

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

---

Band 38

# Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt

Von  
Klaus Tolksdorf



**Duncker & Humblot · Berlin**

**KLAUS TOLKSDORF**

**Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt**

# **Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft**

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren  
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

**Band 38**

# Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt

Von  
Klaus Tolksdorf



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Tolksdorf, Klaus:**

Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt / von

Klaus Tolksdorf. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1989

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft; Bd. 38)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06661-8

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0935-5383

ISBN 3-428-06661-8

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	11
<b>B. Überblick über den Stand der Diskussion</b> .....	20
<b>I. Zum Ablehnungsrecht</b> .....	20
1. Formlose Ablehnung .....	20
2. Formelle Ablehnung .....	22
a) Die ein Ablehnungsrecht verneinende Literatur .....	22
b) Die Befürworter eines formellen Ablehnungsrechts .....	24
aa) Formelles Ablehnungsrecht gemäß §§ 23 ff. EGGVG .....	24
bb) Formelles Ablehnungsrecht analog § 24 StPO .....	25
α) Frisch .....	25
β) Kuhlmann .....	26
γ) Schairer .....	27
<b>II. Rechtsfolgen der Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder befangenen Staatsanwalts</b> .....	27
1. Unwirksamkeit oder Fehlerhaftigkeit der Amtshandlungen .....	28
2. Revisibilität des Urteils .....	29
a) Kein absoluter Revisionsgrund .....	29
b) Relative Revisionsgründe .....	30
aa) Mitwirkung eines ausgeschlossenen Staatsanwalts .....	30
bb) Mitwirkung eines befangenen, aber nicht ausgeschlossenen Staatsanwalts .....	30
α) Ablehnende Stimmen .....	30
β) Bejahende Stimmen .....	32
3. Zu den befangenheitsbegründenden Umständen und den einzelnen Ausschlußtatbeständen .....	36
a) Besorgnis der Befangenheit .....	36
b) Ausschlußgründe .....	37

<b>C. Rechtsgrundlagen eines verfahrensrechtlichen Mitwirkungsverbots gegenüber dem befangenen Staatsanwalt</b> .....	42
I. Gesetzliche und andere Rechtsgrundlagen eines verfahrensrechtlichen Mitwirkungsverbots – mit Ausnahme der Analogie .....	45
1. Gesetzlich geregeltes Mitwirkungsverbot .....	45
a) Aufgrund bundesgesetzlicher Vorschriften .....	45
b) Aufgrund landesgesetzlicher Vorschriften .....	46
2. Ableitung eines Mitwirkungsverbots aus der Rechtsprechung zum Zeugen-Staatsanwalt .....	49
3. Ableitung eines Mitwirkungsverbots aus der Struktur des Strafprozesses und der Stellung der Staatsanwaltschaft .....	51
4. Ableitung eines Mitwirkungsverbots aus übergeordneten Verfahrensgrundsätzen wie dem Anspruch auf „fair trial“ .....	51
5. Ableitung eines Mitwirkungsverbots aus § 160 Abs. 2 StPO .....	52
II. Die analoge Anwendung vorhandener gesetzlicher Befangenheitsregelungen als Rechtsgrundlage eines Mitwirkungsverbots gegenüber dem befangenen Staatsanwalt .....	53
1. Existenz eines allgemeinen verfahrensrechtlichen Mitwirkungsverbots für befangene Amtsträger und seine Übertragbarkeit auf den Staatsanwalt .....	55
a) Mitwirkungsverbot für den ausgeschlossenen Staatsanwalt .....	55
b) Mitwirkungsverbot für den einfach befangenen Staatsanwalt .....	57
aa) Die Frage nach dem Mitwirkungsverbot überhaupt .....	57
bb) Der Beginn des Mitwirkungsverbots .....	60
α) Die Rechtslage beim befangenen Verwaltungsbeamten .....	61
β) Die Rechtslage beim befangenen Richter .....	63
(1) Der Ablehnungsbeschluß als Voraussetzung des Mitwirkungsverbots .....	63
(2) Das Ablehnungsgesuch als Voraussetzung des Mitwirkungsverbots .....	66
(3) Die Besorgnis der Befangenheit als alleinige Voraussetzung des Mitwirkungsverbots .....	71
c) Zwischenergebnis .....	73
2. Analogiefähigkeit gesetzlicher Kataloge von Ausschlußgründen .....	73
a) Rechtsanaloge Übernahme der Differenzierung zwischen ausgeschlossenen und einfach befangenen Amtsträgern .....	74
b) Gesetzesanalogie .....	78
III. Zwischenfazit .....	85

<b>D. Gründe für Besorgnis der Befangenheit</b> .....	86
I. Befangenheit des Staatsanwalts in den Fällen der §§ 22, 23 StPO .....	87
1. Die Fälle des § 22 Ziff. 1 - 3 StPO .....	87
2. Befangenheit des als Zeugen oder Sachverständigen vernommenen Staatsanwalts, § 22 Ziff. 5 StPO .....	88
3. Befangenheit wegen früherer Befassung mit dem Verfahrensgegenstand .....	89
a) Vorbefassung in der Rolle eines objektiven Sachwalters .....	89
aa) Befangenheit des in anderer staatsanwaltlicher Funktion vorbefaßten Staatsanwalts .....	90
α) Befangenheit des Sitzungsvertreters, der die Ermittlungen geleitet und die Anklage gefertigt hat .....	90
β) Befangenheit des Staatsanwalts in der Rechtsmittelinstanz, der den abschließenden Antrag in der 1. Instanz vertreten hat .....	92
γ) Befangenheit des Staatsanwalts im Wiederaufnahmeverfahren, der im ursprünglichen Verfahren mit der Sache befaßt war .....	93
δ) Befangenheit des Staatsanwalts, der mit einem Rechtsmittel gegen eine von ihm selber getroffene Entscheidung befaßt wird .....	94
ε) Befangenheit des Staatsanwalts, der in derselben Sache als Polizeibeamter tätig war .....	95
bb) Befangenheit des Staatsanwalts, der als Richter mit der Sache vorbefaßt war .....	96
α) Vorbefassung in der Rolle des erkennenden Richters ...	96
β) Vorbefassung in der Rolle des Ermittlungs- oder Eröffnungsrichters .....	96
b) Die Vorbefassung in der Rolle des einseitigen Sachwalters .....	99
4. Zusammenfassung .....	99
II. Befangenheit des Staatsanwalts in den Fällen, die den Ausschlußtatbeständen der §§ 22, 23 StPO vergleichbar sind .....	100
1. Allgemeine Vorüberlegungen .....	100
2. Zu den einzelnen Fällen .....	100
a) Befangenheit aufgrund ausschlußähnlicher persönlicher Beziehungen .....	100
aa) Eigenschaft als Beschuldigter .....	100
bb) Eigenschaft als mittelbarer Verletzter der Tat .....	101
cc) Persönliche Beziehungen zum Beschuldigten oder Verletzten	101

α) Beziehungen, die durch Zuneigung geprägt sind . . . . .	102
β) Beziehungen, die durch Abneigung geprägt sind . . . . .	102
γ) Berufliche und gesellschaftliche Beziehungen . . . . .	102
b) Befangenheit des Staatsanwalts wegen privater oder dienstlicher Kenntnis vom Verfahrensgegenstand . . . . .	105
c) Befangenheit des Staatsanwalts wegen ausschlußähnlicher Vor- befassung . . . . .	107
d) Sonstige Fälle . . . . .	108
III. Das Verhalten des Staatsanwalts als Ausdruck von Befangenheit . . . . .	110
1. Fallgruppen . . . . .	111
a) Vorzeitige endgültige Festlegung als Ausdruck von Befangenheit	111
b) Rechtsverletzungen als Ausdruck von Befangenheit . . . . .	111
2. Grundsätzliche Fragen des Beurteilungsmaßstabs . . . . .	111
a) Objektive oder subjektive Betrachtung . . . . .	112
b) Verhalten anderer Staatsanwälte oder des betreffenden Staats- anwalts in entsprechenden Situationen als Maßstab . . . . .	112
c) Unterschiedliche Anforderungen für die Annahme von Befangen- heit von Staatsanwalt und Richter . . . . .	113
<b>E. Das Mitwirkungsverbot im einzelnen – Inhalt und Verfahren – . . . . .</b>	<b>116</b>
I. Inhalt und Umfang des Mitwirkungsverbots wegen Befangenheit . . . . .	116
II. Staatsanwaltschaftsinternes Verfahren . . . . .	121
III. Formelles Ablehnungsrecht . . . . .	123
1. Formelles gerichtliches Ablehnungsverfahren . . . . .	123
2. Formelles rein staatsanwaltschaftliches Ablehnungsverfahren . . . . .	125
IV. Rügepräklusion . . . . .	125
<b>F. Rechtsfolgen der verfahrensrechtlich unzulässigen Mitwirkung des befangenen   Staatsanwalts . . . . .</b>	<b>128</b>
I. Anfechtbarkeit gerichtlicher Entscheidungen . . . . .	128
1. Revision . . . . .	128
a) Gesetzesverletzung im Sinne der §§ 337, 338 StPO . . . . .	129
b) Das Beruhen des Urteils auf der verfahrensfehlerhaften Mitwir- kung des befangenen Staatsanwalts . . . . .	130
aa) Kein absoluter Revisionsgrund gemäß § 338 StPO . . . . .	130
bb) Relativer Revisionsgrund gemäß § 337 StPO . . . . .	130

2. Berufung .....	132
II. Bedeutung der Befangenheit des Staatsanwalts für seine eigenen Entscheidungen und Prozeßhandlungen .....	133
<b>G. Schlußbetrachtung</b> .....	136
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	137



## A. Einleitung

Es ist eine von niemandem bezweifelte Selbstverständlichkeit, daß die richterliche Tätigkeit nur von einem unbeteiligten Dritten ausgeübt werden kann. Die Vorstellung, daß ein Richter dem Verfahrensgegenstand und den Betroffenen mit der für eine objektive Beurteilung erforderlichen Neutralität und Distanz gegenüberstehen muß, ist schon mit den Begriffen „Richter“ und „Gericht“ untrennbar verbunden<sup>1</sup>. Das Bundesverfassungsgericht sieht deshalb in Artikel 101 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz neben dem Recht auf den gesetzlichen Richter auch das Recht auf einen unbefangenen Richter als verfassungsrechtlich verankert an<sup>2</sup>; der einfache Gesetzgeber habe daher Vorsorge dafür zu treffen, daß im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit biete, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen sei oder abgelehnt werden könne<sup>3</sup>. Diesem verfassungsrechtlichen Gebot entsprechend finden sich für sämtliche Bereiche richterlicher Tätigkeit Ausschluß- und Ablehnungsregelungen<sup>4</sup>, die allerdings mit Rücksicht auf die Besonderheiten der jeweiligen Verfahren in den Einzelheiten unterschiedlich ausgestaltet sind<sup>5</sup>.

Für nichtrichterliche Amtsträger galt das Unbefangenheitsprinzip – jedenfalls aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen<sup>6</sup> – bis in die jüngere

<sup>1</sup> BVerfG NJW 1954, S. 833; NJW 1956, S. 137, 138, NJW 1967, S. 1123.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 1967, S. 1123 betr. den damaligen (verfassungswidrigen) § 6 Abs. 2 Satz 2 FGG. Bedenken gegen die verfassungsrechtliche Absicherung des Unbefangenheitsprinzips in Art. 101 GG – Voraussetzung dafür, daß seine Verletzung mit der Verfassungsbeschwerde geprüft werden kann – bei Bettermann, AÖR 94, S. 263 ff., 269 f.; abgesehen von den Bedenken gegen die Verankerung in Art. 101 GG teilt indes auch Bettermann die Auffassung, daß es sich bei der Unbefangenheit um ein Wesensmerkmal der Rechtsprechung handle; insgesamt zu der Frage der verfassungsrechtlichen Absicherung des Unbefangenheitsprinzips für Richter die umfassende Darstellung bei Riedel, S. 216 ff., dessen Ansicht, das Unbefangenheitsprinzip lasse sich weder aus Art. 92 noch aus Art. 97, wohl aber aus dem Attribut „gesetzlich“ in Art. 101 ableiten, allerdings kaum überzeugen kann.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 1967, S. 1123, 1124.

<sup>4</sup> §§ 22 ff. StPO; §§ 41 ff. ZPO; §§ 46 Abs. 2 S. 1, 49 ArbGG; § 54 VwGO; § 51 FGO; § 60 SGG; § 18 BVerfGG, § 6 FGG; § 41 a PatG; § 51 BDO; §§ 61, 63 DRiG; ferner für die Tätigkeit des Rechtspflegers, soweit ihm richterliche Geschäfte übertragen sind: § 10 RPfIG.

<sup>5</sup> Z. B. §§ 26 a, 27 StPO – § 45 ZPO; ferner § 28 Abs. 2 StPO – 46 Abs. 2 ZPO; solche Differenzierungen werden durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht ausgeschlossen; BVerfG NJW 1967, S. 1123, 1124.

<sup>6</sup> Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ist die Geltung des Unbefangenheitsprinzips auf dem Gebiete der Verwaltung in Literatur und Rechtsprechung stets bejaht worden; vgl. statt aller Dagtoglou, S. 72 m. zahlr. weiteren Nachweisen.

Vergangenheit nur partiell. Ausschluß- und Befangenheitsvorschriften enthielten unter anderem die Gemeindeordnungen<sup>7</sup>, die Reichsabgabenordnung<sup>8</sup> und das Ordnungswidrigkeitengesetz von 1952<sup>9</sup>. Auch § 59 Bundesbeamten-gesetz und die entsprechenden Bestimmungen der Landesbeamten-gesetze<sup>10</sup> werden in diesem Zusammenhang häufig zitiert<sup>11</sup>. Diese Befangenheitsregelungen weichen von denen für Richter durchweg sehr erheblich ab und weisen auch untereinander zum Teil nur wenige Gemeinsamkeiten auf.

Seit dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder sowie der Abgabenordnung im Jahre 1977 – ferner der verfahrensrechtlichen Vorschriften des Sozialgesetzbuchs im Jahre 1981 – ist das Handlungsverbot für befangene Amtsträger auf gesetzliche Grundlagen gestellt, die nahezu alle Bereiche öffentlicher Verwaltung erfassen<sup>12</sup>. Nach den genannten Verfahrensgesetzen dürfen Verwaltungs- bzw. Finanzbeamte in bestimmten Fällen persönlicher Beteiligung oder sachlicher Vorbefassung in einem Verwaltungsverfahren nicht tätig werden<sup>13</sup>; das Mitwirkungsverbot ist ersichtlich in Anlehnung an die Ausschlußvorschriften für Richter konzipiert. Ein formelles Ablehnungsrecht wegen Besorgnis der Befangenheit, wie es die gerichtlichen Verfahrensordnungen für den Richter vorsehen, räumen die Verwaltungsverfahrensgesetze dem Betroffenen nicht ein<sup>14</sup>; insofern beschränken sie sich – jedenfalls grundsätzlich<sup>15</sup> – darauf, den Beamten zur Unterrichtung seines Vorgesetzten zu verpflichten und ihm aufzugeben, sich auf dessen Anordnung der weiteren Tätigkeit zu enthalten.

Angesichts der mit dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze vollzogenen Ausdehnung des Befangenheitsprinzips in personeller Hinsicht fällt auf, daß es für Staatsanwälte an entsprechenden Normierungen fehlt. Weder die Strafprozeßordnung noch das Gerichtsverfassungsgesetz enthalten Vorschriften über den befangenen Staatsanwalt. Die Zurückhaltung des

---

<sup>7</sup> So z. B. die GONW in § 23 für ehrenamtlich Tätige und in § 30 für Ratsmitglieder; weitere Nachweise bzgl. anderer Gemeindeordnungen bei Kirchhof, S. 378 Fn. 52.

<sup>8</sup> §§ 67 ff. RAO.

<sup>9</sup> §§ 49, 50 OwiG; in seiner heute geltenden Fassung sieht das OwiG Ausschluß- und Ablehnungsgründe nicht mehr vor.

<sup>10</sup> Z. B. § 62 LBGNW.

<sup>11</sup> Auch in der Diskussion um den „befangenen Staatsanwalt“ so u. a. bei Kuhlmann, S. 12; OLG Stuttgart NJW 1974, S. 1394.

<sup>12</sup> Zum Anwendungsbereich der genannten Gesetze vgl. §§ 1, 2 VwVfG des Bundes (und die entsprechenden Vorschriften der VwVfGe der Länder) sowie § 1 AO und § 1 SGB X Art. 1.

<sup>13</sup> § 20 VwVfG; § 82 AO; § 16 SGB X Art. 1.

<sup>14</sup> § 21 VwVfG; § 83 AO; § 17 SGB X Art. 1.

<sup>15</sup> Anders nur für Mitglieder von Ausschüssen, für die es ein formelles Ablehnungsrecht gibt; vgl. § 71 Abs. 3 VwVfG sowie § 84 AO, eine Vorschrift, die im Verwaltungsverfahren für Steuersachen allerdings gegenstandslos ist, s. Sohn in Hübschmann / Hepp / Spitaler Rdnr. 3 zu § 84.

Gesetzgebers gegenüber einer gesetzlichen Verankerung des Unbefangenheitsprinzips für Staatsanwälte ist aus zwei Gründen schwer verständlich.

Zum einen hat er nicht nur für Richter und Schöffen die Unbefangenheit sicherzustellen versucht (§§ 22, 31 StPO) – also für die Funktionsträger, deren Unparteilichkeit und Distanz unverzichtbare, heute sogar verfassungsrechtlich abgesicherte Wesensmerkmale ihrer Rolle sind –, sondern auch für andere Gerichtspersonen, so für den Protokollführer (§ 31 StPO), für Sachverständige (§ 74 StPO) und für Dolmetscher (§ 191 GVG). Dies ist um so erstaunlicher, als diese Personen – gemessen an den Aufgaben des Staatsanwalts und seinen Möglichkeiten, den Gang des Verfahrens und seinen Ausgang zu beeinflussen – eher untergeordnete Aufgaben wahrnehmen.

Zum anderen hätte der Gesetzgeber von Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz auch nicht etwa Neuland betreten müssen, wenn er für den Staatsanwalt gleichermaßen Befangenheitsvorschriften aufgenommen hätte. Schon in den partikularrechtlichen Vorläufern der Strafprozeßordnung finden sich nämlich Bestimmungen, die das Unbefangenheitsprinzip auch für den Staatsanwalt festschreiben – allerdings mit einem anderen Inhalt als für Richter<sup>16</sup>.

Einige dieser Gesetze ordnen an, daß der Staatsanwalt aus denselben Gründen und mit derselben Konsequenz – nämlich der Anfechtbarkeit der unter seiner Mitwirkung ergangenen gerichtlichen Entscheidung mit der Nichtigkeitsbeschwerde – ausgeschlossen („unfähig“) sei wie der Richter<sup>17</sup>. Die formelle Ablehnung des Staatsanwalts wegen Befangenheit oder wegen Vorliegens eines Ausschlußgrundes erklären die Prozeßordnungen dagegen durchweg ausdrücklich für unzulässig<sup>18</sup>. Zum Teil bestimmen sie gleichzeitig, daß sich der Staatsanwalt in jedem<sup>19</sup> oder in einzelnen Fällen von Befangenheit<sup>20</sup> oder jedenfalls in denen des Richterausschlusses<sup>21</sup> jeder weiteren Amtstätig-

---

<sup>16</sup> Zusammenfassend zum befangenen Staatsanwalt in den Partikulargesetzen Zachariae, S. 347; Planck, S. 43.

<sup>17</sup> So die StPO für Sachsen Weimar usw. von 1850, Art. 72; die Königl. Sächsische StPO von 1855, Art. 67, 68; zu diesen Regelungen Schletter, S. 47 (§ 57); nach Planck (S. 43, Anm. 6) ebenso die StPO für Thüringen, Art. 72.

<sup>18</sup> So die in der Anm. wie vor aufgeführten Prozeßordnungen; ferner Baden (1845), § 32 (ebenso der Entwurf 1862); Braunschweig (1849), § 22 Abs. 1 S. 1; Hannover (1853), § 19 Abs. 7; Kurhessen (1848), § 31 S. 1; Oesterreich (1850), § 86 (ebenso die Oesterr. StPO von 1873; Art. 75, 76); schließlich der Entwurf Preußen (1865), § 40.

<sup>19</sup> Oesterreich (1850), § 86.

<sup>20</sup> Baden, § 31. In diesem Zusammenhang müssen auch die Regelungen der Braunschw. StPO (§ 22 Abs. 1 Satz 2) und der Kurhess. StPO (§ 31 Satz 2) genannt werden, die aber schon beim Richter die Ablehnung nur in einigen enumerativ aufgezählten Fällen von Befangenheit zulassen.

<sup>21</sup> So der Preuß. Entwurf, § 40; ferner die Oesterr. StPO von 1873, Art. 75, 76; ebenso zur Württ. StPO, die auf den befangenen Staatsanwalt nicht eingeht, Knapp, S. 142, der die Ausschlußregeln für Richter insoweit analog anwenden will.