

# Der politische Staatsanwalt?

## Problempunkte und Lehren aus dem Fall netzpolitik.org unter Berücksichtigung der jüngsten Reformvorschläge des Deutschen Richterbundes sowie europäischer Sichtweisen

Von Wiss. Mitarbeiter RA **Christian Trentmann**, Tübingen\*

*v. Liszt bezeichnete die deutsche Staatsanwaltschaft einst als „objektivste Behörde der Welt“. Doch nicht etwa positiv war diese Bezeichnung gemeint. Vielmehr benutzte v. Liszt sie, um die damalige starke Einflussnahme der Regierung auf die Strafverfolgung anzuprangern und damit zugleich die (scheinbare) Inkonsistenz des Rechts der Staatsanwaltschaft zu kritisieren, genauer: die formell gesetzliche Zerrissenheit der Staatsanwaltschaft zwischen hierarchisch-exekutivistischer Abhängigkeit und materiell-justizieller Unabhängigkeit. Der aktuelle Fall netzpolitik.org hat nun, mehr als 100 Jahre nach v. Liszts Kritik, erneut Anlass gegeben, über die seit jener Zeit unveränderte Gesetzeslage nachzudenken. Der vorliegende Beitrag analysiert insofern grundlegende und spezifische Problempunkte und bereitet sie de lege ferenda auf, dies unter Einbeziehung des jüngsten Reformentwurfspakets des Deutschen Richterbundes (DRB) vom September 2015 sowie aktueller europäischer Entwicklungen und Tendenzen zur Harmonisierung der Strafverfolgung und deren Unabhängigkeit von politischem Einfluss.*

### I. Einleitung

#### 1. Problemaufriss

Die Staatsanwaltschaft ist in Deutschland bekanntermaßen die „Herrin des Ermittlungsverfahrens“. Sie hält das Ermittlungs- und Anklagemonopol, d.h., jede gerichtliche Befassung mit einer Strafsache ist bedingt und begrenzt durch die Anklage der Staatsanwaltschaft (§ 151 StPO). Diese Rolle der Staatsanwaltschaft ist so alt wie sie selbst. Bis heute lebt darin die Abkehr vom einspurigen, richterherrlichen Inquisitionsprozess durch die umfassenden strafprozessualen Reformen des 19. Jahrhunderts.<sup>1</sup> Gleichfalls bis heute haftet der Staatsanwaltschaft aber das Stigma an, nicht nur „Kind der Revolution“<sup>2</sup> und „Wächter des Rechtsstaats“<sup>3</sup> zu sein, son-

dern auch politisches „Organ der Staatsregierung“<sup>4</sup>, d.h. Implikationsinstrument staatlicher Macht- und Rechtspolitik. Diese Problematik hat nun jüngst der Fall netzpolitik.org wieder vor Augen geführt.

#### 2. Der Fall netzpolitik.org

Zur Erinnerung: Im Frühjahr 2015 veröffentlichte das Internetblog netzpolitik.org um die Journalisten Beckedahl und Meister Zitate aus internen Dokumenten des Bundesamts für Verfassungsschutz (BfV). Dessen Präsident Maaßen erstattete daraufhin zwei Strafanzeigen. Im Raum stand wegen der potentiell besonderen Vertraulichkeit der veröffentlichten Dokumente auch Landesverrat (§ 94 StGB). Die hierfür zuständige Generalbundesanwaltschaft<sup>5</sup> leitete entsprechend pflichtgemäß ein Ermittlungsverfahren gegen die Netzpolitik-Journalisten sowie gegen unbekannt ein und Generalbundesanwalt Range berichtete – in Anbetracht der grundrechtlichen Sensibilität solcher Ermittlungsverfahren gegen Journalisten und ihre Informanten – an Bundesjustizminister Maas. Dieser und sein Ministerium betrachteten die bundesanwaltschaftlich aufgenommenen Ermittlungen insgesamt äußerst kritisch und den Vorwurf des Landesverrats als fernliegend;<sup>6</sup> insbesondere äußerte man Zweifel an der Einschätzung des BfV, dass es sich bei den veröffentlichten Dokumenten um „Staatsgeheimnisse“ i.S.d. Legaldefinition des § 93 StGB handele.<sup>7</sup> Maas kündigte insofern ein eigenes Gutachten seines Ministeriums an. Range erachtete überdies ein externes Gutachten für geboten. In den folgenden Tagen ließ der von Range beauftragte externe Sachverständige durchblicken, dass auch er zumindest eines der veröffentlichten Dokumente als Staatsgeheimnis einordnen würde. Sodann, Anfang August, machte der Generalbundesanwalt Folgendes öffentlich: Das Bundesjustizministerium habe ihm „die Weisung erteilt, das Gutachten sofort zu stoppen und den Gutachtenauftrag zu-

---

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter Prof. Dr. Jörg Eiseles am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen, zugleich ist er als Rechtsanwalt zugelassen.

<sup>1</sup> Eingehend etwa E. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 1, 2. Aufl. 1964, Nr. 92 ff.; Carsten/Rautenberg, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 3. Aufl. 2015, S. 54 ff.; Collin, „Wächter der Gesetze“ oder „Organ der Staatsregierung“?, 2000, S. 41 ff.

<sup>2</sup> Günther, Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution, 1973.

<sup>3</sup> BVerfGE 133, 168 (220); siehe ferner schon v. Savigny/Uhden, Promemoria über die Einführung der Staatsanwaltschaft im Kriminal-Prozesse vom 23. März 1846, abgedruckt bei Otto, Die Preußische Staatsanwaltschaft, 1899, S. 40 ff.; überdies z.B. Frantz, Der preußische Strafprozeß, 1852, S. 16; Hartmann, Die Verordnung vom 3. Januar 1849, 1852, S. 11 f.; Stemann, Darstellung des

---

preußischen Strafverfahrens, 1858, S. 38; vgl. auch Hagens, Das neue preußische Strafverfahren, 1849, S. 65 f.

<sup>4</sup> Collin (Fn. 1), insb. S. 405; vgl. auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1.

<sup>5</sup> § 142a Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 3 GVG.

<sup>6</sup> Anmerkung: Die Netzpolitik-Journalisten Beckedahl und Meister sollten in den Folgetagen gerade aufgrund ihres Engagements für ein offenes Netz und die digitalen Rechte der Bürger durch Bundespräsident Gauck ausgezeichnet werden.

<sup>7</sup> Das BfV hatte in einer zehnteiligen Stellungnahme die Staatsgeheimniseigenschaft der Dokumente ausdrücklich bejaht; es handele sich „[n]ach hiesiger Ansicht [um ein] Staatsgeheimnis im Sinne der Paragraphen 93 ff.“, so der Wortlaut der Stellungnahme (zitiert nach Leyendecker/Mascolo, Süddeutsche Zeitung v. 4.8.2015, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/unfreiwillig-komisch-her-mueller-vom-verfassungsschutz-1.2595802> [15.1.2016]).

rückzuziehen.“<sup>8</sup> Ferner habe ihm Justizstaatssekretärin Hubig fernmündlich mitgeteilt, falls er sich weigere, würde ihn das „seinen Job kosten“.<sup>9</sup> Aufgrund dieser Ereignisse habe er sich, so Range, „[m]it Blick auf die im Raum stehenden Vorwürfe gehalten gesehen, die Öffentlichkeit hierüber zu informieren“,<sup>10</sup> auch um eine „zweite Spiegel-Affäre“<sup>11</sup> zu vermeiden und sich selbst „nicht strafbar zu machen“.<sup>12</sup> Die ministerielle Weisung, auf das externe Gutachten, das nahezu fertig war, zu verzichten, sei einem „rechtlich zweifelhaften Austausch von Beweismitteln gleichgekommen“.<sup>13</sup> „Auf Ermittlungen Einfluss zu nehmen, weil deren mögliches Ergebnis politisch nicht opportun erscheint“, so der Generalbundesanwalt, „ist ein unerträglicher Eingriff in die Unabhängigkeit der Justiz“.<sup>14</sup> Die Folgen dieser medienöffentlichen Kritik Ranges an Bundesjustizminister Maas und seinem Ministerium sind hinlänglich bekannt: Maas ließ Range in den Ruhestand entlassen und die Ermittlungen der Generalbundesanwaltschaft im Fall netzpolitik.org sind heute eingestellt.<sup>15</sup> Allerdings bestreitet Maas (wie auch Hubig), dem Generalbundesanwalt eine „Weisung“ erteilt und eine Drohung ausgesprochen zu haben; der Gutachtenstopp und die Verfahrenseinstellung seien vielmehr mit Range ein paar Tage vor den Ereignissen „gemeinsam verabredet“ gewesen.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> Zitiert nach R. Müller, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 4.8.2015, abrufbar unter:

<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/generalbundesanwalt-range-wehrt-sich-gegen-einflussnahme-13733596.html> (15.1.2016).

<sup>9</sup> Zitiert nach Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.8.2015, abrufbar unter:

<http://www.faz.net/agenturmeldungen/dpa/blogger-afaere-neu-er-schlagabtausch-zwischen-maas-und-range-13757800.html> (15.1.2016).

<sup>10</sup> Zitiert nach Bannas, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 4.8.2015, abrufbar unter:

<http://www.faz.net/aktuell/politik/justizminister-maas-entzieht-generalbundesanwalt-range-das-vertrauen-13734400.html> (15.1.2016).

<sup>11</sup> Zur damaligen „Spiegel-Affäre“ (1962) jüngst etwa Hoffmann-Riem, ZRP 2012, 225.

<sup>12</sup> Zitiert nach R. Müller, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 6.8.2015, abrufbar unter:

<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/harald-range-ich-wollte-nicht-wie-ein-gepruegelter-hund-vom-hof-schleichen-13737742.html> (15.1.2016).

<sup>13</sup> Zitiert nach R. Müller, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 6.8.2015, siehe Fn. 12.

<sup>14</sup> Zitiert nach R. Müller, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 4.8.2015, siehe Fn. 8.

<sup>15</sup> Siehe Generalbundesanwaltschaft, Pressemitteilung 31/2015 v. 10.8.2015, abrufbar unter:

[https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?news\\_id=561](https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?news_id=561) (15.1.2016).

<sup>16</sup> Zitiert nach BMJV, Pressemitteilung v. 4.8.2015, abrufbar unter:

## II. Problempunkte

### 1. Grundproblem: Weisungsgebundenheit vs. Unabhängigkeit der Strafverfolgung

#### a) Formal absolute Weisungsgebundenheit nach GVG

Gemäß § 146 GVG haben „die Beamten der Staatsanwaltschaft [...] den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen“. Diese gesetzliche Weisungsgebundenheit reicht bis an die Spitze der bundes- bzw. landesbehördlichen staatsanwaltschaftlichen „Weisungspyramide“.<sup>17</sup> So steht gem. § 147 GVG das „Recht der Aufsicht und Leitung“ nicht nur „den ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten“<sup>18</sup> und den Landgerichten<sup>19</sup> hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks“ zu (§ 147 Nr. 3 GVG), sondern auch „der Landesjustizverwaltung“<sup>20</sup> hinsichtlich aller staatsanwaltschaftlichen Beamten des betreffenden Landes“ (§ 147 Nr. 2 GVG) und „dem Bundesminister der Justiz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte“ (§ 147 Nr. 1 GVG).<sup>21</sup> Letztere Weisungsmöglichkeiten der Nrn. 1 und 2 werden bekanntermaßen als ministerielles bzw. externes Weisungsrecht bezeichnet. Dieses externe Weisungsrecht ist, wie auch das interne Weisungsrecht der Nr. 3, nach dem Wortlaut des GVG – formal – schlicht und absolut. Insoweit scheint das Gesetz auch die Möglichkeit solcher externer Weisungen zu eröffnen, die die staatsanwaltschaftliche Strafverfolgung in Einzelfällen unter regierungspolitischen Opportunitätsgesichtspunkten lenken. Kurzum: Insoweit erscheint die Staatsanwaltschaft seit Inkrafttreten des GVG 1879<sup>22</sup>, in dem das Weisungsrecht bis heute prinzipiell unverändert ist,<sup>23</sup> als politisch-exekutivistisches „Organ der Staatsregierung“.<sup>24</sup>

#### b) Materielle Unabhängigkeit nach StPO

Das Weisungsrecht der §§ 146, 147 GVG findet jedoch seine inhaltliche Grenze darin, dass jeder Beamte gemäß Art. 20 Abs. 3 GG „an Gesetz und Recht gebunden“ ist und sich diese allgemeine verfassungsrechtliche Vorgabe im staatsanwaltschaftlichen Bereich durch die Prinzipien und Vorgaben

[http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/20150804\\_Generalbundesanwalt\\_Range.html?nn=1468684](http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/20150804_Generalbundesanwalt_Range.html?nn=1468684)

(15.1.2016); siehe ferner Bannas, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 4.8.2015, siehe Fn. 10; Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.8.2015, siehe Fn. 9.

<sup>17</sup> Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145; Herzog, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 75. Lfg., Stand: September 2015, Art. 65 Rn. 59; Busse, Bundesministertgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 15.

<sup>18</sup> Scil. Generalstaatsanwälte.

<sup>19</sup> Scil. Leitende Oberstaatsanwälte.

<sup>20</sup> Scil. insb. der jeweilige Landesjustizminister/-senator.

<sup>21</sup> Eingehend zum Ganzen etwa Krey/Pföhler, NStZ 1985, 145.

<sup>22</sup> Gerichtsverfassungsgesetz v. 27.1.1877 (RGBl. I 1877, S. 41), in Kraft getreten am 1.10.1879.

<sup>23</sup> Damals normiert in §§ 147, 148 GVG 1877.

<sup>24</sup> Zur Entstehung der (preußischen) Staatsanwaltschaft als „Organ der Staatsregierung“ Collin (Fn. 1), S. 118 ff., 404 ff.; vgl. auch Roxin/Schünemann (Fn. 4), § 9 Rn. 1.

der StPO konkretisiert.<sup>25</sup> In diesem Sinne dürfen Weisungen keinen anderen als strafprozessordnungsgemäßen, „justizmäßigen“ Einflüssen auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft über die Erhebung der Anklage“ etc. dienen (BVerfG<sup>26</sup>). Damit angesprochen sind vor allem zwei grundlegende Vorgaben der StPO: die Objektivitätsmaxime (vgl. § 160 Abs. 2 StPO) und das Legalitätsprinzip (vgl. § 152 Abs. 2 StPO). Diese Prinzipien prägen den Charakter der deutschen Strafverfolgung, indem sie die Rolle und Funktion der Behörde Staatsanwaltschaft seit ihrer Entstehung im 19. Jahrhundert inhaltlich ausformen.

Jene Entstehung der Staatsanwaltschaft stand im Kontext der Hochaufklärung und des Kampfes um liberale Rechtsstaatlichkeit und Gleichheit vor dem Gesetz. So war Folgendes ein basaler Zielgedanke: Sind die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Straftat, die „legalia“, verwirklicht, so sollte der Täter ohne Ansehen seiner Person bestraft, d.h. zwecks Durchsetzung der Straftatbestände, Wahrheitsaufklärung bei Verdachtslagen und Herstellung materieller Gerechtigkeit strafrechtlich verfolgt, angeklagt und verurteilt werden.<sup>27</sup> Dieser Gedanke gelangte in der RStPO von 1877<sup>28</sup> „zur ausdrücklichen [scil. gesetzlichen] Anerkennung“,<sup>29</sup> um das Misstrauen, das gegenüber der Regierungsbehörde Staatsanwaltschaft und ihrem Anklagemonopol bei gleichzeitiger weitreichender Weisungsgebundenheit geäußert wurde, zu zerstreuen. Die zunächst noch diskutierte Alternative des Opportunitätsprinzips war damit zugunsten des Legalitätsprinzips und einer streng objektiven Strafverfolgung verworfen. Fortan war die Staatsanwaltschaft nicht nur berechtigt, sondern grundsätzlich „verpflichtet“<sup>30</sup>, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten“ (§ 152 Abs. 2 RStPO 1877, heute ebenda) und dabei „nicht bloß die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung derjenigen Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen steht“ (§ 158 Abs. 2 RStPO 1877, heute § 160 Abs. 2 StPO).

### c) Gesetzlicher „böser Anschein“

Vor diesem Hintergrund von GVG und StPO entstand die heute allseits bekannte Bezeichnung der Staatsanwaltschaft als „objektivster Behörde der Welt“. Sie geht auf ein Plädoyer des Berliner Leitenden Oberstaatsanwalts und späteren preußischen Generalstaatsanwalts *Isenbiel*<sup>31</sup> in einem Sittlichkeitsprozess im Jahr 1900 zurück. *Friedlaender*, seinerzeit Gerichtsberichterstatte, zitiert die relevante Passage des

Plädoyers *Isenbiels* wie folgt:<sup>32</sup> „Die Staatsanwaltschaft sei die objektivste Behörde bis zur Erhebung der Anklage und prüfe das Für und Wider sehr sorgsam.“ Die heute bekannte Form der Bezeichnung „objektivste Behörde der Welt“ entstand sodann allerdings in der Fachliteratur durch *v. Liszt* 1901, der sie – anders als *Isenbiel* – in hochkritischem Kontext und geradezu sarkastisch verwendete:<sup>33</sup> „[D]ie Parteistellung der Staatsanwaltschaft ist [...] durch unsere Prozeßordnung besonders verdunkelt worden. Durch die Aufstellung des Legalitätsprinzips [...] könnte ein bloßer Civiljurist zu der Annahme verleitet werden, als wäre die Staatsanwaltschaft nicht Partei, sondern die objektivste Behörde der Welt. Ein Blick in das Gesetz reicht aber aus, um diese Entgleisung als solche zu erkennen. Es genügt der Hinweis auf § 147 GVG [heute § 146 GVG, der *Verf.*]“.

Diese scharfe Kritik *v. Liszts* ist nun freilich im Lichte vergangener Zeiten zu sehen, in der Staatsanwälte noch „teilweise geradezu als Büttel der Regierung“ betrachtet wurden, wie *Haft/Hilgendorf*<sup>34</sup> formulieren. Dass diese seinerzeitige Meinung über die Staatsanwaltschaft nicht ohne Hintergrund war, zeigt auch ein Blick in *Collins*<sup>35</sup> umfassende Recherchen in den preußischen Staatsarchiven zur Entstehung der Staatsanwaltschaft Mitte des 19. Jahrhunderts. Auf die heutigen Verhältnisse der staatsanwaltschaftlichen Strafverfolgung in der Bundesrepublik Deutschland ist jene Kritik *v. Liszts* prinzipiell nicht übertragbar. Vielmehr und zu recht wird heute die Formel von der „objektivsten Behörde der Welt“ eher im *Isenbielschen* Erstsinne positiv verwendet.<sup>36</sup> Und es wird (insbesondere aus den Reihen der Politik) bemerkt, dass das ministerielle Weisungsrecht des GVG in praxi nicht genutzt werde und die Politik sich aus der Strafverfolgungsarbeit heraushalte.<sup>37</sup>

Dass dies heute noch in Einzelfällen anders ist, lassen jedoch die aktuellen Vorwürfe Generalbundesanwalt Ranges im Fall netzpolitik.org nicht ohne Nachdruck vermuten. Dabei ist schon das bekanntermaßen in politisch und medial brisanten Fällen besonders ausgeprägte staatsanwaltschaftliche Berichtswesen – so auch Ranges Berichte nach Berlin im Rahmen der Ermittlungen um netzpolitik.org – ein Indiz.<sup>38</sup> Aber auch wenn es sich seitens Maas und Hubig um keine „Weisung“ und „Drohung“ im wörtlichen und juristisch-

<sup>25</sup> BVerfGE 9, 223 (228).

<sup>26</sup> BVerfGE 9, 223 (228).

<sup>27</sup> Siehe nur *E. Schmidt* (Fn. 1), Nr. 385 f.

<sup>28</sup> Strafprozessordnung des Deutschen Reiches v. 1.2.1877 (RGBl. I 1877, S. 253), in Kraft getreten am 1.10.1879.

<sup>29</sup> *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben v. 1.2.1877, Abt. 1, 1880, S. 147; eingehend dazu etwa *Detmar*, Legalität und Opportunität im Strafprozess, 2008, S. 89 ff., insb. S. 108.

<sup>30</sup> *Hervorhebung durch Verf.*

<sup>31</sup> Zur Personalie *Isenbiels* siehe DJZ 1910, 64.

<sup>32</sup> *Friedlaender*, Interessante Kriminal-Prozesse von kulturhistorischer Bedeutung, Darstellung merkwürdigster Strafrechtsfälle aus Gegenwart und Jüngstvergangenheit nach eigenen Erlebnissen, Bd. 2, 1911, S. 309, Passage im Original sogar hervorgehoben; vgl. auch *Roxin*, DRiZ 1997, 109 (113); ferner zur Entstehung der Formulierung insg. *Carsten/Rautenberg* (Fn. 1), S. 144 f.

<sup>33</sup> *v. Liszt*, DJV 1901, 179 (180).

<sup>34</sup> *Haft/Hilgendorf*, in: Ostendorf (Hrsg.), Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 1992, S. 279 (283).

<sup>35</sup> *Collin* (Fn. 1).

<sup>36</sup> Vgl. etwa *Roxin*, DRiZ 1997, 109 (113).

<sup>37</sup> Siehe zuletzt etwa BT-Drs. 18/832, S. 6; krit. *Rautenberg*, DRiZ 2014, 214 (217).

<sup>38</sup> Vgl. *Rautenberg*, DRiZ 2014, 214 (217).

technischen Sinne gehandelt haben sollte, so hat der Fall netzpolitik.org doch erneut offenbart, dass der schlichten Formulierung der §§ 146, 147 GVG die Missverständlichkeit eines absoluten, d.h. auch einzelfallbezogenen ministeriellen Weisungsrechts innewohnt. Zu dieser Missverständlichkeit trägt bei, dass die staatsanwaltschaftliche Strafverfolgungspflicht bzw. das Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO – seit 1877 unverändert – nicht streng und absolut, sondern bedingt formuliert ist mit den Worten: „soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist“.

Der Streit, ob durch diese Formulierung das Legalitätsprinzip vom Weisungsrecht der §§ 146, 147 GVG durchbrochen, gar ausgehebelt wird, dürfte heute freilich geklärt sein. Schon 1908 stellte v. Ullmann in seinem Gutachten für den 29. Deutschen Juristentag klar, „daß ungeachtet des Wortlauts des § 152 StPO der darin formulierte Grundsatz auch die der Staatsanwaltschaft vorgesetzte Justizverwaltungsbehörde bindet“.<sup>39</sup> In der bundesrepublikanischen Zeit betonte sodann etwa E. Schmidt<sup>40</sup> 1964 in seinem vielbeachteten Lehrkommentar mit Deutlichkeit, dass es „in der Tat das Ende des Rechtsstaats“ wäre, wenn zuträfe, dass § 152 Abs. 2 StPO nicht für das Ministerium gälte, weil der Wortlaut der Norm nur „die Staatsanwaltschaft“ erwähnt und deshalb – wie um 1900 selbst noch Persönlichkeiten wie Mittermaier<sup>41</sup> schlussfolgerten – das Ministerium nicht nur über der Staatsanwaltschaft, sondern auch „über dem Legalitätsprinzip“ stünde. Heute ist daher allgemein anerkannt, dass „die ministerielle Weisungsbefugnis [...] am Legalitätsprinzip ihre Grenze“ findet, wie Roxin/Schünemann<sup>42</sup> in der aktuellen Auflage ihres Lehrbuchs nur noch schlicht feststellen.

Der Fall netzpolitik.org hat trotz der skizzierten Rechtslage gezeigt, dass bereits der fortwährend vorhandene „böse Anschein“ der – vor allem aus Sicht der Öffentlichkeit – vermeintlichen gesetzlichen Möglichkeit einer aktuellpolitischen Beeinflussung der Strafverfolgung durch ministerielle Weisungen dem Vertrauen der Bürger in die Prinzipien der deutschen Strafverfolgung und damit in den deutschen Rechtsstaat an sich stark abträglich ist.<sup>43</sup>

### 2. Spezialproblem: Generalbundesanwalt als „politischer Beamter“

Jener gesetzliche „böse Anschein“ der politischen Einflussnahme auf die an sich objektive, legalitätsprinzipielle Strafverfolgung haftet ferner dem Generalbundesanwalt selbst an, genauer: dessen Amtsstatus'. Denn er ist sog. politischer Beamter, da er gem. § 54 Abs. 1 Nr. 5 BBG jederzeit und ohne nähere Begründung auf Veranlassung des Bundesjus-

tizministers in den vorzeitigen Ruhestand versetzt werden kann, wie im Fall netzpolitik.org geschehen. Dabei ist allerdings zu bemerken, dass in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland vor Range von neun Generalbundesanwälten nur zwei vorzeitig aus dem Amt entlassen wurden (Fränkel, 1962 entlassen wegen seiner NS-Vergangenheit, und v. Stahl, entlassen 1993 wegen seiner Informationspolitik im Rahmen des GSG-9-Einsatzes in Bad Kleinen). Nicht abwegig erscheint daher, wenn Rautenberg<sup>44</sup> das Amt des höchsten deutschen Strafverfolgers „unter Dauerverdacht“ der Öffentlichkeit sieht, die Interessen der Regierung so weit wie möglich zu berücksichtigen, um der Gefahr der Versetzung in den Ruhestand zu entgehen. Neben dem Fall netzpolitik.org dürften vor allem Fälle wie jüngst der NSA-Abhörskandal, in dem sich ein Tatverdacht „mit den Mitteln des Strafprozessrechts nicht gerichtsfest beweisen“ ließ, sodass das Verfahren von der Generalbundesanwaltschaft eingestellt wurde,<sup>45</sup> jenem „Dauerverdacht“ der Öffentlichkeit Vortrieb leisten. Vor diesem Hintergrund lässt sich mit den Worten des Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes (DRB) Frank<sup>46</sup> pointieren: „Wenn sich ein Staatsanwalt als weisungsabhängiger höherer Strafverfolgungsbeamter in ständiger Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung befinden muss und von dieser ohne Angabe von Gründen jederzeit entlassen werden kann, ist dies weder mit dem gesetzlichen Ermittlungsauftrag noch mit dem Leitbild einer rechtsstaatlichen Staatsanwaltschaft vereinbar.“

### 3. Spezialproblem: Keine Formvorgaben für Weisungen

Schließlich ist im Fall netzpolitik.org ein Weiteres auffällig geworden: Das Weisungsrecht unterliegt keinen Formvorschriften. In der Folge ist die Frage, ob bzw. inwieweit eine Weisung erteilt wurde, nicht selten großen Beweisschwierigkeiten ausgesetzt. So stehen sich bis heute die Behauptung Ranges („Weisung“, „Drohung“) und die Verwahrung hiergegen seitens Maas und Hubig („gemeinsam verabredet“) Aussage gegen Aussage gegenüber. Eine Prüfung strafrechtlicher Folgen – hier etwa Straftaten i.S.d. §§ 339, 258a, 357 StGB (Rechtsbeugung, Strafvereitelung im Amt, Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat)<sup>47</sup> – war entsprechend problematisch. Ähnliches galt, soweit disziplinarrechtliche

<sup>44</sup> Rautenberg, DRiZ 2014, 214 (216).

<sup>45</sup> Generalbundesanwaltschaft, Pressemitteilung 20/2015 v. 12.6.2015, abrufbar unter: <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themid=17&newsid=550> (15.1.2016).

<sup>46</sup> Zitiert nach DRB, Pressemitteilung 16/08 v. 3.11.2008, abrufbar unter: <http://www.drbr.de/cms/index.php?id=499&L=0%20%22%22%20%27> (15.1.2016).

<sup>47</sup> Zu den gegen Maas u.a. erstatteten Strafanzeigen siehe Die Zeit v. 5.8.2015, abrufbar unter:

<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-08/netzpolitik-affaere-heiko-maas-strafvereitelung> (15.1.2016); eingehend zu den Folgen rechtswidriger Weisungen Trentmann, JR 4/2016 (im Erscheinen).

<sup>39</sup> v. Ullmann, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des neunundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1908, S. 63 (72).

<sup>40</sup> E. Schmidt (Fn. 1), Nr. 395.

<sup>41</sup> Mittermaier, bei Aschrott, Die Reform des Strafprozesses, 1906, S. 154; zum seinerzeitigen Streit um die „Durchbrechung des Legalitätsprinzips“ durch das GVG eingehend Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 129 f. m.w.N.

<sup>42</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 4), § 9 Rn. 12; ebenso schon E. Schmidt (Fn. 1), Nr. 395 m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. für viele etwa Frank, ZRP 2010, 147.

Folgen zu prüfen waren.<sup>48</sup> Politische Folgen, d.h. die jederzeit mögliche schlichte Entlassung eines Justizministers (Art. 64 Abs. 1 GG, § 9 Abs. 2 BMinG) und/oder eines Staatssekretärs (§ 54 Abs. 1 Nr. 1 BBG, §§ 2, 4 S. 1 ParlStG), sind demgegenüber freilich nicht an strenge Beweisregeln gebunden.

### III. Lehren de lege ferenda

Im Fall netzpolitik.org hat sich allen voran der Verein der Bundesrichter und Bundesanwälte beim Bundesgerichtshof auf Seiten Generalbundesanwalt Ranges gestellt und das Bundesjustizministerium mit selten scharfen Worten kritisiert:<sup>49</sup> „Der Verein [...] betrachtet die politische Einflussnahme auf das laufende Ermittlungsverfahren des Generalbundesanwalts [...] mit großer Sorge. Er sieht darin schwerwiegende Gefahren für den Rechtsstaat. [...] Aufgrund der bislang vorliegenden Informationen ergeben sich [...] Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Behinderung der Ermittlungen des Generalbundesanwalts, die bis hin zu dessen Entlassung geführt hat. Es ist der Eindruck entstanden, dass in die laufenden prozessordnungsgemäßen Ermittlungen eingegriffen wurde, um ein bestimmtes – politisch gewolltes – Ergebnis zu erreichen, und zwar durch eine gezielte Steuerung der Beweisaufnahme. [...] Derartige Eingriffe bewirken – möglicherweise gewollt –, dass klärungsbedürftige Fragen, die immerhin die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betreffen, von der Rechtsprechung ferngehalten und damit den unabhängigen Gerichten entzogen werden. Dadurch wird nicht nur das Amt des Generalbundesanwalts, sondern auch der Rechtsstaat beschädigt. [...] Könnte die politisch-ministerielle Entscheidung beliebig darüber bestimmen, welche Straftaten zur Anklage vor die Strafgerichte gebracht werden und welche nicht, so wäre es um den Rechtsstaat geschehen, und unser Land würde sich jenen autoritären Systemen der Vergangenheit und Gegenwart nähern, mit denen es sich aus guten Gründen nicht vergleichen möchte.“

Ganz ähnlich dem Verein der Bundesrichter und Bundesanwälte beim Bundesgerichtshof verurteilte auch der Dachverband DRB das (mutmaßliche) Eingreifen des „politisch Verantwortlichen“: Durch diesen sei die Arbeit der Staatsanwaltschaft „öffentlich diskreditiert und das Vertrauen in eine objektive Strafverfolgung beschädigt“ worden, so DRB-Vorsitzender Frank.<sup>50</sup> Die Gesetzgeber in Bund und Ländern

<sup>48</sup> Anders als „normale“ Staatssekretäre i.S.v. § 54 Abs. 1 Nr. 1 BBG sind Parlamentarische Staatssekretäre und der Justizminister dem Disziplinarrecht entzogen (§ 7 S. 1 Hs. 1 ParlStG; § 8 BMinG).

<sup>49</sup> Pressemitteilung v. 5.8.2015, abrufbar unter: <https://www.ndr.de/info/programm/richterverein100.pdf> (15.1.2016); a.A. wohl allein Fischer, Pressemitteilung v. 10.8.2015, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-08/Verein-Bundesrichter-Austritt-10082015-neu.pdf> (15.1.2016).

<sup>50</sup> Zitiert nach DRB, Pressemitteilung 7/15 v. 4.8.2015, abrufbar unter: <http://www.drb.de/cms/index.php?id=917> (15.1.2016); siehe auch schon Frank, ZRP 2010, 147.

könnten sich der seitens des DRB seit Jahren geforderten Diskussion um eine Abschaffung des politischen Weisungsrechts „nun nicht mehr entziehen“.<sup>51</sup>

#### 1. Ausdrückliche Abschaffung des fallbezogenen externen Weisungsrechts

Das Legalitätsprinzip bedeutet seit seiner gesetzlichen Institutionalisierung in der (R)StPO 1877 „Verfolgungszwang gegen jeden Verdächtigen; es stellt insoweit [...] eine Aktualisierung des Willkürverbots als eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Grundgesetzes dar“, so das BVerfG<sup>52</sup>. Es verwirklicht – heute wie damals – die Grundsätze der Gleichheit vor dem Gesetz und der materiellen Gerechtigkeit durch Staatsanwaltschaft und Gericht im Rahmen des Möglichen.<sup>53</sup> Damit ist das Legalitätsprinzip eine der tragenden Komponenten des deutschen Rechtsstaats. Der BGH<sup>54</sup> formuliert sogar: „Ohne [es] wäre das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft unberechtigt.“

Vor diesem höchstrichterlich gefestigten Hintergrund besteht kein Zweifel, dass der deutsche Rechtsstaat an Legalitätsprinzip und Objektivitätsmaxime festhalten will. In der Folge erscheint geboten, die eben hiervon bestimmte Einzelfallarbeit des Staatsanwalts vom externen Weisungsrecht der §§ 146, 147 GVG Gesetzesausdrücklich auszunehmen. Sehr zu begrüßen ist insofern das jüngste Reformentwurfspaket des DRB vom September 2015, dessen § 147 Abs. 3 S. 1 GVG-E lautet:<sup>55</sup> „Die Dienstaufsicht der Justizverwaltungen

<sup>51</sup> Zur Diskussion aus Sicht des DRB zuletzt insb. *Rebehn*, DRiZ 2015, 286; *Titz*, DRiZ 2014, 402; *Rautenberg*, DRiZ 2014, 214; *Dette*, DRiZ 2014, 213; *Martens*, DRiZ 2014, 48; *Rebehn*, DRiZ 2013, 194; *Frank*, ZRP 2010, 147; zur Reformgeschichte insg. etwa *Mayer*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 146 GVG, Rn. 1 ff.

<sup>52</sup> BVerfG NSTz 1982, 430.

<sup>53</sup> *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, Kommentar, 58. Aufl. 2015, § 152 Rn. 2; *Eckl*, ZRP 1973, 139; zur Geltung des Legalitätsprinzip für Staatsanwaltschaft und Gericht BVerfGE 46, 214 (222).

<sup>54</sup> BGHSt 15, 155 (159).

<sup>55</sup> *DRB*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des 10. Titels des GVG (GVGÄndG), zur Änderung des Zweiten Buchs der StPO (StPOÄndG) und zur Änderung des 5. Abschnitts des BBG (BBGÄndG) vom September 2015, S. 4, abrufbar unter: [http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs\\_public/Positionen/151113\\_DRB-BuVo\\_GE\\_GVGAEndG\\_Weisungsrecht\\_Stand\\_September\\_2015.pdf](http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs_public/Positionen/151113_DRB-BuVo_GE_GVGAEndG_Weisungsrecht_Stand_September_2015.pdf) (15.1.2016);

insofern wortlautgleich *DRB*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des 10. Titels des GVG (GVGÄndG) und zur Änderung des Zweiten Buchs der StPO (StPOÄndG) vom November 2014, S. 4, abrufbar unter:

[http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs/141120\\_BVV\\_GE\\_GVGAEndG\\_Weisungsrecht\\_Stand\\_November\\_2014.pdf](http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs/141120_BVV_GE_GVGAEndG_Weisungsrecht_Stand_November_2014.pdf) (15.1.2016); ebenfalls insofern wortlautgleich schon *DRB*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des 10. Titels des GVG (GVGÄndG) vom Juni 2004, S. 4, abrufbar unter:

enthält nicht die Befugnis, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen.“

### a) Europarechtliche Sichtweisen

Mit dem vorgenannten Gesetzesvorschlag entspricht der DRB auch europäisch-transnationalen Sichtweisen. Deren klare Richtung zeigt im Besonderen die am 30.9.2009 von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats beschlossene Resolution 1685 „Allegations of politically-motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states“.<sup>56</sup> Punkt 3.2. der Resolution lautet: „Prosecutors must be allowed to perform their tasks without interference from the political sphere. They must be shielded from instructions pertaining to individual cases, at least where such instructions would prevent an investigation from proceeding to court.“ Und in Punkt 5.4. der Resolution „[t]he assembly calls on Germany to [...] abolish the possibility for ministers of justice to give the prosecution instructions concerning individual cases“ (Punkt 5.4.3.).

Überdies sei ein kurzer Blick auf die Arbeiten der Europäischen Kommission zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft angebracht, der jüngsten, erfahrungsgeladesten und insgesamt wohl modernsten Auffassung des Idealbilds einer Staatsanwaltschaft.<sup>57</sup> Dieses Idealbild der Europäischen Kommission hält erstens fest an der im kontinental-europäischen Raum verbreiteten Objektivitätspflicht des Staatsanwalts. So lautet Art. 11 Abs. 5 des aktuellen „Vorschlags der Europäischen Kommission über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft“ zur Umsetzung von Art. 86 Abs. 2 AEUV (EStA-VO-E)<sup>58</sup>: „Die Europäische Staatsanwaltschaft führt ihre Ermittlungen unparteiisch und ermittelt alle sachdienlichen Beweise, belastende wie entlastende.“ Zweitens soll gemäß Erwägungsgrund 20 EStA-VO-E „für die Ermittlungs- und Strafverfolgungstätigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft das Legalitätsprinzip gelten“, „[u]m Rechtssicherheit und Nulltoleranz gegenüber Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu gewährleisten“ (vgl. auch Art. 16 Abs. 1 EStA-VO-E). Und drittens betont der Verordnungsvorschlag in aller Deutlichkeit die Unabhängigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft. Bereits im 2001er „Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft und zur

[http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs/amtsrecht\\_sta\\_juni04.pdf](http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs/amtsrecht_sta_juni04.pdf) (15.1.2016).

<sup>56</sup> Vgl. Mayer, in: Hannich (Fn. 51), § 146 GVG, Rn. 3; Frank, ZRP 2010, 147.

<sup>57</sup> Zu den Anfängen siehe insb. *Europäische Kommission*, Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001, KOM (2001) 715 endg., abrufbar unter:

[http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents/fwk-green-paper-document/green\\_paper\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-document/green_paper_de.pdf) (15.1.2016).

<sup>58</sup> KOM (2013) 534 endg. v. 17.7.2013 mit Versionsstand (State of Play) 6318/1/15 REV 1 v. 2.3.2015; dazu BR-Drs. 631/13, insb. S. 2; überdies zum Ganzen jüngst Magnus, ZRP 2015, 181.

Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft“ war diese Unabhängigkeit als „ein wesentliches Merkmal des Europäischen Staatsanwalts“ veranschlagt worden.<sup>59</sup> Entsprechend heißt es nun in Art. 5 Abs. 1 EStA-VO-E ausdrücklich: „Die Europäische Staatsanwaltschaft ist unabhängig.“ Und Art. 5 Abs. 2 EStA-VO-E konkretisiert dies sodann wie folgt: „Die Europäische Staatsanwaltschaft, einschließlich des Europäischen Staatsanwalts, seiner Stellvertreter und des Personals, der Abgeordneten Europäischen Staatsanwälte und ihres einzelstaatlichen Personals, darf bei der Erfüllung ihrer Pflichten Weisungen von Personen, Mitgliedstaaten oder Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union weder einholen noch entgegennehmen. Die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und die Mitgliedstaaten achten die Unabhängigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft und versuchen nicht, sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinflussen.“

Auch auf europäischer Ebene wird also die Staatsanwaltschaft nicht lediglich als schlichte Exekutivbehörde des Staates und regierungspolitischer Interessen betrachtet. Insofern gilt wie auf nationalstaatlich deutscher Ebene, dass die Staatsanwaltschaft Organ der Rechtspflege sei und zusammen mit den Gerichten sachlich der „Justiz“ zugeordnet werde.<sup>60</sup> Die Aufgabe der unabhängigen, objektiven Strafverfolgung und Justizgewährung fällt damit – hier wie dort – Staatsanwaltschaften (samt ihr untergegebener Kriminalpolizei) und Gerichten in funktional ausdifferenzierter Arbeitsteilung zu.

### b) „Demokratielücke“?

Die skizzierten – deutschen wie auch europäischen – strafverfolgungsrechtlichen Grundansichten limitieren Bedenken, die gegen die Freistellung der Staatsanwaltschaft vom externen Weisungsrecht vorgebracht werden und die auch jüngst im Fall netzpolitik.org der Deutsche Anwaltverein (DAV) wieder verlauten lassen hat. Soweit also DAV-Präsident *Schellenberg* vor einer „nicht zu akzeptierenden ‚Demokratielücke‘“ warnt, da eine „nicht weisungsgebundene Staatsanwaltschaft [...] einen parlamentarisch nicht kontrollierten Teil der Exekutive darstellen“ würde,<sup>61</sup> ist wie folgt zu differenzieren: Zwar ist richtig, dass einen demokratischen Rechtsstaat ausmacht, dass jedes Handeln der Exekutive in lückenlosem Legitimationszusammenhang mit dem durch Parlament und Regierung repräsentierten Volkswillen stehen muss.<sup>62</sup> Dies muss im Prinzip auch für die – *formal* der Exekutive zugeordnete – Staatsanwaltschaft gelten, sodass eine vollständige Abschaffung des Weisungsrechts im staatsanwalt-

<sup>59</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 58), S. 30.

<sup>60</sup> In diesem Sinne zur Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft BVerfGE 9, 223 (228); *E. Schmidt* (Fn. 1), Nr. 95; *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 9 Rn. 1 ff., 10 ff.

<sup>61</sup> Zitiert nach DAV, Pressemitteilung 30/15 v. 5.8.2015, abrufbar unter:

<http://anwaltverein.de/de/newsroom/pm-30-15-weisungsrecht-dav-warnt-vor-demokratieluecke> (15.1.2016).

<sup>62</sup> Vgl. nur *Grzeszick*, in: Maunz-Dürig (Fn. 17), Art. 20 Rn. 117 ff.

schaftlichen Bereich verfassungsrechtlich abzulehnen ist. Sie, die Staatsanwaltschaften, sind insofern eben nicht der Judikative zugehörig und demgemäß nicht „unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen“ Institutionen, wie dies § 1 GVG für die richterliche Gewalt des Art. 92 GG klarstellt. Doch ist darüber hinaus zu sehen, dass die Staatsanwaltschaften in Anbetracht ihrer durch v.a. Legalitätsprinzip und Objektivitätsmaxime vorgegebenen Rolle und Funktion auch nicht schlichter Teil der allgemeinen inneren Verwaltung sind. Soweit die Rolle und Funktion der Staatsanwaltschaft betroffen ist, sind sie vielmehr – mit den Worten des BVerwG<sup>63</sup> – „besondere durch Gesetz geschaffene Organe, die, ohne selbst Gerichte zu sein, organisatorisch aus der Verwaltung herausgelöst und bei den Gerichten mit der Aufgabe errichtet sind, sich an gerichtlichen Verfahren zu beteiligen und diese zu fördern“.

Durch die sachliche Entkopplung des Staatsanwalts von der ministeriellen Exekutive ist er gleichwohl nicht vollständig aus deren Einflussbereich gelöst. „Hinreichende Lenkungsbefugnisse“ verbleiben der Exekutive in Form der weiter bestehenden Möglichkeit allgemeiner Weisungen.<sup>64</sup> Ferner ist zu sehen, dass der Staatsanwalt auch bei der Einzelfallarbeit zwar nicht an die Exekutive, doch aber stark an die Legislative und damit den Volkswillen i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist. So stellt *Frank* zutreffend fest, dass „[d]ie Tätigkeit des Staatsanwalts [...], auch wenn das Legalitätsprinzip in manchen Kriminalitätsfeldern zu Gunsten ermessensabhängiger Einstellungs Vorschriften zurückgedrängt worden ist, ganz überwiegend von zwingenden Rechtsvorschriften bestimmt“ wird.<sup>65</sup> Insbesondere § 152 Abs. 2 StPO räumt dem Staatsanwalt nicht etwa ein Strafverfolgungsermessen ein, sondern nur einen Beurteilungsspielraum,<sup>66</sup> der infolge Wortlaut, Systematik und Funktion der Anfangsverdachtsschwelle, kurzum: deren Niedrigkeit und Schlichtheit, nicht groß ist.<sup>67</sup> Aus dem gleichen Grund ist in diesem Bereich die Fallarbeit des Staatsanwalts inhaltlich umso „weisungsfeindlicher“, je hierarchisch höher und damit sachferner und politisch involvierter ein Dienstvorgesetzter ist.<sup>68</sup>

Der dargelegte, freilich noch vertiefbare Gesamthintergrund rechtfertigt, dass Legalitätsprinzip und Objektivitätsmaxime den direkten staatsanwaltschaftlichen Legitimationszusammenhang zur Regierung überlagern können, dürfen und müssen, soweit die sachliche Funktion und Rolle des Staatsanwalts betroffen ist, d.h. die Einzelfallarbeit. Insofern ist die Begrenzung des ministeriellen Weisungsrechts legitim. Und insofern ist zur Vermeidung oben erwähnten „bösen Anscheins“ und zur Herstellung von Rechtsklarheit das GVG

mit der StPO formell abzustimmen. Die scheinbare Möglichkeit fallbezogener ministerieller Weisungen ist, wie es auch das bereits genannte 2015er Reformentwurfspaket des DRB mit seinem § 147 Abs. 3 S. 1 GVG-E vorschlägt, aus dem Wortlaut der §§ 146, 147 GVG textlich auszunehmen.

## 2. Abschaffung der Reminiszenz des politischen Generalbundesanwalts

Die besagte textliche Ausklammerung des politischen fallbezogenen Weisungsrechts aus dem Wortlaut des GVG forderte der DRB auch schon in seinen Reformentwurfspaketen vom November 2014 und Juni 2004.<sup>69</sup> Im aktuellen 2015er DRB-Reformentwurfspaket nunmehr neu ist, dass – infolge des Falls netzpolitik.org – auch die problematische Stellung des Generalbundesanwalts als politischem Beamten aufgegriffen und die Abschaffung von § 54 Abs. 1 Nr. 5 BBG gefordert wird.<sup>70</sup> Besagte vorherige Reformentwurfspakete waren insofern ohne Aussage,<sup>71</sup> obgleich auch der DRB etwa im Jahr 2008 die Ankündigung der Abschaffung der damals letztverbliebenen politischen Generalstaatsanwälte in den Ländern Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern sehr begrüßt hatte: „Der Deutsche Richterbund hat sich [...] seit Jahren dafür eingesetzt, den Sonderstatus der Generalstaatsanwälte als politischen Beamten abzuschaffen. Wir sind froh, dass dieser Forderung des Richterbundes nunmehr in allen Bundesländern Rechnung getragen wird.“<sup>72</sup>

Auf Landesebene ist heute längst kein Staatsanwalt mehr politischer Beamter. Ohnehin hatte sich dieser Status in den meisten Bundesländern auf Generalstaatsanwälte beschränkt und in den Ländern Bayern und Baden-Württemberg gab es ihn von Anfang nicht.<sup>73</sup> Einzig also der Generalbundesanwalt auf Bundesebene ist de lege lata noch politischer Beamter. Neben dem bereits oben Ausgeführten streiten – erst recht – die gleichen Argumente wie auf Landesebene für die Abschaffung des politischen Sonderstatus’ des Generalbundesanwalts. Durch den Fall netzpolitik.org dürften alle Argumente unterstrichen sein. Dem aktuellen 2015er Reformvorschlag des DRB, § 54 Abs. 1 Nr. 5 BBG zu streichen, sei sich – unter Erneuerung der gleichlautenden Forderung des *Verf.* bereits in ZRP 2015, 198 (201) – angeschlossen.<sup>74</sup>

## 3. Schaffung einer Formvorschrift für Weisungen

Schließlich zu lösen sind die im Fall netzpolitik.org deutlichen Beweisprobleme im Zusammenhang mit Weisungen, infolge derer eine Verantwortlichkeitszuordnung und ggf. Sanktionierung von Fehlverhalten höchst schwierig ist. Inso-

<sup>63</sup> BVerwG NJW 1961, 1496 (1497); hierauf hinweisend auch *Frank*, ZRP 2010, 147 (148).

<sup>64</sup> *Frank*, ZRP 2010, 147 (148).

<sup>65</sup> *Frank*, ZRP 2010, 147 (148).

<sup>66</sup> BVerfG NJW 1984, 1451 (1452); BGH NStZ 1988, 510 (511); BGH NJW 1970, 1543 (1544); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 53), § 152 Rn. 4.

<sup>67</sup> Eingehend *Trentmann*, JR 2015, 571; vgl. auch *Hoven* NStZ 2014, 361 (364 ff.).

<sup>68</sup> *Trentmann*, JR 2015, 571 (578); *ders.*, ZRP 2015, 198 (200).

<sup>69</sup> Siehe Fn. 55.

<sup>70</sup> DRB, Reformentwurfspaket vom September 2015 (Fn. 55), S. 5.

<sup>71</sup> Krit. insofern *Trentmann*, ZRP 2015, 198 (200 f.).

<sup>72</sup> *Frank*, zitiert nach DRB, Pressemitteilung 16/08 v. 3.11.2008 (Fn. 46).

<sup>73</sup> Eingehend *Carsten/Rautenberg* (Fn. 1), S. 435 ff.

<sup>74</sup> Wie hier für die Abschaffung des politischen Generalbundesanwalts etwa auch *Rautenberg*, DRiZ 2014, 214 (219); vgl. ferner schon *Krey/Pföhler*, NStZ 1985, 145 (148).

fern überzeugt das 2015er Reformentwurfspaket des DRB erneut. Danach soll künftig die Schriftform für Weisungen gelten; § 146 Abs. 4 GVG-E-2015 lautet wie schon in den DRB-Reformentwurfspaketen vom November 2014 und Juni 2004:<sup>75</sup> „Weisungen sind schriftlich zu erteilen; ist das aus besonderen Gründen nicht möglich, so ist die mündlich erteilte Weisung binnen 48 Stunden schriftlich zu bestätigen.“

Eine solche Formvorschrift für Weisungen würde nicht nur Beweisschwierigkeiten – wie im Fall netzpolitik.org – entgegenwirken und eine Verantwortlichkeitszuordnung ermöglichen. Auch wäre sie staatlicher Transparenz und Kontrollierbarkeit insgesamt zuträglich, d.h. solchen Elementen des Staates, die ihn als Rechtsstaat auszeichnen und Vertrauen generieren. Dem „bösen Anschein“, gar der Tatsächlichkeit einer politischen Einflussnahme auf Objektivität und Legalität der Strafverfolgung würde auch damit sinnvoll begegnet. De lege ferenda dürfte die Einführung des Formerfordernisses die wohl dringendste Forderung sein; tragfähige Einwände sind nicht ersichtlich.

#### IV. Zusammenfassung

Die aktuelle Gesetzeslage vermittelt den Eindruck, die Staatsanwaltschaft sei nicht nur „Kind der Revolution“ und „Wächter des Rechtsstaats“, sondern auch politisches „Organ der Staatsregierung“. Dies zeigt sich insbesondere durch die im GVG verankerte formal absolute Weisungsabhängigkeit jedes Staatsanwalts und durch den beamtenrechtlichen Sonderstatus des Generalbundesanwalts als politischer Beamter. Beides ist jedenfalls insoweit mit der strafprozessualen Objektivitätsmaxime, dem Legalitätsprinzip und schließlich dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar, als dem der „böse Anschein“ der Zulässigkeit einer zulässigen politischen Einflussnahme auf die operative Strafverfolgung innewohnt. Dass dieser „böse Anschein“, gar die tatsächliche Ausübung von politischem Einfluss dem Vertrauen in eine rechtsstaatliche Strafverfolgung abträglich ist, hat der Fall netzpolitik.org jüngst wieder gezeigt.

Nach Analyse des Falls drängt eine Reform der staatsanwaltschaftlichen Rechtsverhältnisse, dies auch unter Berücksichtigung der etwa in der Europaratsresolution 1685 zu „Allegations of politically-motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states“ zum Ausdruck gebrachten europäischen Sicht. De lege ferenda sind folgende Punkte von besonderem Gewicht: erstens die formelle gesetzliche Klarstellung der materiellen Nichtexistenz eines fallbezogenen externen Weisungsrechts, zweitens die Abschaffung des Sonderstatus' des Generalbundesanwalts sowie drittens die Schaffung von Formvorschriften für das gesamte staatsanwaltschaftliche Weisungsrecht.

Vor diesem Hintergrund sei sich dem aktuellen DRB-Reformentwurfspaket vom September 2015 angeschlossen.

Es greift alle drei vorgenannten Reformpunkte zutreffend auf. Dabei hervorzuheben ist, dass das 2015er DRB-Reformentwurfspaket nun auch die Abschaffung des politischen Amtsstatus' des Generalbundesanwalts fordert, was die vorherigen DRB-Reformentwurfspakete vom November 2014 und Juni 2004 noch unberücksichtigt belassen hatten. Neben der Erneuerung des Reformentwurfspakets im Jahr 2015 dürfte speziell die Einpflegung jenes Reformpunkts als Lehre aus dem Fall netzpolitik.org zu erkennen sein.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> DRB, Reformentwurfspaket vom September 2015 (Fn. 55), S. 3; DRB, Reformentwurfspaket vom November 2014 (Fn. 55), S. 3; DRB, Reformentwurfspaket vom Juni 2004 (Fn. 55), S. 4; vgl. überdies schon § 146 GVG-E des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Staatsanwaltschaft (StAÄG) vom 2.12.1976.

---

<sup>76</sup> Die insofern punktuelle Anregung zur Nachbesserung des 2014er DRB-Reformentwurfspakets durch den *Verf.* in ZRP 2015, 198 (201), ist damit erfreulicherweise gegenstandslos geworden.