



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 92. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 6. Mai 2020, 14:01 Uhr

Berlin, Marie-Elisabeth-Lüders-Haus, Raum 3.101
(Anhörungsraum)

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender
Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigiger Tagesordnungspunkt

Seite 7

- a) Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Jürgen Martens, Stephan Thomae, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft

BT-Drucksache 19/11095

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Volker Ullrich [CDU/CSU]
Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]
Abg. Roman Johannes Reusch [AfD]
Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]
Abg. Friedrich Straetmanns [DIE LINKE.]
Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

- b) Antrag der Abgeordneten Canan Bayram, Katja Keul, Luise Amtsberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren

BT-Drucksache 19/13516

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Volker Ullrich [CDU/CSU]
Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]
Abg. Roman Johannes Reusch [AfD]
Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]
Abg. Friedrich Straetmanns [DIE LINKE.]
Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Teilnehmende Abgeordnete	Seite 3
Sprechregister Abgeordnete	Seite 5
Sprechregister Sachverständige	Seite 6
Anlagen:	
Stellungnahmen der Sachverständigen	Seite 25

**Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz**

	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
CDU/CSU	Heil, Mechthild	<input checked="" type="checkbox"/>	Amthor, Philipp	<input type="checkbox"/>
	Heveling, Ansgar	<input type="checkbox"/>	Frei, Thorsten	<input type="checkbox"/>
	Hirte, Dr. Heribert	<input type="checkbox"/>	Gutting, Olav	<input type="checkbox"/>
	Hoffmann, Alexander	<input type="checkbox"/>	Hauer, Matthias	<input type="checkbox"/>
	Jung, Ingmar	<input type="checkbox"/>	Launert, Dr. Silke	<input type="checkbox"/>
	Lehrieder, Paul	<input type="checkbox"/>	Lindholz, Andrea	<input type="checkbox"/>
	Luczak, Dr. Jan-Marco	<input type="checkbox"/>	Maag, Karin	<input type="checkbox"/>
	Müller, Axel	<input type="checkbox"/>	Middelberg, Dr. Mathias	<input type="checkbox"/>
	Müller (Braunschweig), Carsten	<input type="checkbox"/>	Nicolaisen, Petra	<input type="checkbox"/>
	Sensburg, Dr. Patrick	<input type="checkbox"/>	Noll, Michaela	<input type="checkbox"/>
	Steineke, Sebastian	<input type="checkbox"/>	Oellers, Wilfried	<input type="checkbox"/>
	Thies, Hans-Jürgen	<input checked="" type="checkbox"/>	Schipanski, Tankred	<input type="checkbox"/>
	Ullrich, Dr. Volker	<input checked="" type="checkbox"/>	Throm, Alexander	<input type="checkbox"/>
	Warzen, Nina	<input type="checkbox"/>	Vries, Kees de	<input type="checkbox"/>
Wellenreuther, Ingo	<input type="checkbox"/>	Weisergerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/>	
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz	<input checked="" type="checkbox"/>	Högl Dr., Eva	<input type="checkbox"/>
	Dilcher, Esther	<input type="checkbox"/>	Miersch, Dr. Matthias	<input type="checkbox"/>
	Fechner, Dr. Johannes	<input type="checkbox"/>	Müller, Bettina	<input type="checkbox"/>
	Groß, Michael	<input type="checkbox"/>	Nissen, Ulli	<input type="checkbox"/>
	Heidenblut, Dirk	<input type="checkbox"/>	Özdemir (Duisburg), Mahmut	<input type="checkbox"/>
	Lauterbach, Prof. Dr. Karl	<input type="checkbox"/>	Rix, Sönke	<input type="checkbox"/>
	Post, Florian	<input type="checkbox"/>	Schieder, Marianne	<input type="checkbox"/>
	Scheer, Dr. Nina	<input type="checkbox"/>	Vogt, Ute	<input type="checkbox"/>
	Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/>	Yüksel, Gülistan	<input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan	<input type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried	<input type="checkbox"/>
	Jacobi, Fabian	<input type="checkbox"/>	Hartwig, Dr. Roland	<input type="checkbox"/>
	Maier, Jens	<input type="checkbox"/>	Haug, Jochen	<input type="checkbox"/>
	Maier, Dr. Lothar	<input type="checkbox"/>	Seitz, Thomas	<input checked="" type="checkbox"/>
	Peterka, Tobias Matthias	<input type="checkbox"/>	Storch, Beatrix von	<input type="checkbox"/>
Reusch, Roman Johannes	<input checked="" type="checkbox"/>	Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/>	
FDP	Buschmann, Dr. Marco	<input type="checkbox"/>	Ihnen, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Helling-Plahr, Katrin	<input type="checkbox"/>	Schinnenburg, Dr. Wieland	<input type="checkbox"/>
	Martens, Dr. Jürgen	<input checked="" type="checkbox"/>	Skudelny, Judith	<input type="checkbox"/>
	Müller-Böhm, Roman	<input type="checkbox"/>	Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/>
	Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/>		
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay	<input type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Mohamed Ali, Amira	<input type="checkbox"/>	Lay, Caren	<input type="checkbox"/>
	Movassat, Niema	<input type="checkbox"/>	Möhring, Cornelia	<input type="checkbox"/>
	Straetmanns, Friedrich	<input checked="" type="checkbox"/>	Renner, Martina	<input type="checkbox"/>



	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan Keul, Katja Rößner, Tabea Rottmann, Dr. Manuela	<input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian Künast, Renate Mihalic, Dr. Irene Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	15, 19, 23
Dr. Karl-Heinz Brunner (SPD)	16, 20, 23
Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24
Dr. Jürgen Martens (FDP)	15, 20
Friedrich Straetmanns (DIE LINKE.)	15, 19
Dr. Volker Ullrich (CDU/CSU)	15



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Dr. George Andoor, Mag. iur. Regierungsrat, Frankfurt am Main	7, 18, 19
Klaus Böhm Richter am Oberlandesgericht, Karlsruhe	8, 18, 20, 21
Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz Universität Bonn Lehrstuhl für Öffentliches Recht	9, 17, 21, 23
Thomas Harden Generalstaatsanwaltschaft Köln Generalstaatsanwalt	11, 17, 21
Dieter Killmer Deutscher Richterbund, Bund der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte e. V. (DRB), Berlin Mitglied des Präsidiums Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof	12, 16, 22
Margarete Koppers Generalstaatsanwaltschaft Berlin Generalstaatsanwältin	13, 16, 23
Gül Pinar Rechtsanwältin, Hamburg	14, 16, 19, 22, 23



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte**: Einen schönen, guten Nachmittag zusammen. Ich eröffne die 92. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz. Ich begrüße die Abgeordneten aus dem Ausschuss, die hier nach den Abstandsregeln verteilt sitzen. Ich begrüße nochmals – soweit nicht schon geschehen – die Sachverständigen, von denen Herr Böhm und Herr Gärditz per Video zugeschaltet sind. Ich sehe, dass die Videoübertragung halbwegs funktioniert. Herr Röttle, der als Sachverständiger eingeladen war, ist kurzfristig erkrankt und kann heute leider nicht an der Sitzung teilnehmen. Seine Stellungnahme liegt Ihnen vor. Sie wird an das Protokoll der heutigen Sitzung angehängt. Ich begrüße die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung sowie die Zuhörerinnen und Zuhörer auf der Tribüne. Wir haben uns verständigt, die heutige Anhörung – unter Einhaltung der geltenden Abstandsregelungen – grundsätzlich als Präsenzveranstaltung durchzuführen, aber Sachverständige per Webex zuzuschalten. Weitere Zuschaltungen sind nach unserer Beschlusslage nicht vorgesehen. Die zugeschalteten Sachverständigen können leider nicht den Saal, sondern nur einander sehen. Ich werde deshalb besonders darauf achten, die Rednerinnen und Redner mit Namen zu nennen. Gegenstand der heutigen Anhörung sind ein Gesetzentwurf der Fraktion der FDP sowie ein Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft. Der Gesetzentwurf der Fraktion der FDP sieht vor, das externe Weisungsrecht des Justizministers in Einzelfällen abzuschaffen. Die Staatsanwaltschaft soll jedoch weiterhin einer Dienstaufsicht unterliegen. Mit dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wird die Vorlage eines Gesetzentwurfs gefordert, mit dem die Zuständigkeit der Gerichte für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls bestimmt wird. Außerdem soll das externe Einzelfallweisungsrecht auf bestimmte Situationen, wie etwa evident rechtsfehlerhafte Entscheidungen, beschränkt werden.

Einige Hinweise zum Ablauf der heutigen Anhörung: Die Sachverständigen erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen dabei alphabetisch, also mit Ihnen, Herr Dr. Andoor. An die Sachverständigen die Bitte: Bitte bemühen Sie

sich, nicht länger als 4 Minuten zu sprechen. Da wir die Bildschirme in der Mitte des Saales heute für die Videozuschaltung benötigen, müssen wir auf die übliche Redezeitanzeige, die der eine oder andere von Ihnen schon kennen mag, verzichten. Wir messen die Zeit deshalb hier vorne. Wenn ich Ihnen ein Signal gebe, bedeutet das, dass Ihre Redezeit abgelaufen ist und Sie bitte zum Ende Ihres Vortrags kommen sollten. Die zugeschalteten Sachverständigen bitte ich, ihre Mikrofone auszuschalten, solange sie nicht sprechen. Gegebenenfalls wird das Sekretariat dies für die Sachverständigen übernehmen. An den Vortrag der Stellungnahmen schließen sich die Fragestunden an, eine oder mehrere, je nachdem wie viele Fragen es gibt. Sie, liebe Kolleginnen und Kollegen – um das bewährte Verfahren noch mal in Erinnerung zu rufen –, können pro Fragerunde zwei Fragen stellen, entweder zwei Fragen an eine Person oder jeweils eine Frage an zwei unterschiedliche Sachverständige. Die Sachverständigen werden in der ersten Fragerunde in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge – heute also beginnend mit Frau Pinar – ihre Antworten geben. An die Sachverständigen die Bitte, sich dabei mit ihren Antworten kurz zu halten. In der zweiten Fragerunde verfahren wir genau umgekehrt, also wieder in alphabetischer Reihenfolge. Noch einige technische Hinweise: Die Anhörung ist öffentlich. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne oder per Webex sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Rein vorsorglich möchte ich darauf hinweisen, dass Störungen in der Sitzung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht oder Strafrecht geahndet werden können. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit. Herr Dr. Andoor, Sie haben das Wort für Ihr Eingangsstatement.

SV Dr. George Andoor: Danke. Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, meine Damen und Herren, ich danke zunächst für die Möglichkeit dieser Stellungnahme. Zusammenfassend zu dem hier vorliegenden Antrag und dem Entwurf kann ich zunächst sagen, dass der Antrag, das Amt des Generalbundesanwaltes nicht als das eines politischen Beamten auszugestalten, unbedingt zu begrüßen ist. Weiter, dass die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zwar



nach geltender Rechtslage durch einen Richter und damit eine unabhängige Justizbehörde bereits jetzt möglich ist, aber zur Klarstellung eine Gesetzesänderung angezeigt sein kann.

Schließlich – und darauf will ich mich im Folgenden konzentrieren –, dass eine unabhängige Staatsanwaltschaft aus Legitimationsgesichtspunkten und systematischen Erwägungen weder wünschenswert noch sinnvoll ist. Mit Blick auf die Kürze der mir zur Verfügung stehenden Zeit muss ich für die umfassenden Details, insbesondere zu den ersten beiden Punkten, auf meine schriftliche Stellungnahme verweisen. Hier soll es um wesentliche Gründe gegen eine Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gehen. Allem voran kann nicht hinreichend betont werden, dass das ministerielle Weisungsrecht bei der Exekutive nichts Negatives ist. Es sichert die politische Verantwortlichkeit der Exekutive gegenüber dem Parlament. Nur, wenn ein Minister auf die Beamten seines Ressorts unmittelbar Einfluss nehmen kann, ist er auch dem Parlament gegenüber für das Fehlverhalten seiner Beamten Rechenschaft schuldig. Dieser Aspekt ist in einer rechtsstaatlichen Demokratie elementar und eigentlich unverzichtbar. Gerade die Staatsanwaltschaft von dieser Form der Kontrolle freizustellen, ist meines Erachtens nicht angezeigt. Zum einen ist sie eine sehr mächtige Behörde, die der externen Kontrolle durchaus bedarf. Gleichzeitig unterscheidet sie sich nicht wesentlich von anderen Behörden, die ebenfalls Sanktionen verhängen können, als dass ihre Sonderbehandlung gerechtfertigt wäre. So ist sie auf keinen Fall objektiver. Eine Pflicht, belastende und entlastende Umstände zu ermitteln, sieht das Gesetz nämlich auch für andere Behörden vor. Allen voran für Behörden, die Ordnungswidrigkeitenverfahren führen und unterschiedlichsten Ressorts angehören können. Man denke hier etwa an das Bundeskartellamt, das Geldbußen in Millionenhöhe verhängen kann. Es ist daher nicht klar, warum die Staatsanwaltschaft von der Fachaufsicht des Justizministers ausgenommen werden soll, während andere Ordnungswidrigkeitenbehörden von den Weisungen des zuständigen Fachministers nicht ausgenommen werden sollen. Die potentielle und bloß abstrakte Gefahr der politischen Einflussnahme ist bei all diesen Behörden dieselbe. Auch ihre Bindung an Gesetz und Recht begründet keine Sonderstellung der

Staatsanwaltschaft. Dies gilt schließlich gemäß Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG) für alle Behörden gleichermaßen. Schließlich schafft auch das Legalitätsprinzip hier keine besonderen Sicherheiten bezogen auf die Staatsanwaltschaft. Ein kurzer Blick in die §§ 153a ff. Strafprozessordnung (StPO) zeigt, wie viele Ausnahmen von diesem Prinzip existieren. Aber auch ein Blick in § 21 Bundesdisziplinargesetz (BDG) etwa zeigt, dass auch andere Behörden diesem Prinzip unterliegen. Schließlich ist doch die organische Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Justiz, die immer wieder hervorgehoben wird, nichts Einmaliges. Gleiches gilt etwa für die Wehrdisziplinaranwaltschaft oder den Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht. Wenn aber die Staatsanwaltschaft gegenüber anderen Behörden bei systematischer Betrachtung keine besondere Stellung einnimmt, stellt sich die Frage: Warum ausgerechnet sie unabhängiger gestalten, auch auf die Gefahr einer reduzierten parlamentarischen Kontrolle hin? Weiter stellt sich die Frage: Gilt dies dann für alle Behörden, die staatsanwaltliche Aufgaben wahrnehmen, etwa die Steuerstaatsanwaltschaften, die dem Finanzressort unterstehen? Letztlich gilt zusammenfassend festzuhalten, dass die reduzierte parlamentarische Kontrolle der Staatsanwaltschaft – dies wäre die Folge der Abschaffung der ministeriellen Weisungsbefugnisse – sie faktisch zu einer Untersuchungsrichterschaft machte, nur dass sie dabei nicht denselben Kontrollen unterläge, wie die Richter, etwa das öffentliche Verfahren oder Rechtsmittel, die die Vollstreckbarkeit der richterlichen Entscheidungen hemmen. Das Ermittlungsverfahren ist anders als das gerichtliche Verfahren nämlich geheim. Mit Blick auf all diese Aspekte kann nur davor gewarnt werden, eine so mächtige Behörde von der politischen Kontrolle völlig auszunehmen. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster hat Herr Böhm das Wort, der uns elektronisch zugeschaltet ist.

SV **Klaus Böhm**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Abgeordnete, meine Damen und Herren, zunächst danke ich Ihnen für die Möglichkeit der audio-visuellen Anhörung. Meine schriftliche Stellungnahme liegt vor. Auch mündlich möchte ich keine rechtspolitische



Bewertung abgeben, sondern Ihr Augenmerk auf die europarechtlichen Aspekte der beiden Gesetzentwürfe zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft lenken. Die Folgewirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) werden so langsam absehbar. Sie fordern uns schon jetzt zum Handeln auf. Wie Ihnen allen bekannt, hat dieser in seinem Urteil vom 27. Mai 2019 der deutschen Staatsanwaltschaft die Berechtigung zum Erlass Europäischer Haftbefehle abgesprochen. Diese sei nicht unabhängig – es könne nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass sie externe Anordnungen befolgen müsse. Das Urteil hat die forensische Praxis erschüttert. Der Zusammenbruch der nationalen europaweiten Fahndung konnte jedoch verhindert werden, da die Oberlandesgerichte der Strafprozessordnung auch eine gerichtliche Zuständigkeit entnehmen konnten. Die justizielle und polizeiliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union ist jedoch vielschichtig. In Deutschland nimmt die Staatsanwaltschaft eine zentrale Rolle ein. Es steht nun konkret zu befürchten, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur Unabhängigkeit von Justizbehörden auf weitere Bereiche ausdehnt. Mitte des Jahres ist mit der Entscheidung zur sogenannten vollstreckenden Justizbehörde zu rechnen. Ich möchte Ihnen den Begriff an einem Beispiel erläutern: Es geht um die Frage, ob etwa die Generalstaatsanwaltschaft in Schleswig zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls der Zweiten Kammer des Obersten Spanischen Gerichtshofes vom März 2018 gegen den ehemaligen katalanischen Regionalpräsidenten Carles Puigdemont berechtigt war – sie ist ja nicht unabhängig und hätte Weisungen befolgen müssen. Insoweit ist die Diskussion in Fachgremien – Krisensitzungen haben bereits stattgefunden – im Gange und es ist denkbar (nicht sicher), dass wir eine derartige „Gleichstellung“ auch durch eine sogenannte rahmenbeschlusskonforme Auslegung des geltenden Rechts noch auffangen können. Sollte der EuGH aber – wie von vielen Beobachtern erwartet – in den beiden weiter anhängigen Vorlageverfahren zum Auskunftsrecht der Generalstaatsanwaltschaft im Auslieferungsverfahren und zur Europäischen Ermittlungsanordnung seine Rechtsprechung weiter ausdehnen, dürfte eine vollständige

Rettung nicht mehr möglich sein. Die rechtlichen Folgen sind nicht absehbar. So könnte ein solches Verdikt zum weitgehenden Stillstand der sogenannten sonstigen Rechtshilfe mit den Mitgliedstaaten führen. So dürften die dortigen Justizbehörden deutschen Rechtshilfeersuchen keine Folge mehr leisten, wenn diese nicht von einem Richter erlassen oder zumindest von diesem bestätigt worden sind. Unser Recht ist dafür nicht vorbereitet. Nun stehen wir vor einem Dilemma: Wir könnten natürlich die Entscheidungen des EuGH abwarten – sie könnten ja doch anders als erwartet ausfallen. Wenn aber nicht, wäre der außenpolitische Schaden immens. Ich habe Ihnen in meiner schriftlichen Stellungnahme zwei unterschiedliche Vorschläge unterbreitet, welche ich Ihnen gerne noch später erläutere: Der erste Vorschlag – Herausnahme europarechtlicher Sachverhalte – beschränkt das externe Weisungsrecht nur in einem absoluten Nebebereich und belässt der Staatsanwaltschaft die zentrale Rolle im Bereich der Rechtshilfe mit den Mitgliedstaaten. Der zweite Vorschlag ist an das österreichische Modell angelehnt. Er behält das externe Weisungsrecht auch im Bereich europarechtlicher Sachverhalte bei, würde jedoch der Staatsanwaltschaft im Einzelfall in allen Fällen nach dem Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) die Einholung einer vorherigen gerichtlichen Bestätigung ermöglichen. Beiden Vorschlägen ist gemein, dass durch eine kurzfristige gesetzliche Umsetzung – zu der ich Sie um Prüfung bitten wollte – aus meiner Sicht weiterer außenpolitischer Schaden verhindert werden könnte. Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Böhm. Als Nächster hat Herr Gärditz das Wort, der uns ebenfalls elektronisch zugeschaltet ist.

SV **Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, vielen Dank für die Gelegenheit, hier Stellung zu nehmen. Der EuGH hat mit seiner Entscheidung zur Frage, wer Justizbehörde im Sinne des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl ist – das wurde gerade von Herrn Böhm gesagt –, für einige



Schwierigkeiten im Rahmen der Abläufe unseres Rechtshilfeverkehrs gesorgt. Ich möchte hier vor allem zu zwei Punkten Stellung nehmen. Einmal: Ist es notwendig, jetzt die Staatsanwaltschaft unabhängig zu stellen? Zweitens: Wäre das verfassungskonform überhaupt möglich? Ich darf hier betonen, dass der EuGH, anders als das manchmal so in der Diskussion aufgetaucht ist, nicht verlangt hat, dass die deutschen Staatsanwaltschaften jetzt zu unabhängigen Justizbehörden gemacht werden. Der EuGH hat lediglich festgestellt, dass eine Justizbehörde im Sinne des Europäischen-Haftbefehl-Rahmenbeschlusses voraussetzt, dass diese Stelle unabhängig von äußeren Weisungen ist. Damit bleibt die Frage, wie wir unsere Staatsanwaltschaft organisieren, weiterhin in der Justizautonomie der Bundesrepublik Deutschland. Wenn wir die Staatsanwaltschaft so organisieren wie bisher, müssen wir für eine andere Zuständigkeit sorgen, wer bei uns Europäische Haftbefehle erlassen darf. Es geht also in der Sache eigentlich um ein viel kleineres Problem, das meines Erachtens keinen Anlass bietet, jetzt hier umfassend die institutionelle Stellung der Staatsanwaltschaften zu reformieren. Der EuGH hat im Übrigen in einer Entscheidung, die dann ein paar Monate später ergangen ist, auch ausdrücklich klargestellt, dass auch eine weisungsabhängige Staatsanwaltschaft den Anforderungen an eine Justizbehörde dann genügt, wenn ein unabhängiges Gericht diesen Europäischen Haftbefehl genehmigen muss. Das wäre auch eine denkbare Lösung, die uns zur Verfügung stünde. Was können wir jetzt daraus machen, vor allem verfassungsrechtlich? Meines Erachtens wäre eine unabhängige Stellung der Staatsanwaltschaft mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sehr konkrete Anforderungen an die demokratische Determinierbarkeit von Exekutivbehörden gestellt, die im Grundsatz unverändert für die Staatsanwaltschaften gelten. Art. 92 GG i. V. m. Art. 97 GG stellt nur Gerichte von demokratischen Weisungsketten frei, aber nicht Exekutivbehörden der Strafverfolgung. Hier lässt sich auch nicht argumentieren, wie das in dem Entwurf der Fraktion der FDP geschehen ist, dass man ja das Weisungsrecht lediglich für Einzelfälle ausschließen könne. Gerade in

Einzelfällen muss aber irgendjemand demokratisch verantwortlich dafür sein, dass wir eine ordnungsgemäße Strafverfolgungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland haben. Das hat zum einen legitimatorische Aspekte. Die Staatsanwaltschaften haben weitreichende Befugnisse, wo es auch teilweise um tiefgreifende Grundrechtseingriffe geht. Dass das alles ordnungsgemäß vorgenommen wird, dass hier also sauber Strafverfolgung betrieben wird, die Verhältnismäßigkeit gewahrt wird, dafür muss auch irgendjemand demokratisch verantwortlich gemacht werden können, insbesondere wenn etwas schiefgeht, wenn Pannen passieren. Es kommt noch hinzu, dass die Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens im weitgehenden Verfahrensermessen der Ermittlungsbehörden liegt. Dass sie durch die Gesetze gebunden sind, sprich an Strafgesetzbuch oder sonstiges Sonderstrafrecht sowie Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, spielt nicht die entscheidende Rolle. Die Frage, ob Ermittlungen wirksam geführt werden, ordnungsgemäß laufen, hängt im Wesentlichen davon ab, welche Maßnahmen die Behörde wann ergreift und wie sie Ermessen ausübt. Dass also für – ich sage mal – vermastete Ermittlungen, bei denen Eingriffe nicht rechtzeitig oder nicht vorgenommen worden sind, oder bei Ermittlungen, wo völlig unverhältnismäßige Maßnahmen vorgenommen werden, am Ende niemand demokratisch verantwortlich gemacht werden kann, weil der zuständige Minister oder die Ministerin nur sagen kann: „Ich kann mich hier nicht einmischen.“, wäre aus dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips verfassungswidrig und im Übrigen auch demokratisch – meines Erachtens – unerträglich. Vor diesem Hintergrund bleiben uns also letzten Endes zwei Lösungsmöglichkeiten. Wir könnten zum einen diese Bestätigungslösung, die auch der EuGH akzeptiert hat, wählen und sagen: „Der Europäische Haftbefehl wird von einem Gericht bestätigt.“ Das ist möglicherweise auch gar kein Problem. Jedem Europäischen Haftbefehl muss ein nationaler Haftbefehl zugrunde liegen. Das könnte der Richter einfach mit einer zweiten Unterschrift machen. Ansonsten könnte man die Zuständigkeit den Gerichten übertragen. Herzlichen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Als Nächster hat Herr Harden das Wort. Bitte schön.



SV Thomas Harden: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, wie Sie meinem geschilderten Werdegang entnehmen können, habe ich Weisungen erlebt, bei einer Staatsanwaltschaft, bei zwei Generalstaatsanwaltschaften und während zwölf Jahren in einem Justizministerium und zwar auf Empfänger- und auf Absenderseite, wenn auch äußerst, äußerst selten. Wir haben hier mit mindestens vier europäischen Einflüssen zu tun. Diese sind alle in unseren Stellungnahmen genannt. Der wesentliche Impuls war die EuGH-Entscheidung aus Mai letzten Jahres. Zum externen Einzelfallweisungsrecht bzw. zu dessen Abschaffung mit dem Gesetzentwurf der FDP: Der Gesetzentwurf wird ja begründet mit dem bösen Anschein der Einflussnahme. Da ist mir die Klarstellung wichtig, dass es auch schon nach der jetzigen Rechtslage ein politisches externes Weisungsrecht nicht gibt, sondern dass das ganz vielfältig abgesichert und eingehegt ist: Art. 20 Abs. 3 GG mittelbare Bindung an das Legalitätsprinzip, kompetente fachliche Beratung durch die Arbeitsebene im Ministerium, parlamentarische Verantwortung, kritische mediale Begleitung und ein Fundus an Straftatbeständen bis hin zum letzten Paragraphen des Strafgesetzbuchs (StGB), § 357, Verleitung Untergebener zu einer Straftat, der auf diese Konstellation wahrscheinlich am besten passen würde. In der Sache: Meiner Ansicht nach ist das Thema deutlich komplexer als der kurze Gesetzentwurf der FDP das hier suggeriert. Ich halte ihn in dieser Vorlage, wie sie uns präsentiert wurde, ebenfalls für verfassungswidrig, aber auch für nicht zweckmäßig. Zur Verfassungswidrigkeit hat Professor Gärditz eigentlich schon das Entscheidende gesagt: Es ist allenfalls die Frage, ob diese gerissene Legitimationskette kompensiert werden kann. Da fehlt mir auch etwas die Fantasie, weil das hier sehr massive Befugnisse sind, die die Staatsanwaltschaft hat, tiefgreifende Grundrechtseingriffe. Jedenfalls bei Umsetzung dieses Gesetzentwurfs entstünde ja ein Vakuum. Ich möchte aber auch noch drei Argumente außerhalb des Verfassungsrechts anführen, die für eine Beibehaltung sprechen. Erstens: Die Abgrenzung lässt sich nicht durchhalten. Die Abgrenzung zwischen generellen Weisungen und unzulässigen Einzelfallweisungen. Wenn ein Minister/eine Ministerin keine Möglichkeit hat, im Einzelfall hineinzufunken, dann ist die

allgemeine Weisung etwas, das ins Leere geht. Ich möchte ein plastisches Beispiel aus den 1990er Jahren nennen: Die Zeit der Brandanschläge in Solingen, Hünxe und andernorts. Damals ist in Nordrhein-Westfalen und wahrscheinlich auch andernorts eine allgemeine Weisung ausgegeben worden, bei diesen Delikten nicht nur die Brandstiftungsstraftaten in den Blick zu nehmen, sondern das auch unter dem Aspekt des Tötungsdelikts zu prüfen. Und wenn jetzt eine Generalstaatsanwaltschaft dieser allgemeinen Weisung im Einzelfall nicht nachkäme, dann wäre ein Minister machtlos. Zweiter Punkt: Eine unkontrollierte Staatsanwaltschaft wäre ein unkontrollierbarer Machtfaktor im Staat. Und der dritte Punkt: Blick auf die weiteren Folgen. Die Staatsanwälte würden ihr Remonstrationsrecht verlieren, die weitere Dienstaufsichtsbeschwerde würde als Institut wegfallen, Petitionen und Untersuchungsausschüsse würden auf diesem Gebiet weitestgehend leerlaufen. Auch das müsste man alles in den Blick nehmen. Deshalb votiere ich also aus fachlicher Sicht gegen diesen Gesetzentwurf.

Bei dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der ja im Wesentlichen auf Transparenz ausgerichtet ist, meine ich, dass man diesen Schritt durchaus gehen könnte. Wir haben eine Reihe von Regelungsmodellen in Bund und Ländern – Verwaltungsvorschriften, Ähnliches –, die zeigen, dass da ein Bedürfnis ist, diese Transparenz deutlich zu machen. Bisher haben wir da durchaus uneinheitliche Regelungen. Das könnte dafür sprechen, hier einen bundesgesetzlichen Standard zu setzen. Damit würde auch den Empfehlungen von GRECO (The Group of States against Corruption) entsprochen. Ich habe sechs Bausteine dazu im Einzelnen in meiner Stellungnahme aufgezeigt. Bei diesem Verweis möchte ich es dann auch belassen. Ich komme zum Thema „Abschaffung des Status des GBA (Generalbundesanwaltes) als politischer Beamter“: Dafür spreche ich mich ganz klar aus. Bislang ist immerhin bei zehn Amtsinhabern drei Mal von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht worden. Das ist also kein nur ganz theoretisches Problem. Die Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte haben sich schon zwei Mal mit dem Thema befasst, 1977 und 2004, und jeweils einstimmig beschlossen, dass kein Staatsanwalt ein politischer Beamter sein solle. Die Frage ist ja



dann, wie man dieses Dilemma löst. Wir haben ja diese europarechtlichen Vorgaben – da meine ich, dass wir es nicht im GVG (Gerichtsverfassungsgesetz) lösen sollten, sondern durch eine entsprechende Anpassung im IRG.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Killmer hat als Nächster das Wort. Bitte schön.

SV Dieter Killmer: Danke schön. Sehr geehrter Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren, im Kernbereich seiner Tätigkeit ist der Staatsanwalt absolut abhängig. Abhängig von Recht und Gesetz. Daran soll nichts geändert werden, daran darf nichts geändert werden. Worum es geht, ist diese elementare Bindung an Recht und Gesetz zu schützen. Zu schützen vor dem Anschein, es gäbe eine politische Abhängigkeit oder aber zumindest Beeinflussbarkeit. Die Bemühungen, ein der besonderen justizgewährenden Funktion der Staatsanwaltschaft entsprechendes Amtsrecht zu schaffen, sind trotz jahrzehntelanger Diskussion und Reformversuche bislang gescheitert. Zuletzt durch die rechtspolitischen Entwicklungen im Zusammenhang mit „netzpolitik.org“ ist das externe Weisungsrecht – also die ministerielle Befugnis, im Einzelfall verbindliche Vorgaben zur Sachbehandlung zu machen –, in erneute Kritik geraten. Und auch der Deutsche Richterbund hat dies zum Anlass genommen, im Jahr 2015 einen konkreten Reformvorschlag zum Einzelweisungsrecht zu machen. Spätestens mit der Entscheidung des EuGH aus Mai vergangenen Jahres ist neben der innerstaatlichen Dimension eine europäische hinzugetreten, die aus Sicht des Richterbundes zum Handeln zwingt. Der EuGH hat nämlich deutlich herausgestellt, dass das System des auf gegenseitiger Anerkennung beruhenden Europäischen Haftbefehls auf dem Leitbild einer unabhängigen, nationalen Staatsanwaltschaft beruht. Diesem gemeinsamen unionsweiten Maßstab entsprechen deutsche Staatsanwaltschaften – anders als die der anderen Mitgliedstaaten – aufgrund des externen Weisungsrechts der Justizminister nicht. Nun hat sich die Praxis sehr schnell beholfen und hat bestehende und von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten unterschriebene Europäische Haftbefehle den Gerichten zur Unterzeichnung vorgelegt. Diese Flexibilität aber darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das

eigentliche Problem damit nicht gelöst ist. Denn aktuell ist ein weiteres Gerichtsverfahren vor dem EuGH anhängig, das die Frage zum Gegenstand hat, ob deutsche Staatsanwaltschaften hinreichend unabhängig sind, um am System der Europäischen Ermittlungsanordnung teilnehmen zu dürfen. Sollte der EuGH bei seiner Linie bleiben, was die zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung an Deutschland gerichteten Fragen des Gerichts vermuten lassen, wären die Auswirkungen für die deutsche Justiz unübersehbar – eine erhebliche Mehrbelastung der Gerichte, aber auch der Staatsanwaltschaften, eine Art Untersuchungsrichter, der in Rechtshilfeangelegenheiten auch mit Maßnahmen befasst wird, die innerstaatlich gar keinem Richter vorbehalt unterliegen, und nicht zuletzt ein erheblicher Ansehensverlust der deutschen Justiz und damit des deutschen Rechtsstaats insgesamt innerhalb der Europäischen Union. Und perspektivisch wird die Diskussion auch nicht bei der Europäischen Ermittlungsanordnung Halt machen. Im Zuge der Verhandlungen zur E-Evidence-Verordnung hat das Europäische Parlament unter Bezugnahme auf die jüngste Rechtsprechung des EuGH ebenfalls die Forderung erhoben, dass neben einem Gericht nur ein unabhängiger Staatsanwalt tätig werden dürfe. Unabhängig – so heißt es in dem Berichtsentwurf ausdrücklich – sei ein Staatsanwalt dann, Zitat: „wenn er nicht dem Risiko ausgesetzt ist, in einem konkreten Fall direkt oder indirekt Weisungen oder Anweisungen im Zusammenhang mit dem Erlass einer Entscheidung von der Exekutive, wie zum Beispiel einem Justizminister, zu erhalten.“ Aus Sicht des DRB (Deutschen Richterbundes) ist eines klar: Spätestens durch dieses auf europäischer Ebene etablierte Leitbild einer zumindest von Einzelfallweisungen unabhängigen Staatsanwaltschaft besteht dringender Handlungsbedarf, will man nicht die deutschen Staatsanwaltschaften von wesentlichen Instrumenten des europäischen Rechtshilfeverkehrs in Strafsachen ausnehmen. Hierzu gehört eine Abschaffung des ministeriellen Einzelweisungsrechts und hierzu gehört auch eine Abschaffung des Status des politischen Beamten für den Generalbundesanwalt. Zwar liegt der Schwerpunkt seines Aufgabenbereichs im Schnittpunkt zwischen Strafverfolgung und Politik. Gleichwohl repräsentiert er gerade in



seiner öffentlich besonders wahrgenommenen Funktion den Rechtswillen des Staates insgesamt und nicht den politischen Machtanspruch einer einzelnen Regierung. Er muss daher in seiner Amtsausübung nicht wie ein politischer Beamter grundsätzlich und fortdauernd mit den politischen Ansichten und Zielen der Regierung in Übereinstimmung stehen. Vielmehr ist er sogar dazu berufen, sich diesen Zielen zur Wahrung von Recht und Gesetz im Einzelfall entgegenzustellen. Mit dieser aus dem Legalitätsprinzip folgenden Verpflichtung ist der Status als politischer Beamter nicht vereinbar. Gerade in Zeiten, in denen wir uns nicht mehr sicher sein können, dass der freiheitlich-demokratische Rechtsstaat als akzeptierter gemeinsamer gesellschaftlicher Nenner nicht in Frage gestellt wird, gilt es wachsam und im Einzelfall wehrhaft zu sein. Ein Rechtsstaat kann aber nur so wehrhaft sein, wie die Institutionen, die zu seinem Schutz berufen sind. Es gilt daher, den Generalbundesanwalt mit der ihm zugewiesenen Aufgabe des Staatsschutzes wehrhaft, und das muss heißen politisch unabhängig, zu machen. Ich danke Ihnen.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Killmer. Als Nächste hat Frau Koppers das Wort.

Sve Margarete Koppers: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, verehrte Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren, auch ich danke Ihnen für die Gelegenheit, aus meiner Perspektive zu den beiden vorliegenden Drucksachen Stellung zu nehmen. Gestatten Sie mir aber zu Beginn einen Hinweis: Prädestiniert hier vorzutragen, wäre der hochgeschätzte, aber leider viel zu früh verstorbene Kollege Erardo Rautenberg. Er hat Zeit seines Berufslebens für die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gekämpft und hierzu immer wieder veröffentlicht. Ich maße mir nicht an, in seine sehr großen Fußstapfen zu treten, aber ich möchte seine Gedanken in Erinnerung rufen und deshalb habe ich ihn in meiner Ihnen vorliegenden schriftlichen Stellungnahme vielfach, auch wörtlich, zitiert. Ich selbst bin als Richterin sozialisiert. Mein Berufsethos ist zusätzlich durch meine Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin beim BVerfG im Dezernat von Professor Hassemer geschärft worden. Im Laufe meines Berufslebens habe ich ein extrem ausgeprägtes Sensorium für politische Einflussnahme entwickelt. Und ich bin

zutiefst überzeugt von der existenziellen Bedeutung unseres Rechtssystems für die Erhaltung unserer rechtsstaatlichen Demokratie. Und deshalb spreche ich mich für die Abschaffung des externen Weisungsrechts aus, und zwar generell jeden Weisungsrechts gegenüber der Staatsanwaltschaft. Da es aber dafür einer Grundgesetzänderung bedarf, und ich die politischen Realitäten nicht verkenne, beschränke ich mich hier auf Ausführungen zu den vorliegenden Anträgen. Die europarechtliche Entwicklung zwingt uns – das hat Herr Killmer hier schon zutreffend ausgeführt –, dieses Thema ernster zu nehmen, als es in diesem Hause jemals genommen worden ist. Denn die vielfach zitierte Entscheidung des EuGH vom 27. Mai letzten Jahres war nur der Auftakt einer durch das Gericht dokumentierten und nachhaltig verfolgten Absicht europäischer Rechtspolitik, auf die Weisungsunabhängigkeit nicht nur von Gerichten, sondern auch und gerade von Staatsanwaltschaften hinzuwirken. Deutschland mag nicht direktes Ziel dieser Gerichtsentscheidung gewesen sein, denn im Vordergrund steht die Befürchtung, dass Staaten wie Ungarn oder Polen, die sich immer weiter von der Rechtsstaatlichkeit entfernen, strafprozessuale Instrumente, wie den Europäischen Haftbefehl, politisch ausnutzen. Aber gäbe es keinen Anknüpfungspunkt im deutschen Gerichtsverfassungsrecht, hätte der EuGH dieses Exempel am deutschen Rechtsstaat auch nicht statuieren können. Und bitte sehen Sie es mir nach, wenn ich noch deutlicher werde: All die hier vorgetragene Argumente für das Beibehalten des externen Weisungsrechts, sind von der Bundesregierung im Europäischen Haftbefehl-Vorlageverfahren vorgetragen worden. Allein: Den Gerichtshof hat es nicht interessiert. Deutsche juristische Kleinteiligkeiten – mögen sie auch noch so fundiert sein – haben bei europäischen Institutionen keinen hohen Stellenwert. Zumindest in dieser Frage sind die Argumente von gestern schlicht nicht mehr aktuell. Die Linie europäischer Rechtspolitik ist eindeutig. Die Europäische Staatsanwaltschaft ist in ihrer Unabhängigkeit als Leitbild auf europäischer Ebene geschaffen worden, gerade weil man den Mitgliedstaaten nicht vertraut. Dass die Zuständigkeiten dieser Institution nicht auf Betrugverfahren zu Lasten der Europäischen Union beschränkt bleiben werden, steht fest.



Angekündigt ist bereits die Erweiterung des Mandats zur Bekämpfung grenzüberschreitender terroristischer Straftaten. Das Europäische Parlament hat zudem entgegen dem Votum der EU-Minister die ehemalige Leiterin der rumänischen Antikorruptionsbehörde zur ersten Europäischen Generalstaatsanwältin gewählt. Verbleibt es bei der Regelung der §§ 146 und 147 GVG in ihrer derzeit geltenden Fassung, besteht die Gefahr, dass die für unser System so bedeutende Rolle der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens und als Vollstreckungsbehörde sukzessive beschnitten werden wird. Deutschland wird mit Ländern wie Polen oder Ungarn, in denen die Justiz massiv politisch instrumentalisiert und umgebaut wird, in einen Zusammenhang gebracht. Das beschädigt nicht nur den Ruf unseres Rechtssystems, sondern nimmt uns auch die Glaubwürdigkeit, genau jene Staaten zu kritisieren. Soll also eine ihrer Aufgaben im Sinne der Strafprozessordnung gerecht werdende Staatsanwaltschaft in der bewährten Form erhalten bleiben, ist die auf europäischer Ebene geforderte Abschaffung des externen Weisungsrechts im Einzelfall unausweichlich. Jeder Versuch, dieses Recht durch neu gefasste und wohlklingend einschränkende Formulierungen zu erhalten, wird beim EuGH und den weiteren europäischen Institutionen nicht auf Verständnis stoßen. Ich unterstütze daher nachdrücklich den Entwurf der Fraktion der FDP. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Der stellvertretende Vorsitzende: Frau Koppers, vielen Dank. Als Nächste hat Frau Pinar das Wort. Bitte schön.

Sve Gül Pinar: Vielen Dank. Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren, ich kann mich eigentlich relativ kurz fassen, weil meine Vorredner – Herr Dr. Andoor, Herr Böhm, Herr Professor Gärditz und Herr Harden – zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzentwurfs und zur demokratischen Legitimation des Weisungsrechts Stellung genommen haben, so dass ich mich auf einige wenige Punkte beschränken kann. Das Strafprozessrecht kennt keine pauschalierende Unabhängigkeit der Justiz. Nach Art. 97 Abs. 1 GG sind Richter unabhängig, nicht etwa die Justiz. Das dürfen wir nicht verwechseln. Eine unsaubere Trennung der Funktion der ermittelnden

Staatsanwaltschaft und der rechtsprechenden Gewalt und eine daraus abgeleitete Anerkennung einer quasi-richterlichen Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft würde die staatsrechtliche Einordnung der Staatsanwaltschaft im System der Gewaltenteilung ins Wanken bringen. Das würde weitreichendere Folgen haben als die beabsichtigten Änderungen des Gesetzentwurfs, zum Beispiel könnten die Staatsanwaltschaften künftig vorbringen, richterlicher Kontrolle einer Maßnahme bedürfe es nicht, wo die Unabhängigkeit der Entscheidung durch die institutionelle Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft bereits garantiert sei. Und wenn ich dann höre, dass wir im Hinblick auf Europa darauf Rücksicht nehmen müssten, ist das genau das, was die Anwaltschaft seit Jahren sagt, dass zuerst das Strafrechtssystem und Strafprozessrecht der europäischen Länder aneinander angeglichen werden müssen und die Grundrechtskontrolle erst eingeführt werden muss und wir dann darüber sprechen können. Die Prozessordnungen sind so unterschiedlich. Und wenn ich höre, dass wir dann als Staatsanwaltschaft eine Ermittlungsanordnung nicht machen können – ja, wir wollen die richterliche Kontrolle. Und mir graust es davor, dass eine Staatsanwaltschaft ohne richterliche Kontrolle irgendwelche Ermittlungsanordnungen durchführen kann und dass es international einfacher wird. Und warum soll ein nationaler Haftbefehl von einem Richter erlassen werden, und ein Europäischer Haftbefehl, der eigentlich weitaus größere Konsequenzen für den Betroffenen hat, weil er mitunter wochenlang durch die Gegend gekarrt wird, nur von einem Staatsanwalt erlassen werden? Das kann man tatsächlich demokratisch nicht legitimieren. Das Vertrauen der Öffentlichkeit in eine unparteiliche Staatsanwaltschaft ist natürlich wichtig. Das ist aber nicht gleichzusetzen mit einer Unabhängigkeit im Sinne von Freiheit von parlamentarischer Verantwortlichkeit und Kontrolle. Die Unparteilichkeit der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen ist ja bereits im § 160 Abs. 2 StPO geregelt. Die Staatsanwaltschaft hat also nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln. Das muss man ja dann auch europäisch immer wieder vorführen, und sagen: „Deswegen sind wir auch anders als ein französischer Staatsanwalt und können auch erhobenen Hauptes dastehen.“ Aber auch ich finde, dass wir – wie es in dem Antrag ausgeführt



ist – tatsächlich eine gewisse Transparenz in das Gesetz hineinschreiben könnten, dass Weisungen schriftlich erteilt werden müssen, weil eben unter anderem auch dadurch eine parlamentarische Kontrolle eher ermöglicht werden kann. Im Gegensatz zu meinen Vorrednern finde ich, dass die Stellung des Generalbundesanwalts oder der Generalbundesanwältin beim Bundesgerichtshof als politische Beamten der konkreten Ausgestaltung des Demokratieprinzips und der parlamentarischen Kontrolle der Arbeit geschuldet ist und daher Bestandteil der Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft ist. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Frau Pinar. Damit sind wir am Ende der ersten Einführungsrunde und kommen jetzt zu den Fragen. Uns liegen Wortmeldungen aller Fraktionen vor. Wir gehen nun nach der zeitlichen Reihenfolge der Wortmeldungen vor. Herr Ullrich beginnt.

Abg. **Dr. Volker Ullrich** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren Sachverständige, auch in Karlsruhe und Bonn, herzlichen Dank für Ihre Stellungnahmen. Ich möchte im Prinzip abschichten, dass es um zwei Themenkomplexe geht. Auf der einen Seite geht es um die Folgerungen aus dem Urteil des EuGH zum Europäischen Haftbefehl und auf der anderen Seite geht es um das ministerielle Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft im Allgemeinen. Meine erste Frage wäre an Herrn Harden: Könnten Sie sich organisatorisch vorstellen, dass das Verfahren des Vollzugs des Europäischen Haftbefehls erweitert wird durch eine richterliche Kontrolle, so dass damit auch den Vorgaben des EuGH genüge getan wird? Und lässt sich das, auch aus Ihrer Erfahrung heraus, in der Praxis realisieren? Und die zweite Frage richte ich nach Bonn, an Herrn Professor Gärditz, der auch ausgehend vom Demokratieprinzip von der Legitimationskette gesprochen hat, zwischen dem Staatsvolk und der Ausübung hoheitlicher Gewalt. Wäre es aus Ihrer Sicht nicht sogar zwingend, wenn man von einer unabhängigen Staatsanwaltschaft sprechen würde, dass man dann letztlich Staatsanwälte zumindest wählen lassen müsste, auch mit all den Folgen, die das Wahlamt eines Staatsanwalts mit sich brächte? Ich erinnere da an gewisse Vorkommnisse in den

USA, die vielleicht nicht unbedingt als positives Beispiel dienen könnten.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Als Nächste Frau Bayram.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Auch im Namen meiner Fraktion bedanke ich mich sehr herzlich bei den Sachverständigen. Ich habe eine Frage, die an zwei Sachverständige geht – einmal an Frau Koppers und einmal an Herrn Gärditz. Und zwar geht es mir darum, was Sie denn davon halten würden, die Amtszeit der Generalbundesanwälte womöglich auf zwölf Jahre zu befristen. Wir haben uns das einmal angeschaut und festgestellt, dass die durchschnittliche Amtszeit ca. 6,6 Jahre gedauert hat, abgesehen von wenigen Ausnahmen. Deswegen würde mich interessieren, was sie davon halten würden. Danke schön.

Der stellvertretende Vorsitzende: Nur zur Klarstellung: Sie meinen, von vornherein für zwölf Jahre zu wählen, und nicht eine Höchstauer von zwölf Jahren festzusetzen? Das wäre ja eine andere Frage.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich meine, zwölf Jahre festzulegen und auf zwölf Jahre zu wählen.

Der stellvertretende Vorsitzende: Als Nächster Herr Straetmanns.

Abg. **Friedrich Straetmanns** (DIE LINKE.): Ich habe eine Frage an Herrn Dr. Andoor und eine Frage an Herrn Harden. Herr Dr. Andoor, Sie haben eben darauf verwiesen, wie sich die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft auf das Ermittlungsverfahren auswirken könnte. Können Sie den Punkt noch einmal etwas verdeutlichen, insbesondere wo Sie dort Probleme sehen? Herr Harden – Sie bekommen dieselbe Frage, wie ich Herrn Dr. Andoor sie gestellt habe, weil mich das aus der Praktikerperspektive interessiert: Also die Frage, ob sich die Unabhängigkeit einer Staatsanwaltschaft auf die Durchführung von Ermittlungsverfahren auswirken würde und wenn ja, wie?

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Nun Herr Martens.

Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Vielen Dank. Ich möchte auf ein Argument eingehen, die Frage der



demokratischen Legitimation der Stellung des Staatsanwaltes. Vergleichbar damit sind Richter, die völlig unabhängig, aber auch demokratisch legitimiert sind – das wird jedenfalls behauptet. Jetzt die Frage an die Staatsanwältin Frau Koppers und Herrn Kilmer: Befürchten Sie wirklich das Verschwinden der demokratischen Legitimation in der Ausübung des Amtes eines Staatsanwalts, wenn das Einzelfallweisungsrecht entfielen?

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Und als Letzter Herr Brunner.

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, herzlichen Dank den Sachverständigen für ihre entsprechenden Stellungnahmen, die sich ja in ihrer Ausgestaltung zum Teil sehr unterschiedlich dargestellt haben. Ich persönlich mache keinen Hehl daraus, dass mir die Vorstellung, Staatsanwälte zu zweiten Richtern zu machen, etwas Schwierigkeiten bereitet, zumal ich selbst meinen beruflichen Anfang bei einer Staatsanwaltschaft hatte und insoweit natürlich ein gewisses Weltbild mitbringe. Ich habe zwei Fragen, einmal an den Herrn Richter am Oberlandesgericht Böhm und einmal an die Frau Rechtsanwältin Pinar. An Herrn Böhm die Frage: Sie haben in Ihrer Stellungnahme dargelegt, dass sich aus § 131 Abs. 1 StPO und § 457 Abs. 3 StPO die inländische gerichtliche Befugnis für die Ausstellung von Europäischen Haftbefehlen bereits ergibt. Was spricht denn jetzt explizit dagegen, diese Praxis, die bereits existiert, weiter zu betreiben? Und an Frau Pinar die Frage: Fälle, in denen ein Justizminister vom Weisungsrecht Gebrauch macht, sind zumindest nach den Erfahrungen aus meiner Zeit, als äußerst selten, um nicht zu sagen, verschwindend anzusehen. Die demokratische Kontrolle allerdings halte ich für notwendig. Welche Auswirkungen hat denn aus Ihrer Sicht – jetzt einmal von außen betrachtet – das Weisungsrecht im Alltag der Strafverteidigung?

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Brunner. Damit sind wir am Ende der ersten Fragerunde und kommen jetzt in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge zur Beantwortung der Fragen, das heißt Frau Pinar antwortet als Erste auf die Frage von Ihnen, Herr Brunner. Bitte schön.

Sve Gül Pinar: Also, für den Alltag der Strafverteidigung kann ich sagen, dass das Weisungsrecht überhaupt keine Auswirkungen hat, außer, dass Mandaten tatsächlich sagen: „Kannst Du nicht einmal mit dem Staatsanwalt reden oder mit der Politik, vielleicht kann er da etwas machen?“ Aber das ist wie mit den Voodoo-Puppen, mit denen man sprechen kann. Also, insofern: Nein, es hat gar keine Auswirkungen.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Frau Koppers hat die Antworten auf die Fragen von Frau Bayram und Herrn Martens zu geben.

Sve Margarete Koppers: Ich glaube auch, dass es keine Auswirkungen hätte, weil alles so bliebe, wie es ist. Wir halten uns natürlich an Recht und Gesetz. Das war aber nicht die Frage an mich. Die Amtszeit auf zwölf Jahre zu begrenzen, wäre ja dieselbe Praxis wie beim BVerfG. Ich würde ohnehin dafür plädieren, dass so hohe Führungsfunktionen in der Justiz insgesamt genauso wie bei den OLG-Präsidenten parlamentarisch gewählte Funktionen wären – welcher Ausschuss auch immer sich dafür dann bereit erklärte. Dann könnte man selbstverständlich, wie auch beim BVerfG, eine Amtszeitbegrenzung einführen. Die zweite Frage an mich war die Frage der demokratischen Legitimation. Ich kann nicht erkennen, warum die entfallen sollte, bloß bei Abschaffung des Einzelfallweisungsrechts. Anders wäre es in der Tat bei Abschaffung des allgemeinen Weisungsrechts. Dann müsste Art. 92 GG geändert werden. Das habe ich auch schriftlich dargelegt. Bei den Einzelfällen unterliegt die Staatsanwaltschaft der vollen gerichtlichen Kontrolle. Sie wird nicht als nicht mehr kontrollierbare Macht im Staate agieren, sondern selbstverständlich unterliegt sie in Gänze richterlicher Kontrolle, wie umgekehrt ja – das ist ja das System von Checks and Balances – Gerichte und Staatsanwaltschaften sich gegenseitig kontrollieren sollen. Wenn das allgemeine Weisungsrecht bleibt, gibt es kein Legitimationsproblem, und bei den Einzelfällen bleibt es bei der gerichtlichen Kontrolle. Danke.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Herr Killmer mit der Antwort auf die Frage von Herrn Martens.

SV Dieter Killmer: Danke schön. Das betrifft die Frage der demokratischen Legitimation. Ich muss



natürlich sagen, ich bin kein Verfassungsrichter, kein Verfassungsrechtler. Ich war früher Richter, bin mittlerweile Staatsanwalt und kenne die unterschiedlichen Perspektiven sehr gut. Ich meine nicht, dass es konsequent wäre. Sicherlich – das hat Frau Koppers gesagt –, bestünden bei einer Grundgesetzänderung ganz andere Vorgaben. Insoweit ist im Strafrecht auch durchaus Rechtsvergleichung immer sehr spannend, weil man sehen kann, dass andere Staaten – gerade im Rechtshilfeverkehr ist das sehr eindrücklich zu sehen – es anders lösen und dort die Staatsanwaltschaft ohne Probleme der Judikative „zuschlagen“. Also: Dass es möglich ist, beweisen andere Staaten. Ich will das nicht fordern. In unserem System kann ich das Argument mit der fehlenden demokratischen Legitimation – das ja schon seit Jahrzehnten vorgebracht wird – juristisch nachvollziehen. Eine Möglichkeit, um aus einem Schwarz-Weiß-Denken sozusagen herauszukommen, gerade weil diese europäische Dimension mithinzutreten ist, wäre – das hat der Richterbund ja auch vorgeschlagen – eventuell eine gerichtliche Kontrolle anstelle einer ministeriellen Kontrolle im Einzelfall einzuführen. Es muss nicht das System sein, das der Richterbund mit dem Klageerzwingungsverfahren vorgeschlagen hat. Da kann es durchaus auch andere Rechtsbehelfe geben, aber das wäre aus meiner Sicht ein Weg, um dem verfassungsrechtlichen Argument des Legitimationsbruchs entgegenzutreten. Danke.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Herr Harden mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Ullrich und Herrn Straetmanns.

SV Thomas Harden: Eine Frage war darauf gerichtet, ob wir mit dem Zustand leben können, wie wir ihn im Moment haben, dass der Europäische Haftbefehl durch ein Gericht angeordnet wird. Das ist jetzt die Praxis, die sich eingespielt hat. Nach meiner Beobachtung machen alle Oberlandesgerichte da mit. Wir hatten Ausreißer bei einzelnen Instanzgerichten, aber die Oberlandesgerichte haben da jetzt eine einheitliche Linie gefunden. Das hat sich für den Moment bewährt. Einer klarstellenden Regelung, die das nochmal in das IRG deutlich hineinschreibt, würde ich auch nicht widersprechen. Das ist eine rechtspolitische Abwägung, ob man das für nötig erachtet oder nicht. Auswirkungen

einer unabhängigen Staatsanwaltschaft: Ja, sie ist nicht in toto einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen. Immer dann, wenn es zur Anklage kommt, ist natürlich das Korrektiv da. Dann wird derselbe hinreichende Tatverdacht vom Gericht geprüft. Wenn sie aber einstellt – und das ist prozentual der überwiegende Anteil der Erledigungsformen bei der Staatsanwaltschaft –, dann ist die gerichtliche Kontrolle eingeschränkt. Zum Teil braucht man Zustimmungen, aber bei Weitem nicht für alles. Das heißt, da kann sich dann durchaus ganz schnell ein Flickenteppich, etwa innerhalb eines Landes mit verschiedenen Generalstaatsanwaltschaften, ergeben.

Der stellvertretende Vorsitzende: Herr Gärditz hat als Nächster das Wort mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Ullrich und Frau Bayram.

SV Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz: Vielen Dank. Herr Ullrich, Sie haben das Problem der Legitimationskette angesprochen. Wenn wir ein sachliches Weisungsrecht, fallbezogen, abschaffen würden, dann bestünde zumindest ein Abfall – wie das BVerfG das sagt – des Legitimationsniveaus insgesamt. Das müssten wir irgendwie kompensieren. Da haben Sie angesprochen, ob man da die Staatsanwälte am Ende sogar wählen müsste. Das wäre sozusagen die äußerste Konsequenz, dass wir dann also Staatsanwaltschaften mit einer stärkeren personellen Legitimation ausstatten, um das Defizit der inhaltlichen Legitimation zu kompensieren. Das halte ich für keinen klugen Weg. Der Vorteil unseres jetzigen Organisationsmodells der Staatsanwaltschaften besteht ja darin, dass wir das bewährte Modell des Berufsbeamtentums haben und dadurch im großen Maße eine Entpolitisierung in den Bereich der Verwaltung, hier eben einer exekutivischen Justizbehörde, hineinbringen. Diesen Vorzug würden wir aufgeben, weil wir durch einen Wahlakt diese Ämter dann stärker politisieren und dann genau das erreichen, was wir eigentlich hier zu vermeiden versuchen. Die Erfahrungen in anderen Ländern mit gewählten Staatsanwaltschaften – Sie haben auf die USA verwiesen – sind durchweg negativ und arten dann in Überbietungswettbewerbe aus, wer der schneidigere Behördenvertreter ist. Eine davon zu trennende Frage hat Frau Bayram angesprochen: Könnte man die Spitzen, namentlich den Generalbundesanwalt, möglicherweise in ein



gewähltes Amt auf Zeit umwandeln, befristet dann, ähnlich wie beim BVerfG? Für eine Spitzenfunktion, die also eine Behördenleitungsfunktion ist, ist es sicherlich denkbar, weil natürlich ein Leiter einer Behörde immer auch die Schnittstelle zum politischen Bereich ist. Das externe Weisungsrecht des Justizministers würde sich ja auch nicht an den Staatsanwalt XY, sondern an den General/die Generalin richten. Deswegen wäre das eine denkbare Lösung. Ich sehe aber in diesem Amt gegenüber dem bisherigen bürokratischen Modell keine grundsätzlichen Vorteile, dass man eine Auswahlentscheidung nach fachlicher Qualifikation und den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG macht. Ich denke, da sind andere Instrumente der Kontrolle sinnvoller als der einmalige Wahlakt, der dann für das operative Geschäft eigentlich keine weiteren Änderungen bringt. Mit dem BVerfG kann man das nicht vergleichen, weil ein Gericht, das nach justiziellen Maßstäben im formellen Verfahren über vergangene Konflikte entscheidet, etwas ganz anderes ist als eine Staatsanwaltschaft, die aktiv Eingriffe vornehmen muss, namentlich auch weitreichende Grundrechtseingriffe. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Gärditz. Jetzt Herr Böhm, zu dem wir nun umschalten, mit der Antwort auf die Frage von Herrn Brunner.

SV Klaus Böhm: Herr Brunner, Sie haben vollkommen recht bezüglich des Europäischen Haftbefehls und der Befugnis zur Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls, da hat schon die obergerichtliche Rechtsprechung aus §§ 131 und 457 StPO die Zuständigkeit auch der Gerichte angenommen. Gleichwohl ist im Justizministerium derzeit auch ein Gesetzentwurf in Planung, eine klarstellende Regelung. Aber das ist nicht das Problem. Das Problem liegt darin, dass zu erwarten steht, dass der EuGH mit großer Wahrscheinlichkeit in drei weiteren Vorlageverfahren – ich habe das in meiner schriftlichen Stellungnahme ausgeführt – den Begriff der Justizbehörde und der Autonomie der Justizbehörde, der Unabhängigkeit, auf weitere Sachverhalte ausdehnen wird. Ich hatte als Beispiel den Fall Puigdemont erwähnt, die Europäische Ermittlungsanordnung wurde genannt und derzeit ist die Frage, ob die Generalstaatsanwaltschaft im Auslieferungsverfahren überhaupt ermittlungs-

befugt ist. Wenn der EuGH seine Rechtsprechung fortsetzt, dann wird sich das nicht durch irgendwelche rahmenbeschlusskonformen Auslegungen oder dergleichen lösen lassen, sondern es steht einfach zu befürchten, dass unser Recht dieser Rechtsprechung nicht genügt und es möglicherweise zu einem Stillstand der Rechtshilfe kommt. Deswegen halt auch mein Vorschlag, dafür eine gesetzliche Zwischenregelung zu finden. Nochmals: Es geht nicht um den Erlass eines Europäischen Haftbefehls, sondern es geht um die drei Vorlageverfahren, die im Augenblick beim EuGH anhängig sind, und die möglicherweise durch eben diese Rechtsprechung des EuGH, die im Augenblick bei uns anhängige Diskussion letztendlich gerichtlich mitentscheiden könnten. Ich danke Ihnen.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Böhm. Als Letzter Herr Andoor mit der Antwort auf die Frage von Herrn Straetmanns.

SV Dr. George Andoor: Die Frage bezog sich ja darauf, worin die Gefahren für die Ermittlungen bestehen, wenn der Staatsanwalt unabhängig wäre. Gefahren für die Ermittlungen im tatsächlichen Sinne, also dass die Ermittlungen schlechter geführt würden, bestünden wohl keine. Es ist am Ende des Tages eine Frage, wer die Verantwortung für diese Ermittlungen trägt. Während für richterliche Entscheidungen niemand die Verantwortung trägt, außer der Richter, weil er unabhängig ist, weil er eine eigene Gewalt ist, ist der Staatsanwalt als Beamter derzeit in eine hierarchische Struktur eingebunden und letztendlich trägt der Justizminister die politische Verantwortung für seine Ermittlungen. Das ist dann wichtig, wenn bei den Ermittlungen gravierende Fehler gemacht werden würden. Nehmen wir beispielsweise den NSU-Prozess, wo den Ermittlungsbehörden gravierende Fehler vorgeworfen worden sind. Zugegebenermaßen nicht unmittelbar der Staatsanwaltschaft, sondern nur ihren Ermittlungspersonen. Ungeachtet dessen bleibt es dabei, dass es einen Untersuchungsausschuss gab. Die politischen Akteure mussten sich dieser politischen Verantwortung stellen. Diese Möglichkeit gäbe es in der Form wohl nicht mehr, wenn die Staatsanwaltschaft eine unabhängige wäre, denn ein Justizminister, der seinen Staatsanwälten keine Weisungen erteilen kann, kann unmöglich für die



Handlungen dieser Staatsanwaltschaften verantwortlich gemacht werden. Und dieser Legitimationsbruch wäre letztendlich die Gefahr, auch für die Ermittlungen; wohlgemerkt nicht für die Ermittlungen, die funktionieren, sondern für die Ermittlungen, die unter Umständen – zugegebenermaßen in den seltensten Fällen – aus dem Ruder laufen. Danke.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Damit sind wir am Ende der ersten Antwortrunde. Jetzt schaue ich einmal auf meine Rednerliste: Für die zweite Fragerunde liegen mir Wortmeldungen von Herrn Straetmanns und von Frau Bayram vor. Herr Straetmanns beginnt gleich nochmal.

Abg. Friedrich Straetmanns (DIE LINKE.): Ich muss mich vorab entschuldigen. Ich habe gleich noch einen Ausschusstermin. Darum werde ich die Frage stellen, die Antwort wird von einer Mitarbeiterin notiert. Das ist keine Respektlosigkeit gegenüber den Sachverständigen, bei denen ich mich nochmal herzlich bedanke. Es geht mir in dieser Frage jetzt noch einmal um die Schriftlichkeit von Weisungen. Die Frage geht an Herrn Dr. Andoor und an Frau Pinar. Und zwar: Halten Sie eine Regelung über die Notwendigkeit der Schriftlichkeit von Weisungen für sinnvoll, dies verbunden mit der Möglichkeit, dass ein parlamentarisches Gremium sich regelmäßig über erteilte Weisungen eventuell vertraulich unterrichten lässt? Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Herr Straetmanns, müssen Sie uns jetzt gleich verlassen? Sonst ziehen wir die Beantwortung dieser Frage einfach vor. Herr Andoor, bitte.

SV Dr. George Andoor: Ob die Weisungen schriftlich sein müssen, weiß ich nicht. Ich bin selbst Beamter. Wenn ich Zweifel an bestimmten Maßnahmen meiner Vorgesetzten hätte, würde ich mir einen Vermerk anlegen. Dieser Vermerk ist eine dienstliche Erklärung. Die dienstliche Erklärung muss der Wahrheit entsprechen und ich gehe davon aus, dass meine Vorgesetzten und die zuständigen Stellen diese Wahrheit auch anerkennen werden. Insofern sehe ich den Vorteil schriftlicher Weisungen tatsächlich nicht. Parlamentarisches Kontrollgremium: Sie werden, wenn Sie meine Stellungnahme lesen – auch meine mündliche Stellungnahme war dahingehend –, feststellen, dass ich ausgeführt

habe, dass die Staatsanwaltschaft in dem Sinne gegenüber anderen Behörden keine besondere Behörde ist. Etwas anderes mag für die Geheimdienste gelten. Da haben wir auch spezielle Kontrollgremien – das ist richtig. Die Staatsanwaltschaft ist aus meiner Perspektive – das soll nicht respektlos klingen, sondern eine Tatsache feststellen – eine Exekutivbehörde, wie jede andere. Ein spezielles parlamentarisches Kontrollgremium würde sie, wenn man mich fragt, nur auf eine Bühne heben, wo sie meines Erachtens nicht hingehört. Das würde für Debatten, in denen Sonderrechte eingefordert würden, weiteren Raum schaffen.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Frau Pinar, bitte.

Sve Gül Pinar: Eine schriftliche Weisungserteilung fände ich gut. Zum einen, weil es die parlamentarische Kontrollmöglichkeit und auch das Remonstrationsrecht des jeweiligen Beamten, der die Weisung erhalten hat, verbessern würde. Ich würde noch einen Schritt weitergehen und sagen: Die Weisung sollte nicht nur schriftlich ergehen, sondern auch eine Begründung enthalten, warum diese Weisung gerade jetzt und in dieser Form erteilt wird. Und ich hätte auch nichts gegen ein parlamentarisches Kontrollorgan, das dann insgesamt auch eine Evaluation vornehmen könnte und auch nach außen tragen könnte, wie wenige Einzelfälle es im Grunde genommen insoweit gibt.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Dann hätten wir damit die Antworten auf die Frage von Herrn Straetmanns. Nun zurück zur Fragerunde. Frau Bayram, bitte.

Abg. Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe eine Frage an Herrn Gärditz und würde gerne nochmal in Bezug auf die vorhin beantwortete Frage klären wollen, dass es mir darum ging, ob diese Wahl und Befristung nicht die bessere Alternative gegenüber dem jetzigen Status wäre, als politischer Beamter entlassen werden zu können. Meine Frage betraf diese Abgrenzung. Meine jetzige Frage ist: Wie sollte für den Europäischen Haftbefehl und die Europäische Ermittlungsanordnung eine klarstellende Regelung im IRG konkret mindestens aussehen? Und meine zweite Frage geht an Herrn Harden: Können Sie Ihren Vorschlag zur restriktiven,



transparenten und fairen Handhabung des Einzelweisungsrechts in § 147 GVG im Hinblick auf die praktische Wirkung und Handhabung vielleicht nochmal erläutern? Danke schön.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Frau Bayram. Als Nächster Herr Brunner.

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Ich hätte nochmal zwei Fragen. Einmal an Herrn Böhm, insbesondere daran anknüpfend, dass Sie in Ihrer Stellungnahme davon ausgehen, dass der EuGH der deutschen Staatsanwaltschaft insgesamt diese Unabhängigkeit absprechen wird und Sie auf die bevorstehenden Entscheidungen in den anhängigen Verfahren verweisen. Wie könnten Sie sich eine Gesetzesänderung vorstellen? Bei den drei Alternativen, die Sie in Ihrer schriftlichen Stellungnahme angesprochen haben, habe ich persönlich eine hohe Sympathie für das österreichische Modell. Falls es zu einer Entscheidung in der erwarteten Form kommt: Wenn wir das österreichische Modell nach Ihrer Vorstellung implementieren, würde dies dem Rechnung tragen, um die Staatsanwaltschaften in der jetzigen Form zu erhalten? Und die zweite Frage geht nochmal an die Frau Rechtsanwältin Pinar: Sie haben hinsichtlich des Weisungsrechts schon ausgeführt, dass Sie insoweit für ein Schriftformerfordernis plädieren. Müsste sich dann, wenn Staatsanwaltschaften unabhängiger gesehen werden, nicht auch das Weisungsrecht insgesamt noch weiter nach unten verästeln? Wir haben ja auch noch die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft. Ich sage jetzt ganz offen: Ich möchte nicht, dass eine Fischereibehörde, die ja auch dazu zählt, dann gegebenenfalls nur noch in der Unabhängigkeit und Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft liegt, sondern ich möchte, dass auch dort das entsprechende Weisungsrecht weiterhin existiert.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Martens, bitte.

Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Ich habe einmal eine Frage nach der tatsächlichen Relevanz, bzw. als Politiker frage ich einmal nach der politischen Wirkung. Dass das Weisungsrecht in seiner Ausübung in der Praxis kaum vorkommt, dürfte unstrittig sein, andernfalls bitte ich Sie, mir zu sagen, wie oft Sie von Weisungsrechten tatsächlich betroffen waren. Diesbezüglich stelle

ich jetzt politisch die Frage: Was ist denn jetzt gewichtiger: die tatsächlich existente Weisung im Einzelfall oder die mit dem Weisungsrecht verbundene – ich sage mal – latente Drohung und der böse Anschein, es könnte davon Gebrauch gemacht worden sein, und zwar im praktischen Leben. Das würde ich gerne von Herrn Böhm und von Herrn Killmer erfahren.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Das war jetzt die letzte Frage in dieser zweiten Fragerunde. Als Erster in der Antwortrunde ist damit Herr Böhm, der zugeschaltet ist, an der Reihe, und zwar mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Brunner und Herrn Martens. Herr Böhm, Sie haben das Wort.

SV **Klaus Böhm:** Natürlich können wir das genauso machen wie die Österreicher, indem man die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft gerichtlich bestätigen lässt. Allerdings haben die Österreicher – ich würde sagen – einen Fehler gemacht, sie haben Folgendes getan: Sie haben die Bestätigung nur für den Erlass eines Europäischen Haftbefehls im Gesetz ausdrücklich normiert. Zwischenzeitlich liegt dem EuGH im Rahmen der neuesten Vorlage jedoch die Frage vor, wie es denn mit weiteren Maßnahmen ist. Es steht halt zu erwarten, dass der EuGH die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft nicht nur für den Europäischen Haftbefehl, sondern für sehr viele Maßnahmen verlangen wird, wo die Staatsanwaltschaft als Justizbehörde tätig wird. Deswegen habe ich in meinem Entwurf einen Vorschlag gemacht, der letztendlich eine Ermächtigungsnorm für die Staatsanwaltschaft darstellen würde, dass sie bei allen Verfahren nach dem IRG die gerichtliche Entscheidung beantragen kann. Das Problem liegt darin, dass man immer auch ein zuständiges Gericht haben muss und die gerichtliche Zuständigkeit dann auch bestimmt werden muss. Deswegen der Vorschlag, dass man hier eine über das österreichische Modell hinausgehende Regelung schafft und letztendlich für die gesamte Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im IRG die Möglichkeit vorsieht, dass eine gerichtliche Entscheidung eingeholt wird. Die Frage vom Abgeordneten Dr. Martens zum Weisungsrecht habe ich leider akustisch nicht ganz verstanden. Könnten Sie diese noch einmal wiederholen?

Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Ich interessiere mich für die Frage, was denn jetzt gewichtiger ist:



die Weisung im Einzelfall, von der wir wissen, dass sie kaum vorkommt, oder allein schon die Existenz des Weisungsrechts? Was ist insoweit wirkungsvoller?

SV Klaus Böhm: Das kann ich Ihnen sagen – das ist etwas, was ja heute auch schon angesprochen worden ist: Allein die Existenz dieses externen Weisungsrechts bedeutet im internationalen Kontext ein Riesenproblem, weil die Bundesrepublik Deutschland sich zum Teil vorhalten lassen muss – wenn sie zum Beispiel bei bestimmten Staaten, wie Polen oder Ungarn, auf Rechtsstaatlichkeit drängt –, dass wir ja auch selbst ein Problem haben, dass letztendlich unsere Staatsanwaltschaften Weisungen des Ministeriums unterliegen. Es ist auch ein rechtspolitisches Problem innerhalb von Europa, dass wir uns diesbezüglich halt vorhalten lassen müssen, dass wir es ja selbst mit dem Rechtsstaat und der Unabhängigkeit nicht so genau nehmen. Insofern ist jedenfalls auf europäischer Ebene in diesem Bereich eigentlich allein schon das Vorhandensein eines solchen Weisungsrechts ein tatsächliches Problem der Legitimation und es ist auch wirklich relativ schwierig auf europäischer Ebene, wenn man sich für Grundrechte oder dergleichen einsetzt, solchen Argumenten ausgesetzt zu sein.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Als Nächster Herr Gärditz mit der Antwort auf die Frage von Frau Bayram.

SV Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz: Vielen Dank. Frau Bayram, ich muss mich entschuldigen. Da hatte ich Ihre erste Frage falsch verstanden, wenn Sie die Wahl mit dem Ziel als Alternative zum politischen Beamten gemeint haben. Das kann man machen, würde ich sagen. Das sind zwei Alternativmodelle, die selbsttragend sind. Beide haben ihre Politisierungskomponente. Was davon besser ist, vermag ich jetzt nicht zu beurteilen. Die Wahl würde halt die Unabhängigkeit ein bisschen stärker betonen, ohne zugleich die Weisungsrechte aufzugeben. Das könnte man machen. Ihre zweite Frage war aber: Wie könnte man als bessere Alternative eine klarstellende Regel einfügen? Für den Europäischen Haftbefehl scheint mir das Ganze relativ einfach, weil dort die Gerichte ja auch jetzt schon meinen, eine gerichtliche Zuständigkeit des Richters der StPO, irgendwo versteckt, entnehmen

zu können. Ganz klar: Das sollte man besser regeln, deutlicher machen. Da bietet sich aber natürlich an, dass die Ermittlungsrichterin oder der Ermittlungsrichter, der ohnehin vorher mit der Haftsache befasst sein muss, sogleich den Europäischen Haftbefehl erlässt. Eine andere Frage, die sich eher mit Wirkung für die Zukunft stellen könnte, falls der EuGH so entscheiden würde, wäre: Wer ist zuständig für eine Europäische Ermittlungsanordnung? Wenn dort tatsächlich ebenfalls eine unabhängige Ermittlungsbehörde verlangt wird – was wir noch nicht absehen können –, dann könnte man erwägen, ob man nicht dafür ebenfalls eine Zuständigkeit des Ermittlungsrichters einführt. Hier wurde zwar der Einwand schon formuliert: „Dann haben wir möglicherweise Maßnahmen, die im internationalen europäischen Rechtsverkehr einem Richtervorbehalt unterliegen, aber nach innerstaatlichem Recht einen solchen gar nicht hätten, also etwa Maßnahmen, die bei uns auch einfach die Staatsanwaltschaft vornehmen könnte.“ Nur das ist dann halt der Preis des internationalen Rechtsverkehrs. Man darf nicht verkennen, dass dabei natürlich grenzüberschreitend vielleicht auch andere rechtsstaatliche Sicherungsbedürfnisse noch eine Rolle spielen. Also wäre es insgesamt sinnvoll, würde ich sagen, überhaupt nicht in das GVG hineinzugehen, sondern – wie das hier auch schon gesagt worden ist – eine Gesamtregelung im Rahmen des IRG zu suchen und dann eine Zuständigkeit des Ermittlungsrichters vorzusehen. Die österreichische Lösung hätte hier einen gewissen Charme, weil sie eine höhere Elastizität hat – da erfolgt das dann auf Antrag –, aber es wäre wahrscheinlich im routinierten Geschäftsgang sogar einfacher, diese Handlungen dann generell einem Ermittlungsrichtervorbehalt zu unterstellen. Rein praktisch sieht das dann so aus – so würde ich mir das vorstellen: Dann würde die Staatsanwaltschaft, wie jetzt auch, die Akte mit dem Antragschreiben unterschriftfertig an den Ermittlungsrichter geben, der prüft und zeichnet das ab. Das wäre zu bewältigen. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Dann ist jetzt Herr Harden an der Reihe mit der Antwort auf die Frage von Frau Bayram.

SV Thomas Harden: Die Frage bezog sich darauf, wie sich Transparenzkomponenten in der



praktischen Wirkung darstellen würden. Ich möchte noch einmal betonen: Das ist ja jetzt schon äußerst restriktiv und wenn man relativ viele meiner Bausteine einbauen würde, würde es sicher noch restriktiver gehandhabt werden, denn wie Sie in der Diskussion angesprochen haben: Wenn Sie am Ende eines Jahres gefragt werden können, wie viele schriftliche Weisungen Sie Ihrem Generalstaatsanwalt gegeben haben, dann überlegen Sie sich das vielleicht noch einmal mehr. Schon jetzt ist aber eigentlich Praxis, dass das Gespräch gesucht wird, dass halt unterhalb der förmlichen Weisung agiert wird. Gegebenenfalls mit Prüfbitten, die im Grunde schon sehr ähnlich wie eine Weisung aussehen, aber eine Prüfbitte sind. Ich selbst habe vor einigen Wochen auch eine solche bekommen und ich habe ihr entsprochen, weil mich die Zuschrift überzeugt hat. Das gibt es manchmal. Das war ein Fall, bei dem es um die Frage „Verbotsirrtum – ja oder nein“ ging, ob dieser in einem konkreten Ermittlungsverfahren einem Beschuldigten zugebilligt werden kann oder nicht. Das war sehr auf der Grenze. Wir haben schon intern bei der Generalstaatsanwaltschaft lange darüber diskutiert und gesagt, dass wir das gerade noch so vertreten können, diesbezüglich einen Verbotsirrtum anzunehmen. Und das Ministerium hat uns überzeugt, dass das nicht überzeugend war, und wir haben dann angeordnet, dass die Ermittlungen in diesem Fall wieder aufgenommen werden. Unterhalb der förmlichen Weisung passiert jetzt schon viel und das ist auch von § 147 GVG durchaus als Minus zur förmlichen Weisung gedeckt. Ich denke, das würde sich dann noch weiter in diesen Bereich verlagern.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Harden. Herr Killmer hat jetzt das Wort mit der Antwort auf die Frage von Herrn Martens.

SV **Dieter Killmer**: Danke schön. Das war die Frage nach der Wirkung des bösen Anscheins allein oder nach der Weisung – was ist sozusagen das größere Übel? Ich sitze hier zwar als Sachverständiger, kann mich aber natürlich auch nicht von meiner beruflichen Praxis freimachen. Das ist, denke ich mal, jedem bewusst. Ich persönlich habe nie eine Einzelfallweisung erlebt und ich war auch bei mehreren Staatsanwaltschaften, ich war beim General, ich war auch im BMJ (Bundesministerium der Justiz), witziger-

weise in dem Referat „Fachaufsicht GBA“. Ich habe das durchaus aus verschiedenen Perspektiven gesehen, habe selbst keine Einzelfallweisung erlebt, will aber keinen Hehl aus Folgendem machen: Ich meine, das Entscheidende ist, dass sich Weisungen über die wir reden – also Weisungen mit tatsächlicher Relevanz, in der auch politische Einflussnahme erfolgt –, im Extremfall bewähren. Die bewähren sich normalerweise nicht im Normalbetrieb. Und da ist eben die Frage, ob man nicht Risiken eingeht, wenn man an diesem System, wie es bislang europäisch auch angegriffen wird, festhält. Da sehe ich eben diese Möglichkeit der Einzelfallweisung, aber auch schon die des Anscheins selbst als ein Risiko. Das war jetzt meine Sicht als Staatsanwalt, egal in welcher Behörde ich bislang war. Es kommt aber als ganz wesentlicher Aspekt noch diese Außensicht hinzu. Und da, meine ich, ist der böse Anschein im Grunde genommen das Schlimme. Das Schlimme ist – ich darf einmal kurz anknüpfen an netzpolitik.org – alleine der Umstand, dass über die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in der Folge dieser Vorfälle entsprechend debattiert wurde. Das hat, meine ich, für einen erheblichen Vertrauensverlust gesorgt, der bedauernswert ist. Wenn ich mir noch einen kurzen Ausflug in Richtung Frau Pinar erlauben darf, die hier als Anwältin sitzt. Ich bin schon in vielen Staatsschutzverfahren tätig gewesen und habe mir immer wieder anhören müssen, dass Anwälte im Rahmen der Strafverteidigung eine politische Einflussnahme als maßgebliches Motiv der Ermittlungen vermuten, zum Beispiel weil nach § 129b StGB Strafverfolgungsermächtigungen vom Ministerium erfolgen müssen. Dann finde ich es umso spannender, wenn auf der anderen Seite bei Einzelfallweisungen jetzt wiederum gerade an diesem Instrument der politischen Einflussnahme festgehalten werden soll. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Killmer. Und als Letzte hat nochmals Frau Pinar das Wort mit der Antwort auf die Frage von Herrn Brunner.

SVe **Gül Pinar**: Ich habe leider die an mich gerichtete Frage nicht verstanden.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herr Brunner wiederholt sie noch einmal.



Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Ich versuche, die Frage noch einmal zu wiederholen. Sie haben sie teilweise vorhin schon in einem anderen Zusammenhang beantwortet. Wie sollte die Reform des Weisungsrechts aus der Sicht des Praktikers aussehen? Sie hatten angesprochen, dass es reformiert werden soll. Und wie weit sollte die Reform des Weisungsrechts dann reichen, kaskadenartig auch nach unten? Ich erwähnte die Fischereibehörde, die ja ebenfalls diesem Weisungsrecht unterliegt.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Frau Pinar, Sie haben das Wort.

SVe **Gül Pinar**: Das würde die Arbeit der Staatsanwaltschaft ungemein behindern, wenn die weiteren Schritte dann auch noch schriftlich verfasst werden müssten. Ich denke, das ist wiederum in den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren geregelt, wie die Ermittlungen weiterlaufen. Das würde ich dann tatsächlich nicht in das Gesetz aufnehmen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Damit sind wir am Ende der zweiten Antwortrunde. Für die dritte Fragerunde hat sich Frau Bayram gemeldet. Bitte schön.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage an Frau Koppers und Herrn Gärditz. Es ist eine eher grundsätzliche Frage: Ist es verfassungsrechtlich zulässig, zweifelhaft oder unzulässig, den Generalbundesanwalt als politischen Beamten auszugestalten? Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Wir verfahren bei der Beantwortung wieder in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge. Frau Koppers hat als Erste das Wort.

SVe **Margarete Koppers**: Vielen Dank. Dass es verfassungsrechtlich zulässig ist, wurde ja schon an anderer Stelle geprüft. Ich persönlich halte aus den Gründen, die ich genannt habe, die Verselbstständigung und Unabhängigkeit der Strafverfolgungsbehörden für verfassungsgemäßer – wenn ich das mal so pointiert formulieren darf. Es würde besser zu unserem System passen, weil es ja ein gegenseitiges Kontrollsystem sein soll, und sobald politische Einflussnahme erfolgt, ist es eben kein rechtsstaatliches Verfahren mehr. Das ist ja auch der Grund, warum auf europäischer

Ebene so sehr darauf gedrungen wird. Ich meine, dass man auf jeder Ebene den Anschein vermeiden sollte, und der besteht selbstverständlich, wenn ich die Rolle eines Beamten politisch besetze. Diesen Anschein sollte man auf jeden Fall vermeiden und deshalb die Abhängigkeit insoweit abschaffen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Und als Letzter Herr Gärditz.

SV **Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz**: Vielen Dank. Die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit wird schon seit geraumer Zeit kontrovers diskutiert. Die Parameter sind wie folgt: Grundsätzlich gehört die Lebenszeitverbeamtung und die damit verbundene Nicht-Absetzbarkeit jenseits eines förmlichen Disziplinarverfahrens oder aus gesundheitlichen Gründen, wenn man dienstunfähig wird, zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG. Hiervon werden aber aus sachlichen Gründen Ausnahmen zugelassen. Es handelt sich ja nur um einen Grundsatz, nicht um eine unbedingte Regel. Politische Beamte – ganz allgemein – hat man dort für gerechtfertigt gehalten, wo man eine bestimmte Relaisfunktion zwischen dem politischen Betrieb – der auf Legitimation auf Zeit beruht – einerseits und dem auf Kontinuität beruhenden Betrieb der Berufsbeamtenschaft andererseits gewährleisten möchte. In diesen Scharnierfunktionen, kann man sagen, bedarf die Hausspitze einer entsprechenden Rückanbindung auch an die politischen Legitimationsprozesse. Das übersetzt man dann in: Sie können auch vorzeitig abberufen werden, wenn das Vertrauen der politisch Verantwortlichen in die Hausleitung der nachgeordneten Behörde nicht mehr vorhanden ist. Verfassungsrechtlich wird man das beim Generalbundesanwalt auf Bundesebene am ehesten damit rechtfertigen können, dass dort ganz geballt Verfahren vorliegen, die einen besonderen politischen Einschlag haben und deren Betreiben dann auch auf die politische Verantwortlichkeit zurückschwappt. Das gilt für die Staatsschutzdelikte, die Terrorbekämpfung, die §§ 129 ff. StGB, auch mit ausländischen terroristischen Vereinigungen. Wir haben das Völkerstrafrecht beim Generalbundesanwalt. Das sind Straftaten, mit denen immer wieder eine außenpolitische Komponente verbunden ist, weil die meistens



nach Weltrechtsprinzip global verfolgt werden. Hier halte ich das im Kern für gut zu rechtfertigen, zu sagen: Ein Generalbundesanwalt hat politisch so sensible Verfahren, dass ein Vertrauen auch der demokratisch gewählten Regierung vorhanden sein muss. Mehr wird darüber ja auch nicht abgesichert. Bei den Generalstaatsanwälten auf Landesebene würde ich das eher kritisch sehen, denn sie sind einfach die Leitung von Behörden, die das ganze bunte Sammelsurium aller möglichen Strafverfahren haben. Warum man dort eine besondere politische Rückanbindung braucht, ist eigentlich nicht wirklich zu begründen. Juristische Untersuchungen aus den letzten Jahren, die das Problem aufgegriffen haben, kommen daher für die Generalstaatsanwälte durchweg zu dem Ergebnis, dass der Status als politischer Beamter verfassungswidrig ist. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Das war jetzt das Schlusswort. Weitere Wortmeldungen liegen mir nicht vor. Dann sind wir am Ende dieser Anhörung angelangt. Es ist an mir, Ihnen, den Sachverständigen, herzlich für Ihren Input und die intensive Diskussion zu danken, sowie den Kolleginnen und Kollegen für ihre Fragen. Viele Grüße auch an die sozusagen aus der Ferne zugeschalteten Sachverständigen. Ich danke den Gästen auf der Tribüne für ihr Interesse, den Vertreterinnen und Vertretern der Bundesregierung dafür, dass sie zugehört haben und die heutigen Ausführungen möglicherweise bei ihren Vorarbeiten berücksichtigen werden. Alles Gute! Einen schönen Nachmittag. Bleiben Sie gesund. Ich schließe die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 15:26 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB
Stellvertretender Vorsitzender



Anlagen:

Stellungnahmen der Sachverständigen

Dr. George Andoor, Mag. iur.	Seite 26
Klaus Böhm	Seite 40
Thomas Harden	Seite 55
Dieter Killmer	Seite 98
Margarete Koppers	Seite 108
Reinhard Röttle*	Seite 113

* Der benannte Sachverständige konnte an der öffentlichen Anhörung nicht teilnehmen (s. S. 7).

Unabhängigkeit Staatsanwaltschaft

von Dr. iur. George Andoor, Mag. iur.**

ZUSAMMENFASSENDE DARSTELLUNG DER KERNTHESEN***

I.

Sowohl der hier vorliegende Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP vom 25. Juni 2019 (im Folgenden: der Entwurf)¹ als auch der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 24. September 2019 (im Folgenden: der Antrag)² sehen die **Einführung einer unabhängigen Staatsanwaltschaft** vor. Beide Drucksachen sind auf die Abschaffung der ministeriellen Einzelweisungsbefugnis – die in Einklang mit der Literatur etwas unglücklich als „externes“ Weisungsrecht bezeichnet wird³ – gerichtet. Aus den nachfolgend zusammenfassend dargestellten Gründen, die im Anschluss näher ausgeführt werden, ist **eine Beschränkung der Einzelweisungsbefugnis nicht angezeigt**. Die hier ausgeführten Gründe beruhen dabei allesamt im Wesentlichen auf der Erwägung, dass sich die Staatsanwaltschaft als Exekutivbehörde nicht so wesentlich von anderen Behörden unterscheidet, als dass nachzuvollziehen wäre, warum ausgerechnet bei ihr das Minus an parlamentarischer Kontrolle, das mit Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft einherginge, gerechtfertigt sein soll:

- Die ministeriale Weisungsbefugnis ist ein notwendiges Instrument der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive, da nur so dem Minister die politische Verantwortung für die Handlungen der Beamten in seinem Ressort zugeschrieben werden kann. Die damit einhergehende potentielle Gefahr einer ausschließlich politisch motivierten Einflussnahme auf die Beamten durch einen fehlgeleiteten Minister ist der Demokratie inhärent und hinzunehmen (S. 6 ff.).
- Die potentielle Gefahr der politischen Einflussnahme durch das ministerielle Weisungsrecht besteht bei allen Behörden. Insoweit ist die auf die Staatsanwaltschaft fokussierte Debatte fehlgeleitet. Zumal Grundrechtseingriffe im Strafverfahren nur selten unmittelbar durch die Staatsanwaltschaft herbeige-

* Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft der Fraktion der FDP vom 25. Juni 2019, BT-Drs. 19/11095, sowie dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren, vom 24. September 2019, BT-Drs. 19/13516.

** Der *Verfasser* ist Regierungsrat im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen; die hier wiedergegebenen Auffassungen geben ausschließlich die persönlichen Ansichten des *Verfassers* wieder. Die Teilnahme an der Anhörung erfolgt außerhalb seiner dienstlichen Tätigkeiten.

*** Soweit im vorliegenden Beitrag ausschließlich die maskuline Form gebraucht wird, ist dort, wo auch die feminine Form möglich wäre, selbstredend das generische Maskulinum gemeint. Seine Verwendung erfolgt lediglich aus Gründen der besseren Lesbarkeit des Textes.

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft der Fraktion der FDP vom 25. Juni 2019, BT-Drs. 19/11095.

² Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren, vom 24. September 2019, BT-Drs. 19/13516.

³ Die ministerielle Weisungsbefugnis gegenüber den dem Minister nachgeordneten Beamten als „extern“ zu verkennt grundlegende demokratischer Legitimationsprozesse. Denn in aller Regel wird der Minister in einem Ressort der Amtsträger mit der höchsten demokratischen Legitimation sein, da er entweder durch einen unmittelbar durch das Parlament gewählten Bundeskanzler oder Ministerpräsidenten ernannt wurde oder selbst unmittelbar durch das Parlament gewählt wurde. Er ist der oberste Dienstvorgesetzte aller seinem Ressort angehörigen Beamten – seine Weisungen sind mitnichten „extern“, sondern vielmehr *die* Weisungen mit der höchsten demokratischen Legitimation und damit auch dem höchsten Geltungsanspruch, die ein Beamter organisationslogisch jemals erhalten wird.

führt werden, sondern in aller Regel durch oder unter Beteiligung eines Gerichts. Im Verwaltungsverfahren dagegen ist es die Behörde, die den eingreifenden Verwaltungsakt erlässt, während der gerichtliche Rechtsschutz bezogen auf diesen Eingriff nur nachgelagert erfolgt (S. 7 f.).

- Allein aus der Tatsache, dass der Minister ein politisches Amt bekleidet, zu folgern, dass seinen Einzelweisungen generell die Gefahr politischer Einflussnahme inhärent wäre, verkennt die demokratische Bedeutung dieser politischen Ämter – nur aufgrund der politischen Ausgestaltung dieser Ämter hat nämlich der Bürger nämlich durch die Wahlen mittelbaren Einfluss auf ihre Besetzung (S. 8 f.).
- Selbst wenn ausnahmsweise mittels ministerieller Einzelweisung versucht würde, eine rechtswidrige Behandlung der Sache durch einen Staatsanwalt herbeizuführen, verschafft bereits das geltende Recht Staatsanwälten – wie auch allen übrigen Beamten – eine hinreichende sachliche Unabhängigkeit, da sie von Gesetzes wegen nicht verpflichtet sind, solchen Weisungen Folge zu leisten (S. 10).
- Eine für Staatsanwälte geforderte Unabhängigkeit mit der bereits bestehenden Unabhängigkeit der Richter rechtfertigen zu suchen, verkannte die staatsrechtliche und verfassungsrechtliche Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit – ebenso würde insoweit verkannt, dass Richter gerade durch die Öffentlichkeit ihres Verfahrens, unmittelbare Beteiligung der Laien an der Rechtsprechung (etwa als Schöffen, Handelsrichter oder ehrenamtliche Richter) und dem Rechtsmittelzug zahlreichen Kontrollinstrumenten ausgesetzt sind, die für Staatsanwälte gerade nicht existieren (S. 10 ff.).
- Würde die Staatsanwaltschaft wegen einer potentiellen Gefahr der politischen Einflussnahme tatsächlich von (ministerialen) Weisungen freigestellt, stellte sich die Frage, wie insoweit mit anderen Behörden zu verfahren ist, die staatsanwaltliche Aufgaben wahrnehmen – zu denken wäre hier etwa an die Hauptzollämter oder Finanzämter, die in Steuerstrafverfahren als Staatsanwaltschaft fungieren (S. 6, 11).
- Generell ist auch nicht erklärbar, warum der potentiellen Gefahr einer politischen Einflussnahme auf die Staatsanwaltschaft eine größere Bedeutung beizumessen ist, als etwa einer solchen Einflussnahme auf bedeutsame Ordnungswidrigkeitenbehörden, die Bußgelder in Millionenhöhe festsetzen können – man denke etwa an das Bundeskartellamt oder die Bundesnetzagentur (S. 4).
- Insbesondere ist die Bindung an Gesetz und Recht und die damit einhergehende Objektivität kein Alleinstellungsmerkmal der Staatsanwaltschaft, mit der eine geringere ministeriale und damit parlamentarische Kontrolle gerechtfertigt werden könnte. Nach der ausdrücklichen Regelung in Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz sind nämlich alle Behörden an Gesetz und Recht gebunden (S. 8).
- Auch die Pflicht der Staatsanwaltschaft, belastende wie auch entlastende Umstände zu ermitteln, ist ihr nicht eigen – nicht nur folgt eine solche Pflicht auch ohne ihre ausdrücklich Normierung für alle Behörden aus dem Rechtsstaatsprinzip, auch hat der Gesetzgeber eine solche Pflicht für zahlreiche andere Behörden ausdrücklich normiert (S. 4).
- Gleiches gilt für das Legalitätsprinzip. Nicht nur wird das Legalitätsprinzip zwischenzeitlich durch zahlreiche Opportunitätsvorschriften durchbrochen; es gilt – in viel strengerem Maße – etwa auch für Dienstvorgesetzte bei der Verfolgung eines beamtenrechtlichen Dienstvergehens, sodass die Bindung an das Legalitätsprinzip keine andere Behandlung des Staatsanwalts gegenüber etwa den Dienstvorgesetzten im Disziplinarverfahren rechtfertigt (S. 5 f.).
- Die organisatorische Einbindung der Staatsanwaltschaft durch ihre Einrichtungen bei den Gerichten als Organe der Rechtspflege ist in der Staatsverwaltung ebenfalls nicht so einzigartig, als dies eine Andersbehandlung der Staatsanwaltschaft rechtfertigte. Es gibt auch andere Behörden, die in ähnlicher Weise organisatorisch Gerichten zugeordnet sind – etwa den Bundeswehrdisziplinaranwalt beim Bundesverwaltungsgericht oder den Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht (S. 5).
- Schließlich bleibt noch festzuhalten, dass auch aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs betreffend der Ausstellung Europäischer Haftbefehle nicht folgt, dass die deutsche Staatsanwaltschaft als eine unabhängige Justizbehörde ausgestaltet werden müsste; vielmehr stellt das Urteil lediglich fest, dass der

Europäische Haftbefehl – wie schon der nationale (Untersuchungs-)Haftbefehl – durch eine unabhängige Justizbehörde ausgestellt werden muss. Dieses Ziel lässt sich schon nach dem geltenden Recht erreichen, das eine Ausstellung des Europäischen Haftbefehls durch den Richter bereits gestattet (S. 13 f.).

II.

Einer besonderen Regelung der Zuständigkeit für die **Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls**, wie der Antrag sie verlangt, bedarf es hingegen nicht zwingend, da eine solche **schon heute der Strafprozessordnung in Verbindung mit dem Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen zu entnehmen** ist. Wünschenswert wäre sicherlich dennoch eine klarstellende gesetzliche Regelung, bei der auch erwogen werden könnte, diese Aufgabe – da dem Europäischen Haftbefehl in der Regel bereits eine nationale richterliche Entscheidung zugrunde liegen wird – zur Einsparung von Richterkräften Rechtspflegern zu übertragen (S. 14).

III.

Zu der in dem Antrag kritisierten **Einordnung des Generalbundesanwalts als politischer Beamter**⁴ kann bereits an dieser Stelle abschließend festgehalten werden, dass durch diese Einordnung die persönliche Unabhängigkeit⁵ des Amtsinhabers, auf die er mit Blick auf seine konkrete Funktion dringend angewiesen ist, über Maßen eingeschränkt wird. Insoweit gilt nämlich zu beachten, dass erst die von der Verfassung – unbeschadet der Weisungsgebundenheit von Beamten – gewährleistete persönliche Unabhängigkeit, die mit dem Lebenszeitprinzip bei der Verbeamtung einhergeht, den Beamten in die Lage versetzt, sein Amt ausschließlich an Gesetz und Recht ausgerichtet auszuüben; erst so kann er unsachlichen Beeinflussungen widerstehen, seine Vorgesetzten und die politische Führung unbefangen beraten und Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Gesetzen oder dienstlichen Anordnungen offen anmelden.⁶ Gerade mit Blick auf die Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Status der politischen Beamten sind sogar **Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit** der Ausgestaltung des Amtes des Generalbundesanwalts als politischer Beamter angebracht.

So hatte das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss vom 28. Mai 2008⁷ klargestellt, dass die Institution des politischen Beamten gegenüber dem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit die Ausnahme bilden müsse, weil das Lebenszeitprinzip zu den Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums gehört.⁸ Die Ausnahme des eng zu bestimmenden Kreises der politischen Beamten rechtfertige sich allein durch die Art ihrer Aufgaben, die in besonderer Weise des politischen Vertrauens der Staatsführung bedürfen und in fortwährender Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen.⁹ Bei den durch die politischen Beamten besetzten Ämtern, müsste es sich demnach um sog. „Transformationsämter“ handeln, deren Aufgabe es ist, politische Vorgaben in gesetzeskonformes und rechtsstaatliches Verwaltungshandeln umzuwandeln.¹⁰ Konstituierendes und unerlässliches Element dieses Beamtenverhältnisses sei die fortdauernde politische Übereinstimmung mit Auffassung und Zielsetzung weisungsberechtigter, demokratisch gewählter und verantwortlicher Organe des Staates.¹¹ Dass gerade diese Eigenschaften es *nicht* sein sollten, welche die Tätigkeit des Generalbundesanwaltes als die oberste Strafverfolgungsbehörde der Bundesrepublik Deutschland prägen sollten, dürfte auch ohne jede weitere Erläuterung auf der Hand liegen, sodass **die Forderung, den Generalbundesanwalt aus der Liste der politischen Beamten in § 54 Absatz 1 Bundesbeamtenengesetz (BBG) herauszunehmen mit der gebotenen Eile umgesetzt werden sollte**.

⁴ Siehe § 54 Absatz 2 Nummer 5 Bundesbeamtenengesetz (BBG).

⁵ Zur persönlichen Unabhängigkeit von Beamten vgl. bereits BVerfGE 7, 155–171 = BVerfG, Beschluss vom 17. Oktober 1957 – 1 BvL 1/57 –, juris Rn. 40.

⁶ BVerfGE 121, 205–233 = BVerfG, Beschluss vom 28. Mai 2008 – 2 BvL 11/07 –, juris Rn. 36.

⁷ BVerfGE 121, 205–233 = BVerfG, Beschluss vom 28. Mai 2008 – 2 BvL 11/07 –, juris.

⁸ BVerfGE 121, 205–233 = BVerfG, Beschluss vom 28. Mai 2008 – 2 BvL 11/07 –, juris Rn. 40.

⁹ Ebd. m. w. N.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd.

AUSFÜHRLICHE STELLUNGNAHME

Eine von ministerialer Kontrolle unabhängige Staatsanwaltschaft bedeutet, sofern nicht weitere grundlegende Änderungen an dem System der Strafrechtspflege vorgenommen werden, vor allem eines: Eine Staatsanwaltschaft, die nicht mehr der parlamentarischen Kontrolle unterliegt und gegenüber anderen Exekutivbehörden mit ähnlichen Befugnissen ohne einen Sachgrund privilegiert würde.

Die objektive Stellung der Staatsanwaltschaft ist keinesfalls ein Alleinstellungsmerkmal

Große Teile der Debatte um die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft haben ihren Ursprung in der Vorstellung, dass es sich bei der Staatsanwaltschaft um die „objektivste Behörde der Welt“¹² handelte. Auch der hier vorliegende Entwurf knüpft an dem »besonderen Status der Staatsanwaltschaft als objektives Organ der Rechtspflege«¹³ an. Eben diese einzigartige Neutralität der Staatsanwaltschaft, so scheint die Befürchtung, würde durch eine die unbotmäßige, weil politische, Einmischung des Justizministers eingeschränkt.

Die Staatsanwaltschaft arbeitet vorrangig mit dem Ziel den Beschuldigten zu überführen

Dabei wird bei der Debatte um die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, so scheint es, regelmäßig verkannt, dass es die Staatsanwaltschaft ist, die durch ihre oder durch sie geleitete Ermittlungen mit einer gewissen Erheblichkeit – etwa bei einer Telekommunikations- oder Wohnraumüberwachung – in die (Grund-)Rechte von Bürgern eingreift. Allein dass ihr insoweit gesetzlich aufgegeben ist, nicht nur die zur Belastung, son-

dern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln,¹⁴ begründet keine objektive Stellung der Staatsanwaltschaft, die anderen Behörden fremd wäre.

Denn die Pflicht sowohl belastende als auch entlastende Umstände zu ermitteln, geben zahlreiche (!) andere Gesetze einer Vielzahl von anderen Behörden auf, ohne dass deshalb – wie zu Weilen im Falle der Staatsanwaltschaft – behauptet würde, dass auch diese Behörden in einem besonderen Maße objektiv wären.

Zu denken wäre insoweit an jede beliebige Verwaltungsbehörde, die ein Ordnungswidrigkeitenverfahren führt und dabei – letztlich aufgrund derselben Vorschriften wie die Staatsanwaltschaft¹⁵ – verpflichtet ist, sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände zu ermitteln, bevor sie sanktionierende Maßnahmen festsetzt. Dabei sollte die Bezeichnung „Ordnungswidrigkeitenverfahren“ nicht über die Eingriffsintensität dieser Maßnahmen hinwegtäuschen – man denke insoweit etwa an das Bundeskartellamt oder die Bundesnetzagentur, die Bußgelder in Millionenhöhe festsetzen können.

Doch auch für eine Vielzahl von Stellen, die mit der Durchführung von Disziplinar- oder berufsgerichtlichen Verfahren befasst sind, ist die Pflicht belastende und entlastende Umstände zu ermitteln, die für die Maßnahmenbemessung von Bedeutung sind, in anderen Gesetzen als der Strafprozessordnung ausdrücklich oder im Wege eines Verweises normiert.¹⁶

¹² Wenn auch oftmals ironisierend, für eine ernstliche Verwendung vgl. etwa *Hamm*, NJW 1999, 3097, 3097; *Haller/Conzen*, Das Strafverfahren, Rn. 123; *Rautenberg*, NJ 2003, 169, 170; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 32.

¹³ „Status der Staatsanwaltschaft als objektives Organ der Rechtspflege“, BT-Drs. 19/11095, S. 6.

¹⁴ § 160 Absatz 2 Strafprozessordnung (StPO).

¹⁵ § 160 Absatz 2 StPO i. V. m. § 46 Absatz 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG).

¹⁶ Vgl. § 21 Absatz 1 Satz 2 Bundesdisziplinalgesetz (BDG) für Dienstvorgesetzte von Beamten; §§ 37, 97 Wehrdisziplinarordnung (WDO) für Disziplinarvorgesetzte von Soldaten und Wehrdisziplinaranwälte oder § 62 Absatz 1 Satz 1 Zivildienstgesetz (ZDG) für den Präsidenten des Bundesamtes für den Zivildienst und den von ihm bestellten Beamten. Zahlreiche andere Gesetze verweisen insoweit auf das Bundesdisziplinalgesetz oder die Strafprozessordnung und führen damit in den dortigen Verfahren ebenfalls ausdrücklich eine Pflicht des Ermittlungsführers herbei, sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände zu ermitteln – vgl. insoweit nur mit Verweisen auf die Strafprozessordnung § 116 Absatz 1 Satz 2 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO); § 98 Absatz 1 Satz 2 Patentanwaltsordnung (PAO); § 153 Steuerberatungsgesetz (StBerG) oder § 127 Wirtschaftsprüferordnung (WiPrO); mit einem Verweis auf das Bundesdisziplinalgesetz § 96 Absatz 1 Satz 1 Bundesnotarordnung (BNotO).

Die Staatsanwaltschaft gilt bloß wegen eines Fehlzitates als die „objektivste Behörde der Welt“

Bemerkenswert dürfte insoweit sein, dass gerade das vielzitierte Bild der Staatsanwaltschaft als die „objektivste Behörde der Welt“ auf eine Fehlrezeption einer Äußerung von *von Liszt* aus dem Jahre 1901 zurückzuführen ist, mit der *von Liszt* gerade das Gegenteil dessen zum Ausdruck zu bringen suchte. Die von ihm in einer Rede vor dem Berliner Anwaltsverein getätigte Aussage lautete im Kontext nämlich:

»[D]ie Parteistellung der Staatsanwaltschaft ist allerdings durch unsere Prozeßordnung besonders verdunkelt worden. Durch die Aufstellung des Legalitätsprinzips, durch die dem Staatsanwalt auferlegte Verpflichtung, in gleicher Weise Entlastungs- wie Belastungsmomente zu prüfen, durch das ihm eingeräumte Recht, Rechtsmittel zu Gunsten des Beschuldigten einzulegen, u. s. w. könnte ein bloßer Civiljurist zu der Annahme verleitet werden, als wäre die Staatsanwaltschaft nicht Partei, sondern *die objektivste Behörde der Welt* [Hervorb. d. Verf.]. Ein Blick in das Gesetz aber reicht aus, um diese Entgleisung als solche zu erkennen.«¹⁷

Alle Behörden sind nach dem Grundgesetz zur Objektivität verpflichtet

Auch soweit der hier vorliegende Entwurf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 1959¹⁸ bemüht, um den vermeintlichen Status der Staatsanwaltschaft als objektives Organ der Rechtspflege hervorzuheben,¹⁹ muss festgehalten werden, dass gerade diese Aussage dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht zu entnehmen ist. Das Gericht stellt vielmehr lediglich fest, dass »die Staatsanwaltschaft nicht nur wie auch jede Verwaltungsbehörde an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG)«, sondern dass »sie, an das „Legalitätsprinzip“ gebunden, von vornherein dem Gesetz gegenüber einen besonders eng begrenzten Ermessensspielraum hat.«²⁰ Dass das Legalitätsprinzip im Strafverfah-

ren jedoch zwischenzeitlich durch zahlreiche Opportunitätsvorschriften aufgeweicht worden sind, zeigt bereits ein Blick in das Gesetz.²¹

Bemerkenswert dürfte aber auch sein, dass das Bundesverfassungsgericht bereits in dieser Entscheidung aus dem Jahre 1959 davon ausging, dass die Ermessensreduzierung durch das Legalitätsprinzip und »ihre organische Eingliederung in die Justiz« hinreichende Sicherungen dafür bieten, dass bezogen auf die Staatsanwaltschaft »die Weisungsbefugnis der Vorgesetzten (§ 146 GVG) und das den Landesjustizverwaltungen zustehende „Recht der Aufsicht und Leitung“ (§ 147 GVG) anderen als „justizgemäßen“ Einflüssen auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft [...] Raum gewähren.«²²

Organisatorische Einbindung und Aufgaben der Staatsanwaltschaft sind nicht einzigartig

Dabei stellen selbst die organische Eingliederung in die Justiz und das Legalitätsprinzip keine Eigenheiten der Staatsanwaltschaft dar.

Über eine ähnliche organische Eingliederung in die Justiz verfügen etwa auch die Wehrdisziplinaranwaltschaften bei den Truppendienstgerichten,²³ der Bundeswehrdisziplinaranwalt beim Bundesverwaltungsgericht,²⁴ der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht²⁵ und die Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Oberverwaltungsgerichten.²⁶

Das Legalitätsprinzip gilt, sogar in noch strengem Maße als für die Staatsanwaltschaft, auch für die Dienst- und Disziplinarvorgesetzten der Beamten, Richter und Soldaten, sofern der Anfangsverdacht eines Dienstvergehens gegeben ist.²⁷

Selbst die Aufgaben der Staatsanwaltschaft werden nicht ausschließlich durch diese als Behörde im Geschäftsbereich der Justizministerien

¹⁷ *Liszt*, DJZ 1901, 179, 180.

¹⁸ BVerfGE 9, 223–231 = BVerfG, Urteil vom 19. März 1959 – 1 BvR 295/58.

¹⁹ BT-Drs. 19/11095, S. 2.

²⁰ BVerfGE 9, 223–231 = BVerfG, Urteil vom 19. März 1959 – 1 BvR 295/58 – juris Rn. 21.

²¹ Vgl. §§ 153a bis 154f StPO.

²² BVerfGE 9, 223–231 = BVerfG, Urteil vom 19. März 1959 – 1 BvR 295/58 – juris Rn. 21.

²³ § 81 Absatz 1 WDO.

²⁴ § 81 Absatz 3 WDO.

²⁵ §§ 35, 37 Absatz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

²⁶ §§ 36, 37 Absatz 2 VwGO.

²⁷ § 17 Absatz 1 BDG (ggf. i. V. m. § 63 Absatz 1 Deutsches Richtergesetz – DRiG); § 32 Absatz 1 WDO.

wahrgenommen. Gerade für den Bereich der Steuerstraftaten kommen mehreren Bundesbehörden und Landesbehörden, nämlich den Hauptzollämtern, den Finanzämtern, dem Bundeszentralamt für Steuern und den Familienkassen, staatsanwaltliche Befugnisse zu.²⁸

Insoweit stellt sich die Frage, ob die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft konsequenterweise nicht auch auf für diese Behörden normiert werden müsste, soweit sie mit staatsanwaltlichen Aufgaben befasst sind.

Erst das ministeriale Weisungsrecht stellt eine parlamentarische Kontrolle sicher

Gerade da die Staatsanwaltschaft nach dem bisher Dargelegten keine einzigartige Behörde darstellt, stellt sich die Frage, ob das ministerielle Weisungsrecht für diesen Bereich dennoch ausgesetzt werden sollte. Schließlich stellt § 147 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) letztendlich nur etwas ausdrücklich fest, was nach den allgemeinen Grundsätzen der Verwaltungsorganisation selbstverständlich ist – nämlich, dass dem Dienststellenleiter als Dienstvorgesetzten und dem zuständigen Fachminister das Recht zur Aufsicht und Leitung zusteht.

Diese Vorschrift ist, beamtenrechtlich betrachtet, genauso überflüssig wie § 146 GVG, in dem es heißt: »Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen«, oder § 148 GVG, in dem es heißt: »Der Generalbundesanwalt und die Bundesanwälte sind Beamte«. Auch diese Vorschriften stellen bloß Offensichtliches fest.

Die besonderen Vorschriften des GVG stellen vor allem klar, dass Staatsanwälte bloß Beamte sind

Diese Vorschriften erklären sich vor allem mit der besonderen Entwicklungsgeschichte der Staatsanwaltschaft. Bevor nämlich in Preußen 1846, zunächst bloß beschränkt auf Berlin, die Staatsanwaltschaft eingeführt wurde,²⁹ galt dort

das Inquisitionsverfahren nach der preußischen Criminal-Ordnung vom 11. Dezember 1805.

Die Durchführung der strafrechtlichen Ermittlungen, in der preußischen Criminal-Ordnung noch als »Criminal-Untersuchung« bezeichnet, oblag zu jener Zeit noch einem Richter – dem Inquirenten. Soweit dieser seine Criminal-Untersuchung abgeschlossen hatte, war es an einem erkennenden Gericht, dem der Inquirent nicht angehören durfte, eine Entscheidung zu fällen. Die Entscheidung wurde in einem bloß schriftlichen Verfahren anhand der Akten getroffen, die der Inquirent dem erkennenden Gericht mit etwaigen Verteidigungsschriften des Angeklagten vorlegte.³⁰

Das zunächst 1846 in Berlin eingeführte neue Verfahren, die eine Anklageerhebung durch eine Staatsanwaltschaft voraussetzte, wurde allerdings bereits 1849 mit der *Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen* vom 3. Januar 1849 auf ganz Preußen ausgeweitet.³¹

§ 3 dieser Verordnung stellte hierbei klar, welche Funktion die mit der Verordnung neueingeführten Staatsanwälte – gerade im Vergleich zu den Richtern – innehaben sollten:

»Die Ober-Staatsanwälte, Staatsanwälte und deren Gehülfen gehören nicht zu den richterlichen Beamten. Sie sind in ihrer Amtsführung nicht der Aufsicht der Gerichte, sondern die Staatsanwälte der Aufsicht des Ober-Staatsanwalts und dieser mit ihnen der des Justizministers unterworfen, dessen Anweisungen sie nachzukommen haben. Die definitive Ernennung der Ober-Staatsanwälte und Staatsanwälte erfolgt durch Uns auf Antrag des Justizministers.«

Damit sollten die entscheidenden Unterschiede zwischen dem Amt des Staatsanwaltes und dem des Inquirenten hervorgehoben werden.

Auch der Reichsgesetzgeber, der nur wenige Jahrzehnte später das Gerichtsverfassungsgesetz

²⁸ § 386 Abgabenordnung (AO).

²⁹ Vgl. das Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen vom 17. Juli 1846, in: *Gesetzsammlung für die Königlich-Preußischen Staaten (PrGS)* 1846, 267. Etwas ausführlicher hierzu m. w. N. *Andoor*, Tatfragen in der strafrechtlichen Revision, S. 97 ff. (Veröffentlichung vorauss. 2. Hj. 2020).

³⁰ Siehe §§ 469 ff. der preußischen Criminal-Ordnung vom 11. Dezember 1805 (PCO); detaillierter *Andoor*, Tatfragen in der strafrechtlichen Revision, S. 114 ff. (Veröffentlichung vorauss. 2. Hj. 2020).

³¹ PrGS 1849, 14.

formulierte, sah eine solche Klarstellung offensichtlich noch als erforderlich an. Dies erklärt die bis heute gültige Fassung der §§ 146 ff. GVG, die augenscheinlich bloß beamtenrechtliche Selbstverständlichkeiten für die Staatsanwaltschaft noch einmal hervorheben.

Erst die ministerielle Kontrolle vermittelt eine parlamentarische Kontrolle der Beamten

So ist das ministerielle Weisungsrecht ein Instrument, das sich nicht nur in der Justizverwaltung, sondern in nahezu allen Verwaltungen wiederfindet. Es handelt sich dabei um ein notwendiges Mittel zur Sicherstellung der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive, der auch die Staatsanwaltschaft angehört. Die parlamentarische Kontrolle der Exekutive setzt nämlich zwingend eine ununterbrochene Verantwortungs- und Kontrollkette von jedem einzelnen Beamten bis hin zum Parlament voraus. Im Falle eines Staatsanwaltes bei der Staatsanwaltschaft des Bundes reicht sie etwa von dem einzelnen Staatsanwalt über seinen Vorgesetzten und den Generalbundesanwalt sowie den Bundesminister der Justiz bis hin zur Bundeskanzlerin.³² Die Letzteren, nämlich die Bundeskanzlerin und ihre Minister, müssen dem Bundestag und seinen Ausschüssen jederzeit Rede und Antwort stehen und unterliegen damit der unmittelbaren parlamentarischen Kontrolle.³³ Sie vermitteln in dem Beispiel also die parlamentarische Legitimation, Kontrolle und Verantwortung an den einzelnen Staatsanwalt.

Sofern jedoch dem Minister die Möglichkeit genommen würde, gegenüber seinen Beamten auch Einzelweisungen zu erteilen, wie dies durch den vorliegenden Entwurf beabsichtigt ist, kann er allenfalls für Organisationsverschulden in seinem Ressort, nicht aber für die Handlungen seiner Beamten zur politischen Verantwortung gezogen werden, da er in einem solchen Fall offensichtlich keinen Einfluss auf das Handeln des Beamten nehmen könnte. Dies stellte in einer parlamentarischen Demokratie einen unbefriedigenden Zustand dar, der nicht hingenommen werden kann.

Auf ein solches Kontrollinstrument sollte jedoch gerade bei der Staatsanwaltschaft nicht verzichtet werden, da sie als Teil staatlichen Strafrechtspflege einen außergewöhnlich mächtigen Teil der Verwaltung darstellt. Gerade die vielfältigen und eingriffsintensiven Aufgaben, die Staatsanwälten obliegen und von den Befürwortern ihrer Unabhängigkeit als Argument für eine solche vorgetragen werden,³⁴ sollten Anlass genug sein, die Staatsanwaltschaft als Machtfaktor im Staate nicht von den existierenden subtilen Kontrollinstrumenten freizustellen.

Folgen der Gefahr unbotmäßiger politischer Einflussnahme ist im Verwaltungsverfahren höher

Ohnehin gilt zu bedenken, dass die potentielle Gefahr der politischen Einflussnahme durch ministerielle Einzelweisungen nicht nur bei der Staatsanwaltschaft besteht, sondern bei jeder beliebigen Behörde. Würde man diese potentielle Gefahr wahrlich und ausschließlich orientiert an Sachargumenten als eine ernste betrachten, ist ihre Tragweite im Verwaltungsverfahren sogar größer als im Strafverfahren.

Denn die gravierendsten Grundrechtseingriffe im Strafverfahren erfolgen nur selten unmittelbar durch die Staatsanwaltschaft, sondern in aller Regel durch oder unter Beteiligung eines Gerichts. Im Verwaltungsverfahren ist es dagegen immer die Behörde, die den eingreifenden Verwaltungsakt – gegebenenfalls verbunden mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit – erlässt und damit unmittelbar und final in die Rechte des Bürgers eingreift. Anders als im Strafverfahren erfolgt der gerichtliche Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren dabei sogar nur nachgelagert.

Es wäre sachlich kaum zu erklären, warum dennoch der abstrakten Gefahr einer rechtswidrigen politischen Weisung im Strafverfahren eine größere Bedeutung beizumessen wäre als im Verwaltungsverfahren – nur wenn diese Erklärung gelingt, wäre überhaupt über das „Ob“ der Abschaffung der Einzelweisungsbefugnis in diesem Bereich nachzudenken. Selbst dann müsste das

³² Ausführlicher hierzu *Andoor*, Abhängige Staatsanwälte – Und das ist auch gut so, in: Legal Tribune Online, 8. August 2015, https://www.lto.de/persistent/a_id/16547/ (abgerufen am: 3. Mai 2020).

³³ Vgl. nur Artikel 43 Absatz 1 Grundgesetz (GG).

³⁴ Vergleiche statt vieler nur: Bundesmitgliederversammlung der Neuen Richtervereinigung, Plädoyer für den unabhängigen Staatsanwalt, 4. März 2007, <https://www.neuerichter.de/details/artikel/article/plaedoyer-fuer-den-unabhaengigen-staatsanwalt-121.html> (abgerufen am: 3. Mai 2020).

„Wie“ noch geklärt werden, da der hier vorgestellte Entwurf zahlreiche Probleme, die sich damit stellen und die in dieser Stellungnahme nur rudimentär dargelegt werden, nicht aufgreift.

Alle Behörden, nicht nur die Staatsanwaltschaft, sind an Gesetz und Recht gebunden

Der Hinweis, dass schon die bloße Existenz einer Einzelweisungsbefugnis des Justizministers den Eindruck vermitteln könnte, dass staatsanwaltliches Handeln durch politische Einflussnahme außerhalb der Bindung an Recht und Gesetz bestimmt werden könnte,³⁵ vermag ihre Abschaffung ebenfalls nicht überzeugend zu begründen. Gleiches gilt für die Ausführung, dass die Staatsanwaltschaft ihre Tätigkeit nicht politisch verantwortet, sondern in Bindung an Recht und Gesetz.³⁶

Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist ein allgemeiner Verfassungsgrundsatz

Insoweit wird nämlich verkannt, dass nicht nur die Staatsanwaltschaft, sondern die gesamte vollziehende Gewalt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Grundgesetzes, wie auch die Rechtsprechung, an Gesetz und Recht gebunden ist.³⁷ Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Existenz einer ministerialen Einzelweisungsbefugnis ausschließlich bei der Staatsanwaltschaft den Eindruck vermitteln soll, ihr Handeln werde durch politische Einflussnahme bestimmt und könne so außerhalb von Gesetz und Recht stattfinden. Sofern dies zutrifft, müsste dies konsequenterweise auch für jede andere Behörde auch gelten.

Das hieße, dass auch bei einem Jugendamt, das ein Kind entgegen dem Willen der Erziehungsberechtigten in seine Obhut nimmt,³⁸ oder bei einem Finanzamt, das zur Vollstreckung einer Steuerschuld das Auto eines Steuersäumigen pfändet,³⁹ oder auch bei einer Ausländerbehörde,

die gegen einen Ausländer eine Ausweisungsverfügung erlässt,⁴⁰ aufgrund der zweifelsfrei bestehenden Einzelweisungsbefugnisse oberster Dienstvorgesetzter, die ein politisches Amt inne haben, stets der Eindruck herrschen müsste, sie würden in ihren Handlungen außerhalb der Bindung an Gesetz und Recht durch politische Einflussnahmen bestimmt.

Ausgestaltung oberster Dienstposten als politische Ämter ist ein Aspekt der Demokratie

Dies ist offensichtlich nicht der Fall. In aller Regel nämlich wird dem Bürger sowohl bewusst sein, dass Beamte grundsätzlich Weisungen unterliegen, als auch dass ihre obersten Dienstvorgesetzten politische Ämter innehaben. Wie die Überhöhung des Richteramtes gegenüber dem Amt der Staatsanwaltschaft durch nahezu jeden Laien belegt, erfasst der Bürger im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre ebenfalls, dass ein fundamentaler Unterschied zwischen Richtern und Staatsanwälten besteht, auch wenn er beide Berufsgruppen spontan als Beamte bezeichnen würde.

Dass die obersten Dienstposten in der Staatsverwaltung als politische Ämter ausgestaltet sind, die der Bürger unmittelbar durch seine Wahl beeinflussen kann, muss dabei sogar wohl als ein nicht unwesentlicher Grundsatz einer funktionierenden rechtsstaatlichen Demokratie begriffen werden.

Denn während der Beamte in aller Regel auf Lebenszeit ernannt ist,⁴¹ endet etwa das Amt eines Bundesministers mit dem Zusammentritt eines neuen Bundestages oder der Erledigung des Amtes des Bundeskanzlers.⁴² Hierdurch wird bei genauer Betrachtung eine über die parlamentarische Verantwortung hinausreichende unmittelbare Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Volk als Souverän begründet.⁴³ So muss ein Minister, dessen Beamte außerhalb von Gesetz

³⁵ BT-Drs. 19/11095, S. 1.

³⁶ BT-Drs. 19/11095, S. 7 f.

³⁷ Artikel 20 Absatz 3 GG.

³⁸ § 42 Absatz 1 Aches Sozialgesetzbuch (SGB VIII).

³⁹ § 281 AO.

⁴⁰ § 53 Aufenthaltsgesetz (AufenthG).

⁴¹ Vgl. § 6 Absatz 1 Satz 2 BBG für Bundesbeamte; § 4 Absatz 1 Satz 2 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) für Landesbeamte.

⁴² § 69 Absatz 2 GG.

⁴³ Vgl. Artikel 20 Absatz 2 Satz 2 GG.

und Recht handeln, stets auch befürchten, jedenfalls zum Ende einer Legislaturperiode auch persönliche politische Konsequenzen für jene Handlungen tragen zu müssen, die außerhalb der parlamentarischen Kontrolle eintreten.

Rechtswidrige Einzelweisungen eines Ministers wären ohnehin nicht verbindlich

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Gefahren, die in ministeriellen Einzelweisungen gesehen werden, nicht ausschließlich bei der Staatsanwaltschaft gegeben sind, sondern bei allen Behörden der Exekutive. Zugleich ist diese Gefahr auch eine höchstabstrakte. Ministeriale Weisungen sind nämlich in allen Verwaltungen höchst selten und werden in der Regel nur getroffen, um offensichtlichen Fehlentwicklungen im nachgeordneten Bereich entgegenzuwirken, rechtliche Unklarheiten im Einzelfall zu beseitigen und verbindlich zu entscheiden.

Ministerielle Weisungen können ein notwendiges Korrektiv sein

Dabei entspricht es der allgemeinen Arbeitsweise der Verwaltung, letztendlich nach dem Prinzip der Subsidiarität zu agieren – allein deshalb sind Einzelweisungen selten angezeigt, da auf einer höheren Hierarchieebene nur selten das

insoweit notwendige Detail- bzw. Einzelwissen vorhanden sein wird.

Gleichzeitig gilt aber zu bedenken, dass auf der Ministerialebene in aller Regel deutlich mehr Ressourcen zur Verfügung stehen, um (neues) Fachwissen zu generieren. So können Einzelweisungen durchaus ein Instrument sein, um einer konkreten Fehlentwicklung aufgrund eines besseren Wissensstandes entgegenzuwirken.

Eben dies scheint der hier vorliegende Entwurf zu verkennen – denn auch die von ihm nunmehr etwas unglücklich⁴⁴ als Dienstaufsicht bezeichneten Maßnahmen der besonderen Rechtsaufsicht nach § 147 Absatz 2 und 3 des GVG-neu⁴⁵ können nur dann effizient umgesetzt werden, wenn insoweit auch Maßnahmen der Fachaufsicht – die eben die Befugnis, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen, umfasst – zur Verfügung stehen.

Ohne die Möglichkeit der Einzelweisungen können die zuständigen Justizministerien einem auf ihrer Ebene festgestellten Rechtsverstoß, welcher die Sachbehandlung von Einzelfällen betrifft, nicht abstellen. Auch dort, wo etwa eine Staatsanwaltschaft die allgemeinen Weisungen des Justizministers bei einem Einzelfall bewusst

⁴⁴ Dienstaufsicht meint, in Abgrenzung zur Fachaufsicht und Rechtsaufsicht, gerade die Aufsicht des Dienstherrn über das persönliche Verhalten der ihm in einem Dienstverhältnis unterstellten Mitarbeiter – erreichen will der Entwurf hier aber offensichtlich keine Dienstaufsicht durch die Ministerialebene, sondern eine besondere Form der Rechtsaufsicht, da die Ministerialverwaltungen gerade nicht die Befugnis enthalten soll, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen.

⁴⁵ Der auf BT-Drs. 19/11095, S. 5 aufgeführte Entwurf sieht die folgende Änderung des § 147 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) vor:

§ 147 GVG

Das Recht der Aufsicht und Leitung steht zu

1. dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte;
2. der Landesjustizverwaltung hinsichtlich aller staatsanwaltlichen Beamten des betreffenden Landes;
3. dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks.

§ 147 GVG-neu

(1) Die Dienstaufsicht steht zu

1. dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte;
2. der Landesjustizverwaltung hinsichtlich aller staatsanwaltlichen Beamten des betreffenden Landes;
3. dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks.

(2) Die Dienstaufsicht umfasst die Befugnis, auf eine gesetz- und ordnungsmäßige Erledigung der Dienstgeschäfte hinzuwirken.

(3) Die Dienstaufsicht des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz sowie der Justizverwaltungen enthält nicht die Befugnis, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen.

ignoriert, bedürfte es der Einzelweisungsbefugnis, um in der Situation effizient reagieren zu können.

Das geltende Recht kennt bereits heute zahlreiche Sicherungen gegen rechtswidrige Einzelweisungen

Nicht von der Hand zu weisen bleibt dennoch die theoretische Möglichkeit, dass ein Minister oder eine Ministerialverwaltung Weisungen erteilt, die nicht durch Sacherwägungen geleitet sind. Allerdings sehen bereits heute zahlreiche unterschiedliche Gesetze ausreichende Möglichkeiten zum Schutze der Staatsanwaltschaft vor rechtswidrigen Einzelweisungen vor, ohne zugleich eine Abschaffung des Weisungsrechts der Justizverwaltungen vorzunehmen.

So haben Beamte nach den einschlägigen Beamtengesetzen nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen unverzüglich bei dem unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen (die sog. Remonstrationspflicht).⁴⁶ Wird die Anordnung trotz der Remonstration aufrechterhalten, haben sie sich, wenn die Bedenken fortbestehen, an den nächst höheren Vorgesetzten zu wenden.⁴⁷ Erst wenn eine Weisung auch dann bestätigt würde, müssen sie diese grundsätzlich umsetzen.⁴⁸

Allerdings regeln die einschlägigen Beamtengesetze⁴⁹ auch, dass eine Anordnung trotz der Bestätigung auf die wiederholte Remonstration nicht ausgeführt werden darf, wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder *strafbar* oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen und Beamten erkennbar ist.

Würde ein Staatsanwalt nun tatsächlich im Rahmen der ministeriellen Einzelweisungsbefugnis angewiesen werden, strafprozessuale Maßnahmen zu unterlassen oder vorzunehmen, die gegen Gesetz und Recht verstoßen, müsste er diese Weisung nach den oben dargestellten Grundsätzen gerade nicht folgen. Eine solche Weisung hätte nämlich zur Folge, dass der Staatsanwalt eine

Handlung vornehmen müsste, die als Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) respektive als Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB) zu bewerten und damit strafbar wäre.

Die Remonstrationspflicht in Verbindung mit dem Dispens von der Folgepflicht bei grob rechtswidrigen Weisungen, stellt somit eine sachliche Unabhängigkeit des Beamten her, welche die die politischen Leitungsbefugnis des Fachministers in einem demokratietheoretisch angemessenen Rahmen berücksichtigt. Dass die Staatsanwaltschaft insoweit dennoch hinter der sachlichen Unabhängigkeit der Richter zurückbleibt, ist verfassungsrechtlich und rechtssystematisch konsequent und sollte nicht anders geregelt werden.

Unabhängigkeit der Richter unterliegt Prämissen ungleich der Staatsanwaltschaft

Generell muss auch vor überschnellen Vergleichen der Staatsanwälte mit (Straf-)Richtern gewarnt werden. Dieser Vergleich drängt sich zwar durchaus auf, weil beide auf dem ersten Blick der Strafjustiz zuzuordnen sind. Ebenso dass die Staatsanwälte, wie auch Richter, nach der Besoldungsordnung R und nicht wie die meisten übrigen Beamten nach der Besoldungsordnung A und B besoldet werden, trägt gewiss zu diesem Vergleich bei. Nicht zuletzt aber unter Staatsanwälten und Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit mag dieser Vergleich naheliegen, können sie doch vergleichsweise unproblematisch zwischen den einzelnen Professionen hin- und herwechseln und unterliegen dabei derselben Disziplinargerichtsbarkeit durch Richterdienstgerichte.⁵⁰

In der Tat ist der Staatsanwalt damit in gewisser Hinsicht ein Beamter besonderer Art; er ist allerdings gerade kein Beamter eigener Art. Eine weitgehende Unabhängigkeit unter Ausschluss jeder ministerialen Fachaufsicht in letzter Instanz genießen nämlich nur wenige Beamte – hierzu gehören etwa beamtete Hochschullehrer, für die die verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre einfachgesetz-

⁴⁶ Für Bundebeamte vgl. § 63 Absatz 2 Satz 1 BBG; für Landesbeamte § 36 Absatz 2 Satz 1 BeamtStG.

⁴⁷ § 63 Absatz 2 Satz 2 BBG; § 36 Absatz 2 Satz 2 BeamtStG.

⁴⁸ § 63 Absatz 2 Satz 3 BBG; § 36 Absatz 2 Satz 3 BeamtStG.

⁴⁹ § 63 Absatz 2 Satz 4 BBG; § 36 Absatz 2 Satz 4 BeamtStG.

⁵⁰ § 122 Absatz 4 Satz 1 DRiG.

lich so ausformuliert wurde, dass ihnen im Ergebnis ebenfalls eine sachliche und persönliche Unabhängigkeit zukommt.⁵¹ Ähnlich wie Richter (und zugegebenermaßen Staatsanwälte) verfügen die Hochschullehrer sogar über eine eigene Besoldung nach der Besoldungsordnung W.

Richterliche Unabhängigkeit ist funktionsnotwendiger Bestandteil der Judikative

Die Unabhängigkeit der Richter wiederum ist dabei ein notwendiger Bestandteil der Gewaltenteilung und einer funktionsfähigen Judikative. So bestimmt das Grundgesetz wörtlich: »Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut;«⁵² und allein für diese Richter bestimmt es weiter: »Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.«⁵³ Damit lässt das Grundgesetz keinen Interpretationsspielraum dafür, wer der rechtssprechenden Gewalt, also der Judikative angehört – nur die Richter; nicht auch die Staatsanwälte.

Es wäre aus zweierlei Gründen zu kurz gedacht, dass dieser Beschränkung mit einer Grundgesetzänderung abgeholfen wäre, die bestimmte, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern *und Staatsanwälten* anvertraut ist und die Richter *und Staatsanwälte* unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen sind.

Zum einen widerspräche es der Natur der Judikative, also der Natur der rechtssprechenden Gewalt, auch die Anklagebehörde in ihr zu verorten; wer schon im Ermittlungsverfahren eine über

den Ermittlungsrichter hinausgehende unabhängige Instanz will, will keine unabhängige Staatsanwaltschaft, sondern die 1976 abgeschaffte gerichtliche Voruntersuchung und damit den Untersuchungsrichter zurück.⁵⁴

Zum anderen wäre, wie bereits ausgeführt, nicht ersichtlich, warum ausschließlich die Staatsanwaltschaften, die als Organe der Rechtspflege die bei den ordentlichen Gerichten errichtet worden sind, der Judikative zuzurechnen wären. Gleiches müsste auch für die bereits oben erwähnten Wehrdisziplinaranwälte bei den Truppendienstgerichten, den Bundeswehrdisziplinaranwalt beim Bundesverwaltungsgericht, den Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht oder die Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Oberverwaltungsgerichten gelten. Auch bei exotischeren staatlichen Organen der Rechtspflege, die bei Gerichten eingerichtet sind, wie etwa bei der hessischen Landesanwaltschaft beim Staatsgerichtshof,⁵⁵ müsste dasselbe gelten. Schließlich stellte sich auch hier die Frage, wie mit den Behörden umzugehen wäre, die in Steuerstrafsachen staatsanwaltliche Aufgaben wahrnehmen – also den Hauptzollämtern, den Finanzämtern, dem Bundeszentralamt für Steuern und den Familienkassen.⁵⁶

Richterliche Unabhängigkeit bedeutet keine unkontrollierte Tätigkeit der Judikative

Zu bedenken gilt auch, dass die richterliche Unabhängigkeit nicht bedeutet, dass Richter ohne jede Kontrolle wären – gerade dies gälte aber

⁵¹ Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG, §§ 43, 50 Absatz 2 Hochschulrahmengesetz (HRG) – ähnliche Regelungen finden sich auch in den zwischenzeitlich ergangenen Landeshochschulgesetzen, vgl. insoweit etwa § 61 Absatz 1 Satz 1, § 60 Absatz 4 Satz 4 und 5 Hessisches Hochschulgesetz (HHG).

⁵² Artikel 92 Absatz 1 Halbsatz 1 GG.

⁵³ Artikel 97 Absatz 1 GG.

⁵⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Andoor*, Tatfragen in der strafrechtlichen Revision, S. 197 ff. (Veröffentlichung vorauss. 2. Hj. 2020). Die gerichtliche Voruntersuchung und damit auch der Untersuchungsrichter wurden durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) vom 9. Dezember 1974, BGBl. I 3393, abgeschafft. Bei der gerichtlichen Voruntersuchung handelte es sich dem Grunde nach um ein richterlich durchgeführtes Ermittlungsverfahren. Die Durchführung der gerichtlichen Voruntersuchung oblag einem Untersuchungsrichter, der nach der Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung anstelle der Staatsanwaltschaft trat und die von ihm als notwendig erachteten Ermittlungen selbstständig durchführte. Anders als der heutige Ermittlungsrichter, der lediglich im Rahmen der Voruntersuchung auf einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft hin prüft, ob strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, die einem Richtervorbehalt unterliegen, vorgenommen werden dürfen, konnte der Untersuchungsrichter in Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung die von ihm für erforderlich erachteten Zwangsmaßnahmen selbst vornehmen. Er vereinigte damit die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft und des Ermittlungsrichters in einer Person.

⁵⁵ Artikel 130 Absatz 1 Satz 2 Verfassung des Landes Hessen (HV), § 10 Gesetz über den Staatsgerichtshof (StGHG); dieser ist allerdings gemäß § 10 Absatz 7 StGHG grundsätzlich an keine Weisungen gebunden.

⁵⁶ § 386 Absatz 1 AO.

mangels vergleichbarer Kontrollinstrumente für eine unabhängige Staatsanwaltschaft nicht.

So gilt in nahezu allen Gerichtsverfahrensordnungen der Öffentlichkeitsgrundsatz, der verbunden mit dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz sicherstellt, dass grundsätzlich jede erkennende gerichtliche Handlung von jedem beobachtet werden kann.⁵⁷ Gerade wer sich an die Kontroverse um die Journalisten-Akkreditierung bei dem sogenannten NSU-Prozess gegen die verbliebenen Beschuldigten der rechtsextremen Terrorgruppe „Nationalsozialistischer Untergrund“ (NSU) zurückerinnert, wird die Möglichkeit der Öffentlichkeit ein gerichtliches Verfahren zu verfolgen, kaum als eine bloße Formalie ohne nennenswerte praktische Bedeutung abtun.⁵⁸

Daneben wird eine öffentliche Kontrolle der gerichtlichen Verfahren auch dadurch erreicht, dass in vielen gerichtlichen Verfahren das Volk unmittelbar als ehrenamtliche Richter mitwirkt – etwa im Strafverfahren als Schöffen⁵⁹ oder in gerichtlichen Disziplinarverfahren als Beamtenbesitzer⁶⁰ oder in Verfahren vor den Handelskammern als Handelsrichter⁶¹, um nur wenige Beispiele zu nennen.

Schließlich können die meisten erstinstanzlichen Urteile mittels einschlägiger Rechtsmittel einer justizinternen Kontrolle zugeführt werden, wobei bei Kollegialgerichten schon die Besetzung der Spruchkörper mit mehreren Richtern eine kontrollierende Wirkung entfaltet.

Das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren
dagegen ist ein geheimes Verfahren

All die oben genannten Kontrollelemente schaffen einen hinreichenden Ausgleich für die

mangelnde parlamentarische Kontrolle und das damit einhergehende Legitimationsdefizit der rechtsprechenden Gewalt – Kontrollelemente, die in der Form im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren nicht existieren. So ist das Ermittlungsverfahren, wie nahezu jedes andere allgemeine Verwaltungsverfahren auch, ein geheimes Verfahren.⁶² Weder der Beschuldigte noch die Öffentlichkeit hat Einblick in das – nahezu ausschließlich durch die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft geführte – Vorverfahren. Auch die Presse erhält zu laufenden Ermittlungen in der Regel keine Auskunft.

Ebenso kann der Betroffene viele Maßnahmen im Ermittlungsverfahren, schlicht weil sie größtenteils ohne seine Kenntnis durchgeführt werden, weder einer höherinstanzlichen noch einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Dies ist schon heute bedenklich, wenn man erkennt, mit welcher Leichtigkeit in der Praxis so sensible verdeckte Maßnahmen wie Telekommunikationsüberwachung,⁶³ Standortbestimmung von Mobilfunkgeräten⁶⁴ oder Wohnungsdurchsuchungen⁶⁵ durch Ermittlungsrichter angeordnet werden.

Daher ist eine von der politischen (im Sinne einer ministerialen) Kontrolle befreite und ausschließlich sich selbst kontrollierende Staatsanwaltschaft nichts, was ein freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat ohne die Schaffung weiterer Kontrollinstrumente herbeiwünschen sollte. Eine weisungsunabhängige Staatsanwaltschaft stellte jedenfalls in der aktuellen Rechtslandschaft einen unkontrollierbaren Machtfaktor dar.

⁵⁷ Vgl. nur für die ordentliche Gerichtsbarkeit § 169 GVG, auf den die meisten sonstigen Gerichtsverfahrensordnungen verweisen – so etwa § 55 VwGO für die Verwaltungsgerichtsbarkeit oder § 61 Sozialgerichtsgesetz (SGG) für die Sozialgerichtsbarkeit.

⁵⁸ Die allgemein-gesellschaftliche Bedeutung, welche diese Debatte erlangt hat, ist nicht zuletzt daran zu erkennen, dass dieser Kontroverse zwischenzeitlich ein eigener Artikel in der Online-Enzyklopädie Wikipedia gewidmet ist; siehe „Kontroverse um Journalisten-Akkreditierung beim NSU-Prozess“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, Bearbeitungsstand: 9. Oktober 2019, https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Kontroverse_um_Journalisten-Akkreditierung_beim_NSU-Prozess&oldid=192994979 (abgerufen am 3. Mai 2020).

⁵⁹ §§ 28 ff., 77 Absatz 1 GVG.

⁶⁰ Vgl. etwa § 47 BDG.

⁶¹ § 45a DRiG, § 105 GVG.

⁶² Vgl. hierzu schon *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815, 822 ff.

⁶³ §§ 100a, 100e StPO.

⁶⁴ §§ 100i, 101 StPO.

⁶⁵ §§ 102, 105 StPO.

Auch der EuGH verlangt nicht nach einer unabhängigen deutschen Staatsanwaltschaft

Auch aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Mai 2019⁶⁶ zur Ausstellung des Europäischen Haftbefehls in der Bundesrepublik Deutschland folgt nicht, dass die deutsche Staatsanwaltschaft generell unabhängig sein müsste.⁶⁷ Das Urteil, genauer eine Vorabentscheidung auf Vorlage des *Supreme Court of Ireland* und des *High Court* von Irland, befasst sich nämlich mit einer völlig anderen Prämisse.

Rahmenbedingungen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

So bestimmt bereits die Ziffer 8 der Erwägungen zu dem Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union zum Europäischen Haftbefehl⁶⁸ wörtlich:

»Entscheidungen zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls müssen ausreichender Kontrolle unterliegen; dies bedeutet, dass eine *Justizbehörde* des Mitgliedstaats, in dem die gesuchte Person festgenommen wurde, die Entscheidung zur Übergabe dieser Person treffen muss [Hervorb. d. Verf.]«

In Artikel 1 Absatz 1 des Rahmenbeschlusses heißt es wiederum:

»Bei dem Europäischen Haftbefehl handelt es sich um eine *justizielle Entscheidung* [Hervorb. d. Verf.], die in einem Mitgliedstaat ergangen ist und die Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedstaat zur Strafverfolgung oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung bezweckt.«

Artikel 6 Absatz 1 des Rahmenbeschlusses schließlich bestimmt:

»Ausstellende Justizbehörde ist die *Justizbehörde* des Ausstellungsmitgliedstaats, die nach dem Recht dieses Staats für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständig ist [Hervorb. d. Verf.]«

Bereits der Rahmenbeschluss geht also davon aus, dass zur Sicherstellung der ausreichenden Kontrolle der Europäische Haftbefehl durch eine *Justizbehörde* ausgestellt werden müsse. Schon hier hätte sich auch dem deutschen Gesetzgeber aufdrängen können, dass der Rahmenbeschluss mit der Wendung »Justizbehörde« (in Englischen: »judicial authority«; im Französischen: »L'autorité judiciaire«) eine der Judikativen zugehörige Behörde meinen könnte – zumal schon der nationale (Untersuchungs-)Haftbefehl in Strafsachen nur durch einen Richter ausgestellt werden kann.⁶⁹

Der Europäische Gerichtshof verlangt (nur) eine Entscheidung der Judikative

Lediglich dies stellt auch der Europäische Gerichtshof fest. So führte er aus, dass die Mitgliedstaaten zwar selbst bestimmen können, wer die für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständige »Justizbehörde« ist, die Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs jedoch nicht ihrer Beurteilung überlassen bleiben könne.⁷⁰ Insofern stellte das Gericht klar, dass Begriff »Justizbehörde« nicht allein auf die Richter oder Gerichte eines Mitgliedstaats beschränkt ist, sondern so zu verstehen ist, dass er darüber hinaus die Behörden erfasst, die in diesem Mitgliedstaat an der Strafrechtspflege mitwirken; diese grenzt der Gerichtshof insbesondere zu Ministerien oder Polizeibehörden ab, die er der Exekutive zuordnet.⁷¹

Entscheidend kommt es dem Europäischen Gerichtshof also darauf an, dass der Europäische Haftbefehl, der in der Regel auf einem nationalen Haftbefehl beruhen wird, durch eine Behörde ausgestellt wird, die sachlich von der Exekutive unabhängig ist und idealerweise der Judikative zuzurechnen ist.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 27.5.2019, C-508/18 - OG (Parquet de Lübeck).

⁶⁷ So etwa irreführend die Überschrift »EuGH Urteil: Deutsche Staatsanwaltschaft nicht unabhängig« in einem Beitrag von Transparency International Deutschland e. V. vom 28. Mai 2019, <https://www.transparency.de/aktuelles/detail/article/eugh-urteil-deutsche-staatsanwaltschaft-nicht-unabhaengig/> (abgerufen am 3. Mai 2020).

⁶⁸ Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, 2002/584/JI.

⁶⁹ § 114 Absatz 1 StPO; für den Vollstreckungshaftbefehl, also den Haftbefehl, der ergeht, damit eine gerichtlich verhängte Freiheitsstrafe vollstreckt werden kann, ist in der Tat auch national die Staatsanwaltschaft zuständig, § 457 Absatz 3 Satz 3 StPO; ob dies europäisch wirklich anders sein muss, ist eine wenig diskutierte Frage, da in diesem Fall ja tatsächlich mit der gerichtlichen Freiheitsstrafe bereits eine gerichtlich verhängte Entscheidung vorliegt, die mit dem Vollstreckungshaftbefehl lediglich umgesetzt wird.

⁷⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.5.2019, C-508/18 - OG (Parquet de Lübeck), Rn. 48.

⁷¹ A. a. O., Rn. 50.

Der Europäische Gerichtshof fordert also nicht die Errichtung einer unabhängigen Staatsanwaltschaft, sondern verlangt lediglich, dass der Europäische Haftbefehl durch eine unabhängige Stelle ausgestellt wird. Diese Möglichkeit bietet schon die geltende Fassung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), wonach der Europäische Haftbefehl auch durch einen Richter erlassen werden könnte.⁷² Insoweit wäre lediglich über eine Klarstellung nachzudenken, um etwaige Missverständnisse auszuschließen. Soweit *de lege ferenda* darüber hinaus richterliche Kapazitäten eingespart werden sollen, böte sich eine Änderung des Rechtspflegergesetzes (RPfG) an, das schon heute zahlreiche (richterliche) Aufgaben auf den Rechtspfleger überträgt – anders als der Staatsanwalt ist der Rechtspfleger gemäß § 9 RPfG sehr wohl »sachlich unabhängig und nur an Recht und Gesetz gebunden«.⁷³

– erhebliche Zweifel daran, ob eine solche Ausgestaltung noch im Einklang mit dem Lebenszeitprinzip als einem der Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums steht. Wenn dies nicht der Fall wäre, wäre diese Ausgestaltung schon *de constitutione lata* verfassungswidrig. ■

Fazit

Mit Blick auf die ausführliche *Zusammenfassende Darstellung der Kernthesen* zu Beginn dieser schriftlichen Stellungnahme kann an dieser Stelle auf ein ausführliches Fazit verzichtet werden.

Es bleibt letztendlich festzuhalten, dass der Entwurf der Fraktion der FDP nicht überzeugt. In der Konsequenz würde dadurch das System von „*checks and balances*“ zwischen den Gewalten, das kennzeichnend für eine rechtsstaatliche Demokratie ist, für einen so gewichtigen und grundrechtsinvasiven Bereich wie den der Strafrechtspflege ohne Not erheblich eingeschränkt.

Die von dem Europäischen Gerichtshof letztendlich nur geforderte Ausstellung des Europäischen Haftbefehls durch eine unabhängige Stelle ist bereits *de lege lata* möglich, sodass allenfalls eine klarstellende Gesetzesänderung angezeigt ist.

Der Generalbundesanwalt sollte aus verfassungsrechtlichen Erwägungen kein politischer Beamter sein; tatsächlich bestehen – gerade mit Blick auf seine Rolle als Organ der Rechtspflege

⁷² Für den Europäischen Haftbefehl bezogen auf die Untersuchungshaft dürfte § 131 Absatz 1 StPO i. V. m. § 78 Abs. 1, 77 Absatz 1 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) einschlägig sein; für den bezogen auf eine Vollstreckungshaft § 457 Absatz 3 Satz 3 StPO i. V. m. § 78 Abs. 1, 77 Absatz 1 IRG; siehe hierzu auch OLG Hamm, Beschluss vom 01.08.2019 - 2 Ws 96/19.

⁷³ Vgl. hierzu auch *Andoor*, ZRP 2019, 154.



Klaus Michael Böhm
Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe
Oberlandesgericht Karlsruhe
Hoffstraße 10
76133 Karlsruhe

Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 06. Mai 2020

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft
der Fraktion der FDP (Bt-Drs. 19/11095)

Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren - Antrag der Fraktion
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/13516)

I. Zur Person

Zum Zwecke der Einordnung meiner Stellungnahme möchte ich kurz aufzeigen,
an welcher Stelle und mit welchen Funktionen ich bislang tätig gewesen bin:

1982-1986	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Prof. Dr. Bernd Schönemann in Mannheim
1987	Berufung in den Justizdienst des Landes Baden-Württemberg
1992-1994	Stellvertretender Abteilungsleiter der Sonderabteilung für Regierungskriminalität der Staatsanwaltschaft Dresden
1995-1998	Abordnung zur Bundesanwaltschaft in Karlsruhe
Seit 1998	Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe und stellvertretender Vorsitzender des für Auslieferungssachen und internationales Strafrecht zuständigen 1. Strafsenats des Oberlandesgerichts
Seit 2008	Verfasser von Büchern, Kommentaren und Aufsätzen zum internationalen Strafrecht, insbesondere zum Auslieferungsrecht
2012	Anhörung als Sachverständiger beim Europäischen Gerichtshof in Luxemburg
Seit 2016	Sachverständiger für das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, u.a. bei der Kommission in Brüssel

II. Europarechtliche Aspekte der Anträge

Aufbau

1. Einführung
2. Das Urteil des EuGH vom 27.05.2019 – Deutsche Staatsanwaltschaft ist keine unabhängige Behörde
3. Die absehbaren nationalen Folgen
4. Die aktuelle Lage in Europa – Deutsche Staatsanwaltschaft im Lichte der Rechtsprechung des EuGH die einzig nicht unabhängige staatsanwaltliche Ermittlungsbehörde in Europa?
5. Weitere beim EuGH aktuell anhängige und das Unabhängigkeitserfordernis betreffende Verfahren
6. Lösungsvorschläge.

1. Einführung

In den beiden angeführten Gesetzesvorschlägen wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinen beiden Urteilen vom 27.05.2019¹ der deutschen Staatsanwaltschaft die „Unabhängigkeit“ abgesprochen hat. In meiner Stellungnahme möchte ich darauf eingehen, welche weitreichenden und bislang nicht hinreichend beachteten Folgen diese Urteile für die Bundesrepublik Deutschland haben und werde deutlich machen, dass die zu erwartenden weiteren Auswirkungen der Urteile im Rahmen der vorliegenden Anhörung zur „Reform der Stellung der Staatsanwaltschaft“ nicht unbeachtet bleiben dürfen, wenn das Ansehen Deutschlands in Europa nicht erheblich beeinträchtigt werden soll.

Die Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft ist nicht nur von nationaler Bedeutung, sondern hat auch internationale Bezüge. Sie betrifft unser Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union in einer zentralen Frage, nämlich der internationalen Zusammenarbeit von Justiz und Polizei. Auch wenn man die nachfolgend dargestellte Rechtsprechung des EuGH als falsch² oder sogar als einmischend anmaßend ansieht, hat sie weitreichende internationale Konsequenzen und kann nicht negiert werden.

¹ EuGH Urt. v. 27.05.2019 – C-508/19 und C – 82/19 PPU.

² So Böhm NZWiSt 2019, 325.

2. Das Urteil des EuGH vom 27.05.2019 – Deutsche Staatsanwaltschaft ist keine unabhängige Behörde

Grundlage des Verdikts aus Luxemburg vom 27.05.2019 ist der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (Rb-EuHB). Dieser wurde am 13.06.2002 in Rom von den Regierungschefs der damaligen Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Reaktion auf die Ereignisse des „11. September 2001“ in Form eines Rahmenbeschlusses beschlossen und sollte das bis dahin vorhandene traditionelle Auslieferungsverfahren durch ein System der Übergabe zwischen den Justizbehörden ersetzen. Seine Grundlage ist ein hohes Maß des Vertrauens in die jeweiligen unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, welches in der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen seinen Ausdruck finden sollte. Nach dem Inkrafttreten des von 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union am 13.12.2007 unter portugiesischer Ratspräsidentschaft geschlossenen Vertrags von Lissabon ist dieses Anerkennungsprinzip auch in das Recht der Europäischen Union überführt worden und heute zentrale Grundlage vieler europäischer Entwicklungen.

Bezüglich des insoweit geschaffenen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts muss nach dieser Fiktion³ jeder Mitgliedstaat - von außergewöhnlichen Umständen einmal abgesehen⁴ - davon ausgehen, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die im Unionsrecht anerkannten Grundrechte beachten. Diese Vorgabe soll es ermöglichen, das bisherige Auslieferungsverfahren durch ein vereinfachtes und wirksameres System der Übergabe von Personen, die wegen einer Straftat verurteilt worden sind oder einer Straftat verdächtigt werden, zu ersetzen. Zuständig hierfür sollte nach dieser politischen Vorgabe auch nicht mehr die *Exekutive* sein, sondern deren Befugnis wurde durch ein justizielles Verfahren ersetzt werden.⁵

³ *Böhm* NSTZ 2019, 254 ff.

⁴ *EuGH* Urt. vom 25.7.2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems - Polen], C-216/18 PPU; zur Auslieferung nach Polen siehe auch OLG *Karlsruhe*, Beschluss vom 17.02.2020, Ausl 301 AR 156/19, abgedruckt bei juris.

⁵ *EuGH* Urt. v. 22.12.2017, *Ardic*, C-571/17 PPU.

Danach kann ein Europäischer Haftbefehl als justizielle Entscheidung nur von einer *Justizbehörde* im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Rb-EuHB ausgestellt werden.⁶ Insoweit trifft der Rb-EuHB allerdings keine eindeutigen Zuweisungen, welche Einrichtungen in einem Land als ausstellende Justizbehörde angesehen werden dürfen, sondern er überlässt die Bestimmung den einzelnen Mitgliedstaaten. Danach ist als die den Europäischen Haftbefehl ausstellenden Justizbehörde die Einrichtung des Ausstellungsmitgliedstaates anzusehen, die nach dem Recht dieses Landes für die Ausstellung eines solchen zuständig ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH bestehen aber insoweit Einschränkungen. Zwar können die Mitgliedstaaten - so der EuGH - im Einklang mit dem Grundsatz der Verfahrensautonomie in ihrem nationalen Recht die für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständige Justizbehörde selbst bestimmen, doch dürfen Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs nicht der Beurteilung durch jeden Mitgliedstaat überlassen bleiben, sondern es bedarf in der gesamten Union einer autonomen und einheitlichen Auslegung.

Insoweit hatte der EuGH bereits im Jahre 2016 entschieden, dass als „ausstellende Justizbehörde“ nicht nur Richter oder Gerichte eines Mitgliedstaats angesehen werden können, sondern dieser Begriff so zu verstehen ist, dass er darüber hinaus auch Behörden erfasst, die in diesem Mitgliedstaat an der Strafrechtspflege mitwirken. Insoweit besteht ein Unterschied vor allem zu Ministerien oder Polizeibehörden, die zur - reinen - Exekutive gehören.⁷ Danach kann ohne weiteres auch eine Einrichtung wie die Staatsanwaltschaft an der Rechtspflege mitwirken und zur Ausstellung eines Europäischen Haftbefehl berechtigt sein, wenn sie etwa - wie die deutsche Staatsanwaltschaft -- befugt ist, im Rahmen des Strafverfahrens die an Straftaten verdächtige Personen zu verfolgen, damit sie vor Gericht gestellt werden können.

In seinen beiden Urteilen vom 27.05.2019⁸ betont der Gerichtshof aber nun das **vollumfängliche Unabhängigkeitserfordernis** der ausstellenden Justizbehörde und leitet dieses daraus ab, dass der Rb-EuHB zur Schaffung eines vereinfachten Systems der unmittelbaren Übergabe zwischen Justizbehörden dienen solle und so an die Stelle eines mit einem Eingriff und einer Beurteilung durch die politische Gewalt verbundenen Systems der klassischen Kooperation zwischen souveränen Staaten

⁶ *EuGH* Urt. v. 10.11.2016, Poltorak, C-452/16 PPU und v. 10. 11.2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU.

⁷ *EuGH* Urt. v. 10.11.2016, Poltorak, C-452/16 PPU und v. 10. 11.2016, Kovalkovas, C-477/16 PPU.

⁸ *EuGH* Urt. v. 27.05.2019 – C-508/19 und C – 82/19 PPU.

trete. Insoweit müsse gewährleistet werden, dass - Einschub des Verfassers: wie im Warenverkehr⁹ - in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch der freie Verkehr strafrechtlicher justizieller Entscheidungen möglich ist.¹⁰

Diesen „freien Verkehr justizieller Entscheidungen“ sichert der EuGH durch ein zweistufiges System ab. Zunächst liege jedem EuHB eine nationale Haftgrundlage zugrunde. In diesem ersten Stadium müsse gesichert sein, dass der Verfolgte in den Genuss der Verfahrens- und Grundrechte gekommen sein muss, deren Schutz die Justizbehörden des Ausstellungsmitgliedstaats nach dem anzuwendenden nationalen Recht, insbesondere im Hinblick auf den Erlass eines nationalen Haftbefehls, zu gewährleisten hätten.¹¹ An der Einhaltung dieser ersten Stufe zweifelte der Gerichtshof im Hinblick auf die deutsche Rechtsordnung nicht.

Anders jedoch bei der zweiten Stufe. Danach müsse die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens auch bezüglich der im Regelfalle kurz nach dem Erlass der nationalen Haftanordnung erfolgten Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls insbesondere im Hinblick auf die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gewährleistet sein. Deshalb sei es erforderlich, dass die den Europäischen Haftbefehl „ausstellende Justizbehörde“ in der Lage sei, diese Aufgabe in objektiver Weise wahrzunehmen und ohne Gefahr zu laufen, dass ihre Entscheidungsbefugnis Gegenstand externer Anordnungen werde, insbesondere seitens der Exekutive. Dies setze aber deren vollständige Unabhängigkeit voraus, weshalb sie nicht der Gefahr ausgesetzt sein dürfe, einer Einzelweisung seitens der Exekutive unterworfen zu werden. Eine solche Abhängigkeit vermochte der EuGH bezüglich der deutschen Staatsanwaltschaft nicht auszuschließen.

Tatsächlich ist die deutsche Staatsanwaltschaft eine Behörde und keine Einrichtung der Justiz. Insoweit besteht auch ein externes Weisungsrecht (§ 147 GVG), welches auch den Landesjustizverwaltungen hinsichtlich aller staatsanwaltschaftlichen Beamten des betreffenden Landes zusteht. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 27.05.2019¹² die verzweifelten Versuche der Bundesregierung der Erläuterung der

⁹ Krit. hierzu *Böhm* in Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckemanns, Internationales Strafrecht, 2018, Rn. 905 ff.

¹⁰ *EuGH* Urt. v. 27.05.2019 – C-508/19 und C – 82/19 PPU (Rn. 56 im Original)

¹¹ *EuGH* Urt. v. 1.6.2016, Bob-Dogi, C-241/15.

¹² *EuGH* Urt. v. 27.5.2019 – C-508/19 und C – 82/19 PPU.

tatsächlichen Ausgestaltung des deutschen Weisungsrechts und der faktisch fehlenden Beeinflussbarkeit zwar zur Kenntnis genommen, aber an seiner Prinzipientreue unabhängig von der Rechtswirklichkeit festgehalten. Es reiche - so der EuGH - aus, dass politische Einflussnahmen in Deutschland aufgrund der bestehenden Rechtslage nicht ausgeschlossen werden können.

3. Die absehbaren nationalen Folgen

Unmittelbar nach der Entscheidung drängte sich die Frage auf, wer nach dem Ausfall der Staatsanwaltschaft zur Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls in Deutschland eigentlich noch befugt ist oder ob der Erlass solcher bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber ausgesetzt werden müsste¹³, wie dies einige Autoren¹⁴ gefordert und tatsächlich Instanz-Gerichte¹⁵ auch entschieden haben. Die obergerichtliche Rechtsprechung ist jedoch der dort vertretenen Ansicht des Vorliegens einer nicht schließbaren Regelungslücke nicht gefolgt und hat Deutschland vor einem auslieferungsrechtlichen Chaos bewahrt. Vielmehr geht die aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung zu Recht¹⁶ davon aus, dass sich aus §§ 131 Abs.1, 457 Abs.3 StPO eine inländische gerichtliche Befugnis für die Ausstellung von Europäischen Haftbefehlen ergibt.¹⁷

Insoweit liegt beim Bundesministerium der Justiz bereits der Entwurf zur klarstellenden gesetzlichen Neuregelung durch Einführung der Vorschrift des § 83 k IRG vor.

4. Die aktuelle Lage in Europa – Deutsche Staatsanwaltschaft im Lichte der Rechtsprechung des EuGH die einzige nicht unabhängige staatsanwaltschaftliche Ermittlungsbehörde in Europa?¹⁸

Abzusehen war auch, dass der EuGH nun aufgrund weiterer Vorlagen nach Art. 267 Abs.4 AUEV auch über die Unabhängigkeit von Staatsanwaltschaften anderer

¹³ *Oehmichen/Schmid* StraFo 2019, 397.

¹⁴ So vor allem *Oehmichen/Schmid* StraFo 2019, 397.

¹⁵ So etwa AG *Dortmund* Beschl. v. 09.07.2019 – 730 AR 11/19.

¹⁶ So schon *Böhm* NZWiSt 2019, 325 (Titel des Beitrages: Ohrfeige für den Musterknaben – Deutsche Staatsanwaltschaft ist keine unabhängige Behörde).

¹⁷ OLG *Hamm* Beschl. v. 1.8.2019 – 2 Ws 96/19; OLG *Frankfurt* Beschl. v. 12.9.2019 – 2 Ws 60/19, NStZ-RR 2010, 356; OLG *Schleswig* Beschluss vom 06.02.2020, 2 Ws 13/20, abgedruckt bei juris; OLG *Zweibrücken* Beschl. v. 11.7.2019 - 1 Ws 203/19 (Maßregelvollzug) (abgedruckt bei juris).

¹⁸ Das in der der Rechtsprechung des EuGH liegende Misstrauen in die deutsche Staatsanwaltschaft stößt im Inland auf weitgehendes Unverständnis und deutliche Ablehnung.

Länder¹⁹ zu befinden²⁰ und zu klären haben würde, ob diese – sehr oft stellen nur Gerichte Europäische Haftbefehle aus – als unabhängige Justizbehörde zur Ausstellung von Europäischen Haftbefehlen hierzu auch befugt sind.

Das Ergebnis hat überrascht.

Die Verfahren betreffen die **Staatsanwaltschaften in Österreich, Frankreich, Schweden, Belgien und den Niederlanden**²¹, die Staatsanwaltschaft in **Litauen**²² hatte der EuGH schon zuvor als von externen Weisungen unabhängig erklärt. Das System in **Österreich** wurde für europarechtskonform erklärt.

Hier stelle zwar die weisungsgebunden Staatsanwaltschaft den Europäischen Haftbefehl (EuHb) aus, dieser werde jedoch vor Übermittlung durch ein unabhängiges Gericht bewilligt, das vollen Zugriff auf die Ermittlungsakte habe und eigenständig prüfe, ob die Voraussetzungen des Rb-EuHb vorliegen und seine Ausstellung auch im Einzelfall verhältnismäßig ist. Da in **Frankreich** nur ein allgemeines und kein einzel-fallbezogenes Weisungsrecht des Justizministeriums gegenüber der Staats-anwaltschaft bestehe²³, befand der EuGH auch die dortige Lage mit dem Europarecht vereinbar. In den weiteren Verfahren konkretisierte der EuGH seine Rechtsprechung zur gerichtlichen Überprüfbarkeit der Ausstellungsvoraussetzungen und der Verhältnismäßigkeit eines Europäischen Haftbefehls und erklärte auch die schwedische²⁴ und die belgische²⁵ Staatsanwaltschaft für unabhängig.

¹⁹ Vgl. hier die Aufstellung bei *Böhm* NZWiSt 2019, 325.

²⁰ Nach Bewertung des BMJV besteht derzeit noch ein einzel-fallbezogenes Weisungsrecht in Österreich, Dänemark und den Niederlanden, möglicherweise auch in Luxemburg und Polen, allerdings ist in diesen Ländern die Kompetenz auf die Ausstellung Europäischer Haftbefehle vollständig auf die Gerichte übertragen worden, wobei dies für die Vollstreckung von Europäischen Haftbefehlen (Niederlande) und die Einholung und Zulieferung ergänzender Informationen (Österreich) noch anders sein kann.

²¹ *EuGH* Urteile in der Rechtssache C-489/19 PPU vom 09.10.19 zu Österreich; verbundene Rechtssachen C-566/19 PPU und C-626/19 PPU vom 12.12.2019 zu Frankreich; C-625/19 PPU vom 12.12.2019 zu Schweden; C-627/19 PPU vom 12.12.2019 zu Belgien; C-813/19 PPU vom 21.01.2020 zu Frankreich.

²² *EuGH* Urt. v. 27.5.2019- C 509/18.

²³ Dieses wurde dort 2013 abgeschafft.

²⁴ *EuGH* Beschl. V. 12.12.2019 – C. 625/19.

²⁵ *EuGH* Beschl. V. 12.12.2019 – C 627/19.

5. Weitere beim EuGH aktuell anhängige und das Unabhängigkeitserfordernis betreffende Verfahren

Derzeit sind bei EuGH folgende weitere Verfahren anhängig, welche Auswirkungen auf die „Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft“ haben werden und von diesem Gremium berücksichtigt werden sollten.

- **Verfahren C 510/19 (Unabhängigkeitserfordernis der Staatsanwaltschaft als sog. „vollstreckende Justizbehörde“) - siehe nachfolgend Nr. 5.1**
- **Verfahren C 78/20 (Unabhängigkeitserfordernis der Staatsanwaltschaft als ausstellende Justizbehörde auch für die Übermittlung von zusätzlichen Informationen gemäß Art. 15 Abs. 2 Rb-EuHb zu einem bereits ausgestellten Europäischen Haftbefehl) - siehe nachfolgend Nr. 5.2**
- **Verfahren C-584/19 (Unabhängigkeitserfordernis der deutschen Staatsanwaltschaft auch bezüglich der Umsetzung einer Europäischen Ermittlungsanordnung) - siehe nachfolgend Nr. 5.3**

Insoweit muss davon ausgegangen werden²⁶, dass der EuGH auch bezüglich dieser Vorlagen an dem Erfordernis der „vollkommenen Unabhängigkeit“ bzw. der „einzelfallbezogenen Weisungsfreiheit“ der zu entscheidenden Justizbehörde festhalten wird, welchem die deutsche Staatsanwaltschaft aus Sicht des EuGH de lege lata nicht genügt.

5.1 Verfahren C 510/19 (Unabhängigkeitserfordernis der Staatsanwaltschaft als sog. „vollstreckende Justizbehörde“)

In Vorabentscheidungsersuchen²⁷ vom 04.07.2019 befragt der belgische Appellationshof den EuGH bezüglich der Vollstreckung europäischer Haftbefehle durch die niederländische Staatsanwaltschaft an.²⁸

²⁶ Dies entspricht auch der Einschätzung von Verfahrensbeobachtern auch aufgrund von Fragen und Hinweisbeschlüssen des Gerichtshofs.

²⁷ EuGH C 510/19.

²⁸ Das Verfahren betrifft an sich die Unabhängigkeit der niederländischen Staatsanwaltschaft (Openbaar Ministerie - genauer gesagt der Officier van Justitie – Staatsanwalt); die Entscheidungen des EuGH wirken jedoch nicht nur „inter pares“, sondern betreffen alle Mitgliedstaaten.

Der EuGH muss insoweit darüber entscheiden, ob seine Anforderungen an die Unabhängigkeit der „**ausstellenden Justizbehörde**“ (Art. 6 Abs.1 Rb-EuHB) auch für die „**vollstreckende Justizbehörde**“ (Art. 6 Abs.2 Rb-EuHB) gelten.

Während es bei der Entscheidung des EuGH vom 27.05.2019²⁹ um die Frage ging, ob die deutsche Staatsanwaltschaft Europäische Haftbefehle ausstellen und an die Mitgliedstaaten vor allem durch die Einstellung in das Schengener Informationssystem (SIS) übermitteln darf, steht nunmehr die Entscheidung an, ob sie weiterhin zur Vollstreckung in Deutschland eingehender Haftbefehle der Mitgliedstaaten befugt ist.³⁰

Nicht allgemein bekannt ist dabei der Umstand, dass ein mit Europäischem Haftbefehl eines Mitgliedstaates in Deutschland aufgegriffener Straftäter nicht einfach festgenommen und überstellt werden darf, sondern der Übergabe ein - wenn auch gegenüber dem sonstigen Auslieferungsverkehr vereinfachtes - juristisches Verfahren vorgelagert ist.

Zwar entscheidet insoweit das Oberlandesgericht - wenn der Verfolgte einer vereinfachten Auslieferung (§ 41 IRG) nicht zustimmt - über die Zulässigkeit der Auslieferung. Die Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht bzw. Generalstaatsanwaltschaft bereitet diese Entscheidung jedoch nicht nur vor (§ 13 Abs.2 IRG), sondern hat nach derzeit geltendem Recht im Verfahren eine zentrale Stellung inne. So kann sie ohne Anrufung des Oberlandesgerichts schon eigenständig eine Auslieferung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls als unzulässig bewerten, weitere Unterlagen nachfordern und hat zudem im Bereich des sog. Bewilligungsverfahrens eine nach der gesetzlichen Vorgabe nur auf Ermessensfehler hin gerichtlich überprüfbare eigene Entscheidungsbefugnis. So kann sie etwa weitgehend eigenmächtig befinden, ob ein im Inland lebender EU-Bürger eine gegen ihn in einem Mitgliedstaat verhängte oder ihm dort ggf. drohende Freiheitsstrafe im Inland verbüßen darf oder er in den Ausstellungsmitgliedstaat überstellt werden soll. Letztendlich entscheidet sie - je nach Bundesland allerdings unterschiedlich - daher über die Vollstreckung von Europäischen Haftbefehlen und kann sogar - allerdings in eingeschränktem Umfang - sogar die Überstellung einer vom Oberlandesgericht für zulässig erklärten Auslieferung ablehnen.

²⁹ *EuGH* Urt. v. 27.05.2019 – C-508/19 und C – 82/19 PPU.

³⁰ Im Hinblick auf den befürchtenden Ausgang der für Herbst erwartenden Entscheidung des EuGH hat bereits am 14.02.2020 eine erste Krisenbesprechung des Bundes und der Länder stattgefunden.

Damit droht, wenn das überkommene Weisungsrecht nicht zeitnah vollständig abgeschafft³¹ oder insoweit bezüglich der auslieferungsrechtlicher Sachverhalte eingeschränkt wird, europarechtliches Ungemach.³²

In welchem Umfang die Justiz - wie bei der ausstellenden Justizbehörde - dieses auslieferungsrechtliche Dilemma durch eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung bestehender Normen entschärfen kann und auch wird, ist offen. Hinsichtlich der Bewilligung läge eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung der Vorschriften der §§ 79, 83b IRG nahe, in dem das Oberlandesgericht die sog. Vorabewilligung (§ 79 IRG) einer vollumfänglichen und nicht nur auf eine Ermessensüberprüfung beschränkten gerichtlichen Kontrolle unterwirft.³³

Alle anderen staatsanwaltschaftlichen Befugnisse könnten allenfalls im Wege des hier zu beratenden ministeriellen Weisungsrechtes eingeschränkt werden, indem die Staatsanwaltschaften beim Oberlandesgericht angewiesen werden, bei allen zu entscheidenden Fragen die gerichtliche Zustimmung einzuholen (z.B. § 29 Abs.2 IRG).

5.2 Verfahren C 78/20 (Unabhängigkeitserfordernis der Staatsanwaltschaft als ausstellende Justizbehörde auch für die Übermittlung von zusätzlichen Informationen gemäß Art. 15 Abs. 2 Rb-EuHb zu einem bereits ausgestellten Europäischen Haftbefehl).

Das Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichts der Slowakischen Republik vom 14.02.2020³⁴ stellt dem EuGH die Frage, ob die Anforderungen an die Unabhängigkeit der ausstellenden Justizbehörde auch für die Behörden gelten, welche gemäß Art. 15 Abs. 2 Rb-EuHb zu einem bereits ausgestellten Europäischen Haftbefehl zusätzliche Informationen übermitteln sollen. Das Verfahren betrifft an sich die österreichische Rechtslage, nach der zwar der Europäische Haftbefehl gerichtlich bewilligt wird, die Staatsanwaltschaft weitere Informationen jedoch ohne eine solche gerichtliche Bewilligung übermitteln darf.

Die Vorlage betrifft im Grunde die Frage, ob eine im Sinne der Rechtsprechung des EuGH nicht unabhängige Justizbehörde eines Mitgliedstaates bei einer anderen (von

³¹ Zu Reformbestrebungen in Nachgang zur Weisung von Bundesjustizminister Maas an GBA Range im Falle *netzpolitik.org*, vgl. *Trentmann* JR 2015, 571.

³² So *Böhm* NSTZ 2020, 204 ff.

³³ So schon OLG *Karlsruhe*, Beschluss vom 24.02.2020 - Ausl 310 AR 16/19, abgedruckt bei juris.

³⁴ *EuGH C – 78/20*.

externen Weisungen unabhängigen) Justizbehörde eines anderen Mitgliedstaates Auskünfte (ausstellende Justizbehörde) einholen oder diese erteilen (vollstreckende Justizbehörde) darf.

Von dem Ausgang dieser Entscheidung wird auch Deutschland betroffen sein, weil nach der aktuellen, wenn auch gesetzlich noch nicht umgesetzten³⁵, obergerichtlichen Rechtsprechung zwar nunmehr allein der Richter zu der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls befugt ist, jedoch auch in Deutschland die Staatsanwaltschaft für das weitere Verfahren nach wie vor zuständig bleibt. Dies hat Deutschland in der geänderten deutschen Notifikation zum Rb-EuHb entsprechend angegeben.³⁶

Sollte der EuGH die Anforderungen auch hier ausdehnen, würde eine gerichtliche Bewilligung nicht nur für jede Informationsübermittlung, sondern mittelbar auch für jede eigene Auskunftsanfrage an einen anderen Mitgliedstaat (Informationseinholung) notwendig werden. Dies würde zur weiteren Schwerfälligkeit des Verfahrens beitragen und wäre gerichtlich kaum umsetzbar, zumal es auch an einer Rechtsgrundlage für die Einholung solcher „gerichtlichen Bewilligungen“ derzeit fehlen dürfte.

Da derartige Fallgestaltungen vielfältig sind und mit weiteren Vorlageverfahren europäischer Gerichte an den EuGH zu rechnen ist, dürfte letztendlich keine andere Möglichkeit verbleiben, als auslieferungsrechtlich relevante und EU-Mitgliedstaaten betreffende Sachverhalte vom Weisungsrecht auszunehmen, wenn nicht insoweit der Auslieferungsverkehr zum Erliegen kommen soll.

5.3 Verfahren C-584/19 (Unabhängigkeitserfordernis der deutschen Staatsanwaltschaft auch bezüglich der Umsetzung einer Europäischen Ermittlungsanordnung).

Am 02.09.2018 hat das Landesgericht Wien dem EuGH³⁷ die Frage vorgelegt, ob deutsche Staatsanwaltschaften unter die Begriffe „Justizbehörde“ und „Staatsanwalt“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Buchstabe c der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL-EEA) fallen. Das Landesgericht Wien geht in seiner

³⁵ Die Einführung der Vorschrift des § 87 k IRG ist geplant.

³⁶ Inhalt der Notifikation: „Ausstellende Justizbehörden nach Artikel 6 Absatz 1 sind die Amts-, Land- oder Oberlandesgerichte und der Bundesgerichtshof. Den Staatsanwaltschaften bei den jeweiligen Gerichten obliegt der weitere Vollzug der Europäischen Haftbefehle, sie sind auch die kompetenten Ansprechpartnerinnen für alle Fragen bei der Anerkennung des Europäischen Haftbefehls und der Überstellung.“

³⁷ *EuGH* Verfahren C – 584/19.

Vorlage davon aus, dass die Grundsätze, die der EuGH in seinen Urteilen vom 27.05.2019³⁸ aufgestellt hat, auf das Instrument der RL-EEA übertragbar sind. Im Wesentlichen begründet das Landesgericht seine Auffassung damit, dass die Europäische Ermittlungsanordnung nach Art. 1 Abs. 1 der RL-EEA eine „gerichtliche Entscheidung“ sei. Darüber hinaus erlaube die RL-EEA ähnlich grundrechtsintensive Maßnahmen wie der Rb-EuHb.³⁹

Die Europäische Ermittlungsanordnung betrifft den Bereich der „Sonstigen Rechtshilfe“.⁴⁰ Sie regelt die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in vielfältiger Weise⁴¹, etwa bei Ersuchen um Vernehmung von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen, bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen, grenzüberschreitenden Kontenabfragen, Überwachung des Fernmeldeverkehrs u.v.m.⁴² Durch Einfügung der §§ 91a ff. IRG hat der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie 2014/41 EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL-EEA) vom 03.04.2014 ins nationale Recht umgesetzt. Die Neuregelung trat am 22.05.2017 in Kraft und löste ab diesem Zeitpunkt die bisher für EU-Mitgliedstaaten geltenden internationalen Abkommen ab. Durch Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens soll sie ebenfalls dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen Rechnung tragen und zu einer Vereinfachung und Beschleunigung des strafprozessualen Beweistransfers führen.

Auch im Rahmen der nationalen Umsetzung der Europäischen Ermittlungsanordnung hat die Staatsanwaltschaft eine zentrale Stellung inne. Insoweit bedarf es nicht stets der Einholung einer gerichtlichen Entscheidung, vielmehr erledigt sie eingehende Ersuchen nach den im Inland geltenden Vorschriften (§ 91 d IRG) und kann die Leistung von Rechtshilfe bei Vorliegen von Zulässigkeits- (§§ 91 b, 91 c IRG) oder

³⁸ *EuGH* Urt. v. 27.05.2019 – C-508/19 und C – 82/19 PPU.

³⁹ Zwar ist Deutschland dieser Argumentation entschieden entgegengetreten. Auch die Stellungnahmen der Kommission und anderer Mitgliedstaaten (ESP, NLD, POL, AUT) liegen im Ergebnis auf der von der Bundesregierung vertretenen Linie. Allerdings hatte der EuGH inzwischen eine mündliche Verhandlung für den 05.05.2020 und die Befassung der Großen Kammer vorgesehen. Die hierfür gestellten Fragen des Gerichtshofs deuten jedoch darauf hin, dass der EuGH die Grundsätze des Urteils vom 27.05.2019 für übertragbar halten könnte. Der EuGH hat den an sich für den 05.05.2020 vorgesehene Hauptverhandlungstermin aufgehoben und das schriftliche Verfahren angeordnet. Mit einer Entscheidung ist Ende des Jahres zu rechnen.

⁴⁰ Vgl. hierzu *Böhm* NJW 2017, 1512.

⁴¹ Zum Anwendungsbereich siehe näher *Trautmann* in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Auflage 2020, IRG, Vor § 91a Rn. 5 ff.

⁴² Ausgenommen sind nur Gemeinsame Ermittlungsgruppen, grenzüberschreitende Observationen und Vernehmung von Beschuldigten im Wege von Telefonkonferenzen, § 91a Abs.2 IRG, sowie die §§ 94-96 IRG erfassten Regeln zur Vermögensabschöpfung.

Bewilligungshindernissen (§ 91e IRG) eigenständig ablehnen. Bei ausgehenden Ersuchen muss die Staatsanwaltschaft eine richterliche Genehmigung nur dann einholen, wenn eine solche auch nach deutschem Recht notwendig wäre (§ 91 h IRG).

Vor allem bei ausgehenden Europäischen Ermittlungsanordnungen besteht mangels gesetzlicher Grundlage⁴³ nicht die Möglichkeit, stets eine richterliche Bestätigung der von der Staatsanwaltschaft beabsichtigten Sachaufklärung im Ausland einzuholen. Dies könnte - sollte der EuGH das Unabhängigkeitserfordernis auch auf die Europäische Ermittlungsanordnung ausdehnen - zum weitgehenden Erliegen des Rechtshilfeverkehrs mit den Mitgliedstaaten führen, weil diese entweder deutschen Ersuchen mangels richterlicher Bestätigung nicht nachkommen oder ggf. sogar deutsche Gerichte Bedenken an der Verwertbarkeit im Ausland erlangter Beweise hegen.

6. Lösungsvorschläge

Das deutsche Auslieferungsrecht bedarf dringend der Reform⁴⁴, vor allem sollte bezüglich der Auslieferung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls das zeitaufwendige Bewilligungsverfahren abgeschafft und in das Zulässigkeitsverfahren in Form „fakultativer Bewilligungshindernisse“ überführt werden.⁴⁵

Auch im Hinblick auf die nach der Rechtsprechung des EuGH fehlende Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft werden Lösungsansätze im BMJV diskutiert. Die Materie ist jedoch äußerst komplex und dürfte auch wegen der dann notwendigen Verlagerung von Entscheidungskompetenzen von Staatsanwaltschaften auf Gerichte sorgfältiger Beratung auch in diesem Gremium erfordern.

Mit Entscheidungen des EuGH zu den unter Ziffer 5 aufgeführten Vorlageverfahren muss noch in diesem Jahr gerechnet werden, dies gilt insbesondere bezüglich des Vorabentscheidungsersuchens⁴⁶ vom 04.07.2019 des belgischen Appellationshofs

⁴³ Die insoweit in Betracht kommende Norm des § 160 StPO bietet keinen zureichenden Ansatz für eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung.

⁴⁴ Weitere Reformvorschläge bei *Böhm* NSTZ 2020, 204 ff.

⁴⁵ Zu den schon im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages bei der Anhörung zum EuHbG II gegen die aktuelle Gesetzesfassung geäußerten Bedenken, vgl. *Böhm* http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/01_EU-Hafbefehl/index.html.

⁴⁶ EuGH C 510/19

bezüglich der Vollstreckung Europäischer Haftbefehle durch die niederländische Staatsanwaltschaft.⁴⁷

Insoweit bitte ich das heute tagende Gremium bei der Beratung und Entscheidung über die beiden Gesetzesvorschläge die Rechtsprechung des EuGH zu bedenken und Vorsorge für den Fall zu treffen, dass - wie nach meiner Bewertung naheliegend zu erwarten – **der Gerichtshof der deutschen Staatsanwaltschaft bezüglich der Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union insgesamt die „Unabhängigkeit“ absprechen wird, weil das Ergehen von ministeriellen Weisungen im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann.**

Eine solche sehr zeitnahe Vorsorge ist dringend geboten, weil - wie ausgeführt - die Möglichkeiten zu einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts durch die Gerichte begrenzt sind und der Deutschland widrigenfalls drohender außenpolitischer Schaden immens wäre⁴⁸.

Sollte der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages den beiden Gesetzesvorschlägen nicht folgen, bieten sich derzeit zwei kurzfristige Lösungsmöglichkeiten an, welche alternativ noch in diesem Jahr in Gesetzeskraft erwachsen sollten:

1. Einschränkung des externen Weisungsrechts (§ 147 GVG) bezüglich aller europarechtlichen Sachverhalte, insbesondere bezüglich des achten Teil des IRG (§§ 78 ff IRG), des neunten Teil des IRG (§§ 84 ff. IRG), des zehnten Teil des IRG (§§ 91 ff IRG) sowie des elften bis dreizehnten Teil des IRG (§ 93 ff IRG).
2. Aufnahme einer allgemeinen Ermächtigungs- und Zuständigkeitsvorschrift in das IRG⁴⁹, welche sinngemäß wie folgt lauten könnte:

⁴⁷ Das Verfahren betrifft an sich die Unabhängigkeit der niederländischen Staatsanwaltschaft (Openbaar Ministerie - genauer gesagt der Officier van Justitie – Staatsanwalt), die Entscheidungen des EuGH wirken jedoch nicht nur „inter pares“, sondern betreffen alle Mitgliedstaaten.

⁴⁸ Schon jetzt erfolgt von einzelnen Mitgliedstaaten bei Hinweisen auf die dort in Gefahr stehende Unabhängigkeit der Justiz der Verweis auf die auch in Deutschland fehlende Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, vgl. hierzu etwa *EuGH* Einstweilige Anordnung vom 08.04.2020, C-791/19.

⁴⁹ Eine derartige „flexible“ Regelung würde zwar mit einer schweren Belastung der Gerichte einhergehen und würde zu erheblichen Verfahrensverzögerungen führen, würde aber die Zeit überbrücken, bis deutsche Normen der Rechtsprechung des EuGH, sollte dieser das Unabhängigkeitserfordernis ausdehnen, angepasst werden könnten. Da eine Antragstellung im „Ermessen“ der Staatsanwaltschaft stehen würde, müsste eine gerichtliche Bestätigung nicht eingeholt werden, falls der EuGH das „Unabhängigkeitserfordernis“ doch nicht auf andere Sachverhalte (z.B. derzeit in Rede stehend: Vollstreckende Justizbehörde, Einholung zusätzlicher Informationen, Europäische Ermittlungsanordnung) ausdehnen sollte oder die Einholung einer gerichtlichen Bestätigung im Einzelfall nicht veranlasst wäre.

1. Die Staatsanwaltschaft und die Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht können jederzeit die vollumfängliche⁵⁰ gerichtliche Bestätigung ihrer beabsichtigten Entschlüsse in Verfahren nach dem 8. Teil, dem 9. Teil, dem 10. Teil, dem 11. Teil, dem 12. Teil und dem 13. Teil des IRG beantragen.
2. Für die Entscheidung nach Abs.1 zuständig ist für Verfahren nach dem 8. Teil des IRG das Oberlandesgericht, ansonsten das nach den jeweiligen Vorschriften zur Entscheidung berufene Gericht, notfalls der Ermittlungsrichter des nächsten Amtsgerichts.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Klaus Michael Böhm
Richter am Oberlandesgericht

⁵⁰ Notwendig ist eine vollumfängliche gerichtliche Kontrollbefugnis, welche nicht nur auf eine bloße Ermessenskontrolle beschränkt sein darf.

Thomas Harden

Köln, 30. April 2020

Generalstaatsanwalt in Köln

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für
Justiz und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 6. Mai 2020**

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft der
Fraktion der FDP (BT-Drs. 19/11095)

Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren - Antrag der Fraktion
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/13516)

I.

Zur Person:

Zum Zwecke der Einordnung meiner Stellungnahme möchte ich kurz aufzeigen, wo ich bislang und in
welcher Funktion tätig gewesen bin:

April 1990 bis November 1998	Dezernent bei der StA Düsseldorf
Dezember 1998 bis Dezember 1999	
und Januar 2001 bis Juni 2002	Dezernent bei der GStA Düsseldorf
2000	Leiter der Abteilung für Politische Strafsachen bei der StA Düsseldorf
Juli 2002 bis März 2014	Referent und Referatsleiter in der Strafrechtsabteilung des Ministeriums der Justiz NRW in Düsseldorf
28. März 2014 bis 31. Dezember 2016	Behördenleiter der StA Düsseldorf
Seit 1. Januar 2017	Behördenleiter der GStA Köln
1995 bis 2013 und seit 2019	Lehrbeauftragter im Strafrecht (bis 2013) und im Strafprozessrecht (seit 2019) an der Heinrich-Heine- Universität Düsseldorf

Zu dem Thema „Weisungsrecht“ kann ich somit auf der Grundlage verschiedener Erfahrungen Stellung
nehmen. Dienstlich war ich im Jahr 2005 als für Grundsatzfragen (u.a.) auf dem Gebiet des
Gerichtsverfassungsgesetzes zuständiger Referent im Ministerium der Justiz NRW mit der Erarbeitung
der damaligen Neufassung der nordrhein-westfälischen Anordnung über Berichtspflichten in
Strafsachen befasst. Im Jahr 2014 hat mich der Rechtsausschuss des Landtags Nordrhein-Westfalen
als Sachverständiger zu einem Antrag der Fraktion der PIRATEN mit dem Ziel, das Weisungsrecht in
Gänze abzuschaffen, angehört.¹

¹ Stellungnahme 16/1977, abrufbar unter:

<https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-1977.pdf;jsessionid=46152BE0E01475F8BBF025EA1D407912> .

II.

Die Forderungen der Anträge

1.

Mit dem im Juni 2019 vorgelegten Gesetzentwurf der Fraktion der FDP soll das sogenannte externe Weisungsrecht des Justizministers² in Einzelfällen abgeschafft werden; allgemeine Weisungen sollen weiter zulässig sein. Dazu soll § 147 GVG wie folgt gefasst werden:

(1) Die Dienstaufsicht steht zu:

- 1. dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte;*
- 2. der Landesjustizverwaltung hinsichtlich aller staatsanwaltschaftlichen Beamten des betreffenden Landes;*
- 3. dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks.*

(2) Die Dienstaufsicht umfasst die Befugnis, auf eine gesetz- und ordnungsmäßige Erledigung der Dienstgeschäfte hinzuwirken.

(3) Die Dienstaufsicht des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz sowie der Justizverwaltungen enthält nicht die Befugnis, Weisungen zur Sachbehandlung in Einzelfällen zu erteilen.“

2.

In ihrem im September 2019 eingebrachten Antrag fordert die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Bundesregierung auf, einen Gesetzentwurf vorzulegen, in dem

- „die Zuständigkeit der Gerichte für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls bestimmt wird,*
- das externe Einzelfallweisungsrecht der Justizministerien gegenüber den jeweiligen Staatsanwaltschaften im Gerichtsverfassungsgesetz ausdrücklich auf evident rechtsfehlerhafte Entscheidungen sowie Fehl- oder Nichtgebrauch von Ermessen beschränkt wird und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die transparente Ausübung eines solchen Weisungsrechts konkret definiert werden.“*

² Aus Gründen besserer Lesbarkeit wird im Folgenden in Anlehnung an den Sprachgebrauch im GVG und in der StPO nur die männliche Form verwendet.

Zudem soll der gegenwärtige Status des Generalbundesanwalts als politischer Beamter überprüft werden mit Blick auf den Schutz des Legalitätsprinzips, die Begrenzungen des Einzelfall-Weisungsrechts und im Vergleich zu den Regelungen, die für die Ernennung und Entlassung der Europäischen Generalstaatsanwältin gelten.

III.

Zur Einordnung

1.

Zu den Begrifflichkeiten

Üblicherweise wird in dem Themenbereich des Weisungsrechts mit zwei Begriffspaaren gearbeitet, dem des internen und externen Weisungsrechts sowie dem der allgemeinen Weisung und der Weisung im Einzelfall.

a)

Von dem Begriff des internen Weisungsrechts werden in Ableitung aus der Zuweisung des Aufsichts- und Leitungsrechts in § 147 GVG erfasst:

- Weisungen des Generalbundesanwalts ggü. Bundesanwälten (analoge Anwendung von § 147 Nummer 3 GVG),
- Weisungen des Generalstaatsanwalts innerhalb der von ihm geleiteten Behörde und gegenüber den Staatsanwälten bei den Staatsanwaltschaften des GStA-Bezirks (§ 147 Nummer 3 GVG) und
- Weisungen des Leitenden Oberstaatsanwalts gegenüber den Beamten der von ihm geleiteten Staatsanwaltschaft (§ 147 Nummer 3 GVG).

b)

Unter das externe Weisungsrecht fallen:

- Weisungen des Bundesministers der Justiz an den Generalbundesanwalt und die Bundesanwälte (§ 147 Nummer 1 GVG) und

- Weisungen der Landesjustizverwaltungen hinsichtlich aller staatsanwaltschaftlichen Beamten des betreffenden Landes (§ 147 Nummer 2 GVG).

c)

Eine Einzelfallweisung betrifft die konkrete Sachbehandlung in einer bestimmten Anzeigesache oder in einem bestimmten Ermittlungs- oder Strafverfahren.

d)

Allgemeine Weisungen sind regelmäßig abstrakte, oft fallunabhängige Anordnungen, die nicht selten in Verwaltungsvorschriften getroffen werden (z.B.: RiStBV, BeStra, Mistra). Allgemeine Weisungen können aber auch die Behandlung einzelner Verfahren oder Verfahrensgruppen betreffen.

2.

Zur Einordnung der beiden zu erörternden Anträge

a)

Im Jahr 1998 stellte Schairer apodiktisch fest, „die Frage der völligen Abschaffung des externen Weisungsrechts“ stelle sich nicht mehr, sie sei „ausdiskutiert“.³ Damit hat er nicht Recht behalten, wie u.a. die in verschiedenen Landtagen gestellten Anträge von Fraktionen der PIRATEN belegen.⁴

b)

Die beiden aktuell zu erörternden Anträge befassen sich jedoch ausschließlich mit dem externen Weisungsrecht im Einzelfall. Während in dem Gesetzentwurf der FDP-Fraktion seine gänzliche Abschaffung vorgesehen ist, erstrebt die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eine gesetzliche Beschränkung dieses Rechts auf „evident rechtsfehlerhafte Entscheidungen sowie Fehl- oder Nichtgebrauch von Ermessen“ und

³ FS für Lenckner (1998), S. 739, 746.

⁴ Änderungsantrag der Fraktion der PIRATEN im Schleswig-Holsteinischen Landtag vom 23.01.2014 (LT-Drs. 18/1515); Antrag der Fraktion der PIRATEN im Landtag Nordrhein-Westfalen vom 18.03.2014 (LT-Drs. 16/5281); vgl. dazu auch meine in Fn. 1 erwähnte ablehnende Stellungnahme.

eine der Transparenz dienende konkrete gesetzliche Definition der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen.

3.

Europäische Einflüsse

a)

Deutschland ist von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (PACE) 2009 aufgefordert worden, die Möglichkeit abzuschaffen, „dass die Justizminister der Staatsanwaltschaft Anweisungen zu einzelnen Fällen geben.“⁵

b)

Die Staatengruppe gegen Korruption des Europarates (GRECO) hat Deutschland am 10.10.2014 zum Zwecke der „Korruptionsprävention in Bezug auf Staatsanwälte“ empfohlen, die Abschaffung des Rechts der Justizminister, im Einzelfall externe Weisungen zu erteilen, „in Erwägung zu ziehen“, und, falls dieses Recht nicht abgeschafft wird, weitere Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass entsprechende Weisungen „mit angemessenen Garantien der Transparenz und Fairness“ verknüpft sind.⁶

c)

In Artikel 6 der Verordnung (EU) 2017/1939 vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft ist ein begrenztes Weisungsrecht vorgesehen. Allein der Europäische Staatsanwalt ist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Europäischen Kommission rechenschaftspflichtig über die allgemeinen Tätigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft, insbesondere durch Vorlage eines Jahresberichts. Zudem ist ein internes Weisungsrecht des Europäischen Staatsanwalts gegenüber den dezentral in den (teilnehmenden) Mitgliedstaaten eingesetzten Delegierten Europäischen Staatsanwälten vorgesehen. Ein externes Weisungsrecht statuiert die Verordnung bewusst nicht.⁷

⁵ Rautenberg, ZRP 2016, 38 m.w.N.

⁶ Rautenberg, ZRP 2016, 38 m.w.N.

⁷ Vgl. dazu auch Magnus, HRRS 2018, 143, 151 f.

d)

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 27.05.2019 entschieden, dass deutsche Staatsanwaltschaften wegen der Möglichkeit des ministeriellen Weisungsrechts gemäß §§ 146, 147 GVG die Anforderungen an eine „Justizbehörde“ im Sinne des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl (Rb EUHb) nicht erfüllen.⁸ Durch dieses Urteil hat die bereits im Jahr 2015 im Nachgang zu der sog. netzpolitik.org-Affäre wieder aufgeflammete Diskussion um die Abschaffung des externen Weisungsrechts gegenüber den Staatsanwaltschaften weiteren Auftrieb erhalten. Die Entscheidung des EuGH bezieht sich auf die grenzüberschreitende Ausschreibung einer richterlichen Inhaftierungsanordnung. Dieser müsse, so der Gerichtshof, eine gesonderte Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme vorgeschaltet werden. Für diese Prüfung müssten Weisungen im Einzelfall gesetzlich ausgeschlossen werden, um den Anforderungen des Artikel 6 Absatz 1 Rb EUHb gerecht zu werden. Der Gerichtshof beanstandet, dass die deutschen Staatsanwaltschaften „der Gefahr ausgesetzt sind, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers, unterworfen zu werden“.

Das Urteil überzeugt nicht. Es kommt zu einer Überbetonung des Erfordernisses völliger Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft auf der zweiten Stufe gegenüber der richterlichen Kontrollfunktion auf der ersten Stufe.⁹ Zudem geht das Urteil „an der deutschen Rechtswirklichkeit - EuHb als modernes Fahndungsmittel - vorbei“, da bereits von Gesetzes wegen auf der ersten Stufe eine eingehende richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfindet, so dass für eine weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der zweiten Stufe kaum noch Raum verbleibt.¹⁰ Das maßgebliche Abstellen auf formale Unabhängigkeit von politischem Einfluss als Kriterium, eine neutrale, faire und hinreichend gegen Missbrauch geschützte Anwendung des europäischen Rechtshilferechts sicherzustellen, wird der sehr unterschiedlichen Ausdifferenzierung der nationalen Justizstrukturen innerhalb der EU nicht gerecht. Umfassende Unabhängigkeit ist nur für die rechtsprechende Gewalt unverzichtbar. Dass die Staatsanwaltschaften nicht überall in der EU unabhängig sind, muss keine besondere Missbrauchsanfälligkeit indizieren. Weisungsrechte der Exekutive sind ein probates Mittel, die demokratische Legitimation der von Strafverfolgungsbehörden ausgehenden Staatsgewalt sicherzustellen und demokratische Verantwortlichkeit - auch für Fehlentscheidungen - zu institutionalisieren.¹¹

⁸ NJW 2019, 2145.

⁹ Ambos, JZ 2019, 732, 734.

¹⁰ Böhm, NZWiSt 2019, 325, 327.

¹¹ Gärditz, VerfBlog 2019/5/27, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/juge-dinstruction-als-gemeineuropaeisches-leitbild/>.

Mit einem - die französischen Staatsanwaltschaften und *die Strafverfolgung* betreffenden - Urteil vom 12.12.2019¹² hat der EuGH seine Rechtsprechung zu dem Begriff der „ausstellenden Behörde“ fortgeführt und klargestellt, dass die Staatsanwälte in Frankreich hinreichend unabhängig handeln können, weil sie frei von Einzelweisungen des Justizministers sind. Dass dieser allgemeine Weisungen zur Strafrechtspolitik erteilen kann und dass es interne Weisungen gibt, sieht der EuGH als unschädlich an und vertraut dabei - in Abweichung von dem Antrag des Generalanwalts¹³ - den Angaben der französischen Regierung, wonach allgemeine Weisungen einen Staatsanwalt nicht hindern, im Einzelfall sein Ermessen in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit des Erlasses eines Europäischen Haftbefehls auszuüben.¹⁴

Für Europäische Haftbefehle *zur Strafvollstreckung* hat der EuGH in einem weiteren Urteil vom 12.12.2019¹⁵ klargestellt, dass es auf die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft nicht ankommt, weil die erforderliche gerichtliche Kontrolle durch das vollstreckbare Urteil verwirklicht wird und sich die Verhältnismäßigkeit aus der Verurteilung ergibt.

e)

Zurzeit ist noch nicht verlässlich absehbar, ob die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Haftbefehl Auswirkungen auf andere Rahmenbeschlüsse haben wird.

IV.

Gänzliche Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts?

1.

Der böse Anschein

Die externe Weisungsbefugnis im Einzelfall berührt das Selbstverständnis der Staatsanwaltschaft in besonderer Weise. Während Einflussnahmen der Generalstaatsanwaltschaften noch „aus den eigenen Reihen“ kommen, werden bei

¹² BeckRS 2019, 31241 mit Anm. Gierok, IWRZ 2020, 91.

¹³ BeckRS 2019, 29051, Rz. 49 ff.

¹⁴ BeckRS 2019, 31241, Rz. 53-57.

¹⁵ BeckRS 2019, 31226.

ministeriellen Einzelfallweisungen nicht selten politische Motive vermutet.¹⁶ In der seit Jahrzehnten immer wieder und mit unterschiedlicher Vehemenz geführten Reformdiskussion sind die Argumente weitestgehend ausgetauscht. Für die Abschaffung des externen Weisungsrechts im Einzelfall wird zumeist angeführt, schon der Anschein, Staatsanwälte könnten als Instrument zur Durchsetzung politischer Instrumente benutzt werden, beschädige das Ansehen von Staatsanwaltschaft und Justiz.¹⁷ Allein die Existenz des externen Weisungsrechts ermögliche „subtile Einflussnahmen“ unterhalb der förmlichen Einzelfallweisung.¹⁸ Die bloße Möglichkeit der Einflussnahme sei „geeignet und ersichtlich auch dazu bestimmt, der Staatsanwaltschaft `Wohlverhalten´ nahezu legen.“¹⁹

Diese Positionen greift der Antrag der Fraktion der FDP auf. Danach kann schon „die bloße Existenz der Einzelweisungsbefugnis den Eindruck vermitteln, staatsanwaltschaftliches Handeln könne außerhalb der Bindung an Recht und Gesetz durch politische Einflussnahme bestimmt werden.“ Das Weisungsrecht beschädige das Vertrauen in die Unabhängigkeit von Staatsanwaltschaft und Justiz.

Auch der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hält „Einflussnahmen auf vielerlei Wegen auch außerhalb der eher seltenen förmlichen Weisungen“ für möglich, „sei es durch sog. Anregungsschreiben oder sei es durch die Formulierung von Erwartungen oder andere subtile Formen bis hin zu Erscheinungen wie vorausseilendem Gehorsam.“ Möglichkeiten, aus politischen Gründen Ermittlungen gegen einzelne Personen zu blockieren oder voranzutreiben, seien keineswegs ausgeschlossen.

2.

Kein politisches externes Weisungsrecht

Zunächst ist die Klarstellung wichtig, dass es ein politisches externes Weisungsrecht gegenüber den Staatsanwaltschaften schon de lege lata nicht gibt. Denn das externe Weisungsrecht ist nicht schrankenlos und damit politischer Willkür zugänglich, sondern vielfältig abgesichert:

¹⁶ Frank in: Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit, 1998, S. 49, 55.

¹⁷ Arenhövel, FS für Nehm (2006), 231, 238; Hannich, DRiZ 2000, 249, 252 f.; Rautenberg, DRiZ 2014, 214, 217; ders. ZRP 2016, 38; Satzger, Gutachten für den 65. Deutschen Juristentag (2004), C 132 f.

¹⁸ Rautenberg, DRiZ 2014, 214, 217.

¹⁹ Altvater, NStZ-Sonderheft 2009, 4, 5.

- Selbstverständlich unterliegen externe Weisungen der Bindung an „Gesetz und Recht“ (Artikel 20 Absatz 3 GG).²⁰
- Auch wenn Justizminister und ihre Mitarbeiter in den Ministerien als „Nicht-Staatsanwälte“²¹ persönlich weder dem Verfolgungs- noch dem Anklagezwang unterliegen, wirkt sich das Legalitätsprinzip auf sie doch mittelbar aus. Denn infolge ihrer Bindung an Gesetz und Recht erwiese sich eine Weisung an die Staatsanwaltschaft, ihren gesetzlichen Verpflichtungen nicht nachzukommen, als eindeutig rechtswidrig.²²
- Nicht zu unterschätzen sind die Aspekte der fachlichen Beratung des Ministers und der parlamentarischen Verantwortung. Sarstedt hat dies 1964 wie folgt formuliert:

„Das Korrektiv für unsachliche oder auch nur unsachgemäße Wünsche ist einmal seine parlamentarische Verantwortung, zum anderen die Anwesenheit hochqualifizierter Sachkenner im Ministerium. Es ist ein grundlegender Irrtum zu glauben, rechtsstaatliche Gesinnung, Liebe zur wahren Gerechtigkeit und fundierte Rechtskenntnisse wohnten lieber in den Hütten der StA als im Palast des Ministeriums. Auch ein Generalstaatsanwalt kann irren...“²³

Der Justizminister trägt für seine Weisungen die volle Verantwortung und haftet letztlich – anders als staatsanwaltschaftliche Vorgesetzte – mit seinem Amt.²⁴

- Zudem würden rechtswidrige Weisungen auch Straftatbestände verwirklichen. Zu denken wäre etwa an die §§ 258, 258a, 339, 344, 345 und 357 StGB, ggf. in der Beteiligungsform der Anstiftung oder Beihilfe.

Auf diesem Hintergrund erscheint mir die pointierte Feststellung von Markwardt²⁵ durchaus zutreffend:

²⁰ Allgemeine Meinung; vgl. nur Roxin, DRiZ 1997, 109, 119.

²¹ Funktional betrachtet. Viele der dort tätigen Referentinnen/Referenten sind tatsächlich abgeordnete Staatsanwältinnen/Staatsanwälte oder Oberstaatsanwältinnen/Oberstaatsanwälte.

²² Hund, ZRP 1994, 470, 472.

²³ NJW 1964, 1752, 1755; vgl. auch Hund, ZRP 1994, 470, 472.

²⁴ Hund, ZRP 1994, 470, 472.

²⁵ FS für Böttcher (2007), S. 93, 101; ähnlich Beining, ZJS 2015, 546,551; Magnus, GA 2014, 390, 393: „politisches Risiko“; Gefahr „kritischer Berichterstattung“.

„Eine besonders einladende Option ist der Missbrauch des Weisungsrechts also nicht!“

3.

Überblick über derzeitige „Regelungen“ zu dem Thema

Gleichwohl hat sich im Laufe der Jahre offenbar ein Bedarf gezeigt, Regelungen zur restriktiven Handhabung des externen Einzelfallweisungsrechts zu treffen.

a)

Bundesebene

In dem „Erlass des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz über die Unterrichtung des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz durch den Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof“ vom 13.12.2016²⁶ heißt es in der Präambel u. a, dass von dem „Weisungsrecht gegenüber dem Generalbundesanwalt in ständiger Selbstbindung äußerst restriktiv Gebrauch“ gemacht werde und eine Weisung im „Interesse von Überprüfung und Transparenz“ „nur schriftlich“ erginge.

b)

Ein Blick in die Länder

aa)

In Nordrhein-Westfalen wird das externe Weisungsrecht im Einzelfall mit äußerster Zurückhaltung gehandhabt.

(1)

Die vom damaligen Justizminister Dieckmann im Jahr 2001 öffentlich vorgestellten „Zehn Leitlinien zum Weisungsrecht“²⁷ haben trotz mehrerer Regierungswechsel und

²⁶ Ausschussdrucksache 18(6)352.

²⁷ Abgedruckt in DRiZ 2002, 43. Senge bezeichnet sie in einer 2004 für den Strafrechtausschuss der BRAK erarbeiteten unveröffentlichten Stellungnahme als „vorbildlich“ (S. 11 des Manuskripts), Günter in DRiZ 2002, 85 als „begrüßenswert“.

damit einhergehender Wechsel der Justizminister und Justiz-Staatssekretäre Bestand.²⁸ Die Leitlinien haben folgenden Wortlaut:

„1. Die Staatsanwaltschaften nehmen im Staatsgefüge eine Sonderstellung ein. Sie stehen - bildlich gesprochen - zwischen Exekutive und Judikative.

2. Staatsanwälte sind dem Legalitätsprinzip verpflichtet, d.h. dem Verfolgungszwang gegen jeden Verdächtigen ohne Ansehen der Person. Sie sollen dementsprechend frei ermitteln.

3. Die Staatsanwälte unseres Landes sind inhaltlich unabhängig. Ihnen und nicht dem Justizministerium obliegt die Entscheidungshoheit über die Ermittlungen.

4. Staatsanwälte unterliegen einer dreistufigen Aufsicht und Leitung: durch ihren Behördenleiter, durch den Generalstaatsanwalt und durch das Justizministerium. Das Gerichtsverfassungsgesetz schreibt dies so vor.

5. Das Justizministerium ist in diesem abgestuften Weisungssystem mit seinem sog. externen Weisungsrecht die letzte Instanz. Vorgeschaltet sind gleichsam als staatsanwaltschaftliche Selbstkontrolle die internen Aufsichts- und Weisungsrechte des Leitenden Oberstaatsanwalts als Behördenleiter und vor allem die des Generalstaatsanwalts als vorgesetzte Behörde.

6. Auf allen drei Stufen ist die unüberschreitbare Grenze für das Aufsichts- und Weisungsrecht das Legalitätsprinzip. Dieses begrenzt das Weisungsrecht kompromisslos.

7. Das Gesetz ermächtigt das Justizministerium zu Weisungen allgemeiner Art und auch zu Weisungen im Einzelfall. In NRW erschöpft sich die Ausübung des ministeriellen Weisungsrechts in allgemeinen Weisungen, d. h. in dem Erlass landesweit geltender allgemeiner Regelungen. Diese sollen eine gleichmäßige Strafrechtspflege im Land gewährleisten.

8. Der Justizminister NRW macht von seinem Weisungsrecht in anhängigen Ermittlungsverfahren in ständiger Selbstbindung keinen Gebrauch. Allerdings gibt es eine vorstellbare Ausnahme. Fachaufsicht ist die Kontrolle der Richtigkeit der Dienstaussübung - keinesfalls eine politische Kontrolle.

9. Eine Weisung kommt deshalb in NRW nur in dem Fall in Betracht, dass der zuständige Generalstaatsanwalt gegen eine rechtsfehlerhafte staatsanwaltschaftliche Sachbehandlung zu Unrecht nicht einschreitet.

10. Eine Weisung erginge auf jeden Fall nur in schriftlicher Form. Dies dient der Überprüfbarkeit und Transparenz. Adressat wäre stets der Generalstaatsanwalt als die

²⁸ So haben sich z.B. der Minister der Justiz Biesenbach und das Ministerium der Justiz in LT-Vorlage 17/599 vom 05.03.2018, S. 2, als diesen Leitlinien „verpflichtet“ bezeichnet.

zuständige Stelle im Instanzenzug. Dieser hätte die Weisung des politisch verantwortlichen Ministers seinerseits zunächst auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Im Falle einer Weitergabe der Weisung an die Staatsanwaltschaft übernehme er dann zugleich die Verantwortung dafür, dass die Weisung ausschließlich an Recht und Gesetz orientiert und nicht von politischen Erwägungen bestimmt ist.“

(2)

Nordrhein-Westfalen hat auf Initiative der damaligen Justizministerin Müller-Piepenkötter mit der Modernisierung seiner Anordnung über Berichtspflichten in Strafsachen (BeStra)²⁹ im Jahr 2005 drei wesentliche Änderungen vorgenommen, die schon dem Anschein politischer Einflussnahme vorbeugen und damit die Leitlinien zum Weisungsrecht gleichsam flankieren:

Der so genannte Absichtsbericht an das Justizministerium wurde vollständig abgeschafft. Rautenberg, langjähriger Generalstaatsanwalt in Brandenburg, bewertete dies im Jahr 2006 wie folgt:

„Die nordrhein-westfälischen Staatsanwaltschaften dürften damit die derzeit unabhängigsten in Deutschland sein.“³⁰

Festgeschrieben wurde, dass selbst in Strafsachen von überragender Bedeutung dem Justizministerium über wichtige Verfügungen oder abschließende Entscheidungen erst zu berichten ist, nachdem sie getroffen worden sind.

Zudem wurde hervorgehoben, dass über strafprozessuale Zwangsmaßnahmen wie die Vollstreckung eines Haftbefehls oder eines Durchsuchungsbeschlusses frühestens mit Beginn der Maßnahme berichtet werden darf.

Diese - bis heute unverändert gebliebenen - Regelungen werden nach meiner Beobachtung ernstgenommen und „so gelebt“.

²⁹ AV d. JM vom 27. November 2005 (4107 - III. 3 Sdb. BeStra) - JMBl. NRW 2006, S. 3.

³⁰ GA 2006, 356, 360, Fn. 25 a.E; zustimmend auch Günter, Festgabe 100 Jahre Deutscher Richterbund (2009), S. 79: „Auch kleine Schritte können Wirkung haben. Sie müssen nur unternommen werden.“

bb)

In Niedersachsen gibt es ebenfalls eine selbstbindende Erklärung der Landesregierung:³¹

„Der Justizministerin steht gemäß den § 146, § 147 Nr. 2 GVG eine Weisungsbefugnis zu. Diese Dienstaufsicht berechtigt zur Erteilung von allgemeinen Weisungen und Weisungen im Einzelfall, sowohl im Hinblick auf die rechtliche als auch die tatsächliche Sachbehandlung. Allerdings unterliegt die Dienstaufsicht Grenzen, die sich wiederum aus dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) und aus der Bindung an Gesetz und Recht (Artikel 20 Abs. 3 GG) ergeben. Soweit das Gesetz keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zulässt, kommt die Ausübung des Weisungsrechts somit von vornherein nicht in Betracht. Das Weisungsrecht darf aber auch sonst nicht von rechts- oder sachwidrigen Erwägungen geleitet sein. Daran orientieren sich folgende von dem Niedersächsischen Justizministerium aufgestellten Weisungsgrundsätze, mit denen das Spannungsverhältnis zwischen parlamentarischer und ministerieller Verantwortung auf der einen und der Gewährleistung einer unabhängigen Justiz auf der anderen Seite ausgestaltet worden ist:

1. Eine Weisung muss überhaupt rechtlich zulässig sein. Die Bindung an Gesetz und Recht gilt auch für die politische Spitze. Konkret heißt dies, dass jeder Weisung ein zumindest vertretbarer Rechtsstandpunkt zugrunde liegen muss, der vor der jeweiligen Kontrollinstanz verantwortet werden kann. Für die Landesjustizverwaltung ist diese Kontrollinstanz der Niedersächsische Landtag.

2. Eine Weisung bedarf in tatsächlicher Hinsicht einer sicheren Beurteilungsgrundlage. Wer Weisungen erteilt, trägt die volle Verantwortung für den dadurch gesteuerten weiteren Gang des Verfahrens. Für die Hauptverhandlung vor Gericht ist mit Rücksicht auf die elementaren Verfahrensgrundsätze der freien Beweiswürdigung und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in besonderem Maße Zurückhaltung geboten, denn Vorgesetzte, welche nicht an der Hauptverhandlung teilgenommen haben, werden kaum in der Lage sein, sachgerechte Anträge zur Schuld- und Straffrage zu formulieren.

³¹ LT-Drs. 17/3195 vom 19.03.2015 zu Frage Nr. 2 (aus Anlass des Abschlusses des Strafverfahrens gegen Edathy); bestätigt in LT-Drs. 18/4636 vom 23.09.2019.

3. Ein der Staatsanwaltschaft gesetzlich zustehendes Ermessen wird von der Landesjustizverwaltung grundsätzlich bis zur Grenze des Nicht- oder des Fehlgebrauchs akzeptiert. Dies gilt in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht.

4. Eine Weisung muss sachlich unabweisbar geboten sein. Beurteilen die Verantwortungsträger bei Staatsanwaltschaft und Generalstaatsanwaltschaft die Sachlage einvernehmlich, dann besteht gesteigerter Begründungsbedarf für eine gegenteilige Weisung. Neben der rechtlichen Zulässigkeit ist die Frage einer Weisung dann vor allem daraufhin zu prüfen, ob sie nach Abwägung aller gegen sie sprechenden Argumente unerlässlich ist.

5. Eine Weisung muss als solche zweifelsfrei erkennbar sein und sich deutlich von unverbindlichen Ratschlägen unterscheiden. Sie wird deshalb, sofern keine Einigung zustande kommt, schriftlich erteilt.“

Weiter heißt es in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage im September 2019³²:

„Dadurch kommen Einzelfallweisungen außerhalb der Korrektur von Rechtsanwendungsfehlern im Rahmen der Dienstaufsicht praktisch nicht vor. Eine ministerielle Weisung ergeht deshalb auch nur schriftlich und bietet damit für die Betroffenen eine Kontrollmöglichkeit. Insgesamt ist damit sichergestellt, dass Weisungen allein sachlichen Geboten folgen und frei von politischer Opportunität sind.“

cc)

Für Sachsen findet sich im Koalitionsvertrag von CDU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und SPD für die Jahre 2019 bis 2024 auf Seite 107 eine Vereinbarung folgenden Inhalts:

„Das sogenannte externe Weisungsrecht des Justizministers bzw. der Justizministerin, das es ihm bzw. ihr ermöglicht, im Einzelfall auf ein bestimmtes Ermittlungsverfahren Einfluss zu nehmen, wird bis zu seiner Abschaffung in Sachsen nicht ausgeübt.“

³² LT-Drs. 18/4636, S. 2.

dd)

In Thüringen sind die in Form einer Bekanntmachung des zuständigen Ministers ergangenen „Leitlinien zur Ausübung des ministeriellen Weisungsrechts gegenüber den Staatsanwaltschaften“ vom 18.11.2016 im Justiz-Ministerialblatt veröffentlicht:³³

„1. Der für Justiz zuständige Minister übt das Weisungsrecht gegenüber den Staatsanwaltschaften grundsätzlich nur in Form von allgemeinen Weisungen aus. Durch diese allgemeinen und landesweit geltenden Regelungen soll eine gleichmäßige Strafrechtspflege gewährleistet werden.

2. Eine Weisung in einem Einzelfall kommt nur ausnahmsweise und nur dann in Betracht, wenn der Generalstaatsanwalt gegen eine rechtswidrige staatsanwaltschaftliche Entscheidung oder eine offensichtlich fehlerhafte Sachbehandlung nicht einschreitet.

3. Eine Weisung richtet sich nur an den Generalstaatsanwalt. Eine direkte Weisung an den Leiter einer Staatsanwaltschaft oder den ermittelnden Staatsanwalt erfolgt nicht.

4. Dem Generalstaatsanwalt ist vor einer beabsichtigten Weisung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

5. Eine Weisung hat stets schriftlich zu erfolgen. Sie ist zu begründen.“

ee)

In Schleswig-Holstein gibt es sogar eine gesetzliche Regelung in § 73 Landesjustizgesetz:

„§ 73 Dienstliche Weisung im Einzelfall

Hat das für Justiz zuständige Ministerium nach § 147 Nummer 2 GVG eine dienstliche Anweisung erteilt, welche die Sachbehandlung oder Rechtsanwendung in einem Einzelfall betrifft, so teilt es dies der Landtagspräsidentin oder dem Landtagspräsidenten mit, sobald und soweit dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich ist. Dienstliche Anweisungen im Sinne von Satz 1 sind schriftlich zu dokumentieren.“

³³ Justiz-Ministerialblatt für Thüringen 2017, S. 23 f.

c)

Der vorstehende Überblick über die Situation im Bund und in den Ländern ist keineswegs vollständig. Gleichwohl zeigt sich, dass es in der Regelungsart und -tiefe durchaus unterschiedliche Ausgestaltungen gibt:

- Vereinbarungen in einem Koalitionsvertrag,
- selbstbindende öffentliche bzw. parlamentarische Erklärungen,
- veröffentlichte Erlasse und Leitlinien und
- eine landesgesetzliche Regelung.

4.

Argumente gegen eine vollständige Abschaffung des Einzelfallweisungsrechts

a)

Entscheidend gegen eine gänzliche Abschaffung des externen Einzelfallweisungsrechts sprechen nach herrschender Meinung verfassungsrechtliche Erwägungen, die Wohlers³⁴ wie folgt auf den Punkt gebracht hat:

„Die Abschaffung des externen Weisungsrechts ist abzulehnen. Sie würde zu einem ministerialfreien, der parlamentarischen Kontrolle entzogenen Raum führen, was mit dem aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsatz parlamentarischer Verantwortlichkeit der Regierung bei Regierungsaufgaben von politischer Tragweite nicht zu vereinbaren ist. Wenn und soweit der Justizminister dem Parlament gegenüber die Verantwortung für Maßnahmen und Entscheidungen der Staatsanwaltschaft trägt, kann ihm das Recht der Aufsicht und Leitung über die ihm nachgeordneten Exekutivorgane nicht vorenthalten werden. Der Einwand, eine umfassende Kontrolle sei dem Minister gar nicht möglich, geht an der Sache vorbei: Abgesehen davon, dass eine derartige Kontrolle auch durch den GStA nicht geleistet werden kann, was dann

³⁴ In SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 146 GVG Rdnr. 26; Ambos, JZ 2019, 732, 735 m.w.N.; Andoor, ZRP 2019, 154; Beining, ZJS 2015, 546, 550; MüKo-StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rdnr. 4; Frank (Fn. 16), S. 54 f.; Franke in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. 2010, § 146 GVG Rdnr. 11, 14, 17; Geerds, FS zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein (1992), S. 297, 311 f.; Hund, ZRP 1994, 470, 471 f.; Kretschmer, Jura 2004, 452, 458; Kunert, FS für Wassermann (1985), S. 915, 922; Markwardt (Fn. 25), S. 93, 98 f.; Paeffgen, Schlüchter-GS (2002), S. 574 ff.; Roxin, DRiZ 1997, 109, 119; Schneider, Jura 1999, 62, 68; Wille, FS zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein (1992), S. 317, 325 f.

konsequenterweise die Forderung einer Abschaffung des internen Weisungsrechts nach sich ziehen müsste, ist entscheidend, dass der parlamentarisch verantwortliche Minister die Möglichkeit hat, einer fehlerhaften Sachbearbeitung entgegen zu wirken, wenn er dies für notwendig erachtet.“

Zur Einordnung der deutschen Staatsanwaltschaft in das Staatsgefüge kann auf die prägnante Darstellung von Rautenberg³⁵ Bezug genommen werden:

„Unser Grundgesetz ordnet die Staatsanwaltschaft der Exekutive zu. Das BVerfG hat aber bereits in einer Entscheidung vom 19.3.1959 ausgeführt, „daß die Staatsanwaltschaft nicht nur wie auch jede Verwaltungsbehörde an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 III GG); ihre spezifische Aufgabe in der Strafrechtspflege bedingt, daß sie, an das ‚Legalitätsprinzip‘ gebunden, von vornherein dem Gesetz gegenüber einen besonders engbegrenzten Ermessensspielraum hat. Ihrer Aufgabe entspricht ihre organische Eingliederung in die Justiz, von der sie ein wesentlicher Bestandteil gerade auch im Rechtsstaat ist. Staatsanwaltschaft und Gericht erfüllen gemeinsam die Aufgabe der ‚Justizgewährung‘...“³⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG sind die Staatsanwaltschaft und die Strafgerichte zur „Ermittlung des wahren Sachverhalts“ verpflichtet, „ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt.“³⁷ Nun heißt es in einer Entscheidung vom 5.5.2015: „Die Staatsanwaltschaft ist Teil der Beamtenschaft und zugleich notwendiges Organ der Strafrechtspflege. ... Mit ihrer Verpflichtung zur Objektivität (§ 160 II StPO) ist sie Garantin für Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe. ... In ihrer Rolle als ‚Wächterin des Gesetzes‘ obliegt ihr die Wahrung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Strafprozess.“³⁸

Die Staatsanwaltschaft ist trotz ihrer „organischen Eingliederung in die Justiz“³⁹ und obwohl sie „Wächter des Gesetzes“⁴⁰ und Institution sui generis ist, formal der Exekutive zugeordnet (Gegenschluss zu dem Wortlaut der Artikel 92, 97 GG, der nur von Richtern spricht).⁴¹ Nach der ständigen Rechtsprechung des

³⁵ ZRP 2016, 38, 39.

³⁶ BVerfG, NJW 1959, 872.

³⁷ BVerfG, NJW 2013, 1059 m.w.N.

³⁸ BVerfG NJW 2015, 1944.

³⁹ BVerfGE 9, 223, 228 = NJW 1959, 871.

⁴⁰ BVerfGE 133, 168, 220 = NJW 2013, 1058, 1066; Frank (Fn. 16), S. 49, 57; Kintzi, FS für Wassermann (1985), S. 899, 901.

⁴¹ BVerfGE 103, 142, 156 = NJW 2001, 1121, 1123; BVerfG, NJW 2002, 815; Bundesregierung, BT-Drs. 18/2265, S. 3 vom 04.08.2014; Frank (Fn. 16), S. 49, 56; Franke (Fn. 34), § 146 Rdnr. 14 m.w.N.; Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl. 2018, § 141 Rdnr. 9 m.w.N.; Kunert (Fn. 34), S. 916, 922; für die Annahme einer „Zwitterstellung“

Bundesverfassungsgerichts bedarf staatliches Handeln bei Aufgaben von politischer Tragweite, zu denen die Strafverfolgung gehört⁴², grundsätzlich einer ununterbrochenen demokratischen Legitimationskette und darf nicht der Regierungsverantwortung entzogen und auf andere Stellen übertragen werden.⁴³ Für die Strafverfolgungsarbeit der Staatsanwaltschaft muss mithin stete demokratische Verantwortlichkeit sichergestellt sein. Diese aber kann nur über die Regierung vermittelt werden, denn eine unmittelbare Beziehung zwischen Staatsanwaltschaft und Staatsvolk existiert im deutschen Staatsaufbau nicht.⁴⁴ Die erforderliche Legitimationskette wird für die Organe der Exekutive durch die parlamentarische Legitimation der Regierung und damit der Fachminister und deren Weisungsrecht gegenüber den nachgeordneten Behörden des Ressorts gewährleistet. Die Aufsicht beschränkt sich nicht auf Rechtsaufsicht, sondern schließt die Fachaufsicht und die Disziplinargewalt bei Dienstvergehen ein. Über dieses „hintergründige Interventionsinstrument“ wird zugleich ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau sichergestellt, da Staatsanwaltschaften Staatsgewalt ausüben, die vom Volke ausgeht (Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 GG), weshalb funktionsbezogen demokratische Verantwortbarkeit auch für das Handeln der Amtswalter im Einzelfall unverzichtbar ist.⁴⁵ Ein Justizminister, der auf die Amtsführung der Staatsanwaltschaften keinen Einfluss hätte, könnte hierfür auch nicht die parlamentarische Verantwortung übernehmen⁴⁶; Fehlverhalten von Staatsanwälten könnte ihm nicht zugerechnet werden.⁴⁷ Die demokratische Verantwortung vor Parlament und Öffentlichkeit wird daher z.T. sogar als „nicht verzichtbar“ angesehen.⁴⁸ So verstanden ist das externe Einzelfallweisungsrecht ein Mittel, die

Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rdnr. 88 m.w.N.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, S. 56; Satzger (Fn. 17), C 130.

⁴² Frank (Fn. 16), S. 49, 54 f.; Kissel/Mayer (Fn. 41), § 146 Rdnr. 2; Schmidt-Jortzig, Stellungnahme vom 20.03.2014, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 18/2581, S. 5; abrufbar unter: <https://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/2500/umdruck-18-2581.pdf>.

⁴³ BVerfGE 9, 268, 281 = NJW 1959, 1171, 1172; BVerfGE 22, 106, 113 = NJW 1967, 2005 (Ls.) = BeckRS 1967, 30421841; BVerfGE 47, 253, 275 = NJW 1978, 1967, 1968; BVerfGE 77, 1, 40 = NJW 1988, 890, 891; BVerfGE 83, 60, 72 f. = NJW 1991, 159, 160; BVerfGE 93, 37, 66 ff. = NVwZ 1996, 574; BVerfG, NJW 2019, 3204, 3207 f. (Rz. 133); Bölder, Strauda-FS (2006), S. 293, 310 ff. <zitiert nach Altwater, NStZ-Sonderheft 2009, 4, 6 in Fn. 15>; Grzeszick in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 89. EL Oktober 2019, Art. 20 Rdnr. 117 ff., insbesondere 121 m.w.N.; Kissel/Mayer (Fn. 41), § 146 Rdnr. 2; Schmidt-Jortzig (Fn. 42), S. 1, 5; Trentmann, ZIS 2016, 130, 135; Wißmann, Stellungnahme 16/2008, S. 4 vom 22.8.2014 im Rahmen einer Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Landtags NRW zu LT-Drs. 16/5251; abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-2008.pdf>.

⁴⁴ Schmidt-Jortzig (Fn. 42), S. 1, 5.

⁴⁵ Gärditz, Verfblog 2019/4/18, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/politische-strafjustiz-zur-demokratischen-kontrolle-der-administrativen-strafverfolgungsbuerokratie/>.

⁴⁶ Vgl. BVerfG, NJW 1959, 1171, 1172; NJW 2019, 3204, 3208 (Rz. 133):

⁴⁷ Hund, ZRP 1994, 470, 472; Kunert, (Fn. 34), S. 922; Markwardt (Fn. 25), S. 98 f.; Schaefer, FS für Stöckel (2010), S. 307, 319: „Die Staatsanwaltschaft kann also nicht so tun, als ob alles Politische sie nicht zu interessieren hat.“

⁴⁸ Franke (Fn. 35), § 146 Rdnr. 14 m.w.N.; Löbber, ZRP 2015, 161; Schmidt-Jortzig (Fn. 42), S. 1, 5: „Eine Kappung der ministeriellen Weisungsbefugnis würde diesen unerlässlichen (sachlich-inhaltlichen) Legitimationszusammenhang definitiv unterbrechen...“ und wäre „prinzipiell unzulässig.“

Staatsanwaltschaft nicht vom „Pfad der Tugend der Gerechtigkeitspflege“ abkommen zu lassen.⁴⁹

Soweit dem entgegnet wird, dass „die Justizminister für das Funktionieren der Rechtsprechung insgesamt gleichermaßen politische Verantwortung tragen, ohne irgendeine legale Eingriffsmöglichkeit auf die richterliche Tätigkeit zu haben“⁵⁰, überzeugt dieser Einwand nicht. Der Vergleich zwischen staatsanwaltschaftlicher Einzelfallentscheidung und „Funktionieren der Rechtsprechung insgesamt“ hinkt - und für eine Einzelfallentscheidung eines Gerichts trägt der Justizminister gerade keine politische Verantwortung (Artikel 97 GG).

b)

Die zu gewährleistende parlamentarische Kontrolle des Justizministers erfordert die Befugnis, in engen Grenzen auch einzelfallbezogene Weisungen zu erteilen. Denn die Abgrenzung von zulässigen generellen Weisungen und unzulässigen Einzelfallweisungen lässt sich nicht durchhalten.

aa)

Die Annahme, durch die Möglichkeit allgemeiner Weisungen verblieben der Exekutive hinreichende Lenkungsbefugnisse,⁵¹ vermag nicht zu überzeugen. Wie soll der Justizminister reagieren, wenn etwa im Bezirk einer Generalstaatsanwaltschaft immer wieder von einer Verwaltungsvorschrift abgewichen wird, die für einen bestimmten Deliktsbereich eine Handlungsvorgabe macht. Sollen dem Justizminister im Fall beharrlich richtlinienwidrigen Agierens im Einzelfall die Hände gebunden sein?⁵²

bb)

Hinzu kommt ein Weiteres: Ohne Berichte in Einzelsachen würden der Justizverwaltung und dem Justizminister die erforderliche Erfahrungsgrundlage für generelle Weisungen entzogen.⁵³

⁴⁹ Gössel, GA 1980, 325, 344.

⁵⁰ Rautenberg, ZRP 2016, 38, 40 m.w.N.

⁵¹ Hannich, DRiZ 2000, 249, 253.

⁵² So auch Markwardt (Fn. 25), S. 93, 99 f.

⁵³ Markwardt (Fn. 25), S. 93, 100.

c)

In eine ähnliche Richtung geht das Argument, eine weisungsunabhängige Staatsanwaltschaft wäre ein unkontrollierbarer Machtfaktor.⁵⁴

aa)

Sarstedt formulierte diese Sorge schon 1964 wie folgt:⁵⁵

„Auch ein Generalstaatsanwalt kann irren; und es ist eine ganz eigenartige Forderung, daß er allein letzte Entscheidungen von großer Tragweite sollte treffen können, weder von einem Kollegium zu überstimmen noch von einem Vorgesetzten zu korrigieren, noch einem Parlament verantwortlich. Eine solche Machtfülle hat ja sonst im ganzen Staate niemand.“

bb)

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Vergleich mit dem Richter, den Kunert zieht: Die Richter seien nicht so frei, wie ein Staatsanwalt ohne Weisungsrecht es wäre. Denn sie hätten Instanzen über sich, die ihre fachliche Tätigkeit kontrollierten, und die Richter der höchsten Gerichte kontrollierten sich im Kollegium weitgehend gegenseitig. Mithin wäre

„selbst der einzelne Richter im Senat des Bundesverfassungsgerichts weniger frei als der weisungsfreie Staatsanwalt. Dieser wäre in der Tat ein unkontrollierbarer Machtfaktor im Staate. Solche Rechtsmacht darf ein einzelner nicht haben, wo es um die Verwirklichung der Rechtsidee geht, die in erster Linie Gerechtigkeit zum Inhalt hat, die ihrerseits wiederum Gleichheit voraussetzt.“⁵⁶

⁵⁴ Andoor, ZRP 2019, 154; Beining, ZJS 2015, 546, 550; Kunert (Fn. 34), S. 915, 922; Thomas, KriPoZ 2020, 84, 89.

⁵⁵ NJW 1964, 1752, 1755.

⁵⁶ Kunert (Fn. 34), S. 915, 920.

cc)

Mertin weist — m.E. überzeugend — auf die Gefahren hin, die mit einem Eingriff in das bestehende Machtgefüge einhergingen:⁵⁷

„...ist von einem Eingriff in das bestehende Machtgefüge abzuraten. Die vorhandene Kombination der unabhängigen Strafgerichte mit einer weisungsgebundenen Staatsanwaltschaft, die das Recht zur Eigeninitiative hat, und einer ihr nur fachlich untergeordneten Kriminalpolizei ist nämlich ein wichtiges Element der strukturellen Gewaltenteilung. Jeder Eingriff in dieses System der `checks and balances`“ führt zu einem nicht wünschenswerten Machtzuwachs einer der beteiligten Behörden. Eine gegenüber der Polizei weisungsbefugte Staatsanwaltschaft ohne Bindung an die Prinzipien der parlamentarischen Verantwortung wäre ein unkontrollierbarer Machtfaktor.“

Auch der frühere Präsident des Bundesgerichtshofs Odersky hält das gegenwärtige System der Verteilung und gegenseitiger Kontrolle von Staatsmacht für „wohl ausgewogen“:⁵⁸

„Bei der Betrachtung über die Stellung der Staatsanwaltschaft stößt man allenthalben auf scheinbar nicht konsequent durchgeführte Prinzipien und Strukturen: Aufgaben und Befugnisse im Ermittlungsverfahren sind auf zwei Behörden verteilt; im gerichtlichen Verfahren sind mancherlei Entscheidungen von der selbständigen Willensbildung zweier Organe abhängig; die Staatsanwaltschaft ist eine Behörde im hierarchischen Aufbau unter der Weisungsbefugnis des Ministeriums, aber eben doch nicht so, wie es nachgeordnete Verwaltungsbehörden sind. Das führt nicht selten zu Reibungen, auch zu dem Wunsch der Beteiligten nach vermeintlich `konsequenteren` Lösungen. Bei näherem Hinsehen erweisen sich diese Strukturen aber im Ergebnis als ein wohl ausgewogenes System der Verteilung und gegenseitiger Kontrolle von Staatsmacht, die gerade im Bereich der Strafverfolgung besonders groß ist. Einem solchen ausgewogenen System der Mischung der Strukturen sollte deshalb auch für die Zukunft der Vorzug gegeben werden.“

Und welches „Standing“ hätte ein Justizminister ohne externes Einzelfallweisungsrecht gegenüber den Staatsanwaltschaften noch im Verhältnis zu einem gegenüber der

⁵⁷ Mertin, ZRP 2002, 332, 336; so auch Hund, ZRP 1994, 470, 472 m.w.N.

⁵⁸ Odersky, FS für Rebmann (1989), S. 343, 357 f.

Polizei weisungsbefugten Innenminister?⁵⁹ Die Auswirkungen auf die Staatsanwaltschaften und ihr Verhältnis zur Polizei, ihren Ermittlungspersonen (§ 152 GVG), wären immens. Es käme zu dem erwähnten Eingriff in das System der „checks and balances“ und zu einer nicht wünschenswerten Machtverschiebung; zudem müsste wegen der unterbrochenen Legitimationskette zur Staatsanwaltschaft die Rolle der Polizei bei der Strafverfolgung (§ 152 GVG) überdacht werden.⁶⁰

d)

Interessanterweise spricht sich in der rechtspolitischen Diskussion regelmäßig auch die Anwaltschaft für die Beibehaltung des status quo aus.⁶¹ Neben den bereits erwähnten Argumenten zur demokratischen Legitimation und zum austarierten Machtsystem hat Schlothauer noch eine weitere Facette in die Diskussion eingebracht:

„Eine weisungsunabhängige und damit nicht mehr parlamentarisch kontrollierbare Staatsanwaltschaft hätte als insoweit richtergleiche Institution neben den Gerichten keine eigenständige Funktionsberechtigung. Sie hätte den Rückfall in die Inquisition – wenn auch in anderem Gewande – zur Folge, da ein unabhängiger Staatsanwalt nichts anderes wäre als ein Richter. Eine solche Umgestaltung der Staatsanwaltschaft zu einem zweiten neben den Gerichten stehenden unabhängigen Rechtspflegeorgan würde die Parteistellung der Staatsanwaltschaft und damit ein wesentliches Element eines liberalen Strafverfahrensmodells beseitigen.“⁶²

⁵⁹ Diese Sorge äußerten insbesondere Rechtsanwälte bei dem 65. Deutschen Juristentag 2004, vgl. Markwardt (Fn. 25), S. 93, 101; so auch zuvor schon Salditt bei einer Fachtagung des DRB für Staatsanwälte in Berlin im November 2000, vgl. Tagungsbericht in DRiZ 2001, 52.

⁶⁰ Hund, ZRP 1994, 470, 474; Salditt, Süddeutsche Zeitung vom 22.03.2014.

⁶¹ Widder, Stellungnahme 16/2007 für den Rechtsausschuss des Landtags NRW, abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-2007.pdf;jsessionid=D918B70AA7C4E3469CF283D05D29F30D> : Gefährdung einer „Balance of Power“ innerhalb des Justizapparates; Salditt, Süddeutsche Zeitung vom 22.03.2014; Strate, ZRP 2014, 94; Stellungnahme 58/2015 des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht; Statement des Deutschen Anwaltvereins vom 29.05.2019, abrufbar unter <https://anwaltverein.de/de/newsroom/dav-weisungsrecht-der-justizminister-an-die-staatsanwaltschaften-beibehalten> : Gefahr einer „Demokratielücke“. Nach Beobachtung von Markwardt (Fn. 25), S. 993, 101, lehnten die anwaltlichen Teilnehmer des 65. Deutschen Juristentages 2004 nahezu geschlossen eine Beschränkung des externen Weisungsrechts auf Weisungen genereller Art ab.

⁶¹ NJW 1964, 1752, 1755.

⁶² Unveröffentlichte Stellungnahme für den Strafrechtsausschuss der BRAK (2004), S. 5 f. unter Bezugnahme auf Krebs, Die Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des rechtstatsächlichen Aspekts, 2004, S. 137.

e)

Eine gänzliche Aufhebung des externen Einzelfallweisungsrechts hätte zudem erhebliche Folgen, die im Schrifttum zwar schon angerissen worden, in der bisherigen rechtspolitischen Diskussion m.E. aber bislang etwas vernachlässigt worden sind:

aa)

Die Staatsanwälte würden ihr Remonstrationsrecht bis zum obersten Dienstherrn verlieren. Der interne Weisungsdruck und damit die Abhängigkeiten von Abteilungs- und Behördenleiter und Generalstaatsanwalt könnten sich verstärken.⁶³

bb)

Dem rechtssuchenden Bürger würde bei Beschwerden gegen die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, namentlich gegen ablehnende Beschwerdebescheide des Generalstaatsanwalts, die Möglichkeit einer weiteren Dienstaufsichtsbeschwerde zum Justizministerium und damit gleichsam „eine Instanz“ genommen.⁶⁴ Mit Blick auf den durch § 172 StPO eingeschränkten Anwendungsbereich des Klageerzwingungsverfahrens (ausgenommen sind u.a. Opportunitätsentscheidungen, Einstellungen in Verfahren wegen Privatklagedelikten und Verfahren, in denen der Antragsteller nicht Verletzter ist), die sowohl geringe Zahl solcher Anträge⁶⁵ als auch ihre geringe Erfolgsquote⁶⁶ ist das Korrektiv der weiteren Dienstaufsichtsbeschwerde nicht unwichtig. Zudem dürfte ihm eine nicht zu unterschätzende Präventivwirkung in dem Sinne zukommen, dass schon allein das Wissen um die Möglichkeit einer (erfolgreichen) weiteren Dienstaufsichtsbeschwerde zu einer gründlichen Prüfung der Einstellungsbeschwerden bei den Generalstaatsanwaltschaften anhält.⁶⁷

cc)

Landtagspetitionen, die staatsanwaltschaftliches Handeln im Einzelfall zum Gegenstand haben, wären weitgehend sinnlos, weil der Justizminister sich – wie heute schon bei Angriffen auf richterliche Entscheidungen – auf die „Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften“ berufen könnte, es sei denn, der Einzelfall beruhte auf einer allgemeinen Weisung des Justizministers oder machte eine solche erforderlich. Dies dürfte zwar den Strafrechtsabteilungen der Justizministerien erhebliche

⁶³ Wille (Fn. 34), S. 317, 325; Wohlers, FS für Schroeder (2006), S. 735, 747.

⁶⁴ Wille (Fn. 34), S. 317, 325; Wohlers (Fn. 63), S.735, 747.

⁶⁵ Ca. 3.000 jährlich bei ca. 1,3 Mio prinzipiell anfechtbaren Entscheidungen; vgl. MüKo-StPO/Köbel, § 172 Rdnr. 9 m.w.N.

⁶⁶ Graalman-Scheerer in: Löwe/Rosenberg, 27. Aufl. 2018, § 172 Rdnr. 3.

⁶⁷ Ähnlich der dem Klageerzwingungsverfahren zugeschriebenen Präventivwirkung; vgl. zu jener nur Graalman-Scheerer (Fn. 66), § 172 Rdnr. 3 m.w.N.; Wohlers, SK-StPO, § 172 Rdnr. 4 m.w.N.

Arbeiterleichterungen beschere, wäre aber nicht im Sinne der die Volksvertretung anrufenden rechtssuchenden Bevölkerung.⁶⁸

dd)

Zudem entfiere weitgehend die Befugnis der Volksvertretungen, vermeintliche Missstände im Einzelfall im Bereich der Staatsanwaltschaften und ihrer Ermittlungspersonen durch parlamentarische Untersuchungsausschüsse aufzuklären,⁶⁹ es sei denn, der Einzelfall beruhe auf einer allgemeinen Weisung des Justizministers oder mache eine solche erforderlich.

ee)

Ein System ohne Verantwortlichkeit der Justizminister für die Staatsanwaltschaften wäre zwar – wie Markwardt⁷⁰ dargelegt hat – theoretisch denkbar, würde aber nicht zu Verbesserungen führen: Das gemäß Artikel 79 Absatz 3 i.V.m. Artikel 20 GG unabänderliche Demokratiegebot würde zwingend Ersatzverantwortlichkeiten gegenüber dem Parlament bedingen. Anstelle des Justizministers müsste der Generalstaatsanwalt die parlamentarische Verantwortung übernehmen, um die Legitimationskette zu erhalten.⁷¹ An die Stelle des Justizministers müsste also ein vom Parlament gewählter, dem Parlament verantwortlicher und in der Praxis von den vorherrschenden politischen Kräften abhängiger oberster Staatsanwalt rücken. Der „böse Anschein“ sachfremder politischer Einflussnahme wäre damit zumindest nicht schwächer als heute, sondern nur verlagert. Die Vorteile, die mit der in allen Ländern (soweit erforderlich) bis 2010 vollzogenen und nach meinem Eindruck allseits begrüßten Abschaffung des Status der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte als politische Beamte erzielt wurden, wären dahin.⁷² Dass eine solche Vermischung von Politik und Verwaltung eine Verbesserung gegenüber der gegenwärtigen Situation darstellen würde, darf man, zumal wenn es um eine Wahl auf Zeit ginge, bezweifeln.⁷³

⁶⁸ Markwardt (Fn. 25), S. 93, 99; Wille (Fn. 34), S. 325.

⁶⁹ Salditt, Süddeutsche Zeitung vom 22.03.2014; Strate, ZRP 2014, 94.

⁷⁰ Markwardt (Fn. 25), S. 93, 99.

⁷¹ In diese Richtung gehen wohl auch die Überlegungen der Neuen Richtervereinigung; vgl. Franzen, DRiZ 2019, 154.

⁷² Anderer Ansicht Dette, DRiZ 2014, 213, der meint, bei einer Wahl mit Zweidrittelmehrheit könne die gewählte Persönlichkeit „möglichst neutral“ agieren. Dies greift m.E. zu kurz. Man stelle sich nur den Fall vor, dass Ermittlungen gegen einen Abgeordneten einer kleinen Fraktion zu führen sind, die der Wahl des Generalstaatsanwalts nicht zugestimmt hatte.

⁷³ So auch Andoor, „Abhängige Staatsanwälte: Und das ist auch gut so.“, in Legal Tribune Online am 08.08.2015.

5.

Fazit

Der Gesetzentwurf der Fraktion der FDP überzeugt nach alledem nicht.

Hinzu kommt, dass er den Wegfall des externen Einzelfallweisungsrechts vorsieht, ohne einen „Kompensationsmechanismus zur Sicherstellung eines ausreichenden demokratischen Legitimationsniveaus“⁷⁴ anzubieten. Wollte man die Justizminister aus ihrer Aufsichtspflicht entlassen, müsste jene Verbindung jedoch in anderer, jedenfalls aber auch demokratisch und damit politisch legitimer Weise hergestellt werden. In der Diskussion waren und sind dazu:

- das soeben erwähnte Modell eines vom Parlament gewählten Generalstaatsanwalts,⁷⁵ das nach Ansicht von Rautenberg zu kombinieren sein könnte mit einer begrenzten Amtszeit ohne Verlängerungsmöglichkeit, mit einem förmlichen Abberufungsverfahren für den Fall des Amtsmisbrauchs, mit dem Verbot einer Parteizugehörigkeit und mit einer Ausweitung des Klageerzwingungsverfahrens,⁷⁶
- 1975 von einer Gewerkschaft in einer Denkschrift präsentierte Überlegungen zu dem erheblichen Ausbau des Klageerzwingungsverfahrens hin zu einer Popularklage,⁷⁷
- die Schaffung eines in die Selbstverwaltung der Justiz eingebetteten justizinternen Kontrollgremiums,⁷⁸

⁷⁴ BVerfG, NJW 2019, 3204, 3208 (Rz. 134); Wißmann (Fn. 43), S. 4.

⁷⁵ Franzen, DRiZ 2019, 154.

⁷⁶ GA 2006, 356, 361.

⁷⁷ Zu dem Vorschlag der ÖTV eingehend und ablehnend Kunert (Fn. 34), S. 915, 917 ff.

⁷⁸ Ablehnend Nehm, KammerMitteilungen RAK Düsseldorf 1/2017 S. 14, 15, abrufbar unter https://www.rak-dus.de/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/03/KMD_1-2017.pdf; ablehnend speziell zu dem Modell eines „Justizverwaltungsrats“ auch Mertin, ZRP 2002, 332, 335 f.; Altwater, NStZ-Sonderheft 2009, 4, 6: Die vorgesehenen Organe würden „durch Richter dominiert werden. Als Kontrollinstanz auch gegenüber der Rechtsprechung darf die Staatsanwaltschaft aber nicht durch Richter gesteuert werden; sie muss zur Rechtsprechung in gleicher Weise Distanz halten, wie zur Exekutive. Will man die Konzeption einer strikten Trennung von Anklage und Urteil nicht in Frage stellen, darf die Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde nicht der Aufsicht von Richtern unterstehen.“

- Überlegungen zur Eröffnung des Klageerzwingungsverfahrens für Landesjustizverwaltungen,⁷⁹
- eine Verfassungsänderung (Aufnahme der Staatsanwälte in Artikel 92, 97 GG),⁸⁰
- der Gedanke, dass der Bundesgesetzgeber durch eine Regelung im EGGVG den Ländern die Möglichkeit einräumt, abweichend von § 147 Absatz 2 GVG auf externe Weisungen zu verzichten⁸¹ und
- der Hinweis auf die verbleibende Möglichkeit allgemeiner Weisungen als hinreichende Lenkungsbefugnisse und die besondere Stellung der Staatsanwaltschaft⁸² sowie die praktische Konkordanz mit Legalitätsprinzip und Objektivitätsmaxime.⁸³

Da sich der Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zu einer Kompensation nicht verhält, kann von einer Bewertung der einzelnen Modelle abgesehen werden. Sie haben das für Justiz zuständige Bundesministerium, die Landesjustizverwaltungen und den Bundesgesetzgeber offenbar – wie der Verlauf der bisherigen Reformdiskussion zeigt – offenbar durchweg nicht gänzlich überzeugt. Auch der 65. Deutsche Juristentag hat 2004 eine Beschränkung des externen Weisungsrechts auf Weisungen genereller Art mit deutlicher Mehrheit (42:70:17) abgelehnt.⁸⁴

Eine gebotene detaillierte Analyse der Kompensationsmodelle setzte ausgearbeitete und begründete Vorschläge als Prüfungsgrundlage voraus. Sie wären an den unter IV 4 a) dargestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen, insbesondere den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts zum Mindestmaß an demokratischer Legitimation und Kontrolle,⁸⁵ zu messen. Dies würde den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen.

⁷⁹ Günter, DRiZ 2002, 55, 61; Weiß, JR 2005, 363, 369; so auch der Vorschlag des Deutschen Richterbundes aus 2014; Titz, DRiZ 2014, 402, 403; Bäumer, DRiZ 2019, 423; Kluth, NVwZ 2019, 1175, 1178.

⁸⁰ Weiß, JR 2005, 363, 369; Günter (Fn. 30), S. 82; Rautenberg, DRiZ 2012, 358, 359; MüKo/Brocke, § 146 GVG Rdnr. 26; ablehnend Hund, ZRP 1994, 470, 472.

⁸¹ Altvater, NStZ-Sonderheft 2009, 4, 8.

⁸² Titz, DRiZ 2014, 402, 403; allein auf die Eingliederung „in das System der Gerichte“ abstellend Thomas, KriPoZ 2020, 84, 90.

⁸³ Trentmann, ZRP 2015, 198, 200; ders. ZIS 2016, 130, 136; Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365, 2367.

⁸⁴ NJW 2004, 3241, 3245.

⁸⁵ BVerfG NJW 2019, 3204, 3207 f. (Rz. 128-134); umfassende weitere Nachweise in Fn. 43.

Gleichwohl möchte ich einem Votum nicht gänzlich ausweichen. Ich teile zurzeit die Auffassung von Landau, der 2004 bei einem Symposium⁸⁶ ausgeführt hatte:

„Überlegene Alternativen sehe ich insoweit nicht.“

V.

Inhaltliche Einschränkungen des externen Einzelfallweisungsrechts und gesetzliche Formvorschriften?

1.

In der rechtspolitischen Diskussion wird vielfach beklagt, es gebe vielfältige Formen der Einflussnahme unterhalb einer Weisung. In der Aufsichtstätigkeit im Vorfeld von förmlichen Weisungen liegt tatsächlich der eigentliche Schwerpunkt des dienstaufsichtsrechtlichen Handelns des Justizministers und vor allem seiner Beamten.⁸⁷ Berichtet wird u. a. über Anregungen, informelle Bitten, Ergänzungsbitten, Prüfbitten, Wünsche, Berichtsaufträge und Dienstbesprechungen, aber auch vorausseilenden Gehorsam einerseits und offenes oder verbrämtes Drohen mit dem Entlassen des Generalbundesanwalts als politischer Beamter andererseits.⁸⁸ Im Fall netzpolitik.org blieb unklar bzw. streitig, ob es überhaupt und ggf. von wem eine Weisung gegeben hat.

2.

Die verschiedentlich geäußerten Forderungen nach Transparenz und Offenlegung der Entscheidungsverantwortlichkeiten halte ich für berechtigt. Diese Schritte können dazu beitragen, die oft mit Argwohn betrachteten externen Einzelfallweisungen zumindest ein Stück weit von dem „bösen Anschein“ zu befreien. Die in Abschnitt IV. 3 dargestellten unterschiedlichen Regelungsmodelle (Koalitionsvertrag, selbstbindende öffentliche bzw. parlamentarische Erklärungen, veröffentlichte Erlasse und Leitlinien sowie gesetzliche Regelung) belegen ein verbreitetes Bedürfnis, einschränkende

⁸⁶ „Staatsanwaltschaft und Rechtsstaat“ - Dokumentation des Hessischen Ministeriums der Justiz über das „Symposium zu aktuellen Fragen der Stellung der Staatsanwaltschaften im rechtsstaatlichen Strafverfahren am 29. September 2004 im Schloss Biebrich“, Wiesbaden 2004, S. 75.

⁸⁷ Satzger (Fn. 17), C 133; Schairer (Fn. 3), S. 739, 751.

⁸⁸ Besonders instruktiv zu dem „Variantenreichtum weisungsersetzender Einflussnahmen“ (Wortwahl von Nehm) sind m.E. die Darstellungen von Nehm (Fn. 78), S. 15 ff., auf der Grundlage einer über 40jährigen Tätigkeit in der Residenz des Rechts unter neun (!) Justizministern, von Maier, ZRP 2003, 387 ff. und zu dem Fall betreffend netzpolitik.org von Trentmann, ZIS 2016, 130 f.

Handhabungen des externen Einzelfallweisungsrechts zu dokumentieren und zugleich die Form der Ausübung transparent festzulegen. Die unterschiedlichen Ausgestaltungen belegen aber auch eine Zersplitterung der Anwendung von Bundesrecht in einem sensiblen Bereich. Da sich die Handhabung im Bund und in jedem Land nach jedem Regierungs- oder Ministerwechsel ändern kann und eine föderale Rechtsanwendungszersplitterung auf diesem sensiblen Gebiet nicht förderlich ist, könnte es sich empfehlen, durch eine bundesgesetzliche Regelung einen einheitlichen Standard festzulegen. Damit würden zugleich einheitliche und „angemessene Garantien der Transparenz und Fairness“ im Sinne der Empfehlungen von GRECO⁸⁹ erfolgen.

3.

Folgende Bausteine einer in § 147 GVG zu verankernden gesetzlichen Regelung möchte ich zur Diskussion stellen:

1.

Eine Einzelfallweisung kommt nur in Betracht, wenn der Generalbundesanwalt oder der erste Beamte der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht gegen eine rechtswidrige staatsanwaltschaftliche Entscheidung oder eine sonstige rechtswidrige staatsanwaltschaftliche Sachbehandlung nicht einschreitet.

Angeknüpft wird an die Leitlinie 9 aus Nordrhein-Westfalen⁹⁰ und die Leitlinie 2 aus Thüringen.⁹¹ Faktisch dürfte damit, ohne dass das in den Leitlinien für Thüringen benutzte Adjektiv „offensichtlich“ übernommen wird, eine Beschränkung von externen Einzelfallweisungen auf Fälle krasser Rechtsanwendungsfehler, also „evident rechtsfehlerhafte Entscheidungen“⁹² erfolgen. Es handelt sich um reine Rechtsaufsicht im Sinne einer Rechtmäßigkeitskontrolle im Bereich des Legalitätsprinzips.⁹³ Dass es, wenn auch äußerst selten, einen Bedarf für solche Korrekturen von „fachlichen Ausreißern“ geben kann, werden Praktiker wohl kaum bestreiten.⁹⁴ Prüfungsmaßstab

⁸⁹ Umsetzungsbericht Deutschland, GrecoRC4(2017)1, S 13 ff. (Rz. 41, 45).

⁹⁰ Siehe oben den Text bei Fn. 28.

⁹¹ Siehe oben den Text bei Fn. 33.

⁹² Thomas, KriPoZ, 2020, 84, 90; BeckOK GVG/Inhofer, Stand 01.02.2020, § 146 Rdnr. 7: „Beschränkung auf Rechtmäßigkeitskontrolle“; Duttge/Kangaran in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 147 Rdnr. 2: „nur in Fällen einer evident rechts- oder sachwidrigen Behandlung“.

⁹³ Frank (Fn. 16), S. 49, 53, 55.

⁹⁴ So war ich während meiner Abordnung an die Strafrechtsabteilung des Ministeriums der Justiz NRW mit einem Fall befasst, in dem in einer Berichtssache über die Strafverfolgung wegen eines Straftatbestandes aus dem Nebenstrafrecht berichtet wurde, der erst nach der Tatzeit in Kraft getreten war (Verstoß gegen Artikel 103 Absatz 2 GG, § 1 StGB). Einer Weisung bedurfte es, nachdem eine schriftliche Prüfbitte der Fachabteilung des Ministeriums auf fruchtbaren Boden gefallen war, nicht mehr.

ist die rechtliche Vertretbarkeit des staatsanwaltschaftlichen Handelns.⁹⁵ Nach diesen Grundsätzen werden üblicherweise weitere Dienstaufsichtsbeschwerden und Berichte geprüft.

Soweit die Bundesregierung in einer am 05.05.2014 veröffentlichten Antwort auf eine Kleine Anfrage⁹⁶ ausgeführt hatte, im Zuge des „äußerst restriktiven“ Gebrauchmachens von dem externen Weisungsrecht würden „die Prüfung des Tatverdachts sowie die Interpretation einzelner Tatbestandsmerkmale des materiellen Strafrechts durch die Bundesanwaltschaft in aller Regel keiner inhaltlichen Einzelfallkontrolle unterzogen“, diese finde aber häufig durch die höchstrichterliche Rechtsprechung statt, so etwa im Klageerzwingungsverfahren, ist anzumerken, dass diese Praxis, sofern an ihr weiter festgehalten wird, wegen der Wendung „in aller Regel“ mit dem hier unterbreiteten Vorschlag nicht unvereinbar wäre. Im Übrigen ist diese Handhabung in dem Erlass vom 13.12.2016⁹⁷ so nicht mehr im Einzelnen festgeschrieben worden.

2.

Bei staatsanwaltschaftlichen Ermessensentscheidungen respektieren der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz und die Landesjustizverwaltungen die Entschlüsse, es sei denn, es läge ein offensichtlicher Ermessensfehlergebrauch oder Ermessensnichtgebrauch vor oder die EntschlieÙung wäre im Hinblick auf mindestens gleichrangige staatspolitische Belange unzweckmäßig.

Der Formulierungsvorschlag setzt bei der von Kunert⁹⁸ im Jahr 1985 beschriebenen Praxis des Justizministeriums Nordrhein-Westfalen an und grenzt die Überprüfung der Zweckmäßigkeit ein. Die im Bereich des Legalitätsprinzips geltende Rechtsaufsicht wird auf dem Feld des Opportunitätsprinzips um eine „Fachaufsicht im Sinne einer Zweckmäßigkeitkontrolle“ erweitert.⁹⁹ Selbstverständlich darf eine externe Einzelfallweisung auf diesem Gebiet wegen der Bindung an „Gesetz und Recht“ (Artikel 20 Absatz 3 GG) nur auf justizgemäÙen, also nicht sachwidrigen, Erwägungen beruhen.¹⁰⁰ Weil Artikel 3 Absatz 1 GG allgemein eine an sachwidrigen Kriterien ausgerichtete Differenzierung verbietet, darf eine externe Weisung nicht auf ermessensfehlerhaften, willkürlichen und folglich nicht justizgemäÙen Erwägungen

⁹⁵ Dies entspricht der aktuellen Handhabung des Ministeriums der Justiz und für Europa Baden-Württemberg, vgl. LT-Drs. 16/2649, S. 3

⁹⁶ BT-Drs. 18/1318, S. 3.

⁹⁷ Ausschussdrucksache 18(6)352.

⁹⁸ Wie Fn. 34, S. 915, 924.

⁹⁹ Frank (Fn. 16), S. 49, 54, 55.

¹⁰⁰ Frank (Fn. 16), S. 49, 55.

beruhen.¹⁰¹ Prototyp einer nicht justizgemäßen Erwägung wäre etwa eine Weisung des Inhalts, ein Verfahren gegen einen Politiker der Regierungspartei durch Strafbefehlsantrag zu erledigen, um „wenig Staub aufzuwirbeln“, dagegen in einem vergleichbaren Verfahren gegen einen Politiker der Opposition Anklage zu erheben, um die Vorwürfe in die Öffentlichkeit zu rücken.¹⁰²

Eine zunächst erwogene Wendung des Inhalts, dass die in Rede stehenden Ermessensentscheidungen überhaupt nicht auf ihre Zweckmäßigkeit überprüft werden dürften¹⁰³, habe ich verworfen. Denn denkbar sind durchaus Fallkonstellationen - insbesondere im Anwendungsbereich der §§ 153c ff. und 154b StPO -, in denen ausnahmsweise auch bei bloßer Unzweckmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Ermessensausübung eine externe Einzelfallweisung möglich bleiben sollte. So kann etwa aufgrund (außen-)politischer Erwägungen Anlass bestehen, die Ermessensausübung im Anwendungsbereich der §§ 153c ff. StPO zu steuern.¹⁰⁴ Mit Blick auf § 154b StPO kann beispielhaft der von Markwardt¹⁰⁵ berichtete Fall angeführt werden, dass die Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren gegen einen jugendlichen Intensivtäter türkischer Staatsangehörigkeit durchführen wollte, während der Justizminister, gestützt durch entsprechende Kabinettberatungen, die sofortige Ausweisung des Betreffenden und ein Absehen von Strafverfolgung nach § 154b StPO erreichen wollte. Mit Markwardt halte ich es für gerechtfertigt, bei dieser durch die Strafprozessordnung eröffneten Möglichkeit, Interessen der Prävention (keine weiter zu befürchtenden Straftaten im Inland) und der Repression (Durchführung des Strafverfahrens) gegeneinander abzuwägen und dem politisch verantwortlichen Minister im Streitfall das letzte Wort einzuräumen. Im Wortlaut sollte verankert werden, dass die Zweckmäßigkeitsprüfung nur dann die Möglichkeit einer Einzelfallweisung eröffnet, wenn - wie im Beispielfall - mindestens gleichrangige staatspolitische Belange in die Abwägung eingestellt werden.

Soweit die Bundesregierung in einer am 26.08.2015 veröffentlichten Antwort auf eine im Nachgang zu dem sog. netzpolitik.org-Verfahren gestellte Kleine Anfrage¹⁰⁶ ausgeführt hat, falls das Gesetz keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zulasse, komme „die Ausübung des Weisungsrechts somit von vornherein nicht in Betracht“, erschließt sich mir die Subsumtion betreffend den angesprochenen Fall nicht ohne Weiteres. In Rede stand nach meinem Eindruck die Frage, auf welchem Weg (konkret: mittels welchen Gutachtens) eine zur Beurteilung des Anfangsverdachts

¹⁰¹ Frank (Fn. 16), S. 49, 54.

¹⁰² Frank (Fn. 16), S. 49, 54 m.w.N.

¹⁰³ So offenbar die aktuelle Praxis in Baden-Württemberg, vgl. LT-Drs. 16/2649, S. 3.

¹⁰⁴ Altvater, NSTZ-Sonderheft 2009, 4, 7; Frank (Fn. 16), S. 49, 56.

¹⁰⁵ Markwardt, „Staatsanwaltschaft und Rechtsstaat“ - Dokumentation des Hessischen Ministeriums der Justiz über das „Symposium zu aktuellen Fragen der Stellung der Staatsanwaltschaften im rechtsstaatlichen Strafverfahren am 29. September 2004 im Schloss Biebrich“, Wiesbaden 2004, S. 30.

¹⁰⁶ BT-Drs. 18/5859, S. 7.

bedeutsame Rechtsfrage geklärt werden sollte. Dass das Gesetz hinsichtlich dieser Frage einen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum nicht eröffne, bedürfte m.E. der Begründung. Denn es ist anerkannt, dass der Staatsanwalt in eigener Verantwortung über Art und Ablauf der Ermittlungen selbst zu bestimmen hat.¹⁰⁷ Hinsichtlich des „Vorgehens-Wie“ gilt der „Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens“; die Staatsanwaltschaft hat ein „taktisches Handlungsermessen bei der Realisierung ihres Sachverhaltserforschungsauftrages.“¹⁰⁸ Möglicherweise lag der Antwort auf die Kleine Anfrage jedoch - unausgesprochen - der bereits erwähnte Gedanke zugrunde, dass zwar ein Handlungsermessen bestand, jedoch eine Zweckmäßigkeitskontrolle nicht als statthaft angesehen worden war. In dem Erlass vom 13.12.2016¹⁰⁹ haben derartige Überlegungen indes keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden.

3.

Vor einer beabsichtigten externen Einzelfallweisung ist dem Adressaten eine zeitlich angemessene Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Ausgehend von dem schon erwähnten Befund, dass tatsächlich der eigentliche Schwerpunkt des dienstaufsichtsrechtlichen Handelns der Justizverwaltungen in der Aufsichtstätigkeit im Vorfeld von förmlichen Weisungen liegt,¹¹⁰ greift dieser Vorschlag die Leitlinie 4 aus Thüringen¹¹¹ auf. Er fördert den Dialog zwischen der Justizverwaltung und dem Weisungsadressaten. Er dürfte vielfach – namentlich bei den erwähnten seltenen evidenten „fachlichen Ausreißern“ - dazu beitragen, förmliche Weisungen entbehrlich zu machen. Auf das in Fußnote 94 skizzierte Beispiel kann insoweit verwiesen werden. Umgekehrt kann möglicherweise im Einzelfall, namentlich bei dem BeStra-Berichtswesen, die Entscheidungsbasis der Justizverwaltung durch noch nachzuschiebende tatsächliche Umstände oder rechtliche Erwägungen erweitert und so eine mögliche Fehlentscheidung in diesem sensiblen Bereich verhindert werden. Der Regelungsvorschlag dürfte auch praktikabel sein, soweit es um die Bearbeitung weiterer Dienstaufsichtsbeschwerden geht. Nach meiner Beobachtung wird jedenfalls in Nordrhein-Westfalen bereits weitgehend in dieser Weise verfahren. Man kann sicherlich diskutieren, ob es einer gesetzlichen Verankerung dieses Aspekts zwingend bedarf oder die RiStBV als Standort für eine bundeseinheitliche Regelung ausreichen. Eine zusammenhängende Regelung im GVG erscheint mir vorzugswürdig.

¹⁰⁷ Griesbaum in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 160 Rdnr. 4.

¹⁰⁸ MüKo/Kölbel, § 160 StPO Rdnr. 32 m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur.

¹⁰⁹ Erlass des BMJV vom 13.12.2016, BT-Ausschussdrucksache 18(6)352.

¹¹⁰ Vgl. den Text bei Fn. 87.

¹¹¹ Text bei Fn. 33.

4.

Externe Einzelfallweisungen werden grundsätzlich nur schriftlich erteilt und sind schriftlich zu begründen. Eine zunächst mündlich oder telefonisch erteilte Weisung ist unverzüglich schriftlich zu bestätigen und schriftlich zu begründen.

Mit diesem Vorschlag wird ein mit sehr großer Mehrheit (114:0:9) gefasster Beschluss des 65. Deutschen Juristentages aus 2004 aufgegriffen.¹¹² Dass eine derartige Weisung aus Gründen der Überprüfbarkeit, Rechtsklarheit und Transparenz schriftlich zu ergehen hat, entspricht schon jetzt verbreiteter Praxis in Bund¹¹³ und Ländern¹¹⁴ sowie der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum.¹¹⁵ Auf diese Weise wird eine klare Abgrenzung der Weisung vom bloßen Ratschlag erreicht und die Verantwortung für die aufgrund der Weisung getroffene Maßnahme geklärt. Eine unschöne Situation, wie sie in der sog. netzpolitik.org-Affäre entstanden ist, dass sich widerstreitende Bekundungen der Beteiligten gegenüberstehen¹¹⁶, würde vermieden. Zugleich wird der Anweisende gezwungen, Inhalt, Reichweite und Folge der Weisung zu prüfen und klar formulieren;¹¹⁷ der Zwang zur Schriftform dient damit zugleich auch der Selbstkontrolle („Schreiben als schärfste Form des Nachdenkens“) und bildet eine taugliche Grundlage für eine etwaige Remonstration. Mit der Statuierung der Pflicht, eine mündlich oder telefonisch erteilte Weisung schriftlich zu bestätigen, wird an eine Leitlinie des ehemaligen NRW-Justizministers Posser aus dem Jahr 1976 angeknüpft.¹¹⁸ Dieses Element dient den soeben zur Begründung des Schriftformerfordernisses angeführten Zwecken. Die gleichen Erwägungen sprechen für eine Pflicht zur schriftlichen Begründung. Sie ist bereits in Thüringen in Leitlinie 5 enthalten und wird auch im Schrifttum gefordert.¹¹⁹

¹¹² NJW 2004, 3241, 3245.

¹¹³ Erlass des BMJV vom 13.12.2016, BT-Ausschussdrucksache 18(6)352.

¹¹⁴ Leitlinie 10 in NRW, vgl. Text bei Fn. 28; für Niedersachsen vgl. Text bei Fn. 31 und 32; § 73 Satz 2 LJG Schleswig-Holstein: „...Dienstliche Anweisungen im Sinne von Satz 1 sind schriftlich zu dokumentieren.“; Leitlinie 5 in Thüringen, vgl. Text bei Fn. 33.

¹¹⁵ Beining, ZJS 2015, 546, 550; MüKo/Brocke, § 146 GVG Rdnr. 30; Franke (Fn. 34), § 146 Rdnr. 36; Kintzi, Wassermann-FS (1985), S. 899, 913; Kissel/Mayer (Fn. 41), § 146 Rdnr. 10; Kunert (Fn. 34), S. 915, 925; Markwardt (Fn. 25), S. 93, 102; Paeffgen (Fn. 34), S. 574, 579 f.; Satzger (Fn. 17), C 134; Trentmann, ZRP 2015, 198, 200; ders. ZIS 2016, 130, 137; Wohlers (Fn. 34), § 146 GVG Rdnr. 28; ders. (Fn. 63), S. 735, 747

¹¹⁶ Vgl. die gestraffte Darstellung bei Trentmann, ZIS 2016, 130 f.

¹¹⁷ Kunert (Fn. 34), S. 915, 925.

¹¹⁸ Rechtspflege NW Nr. 16/1976, S. 1, zitiert nach Günter (Fn. 30), S. 65, 72.

¹¹⁹ Vgl. Text bei Fn. 33; Beining und Wohlers (beide wie Fn. 34).

5.

Externe Einzelfallweisungen sind an den Generalbundesanwalt oder den ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht zu richten. Dies gilt auch, wenn die Weisung einen dem Generalbundesanwalt oder dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht unterstellten Staatsanwalt betrifft. In diesem Fall haben der Generalbundesanwalt und der erste Beamte der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht eine ihnen erteilte Weisung, wenn sie ihre oder die Sachbehandlung eines ihnen unterstellten Beamten oder ihre eigene Sachbehandlung betrifft, eigenständig auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen und bei positivem Prüfergebnis an diesen als eigene Weisung weiterzugeben bzw. sie auszuführen.

Dieser Vorschlag greift die Leitlinie 10 aus Nordrhein-Westfalen¹²⁰ und die Leitlinie 3 aus Thüringen¹²¹ sowie entsprechende Forderungen im Schrifttum¹²² auf. Es geht darum, dass der „Instanzenzug“ eingehalten wird. Zudem darf von dem Generalbundesanwalt und den Generalstaatsanwälten aufgrund ihrer Berufserfahrung, des Erreichens der Endstufe der „Karriereleiter“ und des zumindest in den Ländern durchweg nicht oder nicht mehr gegebenen Status als politische Beamte erwartet werden, dass sie Weisungen des Justizministers nicht unkritisch entgegennehmen, sondern sie ernsthaft auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen, bevor sie sie in eigene Weisungen umsetzen. Dadurch besteht eine besondere Garantie dafür, dass die Weisung des politisch verantwortlichen Ministers sich ausschließlich an Recht und Gesetz orientiert und nicht von politischen Erwägungen bestimmt ist.¹²³ Andernfalls haben die Adressaten nach Beamtenrecht zu remonstrieren.¹²⁴

6.

Weitere Transparenzkomponenten?

Ein höheres Maß an Transparenz und ein Schutz vor Missbrauch könnten zudem durch eine Veröffentlichungspflicht erzielt werden.¹²⁵ Zwei Wege sind denkbar:

¹²⁰ Text bei Fn. 28.

¹²¹ Text bei Fn. 33.

¹²² MüKo/Brocke, § 146 GVG Rdnr. 30; Kunert (Fn. 34), S. 915, 924 f.; Markwardt (Fn. 25), S. 93, 102; Wohlers (Fn. 34), § 146 Rdnr. 5, 29; ders. (Fn. 63), S. 735, 746 f.;

¹²³ Kunert (Fn. 34), S. 915, 924 f.; Kintzi (Fn. 40), S. 899, 905: „Kontrolle auf Rechtmäßigkeit und Justizförmigkeit“.

¹²⁴ BeckOK GVG/Inhofer, Stand 01.02.2020, § 146 Rdnr. 19.

¹²⁵ So ohne nähere Begründung MüKo/Brocke, § 146 GVG Rdnr. 30.

a)

Die schriftliche externe Einzelfallweisung, die schriftliche Bestätigung einer mündlichen Einzelfallweisung, ihre schriftliche Begründung und die in Umsetzung der externen Weisung ergangenen internen Weisungen sind zu den Akten zu nehmen.

aa)

Nach überkommener Sicht ist ein Schriftstück über eine externe Einzelfallweisung für die Staatsanwaltschaft ein innerdienstlicher Vorgang, der zu den Handakten oder ggf. zu einem Berichtsheft zu nehmen ist.¹²⁶ Ein Einsichtsrecht in Handakten und Berichtshefte der Staatsanwaltschaft besteht de lege lata nach wohl einhelliger Ansicht in Rechtsprechung¹²⁷ und Schrifttum¹²⁸, die auch in Nummer 186 Absatz 3 Satz 1 RiStBV ihren Niederschlag findet,¹²⁹ nicht. Die §§ 147, 199, 475 StPO sind auch gegenüber Regelungen in den Informationsfreiheitsgesetzen abschließend.¹³⁰ Damit sind derartige Weisungen für andere Verfahrensbeteiligte nicht erkennbar und bislang sogar durch § 353b StGB strafbewehrt vor Offenlegung geschützt.¹³¹

bb)

Man könnte allerdings mit der Begründung, dass eine wohlbedachte externe Einzelfallweisung doch nicht das Licht der Sachakten scheuen muss, erwägen gesetzlich anzuordnen, dass die externe Einzelfallweisung und ihre Begründung zu den Akten, und zwar den Sachakten, des Ermittlungsverfahrens zu nehmen sind. Gleiches müsste dann möglicherweise für die zur Umsetzung der externen Weisung ggf. erforderliche interne Weisung des Generalbundesanwalts und der Generalstaatsanwälte gelten. Die anderen Verfahrensbeteiligten wüssten jedenfalls, woran sie sind, ggf. auch, wo sie sich zu beschweren hätten. Weisungen dienen materiell der Strafrechtspflege.¹³² Sie lassen sich als nicht nur prozessbegleitende, sondern „prozessfördernde Bewirkungshandlung“ charakterisieren.¹³³ Warg¹³⁴ weist

¹²⁶ BeckOK GVG/Inhofer, Stand 01.02.2020, § 146 Rdnr. 12;

¹²⁷ BGH NStZ 2001, 551, 552; BGH, BeckRS 2009, 20293 (jeweils obiter dictum) ; OVG Greifswald, NVwZ 2013, 1503 f.

¹²⁸ MüKo/Thomas/Kämpfer, § 147 Rdnr. 17 m.w.N.; BeckOK/Wessing, Stand: 01.01.2020, § 147 Rdnr. 17; KK/Willnow, § 147 Rdnr. 8; Kleinknecht, Dreher-FS (1977), S. 721; Lehmann, GA 2017, 36; Schmitt in Meyer/Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, § 147 Rdnr. 13; Schneider, Jura 1995, 337, 339.

¹²⁹ „Von der Einsicht sind die Handakten der Staatsanwaltschaft und andere innerdienstliche Vorgänge auszuschließen.“

¹³⁰ BGH, NStZ 2007, 538; OVG Greifswald, NVwZ 2013, 1503, 1504.

¹³¹ Maier, ZRP 2003, 387; Satzger (Fn. 17), C 132 f.; Thomas, KriPoZ 2020, 84, 86.

¹³² OVG Greifswald, NVwZ 2013, 1503.

¹³³ Barton, Strafverfolgung und Strafverzicht, FS zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, S. 335, 338.

¹³⁴ NJW 2015, 3195, 3198.

mit Recht darauf hin, dass nach der BGH-Rechtsprechung¹³⁵ alle Informationen in Ermittlungsunterlagen, die über den Straftäter, seine mögliche Tatmotivation oder sein Umfeld Auskunft geben – und damit von unmittelbarer Verfahrensrelevanz für den Schuldspruch oder die Höhe der Strafe sein können – grundsätzlich vorlagepflichtig seien; dies gelte auch für für das Verfahren geschaffene Akten als Beiakten, wenn ihr Inhalt von schuld- oder rechtsfolgenrelevanter Bedeutung sein kann.¹³⁶ Zudem ist anerkannt, dass die Akten nicht nur die Ermittlungsergebnisse, sondern umfassend den gesamten Ermittlungsverlauf dokumentieren müssen.¹³⁷ Nur eine vollständige Akte ermöglicht es der Verteidigung, eigene Schlüsse zu ziehen, einseitige Ermittlungen zu hinterfragen und ggf. eigene Ermittlungen vorzunehmen oder Beweisanträge zu stellen (Grundsatz der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit). Anerkannt ist weiter, dass jenseits der Beschränkungsmöglichkeiten des § 147 StPO nichts aus der Akte entfernt oder bewusst in Nebenakten geführt werden darf.¹³⁸ „Alle Handlungen, die auf den Prozessgang gerichtet sind und in ihren Voraussetzungen und Wirkungen einer prozessrechtlichen Regelung unterliegen, sind Prozesshandlungen.“¹³⁹ Daraus wird abgeleitet, dass jede auf §§ 145, 146 GVG gestützte Maßnahme eines Vorgesetzten in den Hauptakten zu vermerken sei.¹⁴⁰ Die Weisung sei ein rechtmäßiger und für alle Beteiligten auch aufschlussreicher Vorgang, so dass es nicht angehe, die „wahren Verantwortlichen“ „ohne Not“ zu verdecken.¹⁴¹ Für die Substitutionsentscheidung nach § 145 GVG ist die den Verfahrensgang getreu widerspiegelnde Dokumentation in den Sachakten wegen der damit einhergehenden Zuständigkeitsverschiebung und zum Zwecke der Unterrichtung von Gericht und übrigen Verfahrensbeteiligten auch allgemein anerkannt.¹⁴² Auch die externe Einzelfallweisung kann – abhängig vom Einzelfall – von herausgehobener Bedeutung für den weiteren Ermittlungsverlauf sein.¹⁴³ Man denke nur an die Konstellation einer erfolgreichen weiteren Dienstaufsichtsbeschwerde, in deren Folge es statt zu einer Verfahrenseinstellung zu einer Anklageerhebung kommt. Dass eine Entscheidung, die von der gesetzlich vorgesehenen Instanz förmlich getroffen wird, zur Sache gehört und nicht nur einen behördeninternen Vorgang darstellt, ist offensichtlich; eine solche Sachentscheidung darf den Akten nicht vorenthalten werden.¹⁴⁴ Soweit dem - allerdings nur bezogen auf Weisungen nach § 146 GVG (internes Weisungsrecht) - unter Hinweis auf die monokratische Struktur der Staatsanwaltschaft entgegengehalten wird, dokumentationspflichtig sei nicht die Weisung als rein innerdienstlicher Willensbildungsprozess, sondern erst deren Umsetzung als dokumentationspflichtiger formeller Verfahrensablauf als solcher,¹⁴⁵ mag diese

¹³⁵ BeckRS 2009, 20293, Rz. 20.

¹³⁶ BGHSt. 30, 131 = NJW 1981, 2267, 2268.

¹³⁷ Kleinknecht (Fn. 128), S. 721, 723; Schmitt (Fn. 128), § 147 Rdnr. 14.

¹³⁸ Vgl. zum Vorstehenden nur MüKo/Thomas/Kämpfer, § 147 StPO Rdnr. 12 m.w.N.

¹³⁹ Barton (Fn. 133), S. 335, 338 mit Bezugnahme auf Peters, Strafprozeß, 4. Aufl., S. 248.

¹⁴⁰ Barton, (Fn. 133), S. 335, 338.

¹⁴¹ Zuberbier, Einführung in die staatsanwaltliche Praxis (1991), S. 47.

¹⁴² MüKo/Brocke, § 145 GVG Rdnr. 6 m.w.N.

¹⁴³ Barton, (Fn. 133), S. 335, 338.

¹⁴⁴ Zuberbier (Fn. 141), S. 48.

¹⁴⁵ Kleinknecht (Fn. 128), S. 721, 724; Schneider, Jura 1995, 337, 340.

feinsinnige Differenzierung vertretbar sein. Der Gedanke ist jedenfalls auf die externe Einzelfallweisung nicht übertragbar. Dass es für das Gericht und die Verteidigung von herausgehobenem Interesse sein kann, zu erfahren, ob die Staatsanwaltschaft aus eigener Überzeugung oder in Befolgung einer externen ministeriellen Weisung bestimmte Ermittlungs- oder Verfahrensschritte ergriffen oder unterlassen hat, eine bestimmte Rechtsansicht vertritt oder in der Hauptverhandlung die Beweise würdigt, sich zu der Tatfrage äußert und sich zur Rechtsfolgenbemessung verhält, dürfte auf der Hand liegen. Nur dann kann die Verteidigung gezielt ansetzen, um ihrem Mandanten zu helfen.¹⁴⁶ Die nicht begründete Auffassung, für gerichtliche Entscheidungen sei es „in jedem Fall unwesentlich, ob die Auffassung des Sachbearbeiters, des Behördenleiters oder eines anderen Dienstvorgesetzten den Ausschlag gegeben hat,¹⁴⁷ vermag nicht zu überzeugen. Bei der bisherigen Praxis ergeben sich ggf. aus den Akten zum Teil für die anderen Verfahrensbeteiligten unerklärliche „Richtungswechsel“ in der Sachbehandlung der Staatsanwaltschaft, was im Übrigen auch für den betroffenen Staatsanwalt ein „unwürdiger Zustand“ sein kann.¹⁴⁸ Aber insbesondere für das Gericht, die Verteidigung und ggf. die Nebenklage dürfte ein nachvollziehbares und berechtigtes Interesse bestehen, zu erfahren, ob die Staatsanwaltschaft aus eigener Überzeugung oder aufgrund externer Weisung agiert.¹⁴⁹

cc)

Es bleibt abzuwarten, ob dieser Vorschlag, der im Sinne der Transparenz bewusst von der überkommenen Sicht abweicht und sicher noch einer vertiefteren Prüfung und Folgenabschätzung bedarf, mehrheitsfähig sein wird.

b)

Hat die Justizverwaltung nach § 147 Nummer 2 GVG eine dienstliche Anweisung erteilt, welche die Sachbehandlung oder Rechtsanwendung in einem Einzelfall betrifft, teilt sie dies,

- a) wenn die Weisung an den Generalbundesanwalt gerichtet war, der Bundestagspräsidenten oder dem Bundestagspräsidentin,*
- b) wenn die Weisung an den ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht gerichtet war, der Landtagspräsidentin oder dem Landtagspräsidenten des entsprechenden Landes*

mit, sobald und soweit dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich ist.

¹⁴⁶ Zuberbier (Fn. 141), S. 48.

¹⁴⁷ Kleinknecht (Fn. 128), S. 721, 724.

¹⁴⁸ Zuberbier (Fn. 141), S. 47.

¹⁴⁹ Vgl. Barton (Fn. 133), S. 335, 338.

Dieser Vorschlag orientiert sich an der gesetzlichen Regelung in § 73 LJG Schleswig-Holstein.¹⁵⁰ Er erscheint mir indes nicht unbedenklich. Er führte bei Implementierung in § 147 GVG als Bundesgesetz dazu, dass, ohne dass notwendig ein konkretes parlamentarisches Interesse an dem jeweils in Rede stehenden Fall artikuliert worden oder überhaupt gegeben ist, den Parlamentspräsidenten unaufgefordert und ohne triftigen Grund Details aus einem laufenden oder abgeschlossenen Ermittlungsverfahren „aufgedrängt“ würden, nur weil der Minister von seiner - gesetzlich eingeräumten - Möglichkeit, externe Einzelfallweisungen zu erteilen, Gebrauch gemacht hat. Dies dürfte über den gar nicht konkretisierten Frage- und Informationsanspruch der einzelnen Abgeordneten deutlich hinausgehen. Soll es nur darum gehen, dass einzelne Parlamente kontrollieren möchten, wie häufig der jeweilige Justizminister von seiner Befugnis Gebrauch macht, könnte schon eine jährliche Unterrichtung über die Häufigkeit externer Einzelfallweisungen diesen Zweck erfüllen, ohne dass Verfahrensdetails preisgegeben werden müssten.

c)

Vorzugswürdig ist mithin Variante a).

¹⁵⁰ S.o. unter IV 3 b) ee). Ob die Statuierung einer Mitteilungspflicht durch Landesgesetz verfassungsrechtlich unbedenklich ist, kann dahinstehen. Für eine Erweiterung der im Ermittlungs- oder Strafverfahren bestehenden Akteneinsichtsrechte bestünde jedenfalls die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz allein dem Bund zu, weil das Ermittlungsverfahren in der StPO abschließend kodifiziert ist; vgl. OVG Greifswald, NVwZ 2013, 1503, 1504. Es kommt mithin darauf an, ob die Mitteilungspflicht unter die Zuständigkeit für das „gerichtliche Verfahren“ nach Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG fällt, wozu bekanntlich auch das Ermittlungsverfahren gehört.

VI.

Abschaffung des Status` des Generalbundesanwalts als politischer Beamter

1.

In einigen Ländern (Baden-Württemberg, Bayern) hatten die Generalstaatsanwälte nie den Status eines politischen Beamten. In den übrigen Ländern ist dieser Status sukzessive bis 2010 abgeschafft worden. Allein der Generalbundesanwalt hat noch diesen Status.

2.

Der Generalbundesanwalt ist ein politischer Beamter (§ 54 Absatz 1 Nummer 5 BundesbeamtenG), der sich in Erfüllung seiner Aufgaben in fortdauernder Übereinstimmung mit den für ihn einschlägigen grundlegenden politischen Ansichten und Zielsetzungen der Regierung befinden muss und jederzeit ohne nähere Begründung in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden kann.

3.

In Rechtspolitik und Schrifttum besteht weitestgehend Übereinstimmung, dass eine Reform überfällig ist. Schon der 65. Deutsche Juristentag 2004 hat mit sehr deutlicher Mehrheit (84:15:26) für eine Abschaffung votiert.¹⁵¹ Im Schrifttum¹⁵² kann der Ruf nach einer Beseitigung des erwähnten Status als ganz herrschend bezeichnet werden. Die wesentlichen Argumente lauten:

a)

Es handelt sich um eine „historisch überlieferte Konstruktion“¹⁵³, eine kaiserzeitliche Reminiszenz.¹⁵⁴

¹⁵¹ NJW 2004, 3241, 3245.

¹⁵² Eisele/Trentmann, NJW 2019, 2365, 2368; Franke (Fn. 34), § 147 Rdnr. 10; Günter, DRiZ 2002, 55, 64 ff.; Keul, DRiZ 2016, 364, 365; Kintzi (Fn. 40), S. 899, 905; ders., DRiZ 1987, 457, 460; Krey/Pföhler, NSTZ 1985, 145, 147; Rautenberg, DRiZ 2000, 141, 144 f.; ders. GA 2006, 356, 257 f.; ders. in: Carsten/Rautenberg, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 2. Aufl. 2012, S. 419; Roxin, DRiZ 1997, 109, 117; Rudolph, NJW 1998, 1205; Schoreit, DRiZ 1995, 304 ff.; Senge (Fn. 27), S. 16; Trentmann, ZRP 2015, 198, 200; ders. ZIS 2016, 130, 136; Weiß, JR 2005, 363, 370; Wohlers (Fn. 63), S. 735, 746; a. A. Faupel, DRiZ 2000, 312 ff.

¹⁵³ Roxin, DRiZ 1997, 109, 116; Senge (Fn. 25), S. 16.

¹⁵⁴ Trentmann, ZRP 2015, 198, 200; ders. ZIS 2016, 130, 136.

b)

Das Amt eines Staatsanwalts lässt sich dem Leitbild des politischen Beamten nicht unterordnen. Die übrigen in § 54 Absatz 1 BundesbeamtenG aufgeführten politischen Beamten bekleiden Schlüsselstellungen, die das reibungslose Funktionieren des Übergangs von der politischen Spitze in die Beamtenhierarchie zu gewährleisten haben („Transformationsfunktion“).¹⁵⁵ Es ist offensichtlich, dass die Aufgaben des Generalbundesanwalts mit der Definition des politischen Beamten nicht zutreffend beschrieben werden und mit ihr nicht zu vereinen sind.¹⁵⁶ Die vom Generalbundesanwalt geleitete Behörde ist eine Staatsanwaltschaft (§ 142 Nummer 1 GVG). Die Staatsanwaltschaft verwaltet nicht.¹⁵⁷ Sie ist nicht Teil der allgemeinen inneren Verwaltung, sondern organisatorisch aus der Verwaltung herausgelöst.¹⁵⁸ Der Generalbundesanwalt ist als Organ der Rechtspflege auf Gesetzesgehorsam, Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtet,¹⁵⁹ er hat das Recht durchzusetzen.¹⁶⁰ Er ist nicht Vollstrecker des Machtwillens der Regierung, sondern repräsentiert den Rechtswillen des Staates.¹⁶¹ Dementsprechend hat er z.B. bei externen Weisungen diese auf ihre Rechtmäßigkeit und Justizförmigkeit zu prüfen.¹⁶² Die erwähnte „Transformationsfunktion“ hat er nicht zu erfüllen.

c)

Die Stellung eines Generalbundesanwalts als politischer Beamter ist dem Ansehen der Staatsanwaltschaft insgesamt in der Öffentlichkeit abträglich, weil mit dem Begriffspaar „Staatsanwalt - politischer Beamter“ die Vorstellung verbunden wird, Politik könne per Staatsanwaltschaft betrieben werden.¹⁶³

d)

Lässt man den lesenswerten Erfahrungsbericht von Nehm¹⁶⁴ und die Sachverhaltsschilderung von Trentmann zu dem Fall netzpolitik.org¹⁶⁵ auf sich wirken, kommt man - unabhängig von der hier nicht zu leistenden Bewertung im Einzelnen - zu der Folgerung, dass jedenfalls künftig ein unwürdiges offenes oder verstecktes Drohen mit Entlassung zur Durchsetzung oder Umgehung einer Weisung

¹⁵⁵ Kintzi (Fn. 40), S. 899, 905 m.w.N.

¹⁵⁶ Hannich, DRiZ 2003, 249, 252.

¹⁵⁷ Frank (Fn. 16), S. 49, 56.

¹⁵⁸ Hannich, DRiZ 2000, 249, 253.

¹⁵⁹ Günter, DRiZ 2002, 55, 65

¹⁶⁰ Senge (Fn. 27), S. 16.

¹⁶¹ Eb. Schmidt, DRiZ 1957, 275 f.; Frank (Fn. 16), S. 49, 57 f.

¹⁶² Kintzi (Fn. 40), S. 899, 905.

¹⁶³ Senge (Fn. 27), S. 16.

¹⁶⁴ Wie Fn. 78.

¹⁶⁵ ZIS 2016, 130 f.

ausgeschlossen werden muss, weil dies dem Vertrauen in eine rechtsstaatliche Strafverfolgung abträglich ist.¹⁶⁶

e)

Die Abschaffung des Status als politische Beamte bei den 24 Generalstaatsanwältinnen/Generalstaatsanwälten hat keine Probleme nach sich gezogen.¹⁶⁷ Dies spricht dafür, dass sie auch auf Bundesebene nicht zu besorgen wären.¹⁶⁸

f)

Auch nach einer Reform bliebe der Generalbundesanwalt zur allgemeinen beamtenrechtlichen Loyalität verpflichtet.¹⁶⁹ Dem Bundesjustizminister blieben das externe Weisungsrecht im Einzelfall und im Allgemeinen sowie die Möglichkeiten der Dienstaufsicht erhalten.¹⁷⁰

4.

a)

Diese Argumente überzeugen einzeln und in der Gesamtschau.

b)

Die von der Gegenansicht angeführten Gründe überzeugen hingegen nicht.

Zwar ist ausdrücklich anzuerkennen, dass der Generalbundesanwalt durch seine Zuständigkeit auf dem Gebiet des Staatsschutzes, etwa bei der Bekämpfung von Terrorismus, Spionage und von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch, in einem hochpolitischen Umfeld, im „Schnittpunkt von Strafverfolgung und Politik“¹⁷¹, tätig wird. Zutreffend ist auch, dass er es „wegen des Charakters der Staatsschutzdelikte mit einer ganz spezifischen Konstellation von Fällen zu tun“ hat¹⁷², dass die Staatsschutzzuständigkeit „einen (auch) politisch zu verantwortenden Umgang mit

¹⁶⁶ Trentmann, ZIS 2016, 130, 137.

¹⁶⁷ Vgl. Schoreit, DRiZ 1995, 304 ff.

¹⁶⁸ Hannich, DRiZ 2003, 249, 252.

¹⁶⁹ Senge (Fn. 27), S. 17.

¹⁷⁰ Senge (Fn. 27), S. 16.

¹⁷¹ Altvater, NStZ-Sonderheft 2009, 4, 7.

¹⁷² Nehm, Interview in DRiZ 1997, 54, 55: „Bei uns ist praktisch alles brisant.“

dem Strafrecht impliziert“¹⁷³, dass „mögliche außenpolitische Implikationen“ zu bedenken sind¹⁷⁴ und dass dies von ihm „ein besonderes Fingerspitzengefühl und eine besondere Standfestigkeit“ erfordert.¹⁷⁵ Nicht zu bestreiten ist ferner der beispielhaft angeführte¹⁷⁶ Befund, dass die Voraussetzungen des Absehens von der Strafverfolgung nach § 153d StPO nicht rechtlicher, sondern politischer Natur seien.¹⁷⁷

Doch ein Blick in die Länder, in denen die Staatsanwaltschaften und Generalstaatsanwaltschaften, durchaus auch mit bedeutsamen Staatsschutzverfahren vor den Staatsschutzkammern der Landgerichte und den Staatsschutzsenaten der Oberlandesgerichte befasst sind, zeigt, dass auch auf diesem Gebiet der Status des politischen Beamten nicht erforderlich ist. „Besonderes Fingerspitzengefühl und eine besondere Standfestigkeit“ sind Eigenschaften, die bei der Besetzung des Amtes zu berücksichtigen sind, hängen indes nicht mit dem Status zusammen. Der Bundesminister der Justiz hat die materiell-rechtlich statuierte Befugnis, bei Straftaten nach §§ 89a, 129b StGB mit Auslandsbezug über die Erteilung einer Ermächtigung zu befinden und damit entscheidend auf die Verfahren einzuwirken. Was die Handhabung der §§ 153c ff. StPO angeht, kann er die Verfahrensführung bei Bedarf über das ihm gesetzlich eingeräumte externe Einzelfallweisungsrecht steuern.¹⁷⁸ Mit seinem „Erlass des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz über die Unterrichtung des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz durch den Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof“ vom 13.12.2016¹⁷⁹ ist eine umfassende Grundlage zur Ausübung dieses Weisungsrechtes gelegt.

Die überfällige Reform sollte daher alsbald in Flankierung einer gesetzlichen Regelung des externen Einzelfallweisungsrechts in Angriff genommen werden.

¹⁷³ Altvater, NStZ-Sonderheft 2009, 4, 7.

¹⁷⁴ Markwardt, (Fn. 25), S. 93, 95.

¹⁷⁵ Nehm, Interview in DRiZ 1997, 54, 55.

¹⁷⁶ Altvater, NStZ-Sonderheft 2009, 4, 7 in Fn. 32.

¹⁷⁷ Vgl. für die hM nur MüKo/Teßmer, § 153d Rdnr. 1 m.w.N.: „Die zur Einstellung führenden Gegeninteressen sind rein politischer Natur, werden durch die Politik begründet und sind nur durch die Politik zu verantworten.“

¹⁷⁸ Rautenberg in: Carsten/Rautenberg (Fn. 152), S. 419.

¹⁷⁹ Ausschussdrucksache 18(6)352.

VII.

Zusammenfassung

1.

Der Gesetzentwurf der Fraktion der FDP überzeugt aus fachlicher Sicht nicht, weil die besseren - insbesondere verfassungsrechtlichen - Gründe für eine Beibehaltung des externen Einzelfallweisungsrechts sprechen. Zudem fehlt in dem Entwurf ein nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unerlässlicher Kompensationsmechanismus zur Sicherstellung eines ausreichenden demokratischen Legitimationsniveaus.

2.

Entsprechend dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN empfiehlt es sich,

- a) den Status des Generalbundesanwalts als politischer Beamter abzuschaffen und
- b) folgende sechs Leitlinien zur restriktiven, transparenten und fairen Handhabung des Einzelfallweisungsrechts in § 147 GVG zu verankern:

1.

Eine Einzelfallweisung kommt nur in Betracht, wenn der Generalbundesanwalt oder der erste Beamte der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht gegen eine rechtswidrige staatsanwaltschaftliche Entscheidung oder eine sonstige rechtswidrige staatsanwaltschaftliche Sachbehandlung nicht einschreitet.

2.

Bei staatsanwaltschaftlichen Ermessensentscheidungen respektieren der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz und die Landesjustizverwaltungen die Entschlüsse, es sei denn, es läge ein offensichtlicher Ermessens Fehlgebrauch oder Ermessensnichtgebrauch vor oder die Entschlüsse wäre im Hinblick auf mindestens gleichrangige staatspolitische Belange unzweckmäßig.

3.

Vor einer beabsichtigten externen Einzelfallweisung ist dem Adressaten eine zeitlich angemessene Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

4.

Externe Einzelfallweisungen werden grundsätzlich nur schriftlich erteilt und sind schriftlich zu begründen. Eine zunächst mündlich oder telefonisch erteilte Weisung ist unverzüglich schriftlich zu bestätigen und schriftlich zu begründen.

5.

Externe Einzelfallweisungen sind an den Generalbundesanwalt oder den ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht zu richten. Dies gilt auch, wenn die Weisung einen dem Generalbundesanwalt oder dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht unterstellten Staatsanwalt betrifft. In diesem Fall haben der Generalbundesanwalt und der erste Beamte der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht eine ihnen erteilte Weisung, wenn sie ihre oder die Sachbehandlung eines ihnen unterstellten Beamten oder ihre eigene Sachbehandlung betrifft, eigenständig auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen und bei positivem Prüfergebnis an diesen als eigene Weisung weiterzugeben bzw. sie auszuführen.

6.

Die schriftliche externe Einzelfallweisung, die schriftliche Bestätigung einer mündlichen Einzelfallweisung, ihre schriftliche Begründung und die in Umsetzung der externen Weisung ergangenen internen Weisungen sind zu den Akten zu nehmen.

Nr. 5/20

Mai 2020

Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft (BT-Drs. 19/11095) sowie zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren“ (BT-Drs 19/13516) anlässlich der Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 6. Mai 2020

Die Stärkung der Stellung der Staatsanwaltschaft als notwendigem Organ der Strafrechtspflege ist ein Kernanliegen des Deutschen Richterbundes (DRB). Zuletzt im Jahr 2015 hat der DRB einen Reformvorschlag zur Abschaffung des externen Weisungsrechts im Einzelfall vorgelegt¹, der an der grundsätzlichen Einordnung der Staatsanwaltschaft als Teil der vollziehenden Gewalt festhält und eine gerichtliche Kontrolle an die Stelle ministerieller Einflussnahme setzt.

Diese Reformbemühungen des DRB aus jüngster Vergangenheit dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass entsprechende Reformdiskussionen bereits seit Jahrzehnten geführt und Änderungen angemahnt wurden².

Zur nationalen Diskussion um das ministerielle Einzelweisungsrecht, das zuletzt durch die rechtspolitischen Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche des Internet-Blogs

Deutscher Richterbund
Haus des Rechts
Kronenstraße 73
10117 Berlin

T +49 30 206 125-0
F +49 30 206 125-25

info@drb.de
www.drb.de

Verfasser der Stellungnahme:
Dieter Killmer, Oberstaatsanwalt beim BGH
Mitglied des Präsidiums

¹ 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), abrufbar unter https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Amtsrecht_StA/151113_DRB-BuVo_GE_GVGAEndG_Weisungsrecht_Stand_September_2015.pdf.

² Kintzi, Plädoyer für eine Neuordnung des Amtsrechts der Staatsanwälte, FS-Wassermann 1985, S. 899, 904: „*Das Berufsbild des Staatsanwalts wird nach wie vor von Vorschriften geprägt, die seit über hundert Jahren keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen erfahren haben und an denen Neuorientierungen in Staat und Gesellschaft, gewandelte Rechtsstaatspostulate und ein verändertes Selbstverständnis staatsanwaltschaftlicher Amtsträger spurlos vorübergegangen sind.*“

Vgl. auch die Darstellung von Günter, Das Berufsbild des Staatsanwalts in Deutschland an der Schwelle zum neuen Jahrhundert, DRiZ 2002, S. 55 ff.

„netzpolitik.org“ wegen Landesverrats in (erneute) Kritik geraten war, ist auf europäischer Ebene das Leitbild einer Europäischen Staatsanwaltschaft, die zumindest von Einzelfallweisungen befreit ist, hinzugetreten. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund dieser Entwicklung hält der DRB die Abschaffung des ministeriellen Einzelweisungsrechtes für unabdingbar. Hiermit zwangsläufig verbunden ist es, den Status des politischen Beamten für den Generalbundesanwalt aufzuheben.

Vor diesem Hintergrund begrüßt der DRB ausdrücklich die durch den Gesetzesentwurf zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft (BT-Drucksache 19/11095) sowie durch den Antrag, die Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich zu reformieren (BT-Drucksache 19/13516) erneut in Gang gesetzte Diskussion.

I. Zur Stellung der Staatsanwaltschaft in Deutschland

In seiner Entscheidung vom 19. März 1959³ hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die Staatsanwaltschaft nicht nur wie jede Verwaltungsbehörde an Gesetz und Recht gebunden ist (Artikel 20 Abs. 3 GG). Vielmehr erfüllt sie, organisch eingegliedert in die Justiz, gemeinsam mit dem Gericht die Aufgabe der „Justizgewährung“ auf dem Gebiet des Strafrechts. Diese Aufgabe hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 wie folgt näher beschrieben: *„Mit ihrer Verpflichtung zur Objektivität (§ 160 Abs. 2 StPO) ist sie Garantin für Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe; als Vertreterin der Anklage gewährleistet sie eine effektive Strafrechtspflege. [...] In ihrer Rolle als „Wächterin des Gesetzes“ obliegt ihr die Wahrung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Strafprozess“*⁴.

Dieses Verständnis beschränkt die Weisungsbefugnis der Vorgesetzten (§ 146 GVG) und das den Landes- und der Bundesjustizverwaltung zustehende „Recht der Aufsicht und Leitung“ in § 147 GVG, andere als „justizgemäße“ Einflüsse auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft auszuüben⁵. Gleichwohl haben nicht zuletzt die Ermittlungen im Zusammenhang

³ BVerfGE 9, 223, 228.

⁴ BVerfG NJW 2015, 1944.

⁵ BVerfGE 9, 223, 228.

mit „netzpolitik.org“ Anlass zur Diskussion geboten, ob das externe Einzelweisungsrecht, also die Sachleitungsbefugnis der obersten Bundes- und Landesbehörden, nicht doch zur Wahrnehmung justizfremder Interessen missbraucht werden kann. Aus Sicht des DRB ist bereits diese öffentliche Debatte geeignet, das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafverfolgungsbehörden und damit den Rechtsstaat insgesamt zu beschädigen.

II. Das Europäische Leitbild einer unabhängigen Staatsanwaltschaft

Während trotz der Jahrzehnte währenden innerstaatlichen Diskussion ein Konsens zur Reform des ministeriellen Einzelweisungsrechts nicht gefunden werden konnte, hat sich auf europäischer Ebene zunehmend das Leitbild einer zumindest von Einzelfallweisungen unabhängigen Staatsanwaltschaft als gemeinsamer unionsweiter Maßstab etabliert⁶.

1. Empfehlungen von PACE und GRECO

Die Parlamentarische Versammlung des Europarates (PACE) hat Deutschland in einer einstimmig gefassten Resolution am 30. September 2009 aufgefordert, die Möglichkeit abzuschaffen, dass Justizminister der Staatsanwaltschaft Anweisungen zu einzelnen Fällen geben⁷. Die Staatengruppe gegen Korruption des Europarates (GRECO) hat Deutschland in ihrem Bericht zur vierten Evaluierungsrunde im Jahr 2014 ebenfalls empfohlen, die Abschaffung des Rechts der Justizminister, im Einzelfall externe Weisungen zu erteilen, in Erwägung zu ziehen⁸.

2. Urteil des EuGH zum Europäischen Haftbefehl vom 27. Mai 2019 (Rs. C-508/18)

Mit seiner Entscheidung vom 27. Mai 2019⁹ hat auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) deutlich herausgestellt, dass das System des auf gegenseitiger Anerkennung beruhenden Europäischen Haftbefehls auf dem Leitbild

⁶ Rautenberg, Deutscher Widerstand gegen weisungsunabhängige Staatsanwaltschaft, ZRP 2016, 28 ff.

⁷ Pressemitteilung vom 30.09.2009, Ref: 712d09, abrufbar unter <https://rm.coe.int/090000168071e7ff>.

⁸ Bericht zur 4. Evaluierungsrunde, verabschiedet auf der 65. Vollversammlung am 10.10.2014, abrufbar unter <https://rm.coe.int/vierte-evaluierungsrunde-korruptionspravention-in-bezug-auf-abgeordnet/16806c639a>.

⁹ Rechtssache C-508/18.

einer unabhängigen Staatsanwaltschaft beruht. Aufgrund des externen Weisungsrechts der Justizminister gegenüber den Staatsanwaltschaften nach § 147 GVG könnten deutsche Staatsanwaltschaften dementsprechend keine „ausstellende Justizbehörde“ im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung sein.

3. Vorabentscheidungsverfahren des Landgerichts für Strafsachen Wien eingereicht am 2. August 2019 (Rs. C-584/19)

Aktuell ist ein weiteres Gerichtsverfahren vor dem EuGH anhängig, das die Frage zum Gegenstand hat, ob deutsche Staatsanwaltschaften hinreichend unabhängig sind, um am europäischen Rechtshilfeverkehr teilnehmen zu dürfen. Nun betrifft es die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen. Mit am 2. August 2019 beim EuGH eingereichten Vorabentscheidungsersuchen hat das Landesgericht für Strafsachen Wien folgende Vorlagefrage zur Entscheidung vorgelegt:

„Sind die Begriffe „Justizbehörde“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (1) und „Staatsanwalt“ im Sinne von Art. 2 lit. c sublit. (i) der genannten Richtlinie dahin auszulegen, dass darunter auch die Staatsanwaltschaften eines Mitgliedstaats fallen, die der Gefahr ausgesetzt sind, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung einer Europäischen Ermittlungsanordnung unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa des Justizsenators in Hamburg, unterworfen zu werden?“

Anlass der Vorlage ist eine Europäische Ermittlungsanordnung der Staatsanwaltschaft Hamburg in einem Ermittlungsverfahren wegen Betruges, in dem sie die Staatsanwaltschaft Wien um Übermittlung von Kontounterlagen ersucht hat. Nach österreichischem Recht unterliegt die Herausgabe von Kontodaten einem Richtervorbehalt. In der Sache stellt das Landesgericht die Frage, ob der EuGH in der Auslegung der Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung dieselben strengen Maßstäbe an die Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft anlegt wie im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl.

4. Verhandlungen E-Evidence-Verordnung

In den Verhandlungen über einen Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Europäische Herausgabebeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (sogenannte E-Evidence-Verordnung, (COM (2018) 225 final)) hat das Europäische Parlament unter Bezugnahme auf die jüngste Rechtsprechung des EuGH ebenfalls die Forderung erhoben, dass neben einem Gericht nur ein „unabhängiger Staatsanwalt“ tätig werden dürfe. Unabhängig, so heißt es im Berichtsentwurf, sei ein Staatsanwalt dann, *„wenn er nicht dem Risiko ausgesetzt ist, in einem konkreten Fall direkt oder indirekt Weisungen oder Anweisungen im Zusammenhang mit dem Erlass einer Entscheidung von der Exekutive, wie z.B. einem Justizminister, zu erhalten.“*¹⁰

III. Konsequenzen für die Stellung der Staatsanwaltschaft in Deutschland

Mit seiner grundlegenden Entscheidung vom 27. Mai 2019 hat der EuGH deutlich gemacht, dass das System des auf gegenseitiger Anerkennung beruhenden Europäischen Haftbefehls auf dem Leitbild einer unabhängigen nationalen Staatsanwaltschaft beruht. Die Entscheidung, dass deutsche Staatsanwaltschaften aufgrund des externen Weisungsrechts der Justizminister gegenüber den Staatsanwaltschaften nach § 147 GVG keine „ausstellende Justizbehörde“ im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl sein können, betrifft ein Erfolgsmodell europäischer Rechtshilfeinstrumente und ist von erheblicher Tragweite für die Teilnahme Deutschlands am europäischen Rechtshilfeverkehr.

Wenngleich die Gerichte und Staatsanwaltschaften die innerstaatlichen Konsequenzen der genannten EuGH-Entscheidung durch eine große Flexibilität kompensiert haben, wird mehr und mehr deutlich, dass die auf europäischer Ebene laut gewordenen Rufe nach einer unabhängigen, von politischen Einflüssen befreiten nationalen Strafverfolgungsbehörde nicht verstummen werden. Sollte der EuGH in Fortsetzung seiner Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl auch für die Europäische Ermittlungsanordnung zu dem Schluss gelangen, dass diese nur von einer von Einzelweisungen unabhängigen Staatsanwaltschaft angeordnet werden darf, wären die Auswir-

¹⁰ Entwurf eines Berichtes MdEP Sippel vom 24. Oktober 2019, Änderungsantrag 35, Dok. 2018/0108(COD).

kungen für Deutschland unübersehbar: Die EEA ist mittlerweile das zentrale Rechtshilfeinstrument zur EU-weiten Erlangung von Beweisen in Strafverfahren. Sie ist geprägt von einem formalisierten, dem Ziel einer vereinheitlichten und beschleunigten Erledigung von grenzüberschreitenden Ermittlungsersuchen dienenden Verfahren, das angesichts seines weiten Anwendungsbereichs (z.B. Zeugenvernehmungen, Durchsuchungen, Einholung von Auskünften, verdeckte Überwachungsmaßnahmen usw.) weit über das Instrument des Europäischen Haftbefehls hinausreicht.

Für den Fall einer auf der Linie der Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl liegenden Entscheidung des EuGH ist daher mit erheblichen Mehrbelastungen der Justiz zu rechnen, weil nicht nur ein Staatsanwalt, sondern auch ein Gericht den Erlass einer EEA zu prüfen hätte. Dies bedeutete einen erheblichen Mehraufwand auf Seiten der Gerichte, aber auch der Staatsanwaltschaften und lässt innerstaatliche Verzögerungen besorgen, die dem Bestreben nach zwischenstaatlicher Verfahrensbeschleunigung durch eine formalisierte EEA ersichtlich zuwiderlaufen. Besonders augenfällig ist die zu erwartende Mehrbelastung für solche Ermittlungsmaßnahmen, die, wie beispielsweise die Vernehmung von Zeugen oder auch die Einholung von Auskünften, keinem Richtervorbehalt in Deutschland unterliegen. Denn auch diese wären im Falle einer EEA einem deutschen Gericht zur Prüfung und Entscheidung vorzulegen.

Zu dieser Mehrbelastung tritt hinzu, dass im Ergebnis eine Art „Rechtshilfe-Untersuchungsrichter“ als Fremdkörper im deutschen Rechtssystem geschaffen würde. Während richterliche Untersuchungshandlungen innerstaatlich nur bei Ermittlungseingriffen mit Richtervorbehalt vorgesehen sind und das Gericht allein zu prüfen hat, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist (vgl. § 162 Abs. 2 StPO), würde für Fälle der zwischenstaatlichen EEA eine allgemeine (rechtshilfe-) gerichtliche Zuständigkeit begründet. Diese könnte unweigerlich die Frage nach sich ziehen, ob das deutsche Gericht auch die Erforderlichkeit einer Untersuchungshandlung zu beurteilen hat und eine EEA unter Zweckmäßigkeitserwägungen ablehnen kann. Jenseits des damit verbundenen Systembruchs könnte dies im Einzelfall zu sich widersprechenden Entscheidungen zwischen innerstaatlich zuständiger Staatsanwaltschaft und rechtshilferechtlich zuständigem Gericht führen.

Angesichts der Bedeutung der EEA im europäischen Rechtshilfeverkehr drohte deutschen Staatsanwaltschaften zudem ein erheblicher Vertrauens- und Bedeutungsverlust innerhalb Europas, wenn sie noch nicht einmal mehr Entscheidungen im Bereich der sogenannten einfachen Rechtshilfe treffen dürften. Dies zöge gerade angesichts der Erkenntnis, dass einer internationalen Kriminalität nur eine grenzüberschreitende Strafverfolgung und vertrauensvolle Zusammenarbeit entgegengesetzt werden kann, erhebliche praktische Beeinträchtigungen, aber auch einen Ansehensverlust Deutschlands im europäischen Rechtshilfeverkehr insgesamt nach sich.

Zwar kann der Ausgang des Vorabentscheidungsverfahrens nicht prognostiziert werden. Die Fragen, die der EuGH zur Vorbereitung seiner zunächst für den 5. Mai 2020 anberaumten mündlichen Verhandlung gestellt hat – darunter unter anderem, ob Europäische Ermittlungsanordnungen, die von einer deutschen Staatsanwaltschaft ausgestellt werden, von einem Richter genehmigt oder validiert werden, sowie ob von Deutschland auf Ebene des nationalen Rechts im Anschluss an das Urteil zum Europäischen Haftbefehl Maßnahmen zum Status der deutschen Staatsanwaltschaft ergriffen wurden, die gegebenenfalls auch für die Richtlinie zur EEA relevant sein könnten – lassen jedoch vermuten, dass der EuGH die bestehenden Unterschiede der EEA zum Europäischen Haftbefehl nicht wesentlich erachtet und an dem Erfordernis einer von externen Einzelweisungen unabhängigen nationalen Staatsanwaltschaft festhält.

Ungeachtet des Ausgangs des neuerlichen Verfahrens vor dem EuGH bleibt der Makel der „gerichtlich attestierten“ fehlenden Unabhängigkeit deutscher Staatsanwaltschaften. Der Eindruck, deutsche Staatsanwältinnen und Staatsanwälte seien nicht nur abhängig von Gesetz und Recht, sondern auch von der Regierung, steht dem deutschen Rechtsstaat im Ausland nicht gut zu Gesicht, zumal in Zeiten, in denen, wie zuletzt in Polen und Ungarn, die Justiz von politischer Einflussnahme betroffen und ersichtlich beeinträchtigt ist.

IV. Zu den Reformvorschlägen

Vor diesem Hintergrund sind die im Gesetzesentwurf der FDP und dem Entschließungsantrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gemachten Vorschläge in ihrem Ausgangspunkt zu begrüßen. Deutschen Staatsanwaltschaften muss eine größere Unabhängigkeit eingeräumt werden, damit sie nicht von wesentlichen Instrumenten der grenzüberschreitenden europäischen Zusammenarbeit ausgeschlossen werden und sie auch innerstaatlich als objektive, allein Recht und Gesetz verantwortliche Strafverfolgungsbehörden wahrgenommen werden.

1. Zum Festhalten am allgemeinen Weisungsrecht

Das allgemeine Weisungsrecht, wie es z.B. in den Richtlinien über das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) oder auch der Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra) zum Ausdruck kommt, sowie das interne Weisungsrecht sind mit Unionsrecht vereinbar. Wie der EuGH am Beispiel Frankreichs klargestellt hat, wird die Unabhängigkeit französischer Staatsanwaltschaften weder dadurch in Frage gestellt, dass der Justizminister ihnen allgemeine Weisungen auf dem Gebiet der Strafrechtspolitik erteilen kann, noch dadurch, dass sie der Leitung und Kontrolle ihrer Vorgesetzten, die selbst Mitglieder der Staatsanwaltschaft sind, unterliegen und verpflichtet sind, deren Anweisungen zu folgen¹¹.

Auch innerstaatlich ist ein Festhalten am allgemeinen und am internen Weisungsrecht unbedenklich. Der hierarchische Aufbau der Staatsanwaltschaft und die interne Weisungsbefugnis der ersten Beamten gewährleisten einen rationalen Kräfteansatz und eine gleichmäßige Gesetzesanwendung. Gleiches gilt für allgemeine, nicht auf den Einzelfall bezogene Weisungen, die zudem aus der Natur der Sache heraus transparent sind und daher kaum die Gefahr oder auch nur den Anschein des sachwidrigen Einflusses in sich tragen.

Vor diesem Hintergrund besteht im Einklang mit beiden Reformvorschlägen kein Anlass, das interne und das allgemeine Weisungsrecht aufzuheben.

¹¹ Pressemitteilung Nr. 156/19 zu den Rechtssachen C-556/19, C-626/19, C-625/10 und C-627/19.

2. Zur vorgeschlagenen Abschaffung des externen Weisungsrechts

Vor dem Hintergrund, dass der Staatsanwalt seine Tätigkeit nicht politisch, sondern in der Bindung an Recht und Gesetz verantwortet, steht der DRB dem externen Weisungsrecht im Einzelfall mit der ihm innewohnenden Gefahr oder jedenfalls dem Anschein, die parlamentarisch verantwortliche Exekutive könne Einfluss auf strafprozessuale Entschließungen nehmen, schon dem Grunde nach kritisch gegenüber. Zudem entspräche eine vollständige Abschaffung des externen Weisungsrechtes dem Europäischen Leitbild einer unabhängigen Staatsanwaltschaft.

Mit Blick darauf, dass einer gänzlichen Einzelweisungsfreiheit entgegengehalten wird, es fehle an einer aus Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 GG folgenden demokratische Verantwortlichkeit¹², hat der DRB zuletzt vorgeschlagen, eine solche verfassungsrechtliche Legitimation durch die Schaffung eines ministeriellen Klageerzwingungsverfahrens zu kompensieren. Danach sollen die Landesjustizverwaltungen und das BMJV in Fällen einer Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO unabhängig von einer Frist und unabhängig davon, ob es überhaupt einen Verletzten im Verfahren gibt, und ob dieser gegebenenfalls bereits selbstständig ein Klageerzwingungsverfahren betrieben hat, ein eigenes Recht auf Durchführung des Klageerzwingungsverfahrens haben, ohne gleichzeitig einen direkten Durchgriff auf die verfahrensleitende Staatsanwaltschaft ausüben zu können.

Ein solches, auf gerichtliche anstatt ministerielle Prüfung beruhendes Modell tritt nicht nur dem „bösen Schein“ einer politischen Einflussnahme auf strafrechtliche Ermittlungen entgegen, der auch dann entsteht, wenn die Regierung sich jedes Einflusses enthalten hat. Sondern es betont zugleich die Eingliederung der Staatsanwaltschaft in die Justiz und gewährleistet eine ausreichende demokratische Legitimation staatsanwaltschaftlichen Handelns.

3. Zur vorgeschlagenen gesetzlichen Einschränkung des externen Weisungsrechts

Eine inhaltliche Einschränkung des externen Weisungsrechts auf Fälle evident rechtsfehlerhafter Entscheidungen und Fehl- oder Nichtgebrauch von Ermessen korrespondiert, soweit es den Prüfungsmaßstab betrifft, mit dem strafprozessualen Legalitätsprinzip (§ 160 Abs. 1 StPO), dessen Missach-

¹² U.a. Gärditz, GSZ 2019, 133, 136 m.w.N.

tung insbesondere durch die Strafbarkeit wegen Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB) und der Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) sanktioniert wird.

Soweit eine solche inhaltliche Prüfungs- und darauf beschränkte Weisungsbefugnis jedoch in ministerieller Verantwortung verbleibt, stellt dies die unionsrechtlich gebotene Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in Frage. Denn der EuGH hat auch den Einwand der Bundesregierung, das für die Staatsanwaltschaft geltende Legalitätsprinzip stelle sicher, dass etwaige Einzelweisungen des Justizministers, die sich aus Gesetz und Recht ergebenden Grenzen jedenfalls nicht überschreiten würden, nicht gelten lassen. Solche Garantien könnten jedenfalls nicht völlig ausschließen, dass Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Einzelfall einer Weisung des Justizministers unterworfen würden¹³.

4. Zum Status des Generalbundesanwalts

Aus Sicht des DRB ist ungeachtet der Frage, ob das externe Einzelfallweisungsrecht gänzlich aufgehoben oder inhaltlich beschränkt wird, die Abschaffung des Status des politischen Beamten für den Generalbundesanwalt (§ 54 Abs. 1 Nummer 5 BBG) geboten. Zwar liegt der Schwerpunkt seines Aufgabenbereichs im Schnittpunkt von Strafverfolgung und Politik. Gleichwohl repräsentiert er gerade in seiner öffentlich besonders wahrgenommenen Funktion den Rechtswillen des Staates insgesamt und nicht den politischen Machtanspruch einer einzelnen Regierung. Über die ihm obliegende beamtenrechtliche Folgepflicht hinaus muss er in seiner Amtsausübung nicht grundsätzlich und fortdauernd mit den politischen Ansichten und Zielen der Regierung in Übereinstimmung stehen (vgl. § 30 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG). Vielmehr ist er sogar dazu berufen, sich diesen Zielen zur Wahrung vom Recht und Gesetz im Einzelfall entgegenzustellen. Mit dieser gesetzlichen Verpflichtung (§ 160 Abs. 2 StPO) ist der Status als politischer Beamter nicht vereinbar.

Der Deutsche Richterbund ist mit mehr als 17.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit mehr als 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.

¹³ EuGH, Urt. vom 27. Mai 2019, Rs. C-508/18 und C-82/19, Rn. 79 f.

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 6. Mai 2020

Öffentliche Anhörung zu

- a) Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Jürgen Marten u.a. Abgeordneter der Fraktion der FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft – BT Drs 19/11095
- b) Antrag der Abgeordneten Canan Bayram u.a. Abgeordneter der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen: Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren – BT Drs. 19/13516

Schriftliche Stellungnahme:

Ich halte es für dringend erforderlich, die Rolle der Staatsanwaltschaften im deutschen Rechtssystem dauerhaft sicherzustellen. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der sich daraus ergebenden Haltung europäischer Institutionen ist es dafür zwingend erforderlich, die Regelungen der §§ 146, 147 GVG so anzupassen, dass ein externes Weisungsrecht jedenfalls im Einzelfall ausgeschlossen ist.

Begründung:

„Die Abhängigkeit von der Regierung ist ein Geburtsfehler der Staatsanwaltschaft“¹. Ihre Weisungsgebundenheit brachte sie „immer wieder in den Verdacht der Gefügigkeit gegenüber den Wünschen der Regierungsparteien; von der Opposition wurde sie daher meist mit Mißtrauen betrachtet“². Zu Recht wird das Anweisungsrecht eines politisch orientierten Justizministers als „empfindliche Lücke im Aufbau des Rechtsstaats“ formuliert³.

Der Streit darüber besteht seit mehr als 200 Jahren. Obgleich mit der Europäischen Staatsanwaltschaft ein Leitbild auf europäischer Ebene geschaffen worden ist, bleibt der Widerstand gegen eine Änderung der Rechtslage auch in Deutschland erheblich⁴. Die Justizminister*innen

¹ Carsten/Rautenberg, die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 2012, S. 467.

² Döhring zit. nach Carsten/Rautenberg, a.a.O.

³ Carsten/Rautenberg, a.a.O.

⁴ Derzeit bestehen u.a. in folgenden Ländern unabhängige Staatsanwaltschaften: Italien, Portugal, Lettland, Ungarn, Litauen, Slowakei, Slowenien, Rumänien, Zypern. Frankreich hat mit Gesetz vom 25.7.2013 das Einzelweisungsrecht des Justizministers abgeschafft. Deutschland ist von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (ÖACE) durch die am 30.9.2009 einstimmig gefasste Resolution Nr. 1685/2009 aufgefordert worden, die Möglichkeit abzuschaffen, „dass die Justizminister der Staatsanwaltschaft Anweisungen zu einzelnen Fällen geben.“ Auf einer Vollversammlung am 10.10.2014 hat auch die Staatengruppe gegen Korruption des Europarates (GRECO) Deutschland empfohlen, „die Abschaffung des Rechts der Justizminister, im Einzelfall externe Weisungen zu erteilen, in Erwägung zu ziehen“ (Vierte Evaluierungsrunde, Korruptionsprävention in Bezug auf Abgeordnete, Richter und Staatsanwälte, Evaluierungsbericht Deutschland, verabschiedet auf der 65. Versammlung, Greco Eval IV Rep (2014) 1 E, Straßbrug, 10.10.2014, VI., 252, vii.).

der Länder haben sich mit dem Thema auf der 84. Justizministerkonferenz am 14. November 2013 in Berlin befasst. Der damalige Reformvorstoß des sächsischen Justizministers wurde mit breiter Mehrheit abgelehnt. Die ablehnende Haltung der Länder ist ein tragender Grund für den originär zuständigen Bundesjustizminister, untätig zu bleiben⁵. Das hat sich im letzten Jahr nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in den Rechtssachen C-508/18 und C-82/18 vom 27. Mai 2019 erneut bestätigt.

Nach meiner Überzeugung ist es allerdings höchste Zeit, diese Haltung aufzugeben. Wenn Sie, das Parlament, jetzt nicht im Sinne des Gesetzesantrags der Fraktion der FDP reagieren, werden wir von der europäischen Entwicklung überholt werden. Die Rolle der Staatsanwaltschaft wird zunehmend marginalisiert und unser so vorbildliches System von checks&balances wird ad absurdum geführt werden. Deutschland kann zudem andere EU-Mitgliedstaaten nicht glaubwürdig dafür kritisieren, politischen Einfluss auf die Justiz zu nehmen, wenn die Rechtslage in Deutschland diesen ebenfalls zulässt.

Denn die genannte Entscheidung des EuGH, nach der deutsche Staatsanwaltschaften künftig an der Ausstellung von Europäischen Haftbefehlen gehindert sind, ist nur der Auftakt einer durch den EuGH dokumentierten und nachhaltig verfolgten Absicht europäischer Rechtspolitik, auf die Weisungsunabhängigkeit nicht nur von Gerichten, sondern auch von Staatsanwaltschaften hinzuwirken. Der Umstand, dass der EuGH einer im Einzelfall weisungsabhängigen Staatsanwaltschaft die Eigenschaft einer Justizbehörde und damit die Fähigkeit abspricht, ein einfaches Fahndungsinstrument in Gang zu setzen, ist ein unmissverständliches Warnsignal für die Entschlossenheit der europäischen Rechtspolitik.

Seit dieser Entscheidung ist es zu einer Reihe weiterer Vorlagen an den EuGH gekommen, die sich - zunächst im Rahmen der innerhalb der EU zu gewährleistenden Rechtshilfe - mit der Rolle einer weisungsgebundenen Staatsanwaltschaft als Ermittlungsbehörde beschäftigen. In seiner Entscheidung vom 9. Oktober 2019 (C-489/19 PPU) hat der EuGH bestätigt, dass eine weisungsgebundene Staatsanwaltschaft (hier Österreich) einen europäischen Haftbefehl dann ausstellen darf, wenn er zuvor von einem Gericht überprüft worden ist.

Eine weitere Vorlage des Landesgerichts für Strafsachen in Wien hinsichtlich der Ausstellung einer europäischen Ermittlungsanordnung (C-584/19) durch die Staatsanwaltschaft Hamburg

⁵ Vgl. die Antwort der BReg auf eine Kleine Anfrage zur Umsetzung der Resolution 1685 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 30.09.2009 – Drs 17/958 – in BT Drs. 17/1097, S. 2; ebenso in der Antwort auf die Kleine Anfrage explizit zum Weisungsrecht gegenüber Staatsanwälten – BT Drs 18/2155 – in BT Drs. 18/2265, S. 2.

ist noch anhängig. Mit seiner Ladung für die mündliche Verhandlung vor der Großen Strafkammer⁶ hat der Gerichtshof eine Reihe von Fragen gestellt, die darauf hindeuten, dass er erneut gegen die Bundesregierung entscheiden und die bisherigen Kompetenzen der deutschen Staatsanwaltschaft noch weiter beschneiden wird. Das Bundesministerium der Justiz hat darauf regelrecht alarmierend reagiert und verschiedene Maßnahmen angeregt, um auf ein für Deutschland ungünstiges Urteil vorbereitet zu sein⁷.

Erhebliche Gefahren birgt in gleicher Weise das Vorabentscheidungsersuchen eines belgischen Gerichts (Rechtssache C-510/19) hinsichtlich der Befugnisse einer weisungsabhängigen Staatsanwaltschaft als vollstreckender Justizbehörde. Die Vorlagefragen zielen sehr deutlich darauf ab zu klären, ob eine Staatsanwaltschaft, die Weisungen im Einzelfall unterliegt, nach dem Unionsrecht generell noch der Justiz zuzurechnen ist.

Sollten sich die Befürchtungen bestätigen, ist der Umfang eines systemfremden Eingriffs in das bestehende deutsche Strafverfahrensrecht nicht absehbar.

Verbleibt es bei der Regelung der §§ 146, 147 GVG in ihrer derzeit geltenden Fassung, besteht die Gefahr, dass sukzessive sämtliche Kompetenzen bei der Nutzung grenzüberschreitender Instrumentarien der Strafrechtshilfe innerhalb der Europäischen Union auf die Gerichte übergehen. Dies dürfte nicht nur zu einer Mehrbelastung der Gerichte, sondern auch zu einer Beschneidung der der Staatsanwaltschaft durch die Strafprozessordnung (StPO) zugewiesenen Rolle als Herrin des Ermittlungsverfahrens und als Vollstreckungsbehörde führen.

Zudem stellt die in naher Zukunft immer wieder erforderliche Änderung des IRG den Gesetzgeber bereits jetzt vor eine Reihe nur schwer lösbarer systematischer Probleme. Entsprechendes droht den Instrumentarien der StPO.

Soll also eine ihren Aufgaben im Sinne der StPO gerecht werdende und effizient arbeitende Staatsanwaltschaft in der bewährten Form erhalten bleiben, ist die auf europäischer Ebene geforderte Abschaffung des Weisungsrechts im Einzelfall durch die ministerielle Ebene unausweichlich.

Ich unterstütze daher nachdrücklich den Entwurf der Fraktion der FDP. Seine Umsetzung erfordert nur geringfügige Änderungen der Strafprozessordnung⁸, etwa bei der Ausgestaltung

⁶ Der Termin ist für den 5. Mai vorgesehen. Ob er wegen der Corona-Pandemie aufgehoben worden ist, ist mir nicht bekannt.

⁷ Schreiben vom 7. April 2020 – II B 4 – 9520/9-28-2-2-27.

⁸ Die Änderung des Grundgesetzes – Art. 92 GG – wäre nur dann erforderlich, wenn das externe Weisungsrecht in Gänze abgeschafft und die Staatsanwaltschaft damit insgesamt ministerieller Kontrolle entzogen werden würde, vgl. Carsten/Rautenberg, S. 507 ff. m.w.N.

des Klageerzwingungsverfahrens⁹, um die gerichtliche Kontrolle insoweit zu effektivieren. Im Übrigen hat der EuGH in seiner jüngsten Rechtsprechung (Urteile vom 12. Dezember 2019 C-566/19, C-626/19 und C-627/19) klargestellt, dass ein lediglich internes Weisungsrecht vorgesetzter Staatsanwälte oder einer vorgesetzten Behörde und ein lediglich allgemeines externes Weisungsrecht, das eine Einflussnahme auf den Einzelfall ausschließe, im Blick auf die Unabhängigkeit einer ausstellenden Justizbehörde unbedenklich sei. Die Kompetenz der Justizministerien, für die Arbeitsweise der Staatsanwaltschaften Verwaltungsvorschriften oder allgemein gehaltene Weisungen zu erlassen, wird von dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP nicht berührt und ist weiterhin europarechtskonform.

Der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen würde lediglich den innerdeutschen Defiziten Rechnung tragen und zu einer größeren Transparenz zumindest förmlicher Weisungen führen¹⁰. Die auf S. 2 zu II Nr. 2 enthaltene Aufforderung wird den durch den EuGH aufgestellten Anforderungen an die Unabhängigkeit einer Justizbehörde hingegen nicht gerecht¹¹.

Der Antrag reiht sich inhaltlich ein in Entscheidungen verschiedener Landesjustizminister¹², die vom geschätzten Kollegen Rautenberg zu Recht als nicht ausreichend kommentiert worden sind¹³. Bestätigt wird mit diesem Antrag allerdings das schon eingangs zitierte tief sitzende Misstrauen in die Arbeit der Staatsanwaltschaften¹⁴.

⁹ Soweit überindividuelle Rechtsgüter geschützt werden (z.B. bei den §§ 258a, 332, 266 – Haushaltsuntreue – StGB), müsste das Klageerzwingungsverfahren erweitert werden, um auch den Justizminister*innen den Weg der gerichtlichen Überprüfung einer staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügung zu ermöglichen.

¹⁰ Diese sind allerdings die absolute Ausnahme. Der den Justizminister*innen „durch das Berichtswesen vermittelte Kenntnisstand eröffnet ihnen jedoch die Möglichkeit, unterhalb dieser Ebene durch subtile Einflussnahmen in Gestalt von Wünschen, Empfehlungen, Hinweisen, Ratschlägen oder Warnungen auf ein erwünschtes Verfahrensergebnis hinzuwirken“ (Rautenberg, „Thüringer Justizminister schränkt sein Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft ein“, NJ 2017, S. 193). Derartige Einflussnahmen sind gut dokumentiert (Carsten/Rautenberg, S. 513 ff.) und werden mir von erfahrenen Kolleg*innen auch heute noch berichtet.

¹¹ Zunächst erscheint die zu III. (S. 2) aufgestellte Forderung, den Status des Generalbundesanwalts zu überprüfen, zwar begrüßenswert, berührt jedoch die Frage der Abschaffung des externen Weisungsrechts im Einzelfall nicht. Der Umstand, dass die Bearbeitung von Ermittlungsverfahren in der Masse in Deutschland in die Verantwortung der Bundesländer fällt, in denen sämtliche Staatsanwält*innen Beamt*innen auf Lebenszeit sind, hat den EuGH bei seiner Entscheidungsfindung im gen. EuHB-Verfahren nicht interessiert. Zudem wird nicht gesagt, wie der Status künftig eigentlich genau aussehen soll.

¹² NRW – Leitlinien von 2001, Schleswig-Holstein – AGGVG Regelung von 2014; Thüringen – Leitlinien von 2016.

¹³ Zur Thüringischen Entscheidung NJ 2017, S. 193; grundlegend in „Deutscher Widerstand gegen weisungsunabhängige Staatsanwaltschaft“, ZRP 2016, S. 38 ff.

¹⁴ Bei „evident rechtswidrigen Entscheidungen“ von Richter*innen besteht das Eingriffsbedürfnis offenbar nicht. Es handelt sich aber um in gleicher Weise fehlbare Menschen, die in derselben Weise ausgebildet, in Berlin durch denselben Richterwahlausschuss ausgewählt und später aus welchen Gründen auch immer den ein oder anderen Berufsweg – ggf. nach Einsatz in beiden Bereichen – eingeschlagen haben.

Ich halte das allerdings für einen Zirkelschluss. Denn mit der Abschaffung des externen Weisungsrechts und einer effektivierte gerichtlichen Kontrolle würde auch der Grund für dieses Misstrauen – hoffentlich endgültig – beseitigt.

Margarete Koppers

Stellungnahme

**zum Gesetzentwurf der Dr. Jürgen Martens, Stephan Thomae,
u.a. und der Fraktion der FDP
„Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der
Staatsanwaltschaft“ vom 25.6.2019 – BT-Drs. 19/11095**

und

**zum Antrag der Abgeordneten Canan Bayram, Katja Keul, u.a.
und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
„Stellung der Staatsanwaltschaft rechtsstaatlich reformieren“
vom 24.9.2019 BT-Drs. 19/13516**

1. Zum „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft“

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft soll das externe Weisungsrecht des Justizministers in Einzelfällen abgeschafft werden. Als Grund wird angeführt, dass schon die bloße Existenz der Einzelweisungsbefugnis den Eindruck vermitteln kann, staatsanwaltschaftliches Handeln könne außerhalb der Bindung an Recht und Gesetz durch politische Einflussnahme bestimmt werden. Das Weisungsrecht der Justizminister in Einzelfällen beschädige so das Vertrauen in die Unabhängigkeit von Staatsanwaltschaft und Justiz.

a) Allgemeines

aa) Dienstaufsicht

Das Recht zur Dienstaufsicht ist §§ 145, 146 GVG geregelt. Es bezieht sich auf die Befugnisse des Generalstaatsanwalts zum Eingriff in staatsanwaltliche Verfahren einerseits (Substitutions- und Delegationsrecht, § 145 GVG, s.u.) sowie auf die Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte andererseits (§ 146 GVG).

Die Zuständigkeit für die Ausübung der Dienstaufsicht ist in § 147 GVG geregelt. Demnach steht das Recht der Aufsicht und Leitung dem Bundesminister der Justiz hinsichtlich des GBA und der Bundesanwälte (Nr. 1), der Landesjustizverwaltung hinsichtlich aller staatsanwaltschaftlichen Beamten

des betreffenden Landes (Nr. 2) und dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten (d.h. den Generalstaatsanwälten) hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks (Nr. 3) zu.

Das Recht der Dienstaufsicht schließt die Befugnis ein, über Dienstaufsichtsbeschwerden zu entscheiden und zu diesem Zweck Maßnahmen der Staatsanwälte zu überprüfen (KK-StPO/Mayer GVG § 147 Rn. 5). Die Dienstaufsichtsbeschwerde kann zunächst an den Leitenden Oberstaatsanwalt als Behördenleiter, dann an den Generalstaatsanwalt und schließlich an den Justizminister gerichtet werden (KK-StPO/Mayer, 8. Aufl. 2019, § 147 GVG Rn. 5). Eine Dienstaufsichtsbeschwerde kann mithin zur Ausübung einer der Befugnisse der Dienstaufsicht führen.

bb) Externes/internes Weisungsrecht im Einzelfall/ Allgemein

§ 146 GVG bestimmt, dass die Beamten der Staatsanwaltschaft den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen haben. Mit dem Weisungsrecht kann zumindest indirekt auf eine angemessene, berechenbare und dem Gleichheitssatz verpflichtete Strafverfolgung hingewirkt werden (BeckOK GVG, Graf, Stand 01.02.20, § 146 Rn. 2). So soll sichergestellt werden, dass vergleichbare Sachverhalte bei den Staatsanwaltschaften in vergleichbarer Weise behandelt werden und nicht allein der (subjektiven) Einschätzung des jeweils zuständigen Staatsanwalts unterliegen. Weisungen können sich auf Fragen der Rechtsanwendung und -auslegung sowie auf Fragen der Beweiswürdigung und Tatsachenermittlung beziehen (MüKO StPO/Brock, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 12). Weisungen sind auch im Bereich der Opportunitätsentscheidungen zulässig (MüKO StPO/Brock, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 12).

Beim Weisungsrecht wird zwischen internem und externem Weisungsrecht unterschieden.

Das „interne“ Weisungsrecht ist das Weisungsrecht des Abteilungsleiters, Behördenleiters oder des Generalstaatsanwalts, den Staatsanwälten ihrer Zuständigkeit (Abteilung/Behörde/Bezirk) Anweisungen zu erteilen. Das interne Weisungsrecht ergibt sich aus § 147 Nr. 3 GVG. Als Ausfluss des internen Weisungsrechts normiert § 172 Abs. 1 StPO, dass der Generalstaatsanwalt im Rahmen der Vorschaltbeschwerde (vor dem Klageerzwingungsverfahren) die Einstellungsverfügung aufheben und die Erhebung der öffentlichen Klage oder auch weitere Ermittlungen anordnen kann. Das interne Weisungsrecht ist unumstritten.

Vom „externen Weisungsrecht“ spricht man im Hinblick auf das Weisungsrecht des Justizministeriums gegenüber den Generalstaatsanwaltschaften und Staatsanwaltschaften. Es findet seine Grundlage in § 147 Nr. 2 GVG.

Unterschieden werden darüber hinaus individuelle und allgemeine Weisungen. Um allgemeine Weisungen handelt es sich beispielsweise bei den Regelungen der RiStBV, RiJGG, RiVAST, MiStra, Anordnungen betreffend Zeichnungsrechts und Berichtspflichten (BeStra) (Karlsruher Kommentar zur StPO/Mayer, 8. Aufl. 2019, § 146 GVG Rn. 4). Dies sind Weisungen, die eine gleichgelagerte Gruppe von Sachverhalten betreffen (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 11).

Einzelfallweisungen sind solche, die einen Einzelfall betreffen. Dies ist im Rahmen einer internen Weisung unproblematisch und wie erläutert beispielsweise im Rahmen der Vorschaltbeschwerde als Vorstufe des Klageerzwingungsverfahrens gesetzgeberisch sogar vorgesehen. Auch (interne) Einzelfallanweisungen im Rahmen der Dienstaufsichtsbeschwerde gelten nicht als problematisch.

Kritisch gesehen und daher immer wieder einer Überprüfung unterzogen wird dagegen die externe Einzelfallweisungsbefugnis.

cc) Berichtspflichten

Damit die Behördenleiter und vorgesetzten Dienststellen von ihrer Weisungsbefugnis im Einzelfall Gebrauch machen können, müssen sie von einschlägigen Verfahren in Kenntnis gesetzt werden. Zu diesem Zweck gibt es spezielle Anordnungen über die Berichtspflichten der Staatsanwaltschaften (BeStra). Diese knüpfen häufig an die Bedeutung des Verfahrens an, beispielsweise aufgrund von Medieninteresse, Bekanntheit der Betroffenen o.a. Die Anordnungen unterscheiden sich je nach Bundesland.

dd) Substitutionsrecht/Devolutionsrecht

Der „erste Beamte“ hat die Befugnis, die Amtsverrichtungen seiner Behörde (Leitender Oberstaatsanwalt) bzw. seines Bezirks (Generalstaatsanwalt) selbst zu übernehmen (Substitution). So kann er beispielsweise Rechtsmittel, die ein Staatsanwalt seines Bezirks/seiner Behörde eingelegt hat, zurücknehmen. Er kann die Tätigkeit auch einem anderen als dem zunächst zuständigen Beamten übertragen, § 145 GVG. Dies bezeichnet man als Devolutionsrecht.

Eine solche Befugnis steht weder dem Justizminister noch anderen Ministeriumsmitarbeitern zu. Im Rahmen des externen Weisungsverhältnisses sind daher „Ersatzvornahmen“ durch das Ministerium ausgeschlossen.

b) Grenzen und Spielräume des Weisungsrechts

aa) **Legalitätsprinzip**

Das Legalitätsprinzip (§§ 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO) stellt die wichtigste Grenze des internen und externen Weisungsrechts dar (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 14). Das Legalitätsprinzip besagt, dass die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat gegen jeden Verdächtigen einzuschreiben, den Sachverhalt zu erforschen und gegebenenfalls Anklage zu erheben. Es handelt sich hierbei um eine spezielle Ausformung der Bindung der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit als Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 14).

Weisungen sind als Ausfluss des Legalitätsprinzips nur dann zulässig, wenn dem Staatsanwalt bei der Ausübung der Tätigkeit in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum zusteht (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 14). So muss der dienstliche Vorgesetzte das für den Staatsanwalt geltende Legalitätsprinzip auch selbst beachten (Karlsruher Kommentar StPO/Mayer, 8. Aufl. 2019, § 146 GVG Rn. 5). Zudem darf sich eine Weisung nur auf den Dienst, die Dienstausbübung oder das Dienstverhältnis beziehen (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 14).

Begrenzt wird das Weisungsrecht im Konkreten dadurch, dass der Anweisende nicht gegen die Vorschriften des § 258a StGB (Strafvereitelung im Amt), §§ 344 und 345 StGB (Verfolgung Unschuldiger) verstoßen bzw. keine Anweisung erteilen darf, die zur Verletzung dieser Vorschriften führen würde.

Eine Weisung ist zudem nur dann rechtmäßig, wenn sie keiner fehlerhaften Ermessensausübung unterliegt. Insoweit stellen das Willkürverbot und der Gleichbehandlungsgrundsatz ebenso wie das Verbot justizfremder Erwägungen Grenzen des Weisungsrechts dar (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 16). Weicht eine Weisung von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung ab, ist sie ebenfalls unzulässig, sofern von einer Bindungswirkung der Staatsanwaltschaft auszugehen ist (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 16).

Eine rechtswidrige Weisung, die gegen Gesetze, Verfassungsprinzipien, die EMRK oder höherrangiges Gemeinschaftsrecht verstößt, muss vom Empfänger nicht befolgt werden (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 15). Er muss ihr auch dann nicht Folge leisten, wenn er sich

durch die Befolgung der Weisung strafbar machen oder eine Ordnungswidrigkeit begehen würde (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 15).

Umstritten ist, ob internes und externes Weisungsrecht den gleichen Grenzen unterliegen (dafür: MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 18 m.w.N.). Teilweise wird vertreten, das externe Weisungsrecht müsse etwa im Wege der verfassungskonformen Auslegung oder unter Rückgriff auf die Nähe zur richterlichen Tätigkeit enger ausgelegt werden, beispielsweise im Bereich des Opportunitätsprinzips (vgl. Krey, Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes – Schranken des internen und externen Weisungsrechts, NStZ 1985, 145).

Es entspricht der allgemeinen Ansicht, dass gerade auch die ministerielle Weisungsbefugnis am Legalitätsprinzip sowie an der Neutralitäts- und Objektivitätsmaxime ihre deutliche Grenze findet (Eisele/Trentmann: Die Staatsanwaltschaft – „objektivste Behörde der Welt“? – NJ 2019/2365).

bb) Remonstration

Trotz der in § 146 GVG normierten Weisungsgebundenheit ist es dem Staatsanwalt möglich, gegen eine seiner Ansicht nach unrechtmäßiger Weisung im Wege der Remonstration vorzugehen.

Bestehen von Seiten des Staatsanwalts Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Weisung, muss er diese unverzüglich auf dem Dienstweg geltend machen (§ 36 Abs. 2 S. 1 BeamStG; § 63 Abs. 2 S. 1 BBG). Die Bedenken müssen zunächst gegenüber dem unmittelbaren Dienstvorgesetzten vorgebracht werden und, wenn die Anordnung aufrecht erhalten bleibt, gegenüber dem nächst höheren Vorgesetzten. Wird die Weisung bestätigt, ist der Beamte von seiner Verantwortung befreit, sofern nicht das angewiesene Verhalten die Würde des Menschen verletzt, strafbar oder ordnungswidrig ist, und dies für den Staatsanwalt erkennbar ist. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit bestehen, wenn vernünftige Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Weisung bestehen. Hierbei kommt es auf die persönliche Auffassung des Staatsanwalts und nicht darauf an, ob er mit seinen Bedenken bei seinen Vorgesetzten durchdringen wird. Unerheblich ist dagegen, ob der angewiesene Staatsanwalt die Weisung für unzumutbar hält (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 22).

Eine gerichtliche Überprüfung der Weisung ist hingegen ausgeschlossen, da es sich um eine interne Verwaltungsmaßnahme ohne Außenwirkung handelt (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 23). Ausnah-

men bestehen dann, wenn die subjektive Rechtspositionen des angewiesenen Staatsanwalts betroffen sind, die über das interne Dienstverhältnis hinausgehen (MüKO StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 146 GVG Rn. 23).

c) Stellungnahme zum Gesetzentwurf

Die Abschaffung des externen Weisungsrechts der Justizminister in Einzelfällen ist abzulehnen. Unsere Verfassung sieht mit guten Gründen eine richterliche Unabhängigkeit, jedoch keine staatsanwaltschaftliche Unabhängigkeit vor. Aufgabe und Stellung der Staatsanwaltschaft erfordern vielmehr eine demokratische Legitimation, die durch das externe Weisungsrecht vermittelt wird und erst damit in eine parlamentarische Kontrolle und politische Verantwortung mündet. In objektiver Hinsicht ist das externe Einzelweisungsrecht klar umfasst und eng begrenzt.

Neben verfassungsrechtlichen Erwägungen spricht für die Beibehaltung des externen Einzelfall-Weisungsrecht, dass sich das vorhandene System bewährt hat. Das Vertrauen in die Staatsanwaltschaften und die gesamte Strafjustiz ist groß. Die vage Behauptung, die Existenz der Einzelweisungsbefugnis könne den Eindruck vermitteln, staatsanwaltschaftliches Handeln könne außerhalb der Bindung an Recht und Gesetz durch politische Einflussnahme bestimmt werden suggeriert einen Gegensatz zwischen Recht und Gesetz einerseits und politischem Handeln andererseits, den es nicht geben darf und der durch bestehende Rechtsvorschriften bereits heute ausgeschlossen ist. Eine bloße „Eindrucksgesetzgebung“ überzeugt nicht.

Stellung der Staatsanwaltschaften

Die Staatsanwaltschaft hat die gesetzliche Aufgabe, als selbstständiges Organ der staatlichen Strafverfolgung auf die Ermittlung der Wahrheit und die Findung eines gerechten Urteils hinzuwirken. Dabei übt sie bei ihren Entscheidungen keine rechtsprechende Gewalt im Sinne von Art. 92 GG aus, sondern ist gegenüber den Gerichten selbstständig und unabhängig (§§ 150, 151 GVG). Im Sinne der Gewaltenteilung ist die Staatsanwaltschaft der Exekutive zuzurechnen. Die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Exekutive stellt im Rahmen der Gewaltenteilung einen wichtigen Aspekt dar, um das Handeln der Judikative einer Kontrolle zu unterziehen.

Demokratische Legitimation / Weisungsrecht

Jede staatlich ausgeübte Hoheitsgewalt bedarf einer demokratischen Legitimation. Das im Grundgesetz verankerte Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) verlangt eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den staatlichen Organen. Damit sind weisungsfreie Räume innerhalb der

Exekutive grundsätzlich nicht vereinbar. Die demokratische Legitimation der Staatsanwaltschaften wird durch das Weisungsrecht vermittelt. Nach § 147 Nr. 2 GVG steht das Recht auf Aufsicht und Leitung hinsichtlich aller staatsanwaltschaftlichen Beamten eines Landes der jeweiligen Landesjustizverwaltung zu (externes Weisungsrecht). Daneben unterstehen Staatsanwälte nach § 147 Nr. 3 GVG der Aufsicht und Leitung durch die Leitenden Oberstaatsanwälte und den Generalstaatsanwalt (internes Weisungsrecht). Aufsicht und Leitung kann dabei sowohl allgemeine Anordnungen, die etwa in Gestalt von Richtlinien der Einheitlichkeit der Strafverfolgung dienen, als auch Weisungen, welche die Sachbehandlung im Einzelfall betreffen, umfassen. Ein weisungsfreier Generalstaatsanwalt mit vollem Weisungsrecht und ohne parlamentarischer Verantwortung wäre mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar.

Parlamentarische Kontrolle / Politische Verantwortung

Gerichte sind gem. Art 97 GG unabhängig. Für Staatsanwaltschaften sieht unsere Verfassung dies nicht vor. Das Demokratieprinzip erfordert Kontrollrechte des Parlaments für hoheitliches Handeln, spiegelbildlich dazu muss eine parlamentarische und politische Verantwortlichkeit bestehen, sowohl für eigenes Verhalten als auch für das Verhalten des nachgeordneten Bereichs. Die zu gewährleistende parlamentarische Kontrolle erfordert daher die Befugnis des Ressortministers, in engen Grenzen auch einzelfallbezogene Weisungen zu erteilen. Ein Justizminister, der auf die Amtsführung der Staatsanwaltschaften keinen Einfluss hat, kann hierfür auch nicht die politische Verantwortung gegenüber dem Parlament übernehmen. Theoretisch denkbar wäre es, das Amt der Generalstaatsanwälte stärker zu politisieren und hinsichtlich Auswahl und parlamentarischer Verantwortlichkeit so auszugestalten, dass eine ausreichende demokratische Legitimation erreicht wird. Damit würde jedoch das Ziel, den Anschein möglicher politischer Einflussnahme auszuschließen, nicht erreicht werden. Die Behauptung politischer Einflussnahme durch den Generalstaatsanwalt oder auf den Generalstaatsanwalt wäre in gleicher Weise möglich und nicht zu verhindern.

Bindung an Recht und Gesetz / Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip stellt die wichtigste Grenze des (internen und externen) Weisungsrechts dar. Es besagt, dass die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat gegen jeden Verdächtigen einzuschreiten, den Sachverhalt zu erforschen und gegebenenfalls Anklage zu erheben (§§ 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO). Es handelt sich hierbei um eine spezi-

elle Ausformung der Bindung der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG. Das Legalitätsprinzip bindet auch die Justizministerien. Begrenzt wird das Weisungsrecht im Konkreten dadurch, dass der Anweisende nicht gegen die Vorschriften des § 258a StGB (Strafvereitelung im Amt), §§ 344 und 345 StGB (Verfolgung Unschuldiger) verstoßen darf. Eine Weisung ist zudem nur dann rechtmäßig, wenn sie keiner fehlerhaften Ermessensausübung unterliegt. Insoweit stellen das Willkürverbot und der Gleichbehandlungsgrundsatz ebenso wie das Verbot justizfremder Erwägungen Grenzen des Weisungsrechts dar. Das Gesetz lässt nur dort Raum für eine Weisung, wo dem Staatsanwalt bei der Ausübung der Tätigkeit in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum zusteht. Dementsprechend sind externe Einzelfall-Weisungen in der staatsanwaltschaftlichen Praxis sehr selten.

Fazit

Das externe Weisungsrecht hat seinen notwendigen Platz in unserem Staats- und Behördenaufbau. Es vermittelt parlamentarische Kontrolle und politische Verantwortung. Die Justizministerinnen und Justizminister sind an Recht und Gesetz gebunden. Ihnen pauschal politische Einflussnahme zu unterstellen, befremdet. Als politisch verantwortlicher Ressortminister stehen sie zudem unter kritischer Beobachtung von Medien, Öffentlichkeit und Opposition. Der Abschaffung der Befugnis der Landesjustizverwaltungen in den durch Gesetz und Recht gezogenen engen Grenzen einzelfallbezogene Weisungen zu erteilen, würde die Frage der parlamentarischen Kontrolle und politischen Verantwortung lediglich auf die Ebene der Generalstaatsanwaltschaften verlagern und im Ergebnis die Gefahr einer „politischen“ Staatsanwaltschaft eher vergrößern.

2. Zum Antrag „Stellung der Staatsanwaltschaften rechtsstaatlich reformieren“

- a) Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN geht zutreffend davon aus, dass die Staatsanwaltschaft als Teil der Exekutive in den hierarchischen Behördenaufbau eingegliedert ist und eine ununterbrochene demokratische Legitimation aller staatsanwaltlichen Entscheidungen über die parlamentarische Verantwortlichkeit des zuständigen Fachministers vermittelt wird.

Ziel des Antrags ist es, der Gefahr einer politischen Einflussnahme auf die Staatsanwaltschaft über das externe Einzelfall-Weisungsrecht hinreichend

auszuschließen. Da es gelte, bereits den Anschein politischer Einflussnahme entgegenzuwirken, sei das externe (ministerielle) Einzelfall-Weisungsrecht reformbedürftig. Dazu soll das externe Einzelfall-Weisungsrecht der Justizministerien gegenüber den jeweiligen Staatsanwaltschaften im Gerichtsverfassungsgesetz ausdrücklich auf evident rechtsfehlerhafte Entscheidungen sowie Fehl- oder Nichtgebrauch von Ermessen beschränkt und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die transparente Ausübung eines solchen Weisungsrechts konkret definiert werden.

- b) Eine Beschränkung des externen Einzelfall-Weisungsrechts auf evident rechtsfehlerhafte Entscheidungen sowie Fehl- oder Nichtgebrauch von Ermessen begegnet keinem durchgreifenden Bedenken, es würde lediglich den Status quo beschreiben. Das geltende Weisungsrecht hat bereits klare und enge Grenzen, die sicherstellen, dass seine Ausübung objektiven Erfordernissen entsprechen und frei von sachfremden Erwägungen sein muss. Auch das Ziel des Antrags, einem möglichen Anschein politischer Einflussnahme entgegenzuwirken, kann mit der Änderung wohl nicht erreicht werden, da das Weisungsrecht weiterhin besteht und letztendlich die Landesjustizverwaltung selbst zu entscheiden hätte, wann eine Entscheidung evident rechtsfehlerhaft ist oder ein Fehl- oder Nichtgebrauch von Ermessen vorliegt. Gegen die Behauptung einer politischen Einflussnahme würde auch eine geänderte Gesetzesfassung nicht schützen können.

Eine konkrete Definition der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die transparente Ausübung eines solchen Weisungsrechts erscheint meinerseits nicht erforderlich. Bereits jetzt sind Einzelfallweisungen als verfahrenslenkende Maßnahmen in der jeweiligen Verfahrensakte bzw. im Vorgang zu erfassen und damit für die Verfahrensbeteiligten transparent.

- c) Der Antrag umfasst des Weiteren die Aufforderung, die Zuständigkeit der Gerichte für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zu bestimmen. Zwar besteht daher bereits de lege lata eine gesetzlich bestimmte gerichtliche Zuständigkeit, gegen eine klarstellende Regelung im Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen IRG bestünde meinerseits jedoch keine durchgreifenden Bedenken.

Nach ganz überwiegender Meinung in Literatur und Rechtsprechung ergibt sich die Zuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszugs für den Erlass eines Europäischen Haftbefehls aus §§ 131 Abs. 1, 457 Abs. 3 i.V.m. § 77 Abs. 1 IRG (im Bereich der Strafvollstreckung) bzw. §§ 131 Abs. 1, 162 StPO i.V.m. §§ 78 Abs. 1, 77 Abs. 1 IRG (im Bereich der Strafverfolgung) sind die Gerichte zuständig für den Erlass eines europäischen Haftbefehls.

Es kommt zwar ganz vereinzelt vor, dass Gerichte ihre Zuständigkeit ablehnen, entsprechende Entscheidungen werden von den Obergerichten aber stets aufgehoben (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. V. 12.09.2019 – 2 WS 60/19; ebenso OLG Hamm, Beschl. V. 01.08.2019 – 2 WS 96/19; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.07.2019 – 1 Ws 203/19).

d) Zur Frage der Rechtsstellung des Generalbundesanwalts:

Die bayerischen Generalstaatsanwälte sind keine politischen Beamten. Die besondere Stellung des GBA mit einerseits eng begrenzten, andererseits z.T. politisch besonders wichtigen Zuständigkeiten (Terrorismusbekämpfung, Spionage) rechtfertigt aus meiner Sicht jedoch durchaus die Stellung eines politischen Beamten. Ein fehlendes Vertrauensverhältnis zwischen GBA und Bundesregierung würde die erforderliche Zusammenarbeit – wie die sogenannte netzpolitik.org Affäre hinreichend gezeigt hat – stark in Mitleidenschaft ziehen.

Eine Angleichung an die für die Europäische Generalstaatsanwältin geltende Regelung in Art. 14 der sogenannten EUStA-Verordnung wäre systemfremd. Das deutsche Recht kennt keine zeitlich befristeten Staatsanwälte. Eine nicht verlängerbare Amtszeit von 7 Jahren würde den Kreis der Bewerberinnen und Bewerber für den Generalbundesanwalt zudem auf die Generation „Ü-60“ reduzieren und wäre wenig sachgerecht. Eine Amtshhebung im Falle schweren Fehlverhaltens ist natürlich auch nach deutschem Rechtssystem möglich, das eher zähe und politisierte europäische Auswahlverfahren des Europäischen Generalstaatsanwalts scheint mir für eine Nachahmung wenig attraktiv zu sein.