

Die Weisung an den Staatsanwalt

Von Staatsanwalt (Richter auf Probe) **Sebastian Beining**, Düsseldorf*

Das Weisungsrecht gegenüber dem Staatsanwalt wurde in den letzten Monaten mehrfach in den Medien erwähnt. In Hamburg soll sich ein Staatsanwalt gegen die Weisung seines Dienstvorgesetzten gewehrt haben.¹ Auch im Zusammenhang mit der Entlassung von Generalbundesanwalt Harald Range wurde das Weisungsrecht thematisiert.² Da aktuelle Sachverhalte gerne in Prüfungen angesprochen werden, lohnt sich eine Befassung hiermit.

I. Vorab: Aufgabe, Organisation und Stellung der Staatsanwaltschaft

Angesichts ihrer unterschiedlichen Aufgaben bei der Strafrechtspflege könnte man die Staatsanwaltschaft als Dreifaltigkeit bezeichnen. Sie ist „Herrin des Ermittlungsverfahrens“, indem sie bestimmt, wie die Ermittlungen geführt werden. Sie vertritt die Anklage im Zwischen- und Hauptverfahren. Insbesondere verliert ein Vertreter der Staatsanwaltschaft die Anklageschrift, er wirkt an der Beweisaufnahme mit und hält nach deren Abschluss einen Schlussvortrag (Plädoyer). Schließlich vollstreckt die Staatsanwaltschaft das gerichtliche Urteil.³

Nach Maßgabe der §§ 141-142a GVG ist die Staatsanwaltschaft parallel zu den Gerichten organisiert. Auf Bundesebene ist beim Bundesgerichtshof der Generalbundesanwalt mit seinen Mitarbeitern tätig (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 GVG). Auf Landesebene bestehen am Sitz jedes Oberlandesgerichts je eine Generalstaatsanwaltschaft, an deren Spitze die Generalstaatsanwälte stehen. Bei den Landgerichten existieren schließlich die Staatsanwaltschaften, welche jeweils von einem Leitenden Oberstaatsanwalt geführt werden.⁴

Umstritten ist, welcher Staatsgewalt die Staatsanwaltschaft zuzuordnen ist. Teilweise wird die Staatsanwaltschaft als ein Organ der Rechtspflege angesehen. Begründet wird dies damit, dass sie zur Objektivität verpflichtet sei und Strafverfahren unter Gesichtspunkten der Opportunität eigenstän-

dig einstellen könne (§§ 153 ff. StPO).⁵ Dies widerspricht jedoch dem Wortlaut des Art. 92 GG. Dieser vertraut die rechtsprechende Gewalt den Richtern an. Und Staatsanwälte sind keine Richter.⁶ Hieran ändern auch die §§ 153 ff. StPO nichts. Opportunitätseinstellungen sind letztlich Ermessensentscheidungen durch die Staatsanwaltschaft.⁷ Rechtskräftige Entscheidungen sind sie nicht; die Fähigkeit, letztere zu treffen, ist aber das Wesenhafte der Rechtsprechung.⁸ Teil der Judikative kann die Staatsanwaltschaft somit nicht sein.

Die wohl herrschende Lehre nimmt eine Zwitterstellung der Staatsanwaltschaft an. Wegen ihrer Gesetzesbindung soll die Rolle als Organ der Rechtspflege überwiegen.⁹ Die Staatsanwaltschaft sei keine übliche Verwaltungsbehörde, sondern eine Institution sui generis im Bereich der Strafrechtspflege.¹⁰ Dies überzeugt auch nicht. Jede Verwaltungsbehörde sollte ihre Arbeit am Gesetz ausrichten. Zur Unterscheidung taugt dies nicht. Dass ihre Tätigkeit einen Bezug zur Rechtsprechung der Strafgerichte aufweist, mag ein Alleinstellungsmerkmal sein. Ein besonderer Status lässt sich hieraus aber nicht ableiten. Zudem bleibt nebulös, was hieraus folgen soll.¹¹ Organ der Rechtspflege zu sein, führt schließlich auch nicht dazu, dass man der dritten Gewalt zuzurechnen ist.¹² Der Rechtsanwalt ist auch Organ der Rechtspflege. Staatsgewalt übt er dennoch nicht aus.

Die Staatsanwaltschaft ist demnach ausschließlich der Exekutive zuzuordnen.¹³ Denn sie hat die Pflicht zur Initiati-

* Der Autor ist Richter auf Probe im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf und derzeit im Rahmen des Laufbahnwechsels zur Staatsanwaltschaft Düsseldorf abgeordnet. Die nachfolgende Darstellung gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verf. wieder.

¹ Statt mancher *Laufer*, Zeit-Online v. 21.5.2015, unter <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-05/gysi-staatsanwaltschaft-hamburg-anklage-stasi> (12.11.2015).

² Statt vieler *Bannas*, FAZ-Online v. 4.8.2015, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/maas-entlaesst-rang-e-bis-der-kopf-rolli-13734490-p2.html> (12.11.2015).

³ *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 79; *Franke*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 10, 26. Aufl. 2010, Vor § 141 GVG Rn. 7; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 1.

⁴ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 80; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 5 Rn. 9.

⁵ BGHSt 24, 170 (171); *Günter*, DRiZ 2002, 25; *E. Schmidt*, DRiZ 1957, 273 (279); für eine Einbeziehung plädierend: *Rautenberg*, NJ 2003, 169 (174 f.).

⁶ *Krey/Pföhler*, NStZ 1985, 145 (146).

⁷ *Krey/Pföhler*, NStZ 1985, 145 (148 ff.); diff. *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, § 152 Rn. 7 ff. m.w.N.; a.A. *Diemer*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 152 Rn. 5.

⁸ *Roxin*, DRiZ 1997, 109 (113).

⁹ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 88; *Frank*, ZRP 2010, 147 (148); *Franke* (Fn. 3), Vor § 141 GVG Rn. 13 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 133; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 5 Rn. 1; diff. *Peters*, Strafprozess, 4. Aufl. 1985, S. 163.

¹⁰ *Krey/Pföhler*, NStZ 1985, 145 (146); *Mayer*, in: Hannich (Fn. 7), § 141 GVG Rn. 3; *Roxin*, DRiZ 1997, 109 (114).

¹¹ *Wohlers*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 141 ff. GVG Rn. 14.

¹² *Sarstedt*, NJW 1964, 1752 (1753) – mit die beste Abhandlung, welche in der Diskussion um die Stellung der Staatsanwaltschaft geschrieben wurde.

¹³ BVerfGE 103, 142 (156) = NJW 2001, 1121 (1123); BVerfG NJW 2002, 815; *Kintzi*, in: Broda (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, 1985, S. 899 (910); *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2015, § 141 Rn. 8; *Markwardt*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007,

ve (§ 152 Abs. 2 StPO). Dies ist, was die Exekutive gegenüber dem Gericht auszeichnet. Sie muss nicht abwartend verharren, bis sie angerufen wird, sondern sie kann aus eigenem Entschluss einschreiten.¹⁴

II. Die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft

Laut § 146 GVG haben die Beamten der Staatsanwaltschaft den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen. Wer diese Vorgesetzten sind, wird in § 147 GVG geregelt. Einerseits die zur Staatsanwaltschaft gehörenden Behördenleiter, welche in ihrem Zuständigkeitsbereich jegliche staatsanwaltschaftliche Tätigkeit selbst ausüben können (hierarchisch-monokratische Struktur der Staatsanwaltschaft). Andererseits die außerhalb der Staatsanwaltschaft stehenden Justizminister/-senatoren oder Ministerialbeamte, denen aber verwehrt ist, selbst als Staatsanwälte tätig zu werden.¹⁵

1. Internes und externes Weisungsrecht

In Entsprechung zu den innerhalb und außerhalb der Staatsanwaltschaft stehenden Vorgesetzten, grenzt man ein internes von einem externen Weisungsrecht ab.¹⁶

Das interne Weisungsrecht steht dem Behördenleiter, dem „ersten Beamten der Staatsanwaltschaft“, gegenüber den ihm nachgeordneten Beamten zu. Wenn diese handeln, so lediglich als seine Vertreter. Dass er ihnen vorgeben darf, wie sie ihn zu vertreten haben, ist nur verfahrensökonomisch. Hierdurch soll eine gesetzmäßige und einheitliche Linie der Strafverfolgung erreicht werden.¹⁷

Weisungen kann der Behördenleiter nicht nur persönlich erteilen. Er kann das Weisungsrecht auch delegieren – etwa auf Abteilungsleiter. Und der Generalstaatsanwalt ist nicht nur Vorgesetzter der von ihm geführten Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht. Er ist auch berechtigt, die in seinem Bezirk befindlichen Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten anzuweisen.¹⁸

Demgegenüber kann der Generalbundesanwalt den Beamten der Landesstaatsanwaltschaften keine Weisungen erteilen.¹⁹ Denn in der Bundesrepublik Deutschland, einem föderalen Staat, ist die Ausübung staatlicher Gewalt grundsätzlich

Aufgabe der Länder (Art. 30 GG).²⁰ Auch die Strafverfolgung ist vor allem Ländersache. Die Staatsanwaltschaften der Länder sind deshalb derjenigen des Bundes nicht nachgeordnet. Vielmehr agieren sie auf Grund eigener staatsrechtlicher Kompetenz.²¹

Insbesondere kann der Generalbundesanwalt einer Landesstaatsanwaltschaft nicht aufgeben, eine eingelegte Revision zurückzunehmen. Er kann allerdings seinerseits die Verwerfung der Revision beantragen. Dies macht der Bundesgerichtshof regelmäßig durch die Formulierung deutlich, dass die Revision „vom Generalbundesanwalt nicht vertreten wird“.^{22, 23}

Das externe Weisungsrecht haben der Bundesminister der Justiz bzw. die Landesjustizverwaltungen, welche ihrerseits vom Parlament kontrolliert werden. Eine externe Weisung ist regelmäßig an den Generalbundesanwalt/Generalstaatsanwalt gerichtet. Dieser gibt die Weisung dann in der ihm unterstellten Behörde weiter. Hierzu wandelt er sie von einer externen in eine interne Weisung um. In Eilfällen kann dies jedoch auch anders gehandhabt und der zuständige Dezernent direkt angewiesen werden.²⁴

2. Formen und Inhalte von Weisungen

Weisungen können nahezu jeden Bereich staatsanwaltlicher Tätigkeit betreffen. Denkbar sind sie zur Sachbehandlung durch die Staatsanwaltschaft in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht. Gegenstand kann beispielsweise sein, wie die Tatumstände ermittelt, welcher Antrag bei Gericht gestellt, wie das Recht ausgelegt oder Ermessen ausgeübt werden soll.²⁵

Eine Weisung kann sich auf einen Einzelfall beziehen, etwa wenn angeordnet wird, dass Anklage erhoben oder das Verfahren eingestellt, ein Rechtsmittel eingelegt oder zurückgenommen werden soll.²⁶ Von einer allgemeinen Weisung spricht man demgegenüber, wenn durch diese abstrakt gewährleistet werden soll, dass in vergleichbaren Fällen Ermessen oder Zweckmäßigkeitserwägungen gleichmäßig ausgeübt werden. Derartige findet sich beispielsweise in der von den Landesjustizverwaltungen erlassenen RiStBV.²⁷

2007, S. 93 (99); Wohlers, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 735 f.; krit. Schäfer, NJW 2001, 1396 (1397).

¹⁴ Sarstedt, NJW 1964, 1752 (1754).

¹⁵ Hegmanns, Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 4. Aufl. 2010, Rn. 23; Mayer (Fn. 10), § 147 GVG Rn. 1 f.

¹⁶ Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 1; Kindhäuser (Fn. 3), § 5 Rn. 14; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 7), § 146 GVG Rn. 1.

¹⁷ Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145 f.; Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 3.

¹⁸ Mayer (Fn. 10), § 147 GVG Rn. 4.

¹⁹ Geerds, in: Ostendorf (Hrsg.), Strafverfolgung und Strafverzicht, Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig Holstein, 1992, S. 297 (301); Schmidt/Temming, in: Julius u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 146 GVG Rn. 6.

²⁰ Burghart, in: Leibholz/Rinck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 68. Lfg., Stand: Mai 2015, Art. 30 Rn. 1.

²¹ Welp, NStZ 2002, 1 (7).

²² Siehe etwa BGH NStZ 2004, 400.

²³ Geerds (Fn. 19), S. 301; Mayer (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 13; Schmidt/Temming (Fn. 19), § 146 GVG Rn. 6.

²⁴ Kretschmer, Jura 2004, 452 (458); Mayer (Fn. 10), § 147 GVG Rn. 4; a.A. Kintzi (Fn. 13), S. 913; Kunert, in: Broda (Fn. 13), S. 915 (924 f.); Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 5.

²⁵ Rudolph, NJW 1998, 1205 (1206); Schmidt/Temming (Fn. 19), § 146 GVG Rn. 2; Theisen, in: Fürst u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1167 (1174 f.); Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 6.

²⁶ Mayer (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 4; Wagner, JZ 1974, 212 (217); Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 7.

²⁷ Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 3; Mayer (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 4; Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 8.

Das Gerichtsverfassungsgesetz regelt nicht, in welcher Form eine Weisung zu ergehen hat. Berücksichtigt man deren Bedeutung sowie das Gebot der notwendigen Klarheit und Eindeutigkeit, wird man gleichwohl verlangen können, dass die Weisung schriftlich erfolgt.²⁸

3. Wirkung einer Weisung

Der einzelne Staatsanwalt hat ihm erteilte Weisungen aufgrund beamtenrechtlicher Vorschriften (§ 62 Abs. 1 S. 2 BBG, § 35 S. 2 BeamStG) zu befolgen. Handelt er einer solchen zuwider, ist seine (Prozess-)Handlung im Außenverhältnis gleichwohl wirksam,²⁹ denn die Weisung ist nur ein behördeninterner Akt.³⁰ Bezweifelt der Beamte die Rechtmäßigkeit der Weisung, so trifft ihn eine „doppelte Remonstrationspflicht“. Er muss seine Bedenken seinem unmittelbaren Vorgesetzten und – wenn dieser die Weisung aufrecht erhält – auch dem nächsthöheren Vorgesetzten darlegen (§ 63 Abs. 2 S. 1, 2 BBG, § 36 Abs. 2 S. 1, 2 BeamStG). Wird die Weisung durch letzteren bestätigt, hat der Dezernent diese zu befolgen. Dies gilt nur dann nicht, wenn er sich hierdurch strafbar machen, ordnungswidrig handeln oder sich die Würde des Menschen verletzend verhalten würde (§ 63 Abs. 2 S. 3, 4 BBG, § 36 Abs. 2 S. 3, 4 BeamStG).³¹

Da die Weisung nur behördenintern wirkt, kann sie nicht gerichtlich überprüft werden. Der Rechtsweg nach den §§ 23 ff. EGGVG ist nicht eröffnet.³² Der Staatsanwalt kann auch keine Entscheidung des Dienstgerichts gemäß § 26 Abs. 3 DRiG herbeiführen. Denn ein solcher Antrag ist nur zulässig, wenn der Antragsteller behauptet, in seiner richterlichen Unabhängigkeit verletzt zu sein.³³ Diese steht dem Staatsanwalt aber gerade nicht zu. Für eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 DRiG ist kein Raum.³⁴

Verwirklicht der Angewiesene eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit oder verletzt er die Menschenwürde, wenn

²⁸ Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 36; a.A. Kissel/Mayer (Fn. 13), § 146 Rn. 8.

²⁹ Beulke (Fn. 3), Rn. 82; Mayer (Fn. 10), § 146 Rn. 10; Kretschmer, Jura 2004, 452 (458); Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 7), § 146 GVG Rn. 8; Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 10.

³⁰ Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 35; Kühne (Fn. 9), Rn. 140; Mayer (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 12; Peters (Fn. 9), S. 165; Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 20.

³¹ Dünnebier, JZ 1961, 312 (314 f.); Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 33; Heghmanns (Fn. 15), Rn. 29; Kindhäuser (Fn. 3), § 5 Rn. 15; Kintzi (Fn. 13), S. 910; ders., DRiZ 1987, 457 (462); Kretschmer, Jura 2004, 452 (457 f.); Mayer (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 11; Roxin, DRiZ 1997, 109 (118); Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 19.

³² BGHZ 42, 163 (170); Kissel/Mayer (Fn. 13), § 146 Rn. 9; Mayer (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 12; Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 20.

³³ Staats, Kommentar zum Deutschen Richtergesetz, 2012, § 26 Rn. 22.

³⁴ Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 35; Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 20.

er die Weisung befolgt, so macht er sich strafbar (§ 63 Abs. 2 S. 4 BBG, § 36 Abs. 2 S. 4 BeamStG). Dies führt zu einer misslichen Situation, wenn der Staatsanwalt von der Rechtswidrigkeit einer Weisung überzeugt ist, seine Vorgesetzten diese Überzeugung aber nicht teilen. Der Beamte muss sich dann entscheiden: Er muss entweder der Weisung folgen und damit das Risiko eingehen, eine Straftat zu begehen, oder die Ausführung verweigern und sich der Gefahr eines Disziplinarverfahrens aussetzen.³⁵

Lösen lässt sich dieses Dilemma, indem man dem betroffenen Staatsanwalt das Recht zubilligt, die Befolgung der Weisung zu verweigern, wenn seine Bedenken ernsthaft und vertretbar sind. Der Vorgesetzte soll dann von seinem aus § 145 GVG folgenden Devolutions- und Substitutionsrecht Gebrauch machen und die Amtsverrichtung selbst übernehmen oder einen anderen Beamten mit deren Ausführung beauftragen.³⁶

Ist der Angewiesene aber lediglich unentschieden, wie ein Sachverhalt zu werten ist, oder hält er die von ihm geforderte Vorgehensweise, neben der von ihm bevorzugten, ebenfalls für vertretbar, so hat er der ihm erteilten Weisung nachzukommen.³⁷

III. Grenzen des Weisungsrechts

Aus der Bindung der Staatsanwaltschaft an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) folgt eine Begrenzung des Weisungsrechts.³⁸ Lässt sich ein hinreichender Tatverdacht unter keinem denkbaren Gesichtspunkt bejahen, so kann der Staatsanwalt nicht angewiesen werden, gleichwohl Anklage zu erheben.³⁹ Wenn das Gesetz eine bestimmte Maßnahme verlangt und keine Entscheidungsfreiheit lässt, so ist eine hiervon abweichende Weisung unzulässig. Möglich ist eine solche nur, wenn Ermessen ausgeübt werden kann oder bei der Gesetzesanwendung in Zweifels- oder Auslegungsfragen ein rechtlicher Spielraum verbleibt.⁴⁰

Nicht gestützt werden darf eine Weisung auf „justizfremde Erwägungen“. Eine Verfahrenseinstellung nur deshalb anzuweisen, um öffentliches Aufsehen aus Gründen politischer Rücksichtnahme zu vermeiden, wäre unzulässig. Umgekehrt darf eine Anklageerhebung nicht einzig zu dem Zwe-

³⁵ BGHZ 42, 163 (170); Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 33; Kintzi (Fn. 13), S. 911; ders., DRiZ 1987, 457 (462); Kissel/Mayer (Fn. 13), § 146 Rn. 4; Roxin, DRiZ 1997, 109 (118); Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 19; a.A. Beulke (Fn. 3), Rn. 85.

³⁶ Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 34; Heghmanns (Fn. 15), Rn. 29; Geerds (Fn. 19), S. 312 f.; Roxin, DRiZ 1997, 109 (118); Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 20.

³⁷ Heghmanns (Fn. 15), Rn. 27.

³⁸ BGHSt 15, 155 (161); Arndt, NJW 1961, 1615 (1616); Hund, ZRP 1994, 470 (472); Kill, DRiZ 1963, 391 (393); Kretschmer, Jura 2004, 452 (457); Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145 (148); Roxin, DRiZ 1997, 109 (118); Schairer, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 739 (746 f.); Theisen (Fn. 25), S. 1174.

³⁹ Lüttger, GA 1957, 193 (217).

⁴⁰ Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 7), § 146 GVG Rn. 3.

cke angeordnet werden, einen politischen Gegner bloßzustellen.⁴¹

Besonders gestritten wird über die Frage, ob dem staatsanwaltschaftlichen Sitzungsvertreter für seine Ausführungen und Anträge in der Hauptverhandlung Weisungen erteilt werden dürfen. Als das GVG geschaffen wurde, fand sich eine entsprechende Bestimmung im Gesetzesentwurf. Dieser wurde jedoch gestrichen, nachdem Regierungsvertreter widersprachen.⁴² Gleichwohl wurde im älteren Schrifttum verbreitet die Auffassung vertreten, der Staatsanwalt handle in der Hauptverhandlung frei von Weisungen.⁴³ Andere Auffassungen differenzieren und halten Weisungen nur zu Rechtsfragen für zulässig, wohingegen zu Tatfragen grundsätzlich keine Weisungen erfolgen dürfen oder nur dann, wenn der Anweisende an der Beweisaufnahme persönlich teilgenommen habe.⁴⁴

Bei mehreren Gesetzgebungsvorhaben hat der Gesetzgeber keinerlei Einschränkung des Weisungsrechts gegenüber dem Sitzungsvertreter in den Gesetzestext aufgenommen. Demnach kann auch dieser angewiesen werden. Richtig ist lediglich, dass der Sitzungsvertreter Weisungen zu Tat- und Straffragen, welche ihm im Voraus erteilt wurden, nicht ohne Rücksicht auf die Hauptverhandlung folgen muss.⁴⁵ Verbindlich sind solche Weisungen nur insoweit, als sich in der Hauptverhandlung keine wesentlichen Änderungen hinsichtlich des Sachverhalts zu dem ergaben, von dem der Anweisende ausging.⁴⁶

Referendaren ermöglicht § 142 Abs. 3 GVG, sie selbstständig die Tätigkeit eines Amtsanwaltes – unter Aufsicht auch die Aufgabe eines Staatsanwaltes – ausüben zu lassen. Oftmals wird der Referendar mit der Frage konfrontiert sein, ob eine Einstellung des Verfahrens gemäß den §§ 153 ff. StPO in Betracht kommt.

Insbesondere zu Anfang der Station bei der Staatsanwaltschaft wird der Ausbilder den Referendar angewiesen haben, eine solche Zustimmung nur nach Rücksprache mit dem Ausbilder, einem von diesem benannten Vertreter oder dem Anklageverfasser zu erteilen. Es ist ohnehin anzuraten, bereits im Vorhinein mit dem Ausbilder die Frage zu erörtern, welche Bedingungen gegeben sein müssen, damit das öffentliche

Interesse an der Strafverfolgung entfällt. War dies nicht (ausreichend) geschehen, so ist der Ausbilder (telefonisch) zu kontaktieren und mündlich über die (neu eingetretenen) Umstände zu informieren, damit dieser beurteilen kann, ob das Strafverfolgungsinteresse nunmehr anders zu bewerten ist, als dies bei Anklageerhebung geschah. Sind weder der Ausbilder noch der benannte Vertreter für den Referendar erreichbar, so ist letzterem dringend zu empfehlen, keine Zustimmung zur Verfahrenseinstellung abzugeben.⁴⁷

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Zustimmung des Referendars zur Verfahrenseinstellung zwar auch dann prozessual wirksam, wenn sie ohne Einverständnis des Ausbilders abgegeben wurde.⁴⁸ Erklärt der Ausbilder aber ausdrücklich, dass eine Einstellung des Verfahrens nach seiner Ansicht nicht in Betracht kommt, so hat der Referendar zu prüfen, ob er sich der Ansicht des Ausbilders anschließen kann. Ist ihm das nicht möglich, so hat er dies zu erklären. In diesem Fall ist es am Ausbilder, die sachnähere Einschätzung des Referendars zu akzeptieren oder die Übertragung der staatsanwaltschaftlichen Aufgaben auf den Referendar zu widerrufen. Während innerdienstliche Einschränkungen – wie erwähnt – nach außen hin keine Wirkung entfalten, hat der Widerruf der Übertragung zur Folge, dass hiernach erfolgende Prozesshandlungen des Referendars unwirksam sind.⁴⁹ Der Ausbilder hat die Sitzungsvertretung dann selbst zu übernehmen und sich ein eigenes Bild von der Sachlage in der Hauptverhandlung zu verschaffen.

Den Ausbilder weisungswidrig nicht zu kontaktieren, gar die Einwände des Ausbilders gegen eine Einstellung zu ignorieren und sich darüber hinweg zu setzen, ohne zu offenbaren, dass man der Ansicht des Ausbilders nicht zu folgen mag, würde zumindest ein Dienstvergehen des Referendars darstellen. Darüber hinaus käme eine Verfolgung wegen Strafvereitelung im Amt gemäß § 258a StGB in Betracht.

IV. Kritik am Weisungsrecht

Das Weisungsrecht ist vielfältiger Kritik ausgesetzt. Dies gilt insbesondere für externe Weisungen im Einzelfall. Hier könne die Gefahr oder auch nur der Anschein der sachwidrigen Einflussnahme durch den Justizminister entstehen. Eine solche sei nicht nur mit dem Aufgaben- und Tätigkeitsbereich der Staatsanwälte – welcher der richterlichen entspreche – und damit der Verfassung unvereinbar.⁵⁰ Allein der böse Schein beschädige schon das Ansehen von Staatsanwaltschaft und Justiz und laufe darüber hinaus den Interessen der politisch Verantwortlichen zuwider.⁵¹ Weiter wurde eingewandt,

⁴¹ *Dünnebier*, JZ 1958, 417 (420 f.); *Franke* (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 18 ff.; *Mayer* (Fn. 10), § 146 GVG Rn. 5; *Wohlers* (Fn. 13), S. 745.

⁴² *Arndt*, NJW 1961, 1615 (1616); *Dünnebier*, JZ 1958, 417 (418); *Kill*, DRiZ 1963, 391 (393); *Kintzi* (Fn. 13), S. 912.

⁴³ *Bader*, NJW 1949, 737 (739); *ders.*, JZ 1956, 4 (6); *Kohlhaas*, DRiZ 1965, 294 (295); *Roxin*, DRiZ 1969, 385 (386); *E. Schmidt*, MDR 1951, 1 (4).

⁴⁴ *Geerds* (Fn. 19), S. 304; *Markwardt* (Fn. 13), S. 97; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 7), § 146 GVG Rn. 4; *Odersky*, in: Lang (Hrsg.), Festschrift für Karl Bengl, 1984, S. 57 (82); krit. *Kintzi* (Fn. 13), S. 912.

⁴⁵ *Franke* (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 30; *Kissel/Mayer* (Fn. 13), § 146 Rn. 6.

⁴⁶ *Dünnebier*, JZ 1958, 417 (421); *Kern*, DRiZ 1951, 119 (122); *Kill*, DRiZ 1963, 391 (393); *Krey/Pföhler*, NStZ 1985, 145 (152); *Roxin*, DRiZ 1997, 109 (119).

⁴⁷ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 7), § 142 GVG Rn. 16; *Reinhard*, JuS 2002, 169 (172); a.A. *Terbach*, NStZ 1998, 172 (175).

⁴⁸ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 7), § 142 GVG Rn. 12.

⁴⁹ *Katholnigg*, Strafgerichtsverfassungsrecht, Kommentar, 3. Aufl. 1999, § 142 Rn. 5; *Kissel/Mayer* (Fn. 13), § 142 Rn. 16.

⁵⁰ *Görcke*, ZStW 73 (1961), 561 (606); *ders.*, DRiZ 1964, 50; *Wagner*, NJW 1963, 8; dagegen zu Recht *Kintzi* (Fn. 13), S. 909 f.; *Schairer* (Fn. 38), S. 739 ff.

⁵¹ *Frank*, ZRP 2010, 147 (148); *Maier*, ZRP 2003, 387 (389).

dass der – auch durch den Staatsanwalt durchzuführende – Akt der Rechtsfindung einer Vertretung nicht zugänglich sei. Lediglich eine argumentative Beratung sei möglich, jedoch keine die eigene Überzeugung ausschließende Weisung.⁵²

Hieraus folgten Rufe nach dem „unabhängigen Staatsanwalt“, welcher – ähnlich einem Richter – von jeglichen oder jedenfalls von externen Weisungen freigestellt sein soll.⁵³ In den 70er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts wurde die Frage von den Justizverwaltungen vielfach diskutiert. Doch war man bereits anfänglich der Auffassung, dass auf die Weisungsbefugnis der Vorgesetzten nicht völlig verzichtet werden könne.⁵⁴ Allerdings wurden verbreitet Forderungen erhoben, die Weisungen transparenter zu gestalten. So äußerte etwa der damalige Generalbundesanwalt Martin⁵⁵ die Ansicht, Weisungen seien schriftlich zu erteilen, was sich so später auch in einem Gesetzesentwurf wiederfand.⁵⁶

Auch wenn der vorgenannte Gesetzesentwurf – nicht zuletzt aufgrund gegensätzlicher Vorstellungen der beteiligten Berufsverbände⁵⁷ – nicht umgesetzt wurde und die Justizministerkonferenz eine Wiederaufnahme der Arbeiten hieran ablehnte,⁵⁸ wurden Forderungen nach einer Reform des Dienst- und Organisationsrechts der Staatsanwaltschaft immer wieder erhoben.⁵⁹ Sogar die Forderung nach der Abschaffung des Weisungsrechts hat in neuerer Zeit eine Renaissance erlebt.⁶⁰

Dass die parlamentarische Kontrolle der Staatsanwaltschaft unter Einschaltung des für die Justiz zuständigen Ressortministers ausgeübt wird, entspricht nicht nur der überwiegenden Praxis in allen Rechtskreisen. Es ist auch zweckmäßig.⁶¹ Denn die Ministerialverwaltung kann aufgrund ihres

Mitarbeiterstabes eine effektive Kontrolle gewährleisten, was bei einer direkten Kontrolle der Staatsanwaltschaften durch (einen Teil der) Parlamentarier selbst so nicht möglich wäre. Nicht zuletzt auch deshalb, weil die Ministerialbeamten „vom Fach“ sind.

Das externe Weisungsrecht ist dann die notwendige Folge dessen, dass der Justizminister seinerseits dem Parlament für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft verantwortlich ist.⁶² Dieser hat letztlich in der Öffentlichkeit für das Verhalten der ihm unterstellten Staatsanwaltschaften einzustehen. Sein politisches Überleben kann hiervon abhängen.

Soweit die Gefahr politischer Einflussnahme durch Weisungen gesehen wird, ist auch nicht anzunehmen, dass diese Gefahr geringer wäre, wenn die Staatsanwaltschaften direkt durch die Parlamente kontrolliert würden. Im Gegenteil bestünde dann umso mehr das Risiko, dass in den – notwendigerweise jedenfalls teilweise geheim tagenden – Kontrollausschüssen Entscheidungen nach politischer Wetterlage getroffen würden.

Das externe Weisungsrecht gar ganz abzuschaffen würde bedeuten, dass der einzelne Generalstaatsanwalt die Macht hätte, letztverbindliche Entscheidungen zu treffen, jedoch ohne einem Parlament verantwortlich zu sein, von einem Vorgesetzten korrigiert oder von einem Kollegium überstimmt werden zu können. Nicht nur, dass so viel Macht in der Hand eines Einzelnen unserer Verfassung fremd ist. Hiermit würde ein ministerial- und regierungsfreier Raum geschaffen, der jeglicher parlamentarischen Kontrolle entzogen wäre. Das ist mit dem Grundgesetz schlicht nicht zu vereinbaren.⁶³

Schließlich ist ein gänzlich unabhängiger, weisungsfreier Staatsanwalt mit der hierarchisch-monokratischen Behördenstruktur unvereinbar. Gäbe es ihn, würde die Behörde Staatsanwaltschaft in die einzelnen Staatsanwälte zerfallen. Jeder könnte für sich Entscheidungen treffen, ohne dem bei Richtern vorhandenen Korrektiv von Spruchkörpern und Rechtsmittelinstanzen unterworfen zu sein.⁶⁴

Den erwähnten Bedenken lässt sich nur dadurch sinnvoll begegnen, dass die Einhaltung der Grenzen des Weisungsrechts in der Praxis effektiv gewährleistet wird, etwa indem die Schriftform sowie ein Begründungszwang für Weisungen gesetzlich vorgeschrieben⁶⁵ und ein Verfahren zur zügigen und verbindlichen Klärung der Rechtmäßigkeit einer Wei-

⁵² Roxin, DRiZ 1969, 385 (386).

⁵³ So etwa Hoberg, DRiZ 1953, 136 (137 ff.); Roxin, DRiZ 1969, 385 (387).

⁵⁴ Zusammenstellung der von dem Unterausschuss der Justizministerkonferenz „Organisation der Staatsanwaltschaft“ erarbeiteten Thesen (Stand: 31.3.1971), zitiert nach Schubert, Staatsanwaltschaftsrecht (1934-1982), 2013, S. 154.

⁵⁵ Niederschrift über die Tagung der Generalstaatsanwälte in Saarbrücken vom 19.-22.5.1970 (Praxis des französischen Staatsanwaltschaftsrechts – Stellungnahme der Generalstaatsanwälte zum Weisungsrecht), zitiert nach Schubert (Fn. 54), S. 178.

⁵⁶ Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Staatsanwaltschaft (StAÄG) – 2.12.1976, zitiert nach Schubert (Fn. 54), S. 244 f.

⁵⁷ Vermerk des BMJ nach einem Gespräch des Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes mit dem Bundesminister der Justiz vom 29.10.1982, zitiert nach Schubert (Fn. 54), S. 408.

⁵⁸ Schubert (Fn. 54), S. LIV f.

⁵⁹ Schubert (Fn. 54), S. LXXVI; siehe etwa im Internet unter http://www.drj.de/cms/fileadmin/docs/141120_BVV_GE_G_VGAEndG_Weisungsrecht_Stand_November_2014.pdf (12.11.2015).

⁶⁰ Frank, ZRP 2010, 147; Rautenberg, GA 2006, 356 (358 ff).

⁶¹ So zurecht schon I. Bericht des Unterausschusses der Justizministerkonferenz – Organisation der Staatsanwaltschaft – vom 30.4.1971 zur Neufassung des Zehnten Teils des Gerichtsverfassungsgesetzes und dessen Überweisung an das

Bundesministerium der Justiz durch die Justizministerkonferenz (15.6.1971), zitiert nach Schubert (Fn. 54), S. 198.

⁶² Kretschmer, Jura 2004, 452 (458); Markwardt (Fn. 13), S. 98 f.; Roxin, DRiZ 1997, 109 (119); Wohlers (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 4.

⁶³ Hund, ZRP 1994, 470 (471 f.); Sarstedt, NJW 1964, 1752 (1755); Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Staatsanwaltschaft (StAÄG) – 2.12.1976, zitiert nach Schubert (Fn. 54), S. 262 f.

⁶⁴ Franke (Fn. 3), § 146 GVG Rn. 9; Roxin, DRiZ 1997, 109 (118); Wohlers (Fn. 13), S. 742.

⁶⁵ Markwardt (Fn. 13), S. 102; Rautenberg, GA 2006, 356 (357); Kintzi (Fn. 13), S. 912 f.; Kunert (Fn. 24), S. 925; Maier, ZRP 2003, 387 (391); Wohlers (Fn. 13), S. 747.

sung geschaffen werden.⁶⁶ Bedacht werden muss bei alledem: Der Missbrauch des Weisungsrechts ist keine einladende Option. Denn der Missbrauchende muss stets eine eigene Verfolgung wegen Strafvereitelung oder Verfolgung Unschuldiger fürchten.⁶⁷

⁶⁶ *Markwardt* (Fn. 13), S. 102 f.; *Wohlers* (Fn. 11), § 146 GVG Rn. 28; *ders.* (Fn. 13), S. 746 f.

⁶⁷ *Hund*, ZRP 1994, 470 (473); *Markwardt* (Fn. 13), S. 101.