPO). Es würden dann die Grundsätze gelten, die bereits bei der Rüge der Beschränkung der Verteidigung in einem wesentlichen Punkt durch Ablehnung eines Antrags auf Beiziehung von Akten gelten, nämlich – sofern im Bezugsverfahren die Akteneinsicht gewährt wird – welche Tatsachen sich aus welchen genau bezeichneten Stellen der Akten ergeben hätten und welche Konsequenzen daraus folgten oder – sofern die Akteneinsicht im Bezugsverfahren versagt wird – der Nachweis, dass sich bis zum Ablauf der Frist um Akteneinsicht bemüht wurde, damit die Ausnahme von der an sich nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO bestehenden Vortragspflicht gerechtfertigt und belegt ist.²⁴ § 147 StPO ist nicht der Maßstab,²⁵ da die Akten aus dem gegen S geführten Verfahren gerade nicht dem Gericht im Hannoveraner-Verfahren gegen den Angeklagten vorgelegen haben. Eine – im Rahmen der Prüfung der Aufklärungshilfe nicht fernliegende – Beiziehung der Akten des

²⁴ So auch der 6. Senat in BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23 (Rn. 23) sowie die st. Rspr., vgl. BGH, Beschluss v. 11. November 2004 – 5 StR 299/03; Beschluss v. 17. Juli 2008 – 3 StR 250/08, NStZ 2009, 51; Beschluss v. 23. Februar 2010 – 599/09, NStZ 2010, 530, 531.

²⁵ Vgl. auch BGH, Beschluss v. 23. März 2010 – 4 StR 599/09, NStZ 2010, 530, 531.

Bezugsverfahrens würde das Problem der Teilnahme von S am Sitzungsdienst verdeutlichen: S bekäme dadurch faktisch dienstlich Kenntnis von dem gegen ihn wegen § 332 StGB geführten Verfahren – ein befremdlicher Gedanke.

c) Begründetheit

Bei der Begründetheit einer etwaigen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren lehnt der Senat – nicht tragend – zu Recht eine Analogie der für einen Richter geltenden Ausschlussgründe für den Staatsanwalt ab. Gleichwohl kommt er im Ergebnis zu einem vergleichbaren Maßstab für die Staatsanwaltschaft, was sich aus ihrer Wächterrolle, ihrer Pflicht zur Objektivität (§ 160 Abs. 2 StPO) sowie der Tatsache, dass sie als ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege tätig ist, ergibt.²⁶ Wesentliche Bedeutung komme bei einer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung dem Verdachtsgrad zu. Insoweit kann dem Senat gefolgt werden. Er legt allerdings eine unzutreffende Stärke des Verdachtsgrades zu Grunde. Maßstab muss immer der Anfangsverdacht (§ 152 StPO) sein, also dass ein Ermittlungsverfahren geführt wird. Wenn man – was der Senat suggeriert – einen darüberhinausgehenden Verdacht zu Grunde legen würde, könnte man zugespitzt sagen, dass für den Ausschluss des Staatsanwalts der Maßstab des § 112 StPO gilt, nämlich bis zu seiner Untersuchungshaft kann er an dem Sitzungsdienst teilnehmen. Der Senat will eine Abwägung innerhalb des Anfangsverdachts vornehmen, indem er davon spricht, dass „kein direkter Tatverdacht“ gegen S bestand, sondern nur vage Anhaltspunkte. Die Strafprozessordnung kennt den Begriff des direkten Tatverdachts nicht. Die vagen Anhaltspunkte hatten die Staatsanwaltschaft und der Ermittlungsrichter bereits als zureichende tatsächliche Anhaltspunkte bewertet und eine Durchsuchung für verhältnismäßig erachtet.

²⁶ BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23 (Rn. 28).

B. Rollenverständnisses der Staatsanwaltschaft

Die Beurteilung der Besorgnis der Befangenheit oder des Ausschlusses des Staatsanwalts ist untrennbar mit dem Rollenverständnis der Staatsanwaltschaft verbunden. Historisch ist der Staatsanwaltschaft eine Wächterfunktion zugeschrieben, und zwar sowohl über Recht und Gesetz als auch über die Gerichte. Gerade im Hinblick auf letztere hat das BVerfG die Wächterfunktion der Staatsanwaltschaft im Kontext von Verständigungen (§ 257c StPO) wiederholt betont und die Staatsanwaltschaft geradezu „in die Pflicht genommen“.²⁷ Der BGH hat dies jüngst anlässlich einer von Seiten der Staatsanwaltschaft gerügten richterlichen Befangenheit bekräftigt.²⁸ Ebenso wie das Gericht ist die Staatsanwaltschaft zur Objektivität (§ 160 Abs. 2 StPO) und zur Wahrung von Recht und Gesetz sowie Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtet. Ihr ist die Aufgabe zugewiesen, an der Sicherung der Gesetzmäßigkeit des Verfahrensablaufs und des Verfahrensergebnisses mitzuwirken, und zwar nicht beschränkt auf die erstinstanzliche Hauptverhandlung, sondern auch im Rechtsmittelverfahren, und auch bei Verletzung der §§ 24 ff. StPO.²⁹ Dass es sich dabei um eine Aufgabe handelt, die nur unbefangen wahrgenommen werden kann, bedarf keiner weiteren Erklärung. Jetzt würde man daher erwarten, dass das Gesetz zur Frage der Befangenheit und des Ausschlusses des Staatsanwalts auf die für den Richter geltenden Regelungen verweist. Dem ist aber bekanntlich nicht so. Die Erklärung für diese unbefriedigende Situation liegt in den Wurzeln der Reichsstrafprozessordnung von 1877.

²⁷ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1066; KK/StPO-Moldenhauer/Wenske, 9. Aufl. (2023), § 257c Rn. 41.

²⁸ BGH, Urteil v. 09. April 2025 – 1 StR 371/24 (Rn. 30).

²⁹ Vgl. BGH, Urteil v. 25. Oktober 2023 – 2 StR 195/23, BGHSt 68, 74 (Rn. 16 ff.); Urteil v. 09. April 2025 – 1 StR 371/24 (Rn. 30).

Historisch betrachtet wurde eine Regelung nicht für erforderlich, ja für überflüssig gehalten, da überhaupt keine Fälle vorstellbar waren, in denen eine vollumfängliche Wahrnehmung der Wächterrolle der Staatsanwaltschaft durchgreifend in Frage stehen würde. Vielmehr vertraute man darauf, dass dahingehende Defizite bereits im Keim durch die Selbstorganisation der Staatsanwaltschaft erstickt worden wären. Der historische Gesetzgeber ging davon aus, dass die Organisation der Staatsanwaltschaft, insbesondere bestimmt durch die §§ 145, 146 GVG, es gestatte, dass in Fällen, in denen die Ersetzung eines staatsanwaltschaftlichen Beamten durch einen anderen geboten oder – auch nur – wünschenswert erscheine, diese auf Antrag des Gerichts, des Beschuldigten oder jenes Beamten selbst oder auch von Amts wegen durch die vorgesetzte Behörde bewirkt werden könne, ohne dass es eines förmlichen Verfahrens bedürfe.³⁰ Dass diese Annahme unzutreffend ist, zeigen exemplarisch die beiden dargestellten Sachverhalte.

C. Folgerung

Die Folgerung wird nun aber nicht sein, dass man dem tradierten Strafprozess den Rücken kehrt und sich von dem Rollenverständnis der Staatsanwaltschaft verabschiedet, indem man von einer unauflösbaren psychologisch-institutionellen Befangenheit des Staatsanwalts ausgeht und das Strafverfahren zum Parteiprozess macht.³¹

³⁰ Vgl. *Hahn*, Die Gesamten Materialien zur Strafprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben (1880), Bd. III, 1. Abt, S. 93; OLG Stuttgart, NJW 1974, 1394; LR-Siolek, 27. Aufl. (2016), vor § 22 Rn. 8; *Schneider* NStZ 1994, 457.

³¹ So *Nowak*, Die institutionelle Stellung des Staatsanwalts im Strafverfahren und deren Auswirkung auf die Möglichkeit der Befangenheit, Diss. (2024).

Wegen der bewussten gesetzgeberischen Nicht-Regelung kommt auch keine analoge Anwendung der §§ 22ff. StPO in Betracht.³² Der allgemeine, in § 65 BBG normierte Rechtssatz, dass eine Amtsperson, die mit Verfahrensbeteiligten bis zu einem bestimmten Grad (§ 52 StPO) verwandt oder verschwägert ist, am Verfahren selbst nicht beteiligt sein kann, gilt – nicht zuletzt vermittelt durch das Gebot der Verfahrensfairness – auch im Strafverfahren, wurde aber eben nicht ausdrücklich für den Staatsanwalt dort geregelt.³³ Formell könnte der Staatsanwalt seine Schwester oder ehemalige Ehefrau anklagen (vgl. aber § 22 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO für den Richter). Das Gesetz vertraut – wie gesagt – aber darauf, dass der Staatsanwalt eine solche Situation anzeigt und ersetzt wird (§ 145 Abs. 1 Var. 2 GVG). Dass diese Gesetzeslage zumindest unbefriedigend ist, zeigt die Tatsache, dass auf Länderebene teilweise vergleichbare Regelungen der §§ 22 ff. StPO für den Staatsanwalt geschaffen wurden,³⁴ denen aber § 6 EGStPO entgegensteht, da die Länder mangels Gesetzgebungskompetenz keine Verfahrensvorschriften auf dem Gebiet des Strafrechts treffen können, weil diese Materie durch den Bund abschließend geregelt ist (vgl. Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).³⁵

³² Vgl. BVerfGE 25, 336, 345; BGH, Urteil v. 25. September 1979 – 1 StR 702/78, NJW 1989, 845; Urteil v. 09. Dezember 1983 – 2 StR 452/83, NJW 1984, 1907; Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 (Rn. 7), NStZ-RR 2024, 252; Schmitt/Köhler-Schmitt, 68. Aufl. (2025), Vor § 22 Rn. 3; BeckOK/StPO-Cirener, 56. Ed. (2025), § 22 Rn. 34; KK/StPO-Heil, 9. Aufl., vor § 22 Rn. 1; vgl. auch Stuckenberg JR 2019, 160, 163 f.; Mosbacher JuS 2025, 131.

³³ Pfeiffer in Festschrift für Böttcher (2007), S. 363.

³⁴ § 11 AGGVG BW, § 9 AGGVG Bln, § 14 AGGVG LSA, § 95 NJG; vgl. auch Nowak, Die institutionelle Rolle des Staatsanwalts im Strafverfahren und deren Auswirkung auf die Möglichkeit der Befangenheit, Diss. (2024), S. 48 ff.

³⁵ KK/StPO-Heil, 9. Aufl. (2023), vor § 22 ff. Rn. 1; Pfeiffer in Festschrift für Böttcher (2007), S. 359, 365; Frisch in Festschrift für Bruns (1978), S. 385, 389 f.

Der Ausschluss des Staatsanwalts oder die Besorgnis der Befangenheit sind als Ausfluss der Wächterfunktion und des Fairnessgedanken zu verstehen. Es bedarf dafür klarer Regelungen, die aber wegen des unterschiedlichen Rollenverständnisses von Richter und Staatsanwalt nicht mit den Regelungen der §§ 22 ff. StPO gleichzusetzen sind. Maßstab ist § 160 Abs. 2 StPO, der ein rechtsstaatliches und faires Verfahren garantiert und damit implizit auch bestimmt, dass ein der Besorgnis der Befangenheit oder des Ausschlusses ausgesetzter Staatsanwalt nicht den staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienst wahrnehmen kann.³⁶

Auf Grundlage des Fairnessgedankens hat der BGH in dem Leipziger-Fall die Anforderungen für die Besorgnis einer staatsanwaltschaftlichen Befangenheit konkretisiert. Danach liegt diese vor, wenn *„ein Staatsanwalt seine Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens derartig schwer und nachhaltig verletzt, dass sich sein Verhalten in der Hauptverhandlung aus Sicht eines verständigen Angeklagten als Missbrauch staatlicher Macht darstellt.“*³⁷ Damit tariert der Senat auf Grundlage des § 160 Abs. 2 StPO in Abgrenzung zur richterlichen Befangenheit des § 24 StPO die staatsanwaltschaftliche Befangenheit aus. Salopper ausgedrückt könnte man auch sagen, dass gegen einen Staatsanwalt die Besorgnis der Befangenheit begründet ist, wenn aus Sicht eines verständigen Angeklagten der begründete Verdacht entsteht, dass der Staatsanwalt seine Anklage um „jeden Preis retten“ will und sich deshalb anderen Sichtweisen nachhaltig verweigert.³⁸

Der Ausschluss des Staatsanwalts im Hannoveraner-Fall ist auf Grundlage des Rollenverständnisses der Staatsanwaltschaft zu bejahen. Die Einleitung eines dieselbe prozessuale Tat betreffenden Ermittlungsverfahrens wegen Bestechlichkeit gegen einen Staatsanwalt begründet dessen Ausschluss, da eben

³⁶ Vgl. Arloth in Festschrift für Roxin (2001), S. 8; Mosbacher JuS 2025, 113, 114.

³⁷ BGH, Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 (Rn. 10), NStZ-RR 2024, 252.

³⁸ Vgl. Pawlik NStZ 1995, 309, 311.

zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dahingehend vorliegen, dass die Objektivität nicht gewährleistet sein könnte. Maßstab ist die Tatsache, dass ein solches – den Vorwurf der Bestechlichkeit im Zusammenhang mit derselben Tat betreffendes – Verfahren anhängig ist. Das muss *zumindest* für Ermittlungsverfahren wegen Straftaten im Amt im Zusammenhang mit dem Verfahren gelten, für den der Staatsanwalt den Sitzungsdienst wahrnimmt.

D. Geltendmachung

Da dem Strafprozess die objektive „Wächterrolle“ der Staatsanwaltschaft immanent ist, wurde kein formeller Rechtsbehelf zur Ablösung des Staatsanwalts eingefügt. Weder die Prozessbeteiligten noch das Gericht selbst haben ein Recht auf Ablehnung eines ausgeschlossenen oder befangenen erscheinenden Staatsanwalts³⁹, auch wenn dies teilweise gefordert wird.⁴⁰

Eine analoge Anwendung des § 24 StPO kommt wegen dem zuvor Gesagten gerade mangels Regelungslücke nicht in Betracht. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung zur Ablösung des Staatsanwalts nach § 23 Abs. 1 EGGVG scheitert, da die Devolutions- und Substitutionsbefugnis des ersten Beamten der Staatsanwaltschaft nach § 145 GVG gerade kein subjektives Recht ist und damit auch keinen Rechtsanspruch begründet.⁴¹ Aus diesem Grund kann auch aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens kein Anspruch auf eine den Staatsanwalt ausschließende gerichtliche Entscheidung hergeleitet werden, da der Grundsatz des fairen Verfahrens insoweit ein entsprechendes subjektives Recht nicht begründet.

³⁹ OLG Frankfurt am Main, NStZ-RR 1999, 81; OLG Celle, BeckRS 2016, 18850 (Rn. 6); KK/StPO-Heil, 9. Aufl. (2023), Vorbem. §§ 22-31 Rn. 1.

⁴⁰ Vgl. Arloth NJW 1983, 207, 210.

⁴¹ KK/StPO-Mayer, 9. Aufl. (2023), § 145 GVG Rn. 7; MüKo/StPO-Brocke, 2. Aufl. (2025), § 145 GVG Rn. 7.

Es bleibt also nur der „formlose Appell“ an den Dienstvorgesetzten verbunden mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde. Sofern dieser den Sitzungsvertreter dann nicht ersetzt oder – je nach Fallgestaltung – einen weiteren Sitzungsvertreter in die Hauptverhandlung entsendet, bleibt den Prozessbeteiligten lediglich ein Rechtsbehelf gegen das spätere Urteil. Dem Gericht bleiben letztlich nur die Möglichkeiten, das Verfahren auszusetzen oder als letztes Mittel ein (behebbares) Verfahrenshindernis anzunehmen und das Verfahren durch Urteil nach § 260 Abs. 3 StPO einzustellen.

E. Revision

Ist es unter Mitwirkung eines mit dem Makel des Anscheins der Befangenheit oder des Ausschlusses behafteten Staatsanwalts zu einem Urteil gekommen, bleibt – wie in den beiden Beispielsfällen – das Rechtsmittel der Revision. Die für solche Fälle für Richter oder Schöffen vorgesehenen absoluten Revisionsgründe der § 338 Nr. 2 und Nr. 3 StPO finden schon vom Wortlaut keine Anwendung; konzeptionell sichern sie die richterliche Unabhängigkeit ab.⁴² Auch der absolute Revisionsgrund der vorschriftswidrigen Abwesenheit des § 338 Nr. 5 StPO greift nicht.⁴³

Man gelangt im Revisionsverfahren daher in den Fällen des Anscheins des befangenen oder ausgeschlossenen Staatsanwalts nur zu einer Urteilsaufhebung, wenn das Urteil darauf beruht (§ 337 Abs. 1 StPO). Die rechtsfehlerhafte unterlassene Auswechselung des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung und damit der Verstoß gegen § 150 GVG muss für das Urteil kausal sein. Ausreichend für die Bejahung einer solchen Kausalität ist es, wenn das Urteil ohne

⁴² KK/StPO-Gericke, 9. Aufl. (2023), § 338 Rn. 55.

⁴³ BGH, Urteil v. 3. Mai 1960 – 1 StR 155/60, NJW 1960, 1358; KK/StPO-Gericke, 9. Aufl. (2023), § 338 Rn. 72; Pawlik NStZ 1995, 309, 314.

die Gesetzesverletzung möglicherweise anders ausgefallen wäre.⁴⁴ Ins Gewicht fällt zunächst, dass kein rechtsfehlerhaftes Verhalten des Gerichts selbst in Rede steht. Denn auch wenn man – wie es in der Entscheidung des 5. Senats im „Leipziger-Fall“ angedeutet wird – auf eine „*Verletzung einer Vorschrift über das Verfahren durch Unterlassen*“ abstellt, bleibt die Frage, worin denn eigentlich die gebotene gerichtsseitige Handlung bestanden haben soll, deren Nichtvornahme eine Vorschrift über das Verfahren verletzt hätte. Namentlich hat das Gericht selbst doch – wie dargestellt – keine verfahrensrechtlich fundierte Möglichkeit, die Substitution des Sitzungsvertreters tatsächlich zu erreichen.

Auch abgesehen davon wird teilweise – etwas zynisch – bezweifelt, ob ein Urteil nun wirklich möglicherweise anders ausgefallen wäre, wenn an der Hauptverhandlung ein anderer Sitzungsvertreter mitgewirkt hätte. Dem ist klar entgegenzuhalten, dass diese Möglichkeit ganz grundsätzlich bestehen muss. Denn ansonsten würde man den Richtern ihrerseits Befangenheit unterstellen, wenn nicht mal die Möglichkeit bestünde, dass die Staatsanwaltschaft durch Anträge, Stellungnahmen oder Schlussvortrag Einfluss auf das Urteil haben kann. Dieser Gedanke wird im Zusammenhang mit der „Wächterrolle“ der Staatsanwaltschaft und dem teilweise normativ geprägten Beruhensverständnis bei der Verletzung der Schutzvorschriften des Verständigungsgesetzes, namentlich bei der Mitteilung von Erörterungen nach §§ 243 Abs. 4, 202a, 212 StPO, fruchtbar gemacht.⁴⁵ Im Hannoveraner-Fall kommt die Besonderheit zum Tragen, dass mit O grundsätzlich ein nicht ausgeschlossener Staatsanwalt anwesend war. Gleichwohl hat S den Schlussvortrag gehalten, so dass vieles für die Annahme eines Beruhens spricht.

⁴⁴ Vgl. nur KK/StPO-Gericke, 9. Aufl. (2023), § 337 Rn. 33 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁵ Vgl. BVerfG NJW 2015, 1235, 1237; MüKo/StPO-Jahn/Kudlich, 2. Aufl. (2025), § 257c Rn. 188; KK/StPO-Moldenhauer/Wenske, 9. Aufl. (2023), § 257c Rn. 69b jeweils mit weiteren Nachweisen.

F. Fazit

Der erste Fall der Leipziger Staatsanwältin ist dem Formenkreis der Befangenheit zuzuordnen. Durch die Äußerungen im Schlussvortrag hat sie ihre Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens spätestens ab dem Zeitpunkt des Schlussvortrages derartig schwer und nachhaltig verletzt, dass sich ihr Verhalten aus Sicht eines verständigen Angeklagten als Missbrauch staatlicher Macht darstellt. Sie hätte bereits vor Wahrnehmung des Sitzungsdienstes ihre Befangenheit gegenüber ihrem Abteilungsleiter anzeigen müssen, um durch diesen bzw. vom Leitenden Oberstaatsanwalt von der Wahrnehmung des staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienstes in dem Fall entbunden zu werden (§ 145 Abs. 1 Var. 2 GVG). Dieser rechtlich klaren und einfachen Lösung stehen gewiss erhebliche praktische Probleme innerhalb der Staatsanwaltschaft gegenüber, wenn die im Verhalten des Staatsanwalts begründete Befangenheit faktisch einen ganzen staatsanwaltschaftlichen Tätigkeitsbereich umfasst. Diese praktischen Probleme können aber keinen Einfluss auf die rechtliche Bewertung haben.

Der Hannoveraner Fall ist ein Fall des Ausschlusses. Dieser wurde mit der Teilnahme von O am Sitzungsdienst eben nicht kompensiert, da O den S mit in die Sitzung genommen hat und ihn auch den – vollständigen – Schlussvortrag halten lassen hat. Mit dem Maßstab des „Zeugen-Staatsanwalts“ wäre dies schon nicht zulässig gewesen.