



Gutachten

2008.9 (S. 161-177)

Stellungnahme zur Frage der Unterstellung der Bundesanwaltschaft

Niklaus Schmid, em. Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

Gutachten vom 28. Oktober 2007

Stichwörter: Aufsicht über die Bundesanwaltschaft; Aufsichtsmodelle (Bund und Kantone).

Mots clés: Surveillance du Ministère public de la Confédération; modèles de surveillance (Confédération et cantons).

Termini chiave: Vigilanza sul Ministero pubblico della Confederazione; tipologie di vigilanza (Confederazione e Cantoni).

Regeste:

1. Für die künftige Aufsicht über eine Staatsanwaltschaft im Allgemeinen wie der Bundesanwaltschaft im Besonderen soll ein Modell gewählt werden, bei welchem die Aufsichtskompetenzen in fachlicher und administrativer Hinsicht in der Hand einer Behörde vereinigt sind (ungeteilte Aufsicht) und zwar der Behörde, welche auch bezüglich der Festlegung der kriminalpolitischen Ziele, der zur Verfügung zu stellenden personellen und sachlichen Mittel sowie wenn möglich der Personalentscheide (Wahl und Entlassung; disziplinarische Befugnisse) zuständig und verantwortlich ist (Ziff. 4.1.-4.4.).

2. Bei der Abwägung der für und gegen die vorstehend skizzierten Aufsichtsmodelle sprechenden Argumente steht die Aufsicht durch die Exekutive, im Falle der Bundesanwaltschaft also durch den Bundesrat bzw. das EJPD im Vordergrund, überwiegen doch bei diesem Modell die dafür sprechenden eindeutig die dagegen sprechenden Überlegungen (Ziff. 5.2.1.). Den Verfahrensparteien steht angesichts der grossen Reichweite der in Art. 393 ff. StPO vorgesehenen Beschwerde bei verfahrensmässigem Verhalten der Bundesanwaltschaft der Zugang zu einem Gericht ohnehin offen (Ziff. 2.5.). Die in Art. 20 Abs. 1 des Vernehmlassungsentwurfs zum StBOG vorgesehene Unterstellung der Bundesanwaltschaft unter die Aufsicht des Bundesrats bzw. das EJPD erscheint folglich als eine in jeder Hinsicht sachgerechte Lösung. Die konkrete Umsetzung der Aufsicht durch das EJPD, also z.B. die prüfungswerte Frage des Beizugs auswärtiger Fachleute (Ziff. 5.2.6.), bleibt offen.

3. Nach Art. 20 Abs. 2 StBOG soll dem Bundesrat der Erlass genereller Weisungen erlaubt sein, was rechtlich nicht zu beanstanden ist und eine Optimierung der Aufsicht ermöglicht. Abs. 3 dieser Bestimmung setzt entsprechenden Einflussnahmen seitens politischer Gremien die erforderlichen Grenzen; sie gewährleistet die von Art. 4 Abs. 1 StPO garantierte Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde in ihrer rechtsanwendenden Tätigkeit. Bei der Umsetzung der Weisungsbefugnisse nach Abs. 2 des vorgeschlagenen Art. 20 StBOG wird der Bundesrat die gebotene Zurückhaltung walten lassen, um diese Unabhängigkeit nicht zu gefährden (Ziff. 2.4.2.-2.4.4.).

4. Es ist zu beachten, dass die Bundesanwaltschaft mit einer organisatorisch wie auch personell starken Führungsstruktur versehen wird. Der Bundesanwalt oder die Bundesanwältin sollte primär auf eine die Bundesanwaltschaft führende und kontrollierende Leitungsfunktion verpflichtet werden, und es ist sicherzustellen, dass die Einhaltung dieser Verpflichtungen von den Aufsichtsinstanzen angemessen überprüft wird (Ziff. 4.5.).

Regeste:

1. Il faut, pour la surveillance d'un Ministère public en général et pour celle du Ministère public de la Confédération en particulier, choisir un modèle qui confie la surveillance technique et administrative à une seule autorité – à savoir à l'autorité qui est aussi compétente et responsable pour la fixation des objectifs de la politique criminelle, pour les moyens en personnel et en matériel disponibles, et, si possible, pour les décisions relatives au personnel (nomination et licenciement; pouvoirs disciplinaires) (ch. 4.1. à 4.4.).

2. Suite à l'examen comparatif des avantages et des inconvénients des différents modèles de surveillance esquissés, la préférence va au modèle prônant une surveillance par le pouvoir exécutif, c'est-à-dire par le Conseil fédéral et le DFJP dans le cas du Ministère public de la Confédération. Les avantages de ce modèle l'emportent nettement sur ses inconvénients (ch. 5.2.1.). Du fait de la grande portée des possibilités de recours prévues aux art. 393 ss CPP, les parties à la procédure peuvent s'adresser à un tribunal même en l'absence de vices de procédure du Ministère public de la Confédération (ch. 2.5.). La soumission du Ministère public de la Confédération à la surveillance du Conseil fédéral et du DFJP, prévue à l'art. 20, al. 1, du projet de la LOAP mis en consultation, semble être à tous égards une solution adéquate. L'exercice concret de la surveillance par le DFJP, donc par exemple la question de la consultation d'experts externes (ch. 5.2.6.), doit encore être réglé.

3. Selon l'art. 20, al. 2, LOAP, le Conseil fédéral peut donner au Ministère public de la Confédération des instructions de portée générale, ce qu'il n'y a pas lieu de contester sur le plan juridique et qui permet d'optimiser la surveillance. L'art. 20, al. 3, LOAP fixe les limites nécessaires à l'influence d'organes politiques et garantit ainsi – comme que le prévoit l'art. 4, al. 1, CPP – l'indépendance du Ministère public de la Confédération en tant qu'autorité de poursuite pénale dans son activité d'application du droit. Lorsqu'il donnera des instructions au sens de l'art. 20, al. 2, LOAP, le Conseil fédéral fera preuve de la retenue nécessaire afin de ne pas mettre en danger cette indépendance (ch. 2.4.2. à 2.4.4.).

4. Il faut veiller à pourvoir le Ministère public de la Confédération d'une solide structure de conduite, tant sur le plan de l'organisation que sur celui du personnel. Le procureur général devrait être obligé d'avoir en premier lieu une fonction de conduite et de contrôle du Ministère public de la Confédération. Il faut garantir que le respect de cette obligation soit vérifié de manière appropriée par les organes de surveillance (ch. 4.5.).

Regesto:

1. Per la futura vigilanza su un ministero pubblico in generale, e in particolare il Ministero pubblico della Confederazione, deve essere scelto un modello per il quale le competenze di vigilanza tecnica e amministrativa sono riunite presso un'autorità (vigilanza non separata), ovvero un'autorità responsabile e competente anche per definire gli obiettivi di politica criminale, i mezzi in materiale e personale a disposizione nonché, per quanto possibile, le decisioni in materia di personale (nomina e licenziamenti; poteri disciplinari) (n. 4.1 - 4.4).

2. Nella valutazione degli argomenti pro e contro i modelli di vigilanza appena abbozzati è dato rilievo alla vigilanza da parte del potere esecutivo, nel caso del Ministero pubblico della Confederazione quindi da parte del Consiglio federale, rispettivamente del DFGP, ma per questo modello le riflessioni a favore prevalgono chiaramente su quelle a sfavore. Considerata la grande portata dei reclami previsti dall'art. 393 segg. del CPP in caso di comportamento conforme alla procedura del Ministero pubblico della Confederazione, le parti interessate dalla procedura possono in ogni caso adire un tribunale (n. 2.5). L'assoggettamento alla vigilanza del Consiglio federale, rispettivamente del DFGP, del Ministero pubblico della Confederazione previsto nell'art. 20 cpv. 1 del progetto posto in consultazione sulla LOAP appare di conseguenza come una giusta soluzione sotto tutti i punti di vista. L'attuazione concreta della vigilanza da parte del DFGP, quindi ad esempio la questione da esaminare sul ricorso a specialisti esterni (n. 5.2.6), rimane aperta.

3. Secondo l'art. 20 cpv. 2 LOAP il Consiglio federale può impartire istruzioni generali, il che non è giuridicamente contestabile e permette un'ottimizzazione della vigilanza. Il capoverso 3 di questa disposizione sancisce i limiti necessari all'ingerenza da parte degli organismi politici; garantisce l'indipendenza del Ministero pubblico della Confederazione contemplata dall'art. 4 cpv. 1 CCP come autorità per il perseguimento penale nella sua attività di applicazione del diritto. Nell'applicare il potere di impartire istruzioni di cui all'art. 2 dell'art. 20 LOAP proposto il Consiglio federale eserciterà il riserbo necessario per non pregiudicare questa indipendenza (n. 2.4.2 - 2.4.4).

4. Va osservato che il Ministero pubblico della Confederazione sarà dotato di una struttura dirigenziale rafforzata quanto a organizzazione e personale. Il procuratore generale dovrebbe prima di tutto essere tenuto ad assumere una funzione dirigenziale e di controllo e occorre assicurare che l'osservanza di questo obbligo sia adeguatamente verificata dalle autorità di vigilanza (n. 4.5).

Rechtliche Grundlagen:

- vgl. VPB 2008.8

Base juridique:

- voir JAAC 2008.8

Base giuridico:

- vede GAAC 2008.8
-

1. Fragestellung; Aufbau der Stellungnahme

1.1. Ausgangspunkt dieser gutachterlichen Stellungnahme sind die Ziff. 4. (S. 89 ff.) und vor allem die Schlussfolgerungen in Ziff. 19 (S. 96) im Bericht vom 4. September 2007 der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates zur administrativen Aufsicht über die Bundesanwaltschaft (im Folgenden: Bericht GPK). Im Anschluss an diesen Bericht und in Absprache mit Herrn Kollegen Georg Müller wird im Folgenden geprüft

von welcher oder welchen Behörden die Bundesanwaltschaft künftig überwacht werden sollte.

1.2. Da die Frage der Aufsicht in einem weiteren rechtlichen Kontext geprüft werden sollte, wird nachstehend zunächst in Ziff. 2 das rechtliche Umfeld dieser Unterstellung dargestellt. In einer Ziff. 3 wird hernach untersucht, welche Aufsichtsmodelle bisher in den Kantonen (die bisherige Regelung im Bund wird als bekannt vorausgesetzt, dazu Bericht GPK Ziff. 2.1.2, S. 10 f. und Gutachten Prof. Müller) vorhanden waren. In Ziff. 4 werden die zur Verfügung stehenden Aufsichtsmodelle präsentiert und anschliessend folgen in Ziff. 5 eine Bewertung dieser Modelle und in Ziff. 6 zusammenfassend entsprechende Empfehlungen.

1.3. Am 5. Oktober 2007 haben die eidgenössischen Räte die Schweizerische Strafprozessordnung (im Folgenden: StPO) verabschiedet. Diese regelt in Zukunft nicht nur die Verfahren in kantonaler Kompetenz; auch das Bundesstrafverfahren (bisher durch die Bundesstrafprozessordnung [BStP] geregelt) fällt unter die StPO. Die StPO ist somit künftig auch auf die durch die Bundesanwaltschaft (die in der StPO Staatsanwaltschaft des Bundes genannt wird) geführten Vorverfahren anwendbar. Wenn die nachfolgenden Ausführungen zumeist von Staatsanwaltschaft sprechen, ist deshalb stets die Bundesanwaltschaft miterfasst. An dieser Stelle ist beizufügen, dass die Unterstellung bzw. Beaufsichtigung der Staatsanwaltschaft naturgemäss kein allein den Bund betreffendes Problem darstellt, sondern in gleichem Masse die Kantone tangiert. Bekanntlich steht im schweizerischen Strafprozessrecht mit der StPO ein Systemwechsels hin zum Staatsanwaltschaftsmodell bevor. Die vorerwähnten Fragestellungen und damit die Zweckmässigkeit der bisher gebräuchlichen Unterstellungs- und Aufsichtsmodells bedürfen nicht nur im Bund, sondern auch in den Kantonen der genauen Überprüfung.

2. Rechtliches Umfeld der Unterstellung und der Aufsicht über die Staatsanwaltschaften

2.1. *Staatsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft: Ein «compositum mixtum», das eher der Exekutive zuzuordnen ist?*

2.1.1. Für die Beantwortung der nachstehend zu behandelnden Themen wie Unabhängigkeit und Weisungsrecht sowie hernach der sachgerechten Beaufsichtigung ist zunächst kurz die Stellung der Staatsanwaltschaft in der Trias staatlicher Tätigkeiten (Legislative, Exekutive und Judikative) zu beleuchten. Einerseits ist unbestritten, dass es sich bei der Staatsanwaltschaft um ein Justizorgan handelt; dies kommt u.a. darin zum Ausdruck, dass die StPO in Art. 12¹ ff. sie unter den Strafbehörden auflistet. Andererseits ist man sich darin einig, dass die Funktion der Staatsanwaltschaft als untersuchende und anklagende Behörde mit Blick auf die eingangs erwähnte Trias eher zur ausführenden Gewalt, jedenfalls nicht zur Judikativen

¹ Zitiert wird hier nach Referendumsvorlage in BBI 2007 6977 ff. Zum Ganzen vgl. sodann die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (im Folgenden zitiert als Botschaft) und dem entsprechenden Gesetzesentwurf in BBI 2006 1085 ff.

gehört². Im Anschluss an Betrachtungsweisen der Verhältnisse vorab in unsern Nachbarländern Frankreich, Deutschland und Österreich wird sogar z.T. die Ansicht vertreten, die Staatsanwaltschaft sei eine reine Verwaltungsbehörde³. Beigefügt sei, dass sich die StPO ebenso wie ihre Materialien zur Frage der staatsrechtlichen Stellung der Staatsanwaltschaft nicht äussern. Die Organisation der Strafbehörden und damit auch allenfalls eine präzisere staatsrechtliche Einordnung werden nach Art. 14 StPO dem Bund sowie den Kantonen überlassen.

2.1.2. Wenn die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in ihrer Funktion wie erwähnt auch eher jener der Exekutive angenähert ist oder je nach Betrachtungsweise sogar gänzlich zu dieser zu zählen ist, so folgt aus der vorerwähnten Organisationsfreiheit von Bund und Kantonen, dass die Staatsanwaltschaft nicht zwingend der Exekutive zu unterstellen ist. Die Bundesanwaltschaft ist zwar gemäss der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 17. November 1999⁴ zur Zeit Teil der Gesamtverwaltung («*Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung*») und damit automatisch der Exekutive zugeordnet. Es steht aber naturgemäss dem Gesetzgeber in Bund und Kantonen frei, im Rahmen der in Vorbereitung befindlichen Einführungsgesetzgebung zur StPO diese Rolle und damit die Unterstellung wie auch die Aufsicht neu zu definieren. An dieser Stelle sei nochmals auf Art. 14 StPO verwiesen, welcher Bund und Kantonen nicht nur die Freiheit einräumt, ihre Strafbehörden selbst zu organisieren, sondern nach Abs. 5 dieser Bestimmung auch deren Beaufsichtigung zu regeln. Bezogen auf die Bundesanwaltschaft sind demgemäss Modelle mit einem weitgehenden Einbau in organisatorischer wie auch aufsichtsmässiger Hinsicht in die Bundesverwaltung mit den erwähnten rechtlichen Vorgaben vereinbar. Ebenso möglich wären indessen Modelle mit einer vollständigen Unabhängigkeit von den andern Staatsgewalten und z.B. der Unterstellung unter die Aufsicht der eidgenössischen Räte, eines eidgenössischen Gerichts oder aber einer speziellen Justizaufsichtsbehörde, ein Modell, wie es in den Kantonen Fribourg, Genf und Tessin anzutreffen ist⁵. Anders formuliert: Die traditionelle Trias von gesetzgebender, verwaltender und rechtsprechender Gewalt bedeutet nicht, dass eine staatliche Tätigkeit wie jene einer Staatsanwaltschaft zwingend einer dieser drei Gewalten unterzuordnen ist. Eine andere Frage gerade mit Blick auf die Einordnung der Staatsanwaltschaft ist freilich jene nach der *Zweckmässigkeit der zu wählenden Unterstellung* (dazu nachfolgend Ziff. 4. und 5.).

2.2. Keine verfassungsmässig gewährleistete Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft; Probleme bei Unterstellung unter die Legislative bzw. die Judikative

2.2.1. Für die Stellung der Staatsanwaltschaften im Allgemeinen wie auch der Bundesanwaltschaft im Besonderen und ihrem Verhältnis zu den andern Staatsgewalten bestehen im übergeordneten Recht, namentlich in der Bundesverfassung oder etwa in der Europäischen Menschenrechtskonvention, keine Vorgaben. Insbesondere die *Unabhängigkeit* der Staatsanwaltschaft ist entgegen jener der Gerichte (für diese Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) grundrechtlich nicht garantiert⁶. Dies bedeutet, dass Modelle mit einer mehr oder weniger ausgeprägten Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Exekutive und damit faktisch einer

² Teilweise wird von «*Compositum mixtum*» oder von einer Behörde *sui generis* gesprochen, m.w.H. CHRISTOPH METTLER, Staatsanwaltschaft. Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation sowie Vorschlag zur Neuordnung, Basel/Genf/München 2000, 73 ff. Vgl. sodann ROBERT HAUSER/ERWIN SCHWERT/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, 97, die einerseits von der Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde sprechen, sie aber andererseits als Organ der Rechtspflege bezeichnen.

³ So von METTLER (Fn. 2) zusammenfassend in S. 232 ff.

⁴ So Titel vor Art. 25 ff., SR 172.213.1.

⁵ Im Kanton Genf etwa nach Art. 130 der Kantonsverfassung von 1847, wonach die gesamte „*pouvoir judiciaire*“ (wozu auch der Procureur général und die übrigen Strafverfolgungsbehörden zu zählen sind) von der gesetzgebenden und exekutiven Gewalt unabhängig ist.

⁶ Dazu statt Vieler NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 118, mit Hinweisen auf die Praxis und den Sonderfall, dass die Staatsanwaltschaft quasi-richterliche Funktionen übernimmt (so beim Erlass von Straf- oder Einziehungsbefehlen, Art. 355 ff., 384 ff. StPO).

fehlenden Unabhängigkeit nicht im Widerspruch zum übergeordnet Recht stehen⁷. Betrachtet man die Staatsanwaltschaft als Teil der Exekutive wird nebenbei bemerkt ebenfalls der Grundsatz der Gewaltentrennung nicht tangiert.

2.2.2. Mit der vorerwähnten Frage eng verknüpft ist die Frage, inwieweit *der Exekutive der Staatsanwaltschaft gegenüber ein Weisungsrecht* zusteht bzw. zustehen sollte. Teilweise wird die Meinung vertreten, das Weisungsrecht der Exekutive ergebe sich zwangsläufig und unabdingbar aus dem Charakter der Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde⁸. Der Blick in die Ordnungen unserer Nachbarländer Frankreich, Deutschland, Liechtenstein und Österreich mit weitgehenden Weisungsrechten seitens der vorgesetzten Ministerien⁹ zeigt, dass eine weisungsabhängige Staatsanwaltschaft durchaus mit einem rechtsstaatlichen Strafverfahren vereinbar ist. Auch in der Schweiz waren vor allem in früheren Jahrzehnten Regelungen bekannt, nach welchen die Kantonsregierungen ihren Staatsanwaltschaften allgemein, aber auch für die Führung konkreter Untersuchungen Weisungen erteilen konnten¹⁰. Die Rechtsentwicklung geht jedoch eindeutig in Richtung Unabhängigkeit, d.h. einer Beschränkung der Weisungsmöglichkeiten übergeordneter Behörden (nachfolgend Ziff. 2.3. und 2.4.)

2.2.3. Während eine Unterstellung der Staatsanwaltschaft unter die Exekutive mit Blick auf die grundrechtlichen Vorgaben hinsichtlich Unabhängigkeit und Gewaltentrennung soweit wenig Probleme verursacht, ist dies bei einer wie auch immer gearteten *Unterstellung der Staatsanwaltschaft unter die Legislative oder Judikative nicht ohne weiteres der Fall*. Ohne hier auf Einzelheiten einzugehen, ist festzustellen, dass zwar eine parlamentarische oder gerichtliche Oberaufsicht aus der Perspektive der Gewaltenteilung sowie (im Falle einer gerichtlichen Aufsicht) der richterlichen Unabhängigkeit je nach Ausgestaltung unproblematisch sein dürfte. Insbesondere eine parlamentarische Oberaufsicht über die Justiz und damit auch die Staatsanwaltschaften ist in der Schweiz allgemein verbreitet und nicht zuletzt dem Bund bekannt (vgl. nachfolgend Ziff. 5.2.4.). Die Gewaltenteilung sowie (vorab im Falle einer gerichtlichen Aufsicht) die richterliche Unabhängigkeit können indessen dann tangiert sein, wenn das Gericht im Rahmen einer eigentlichen Aufsicht, die über die eher generelle, eher politische Kontrolle im Sinne einer Oberaufsicht hinausgeht, konkrete Strafverfahren zu prüfen hat, mit denen es sich gleichzeitig oder später in seiner richterlichen Funktion befassen muss (dazu auch nachfolgend Ziff. 4.4., 5.2.2.)¹¹.

2.3. *Gewandelte Auffassungen zur Rolle der Staatsanwaltschaft und ihrer Unabhängigkeit von andern Staatsgewalten*

Die Stellung der Staatsanwaltschaft und ihr Verhältnis zur Exekutive werden heute differenziert betrachtet und Konzepte eines praktisch unbeschränkten Weisungsrechts nur noch vereinzelt vertreten¹². Der Trend zur Gewährung einer mindestens fallbezogenen Unabhängig-

⁷ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 2) 97, halten solche offensichtlich in gewissen Grenzen als für zulässig.

⁸ So METTLER (Fn. 2) 239, der sogar von einer «*Weisungslast*» der Regierung spricht.

⁹ Anders in Italien, wo nach Art. 104 Abs. 1 der Verfassung die *magistratura*, zu der auch die Staatsanwaltschaft gehört, von allen andern Staatsgewalt unabhängig ist; die Aufsicht nimmt in Italien ein Justizrat wahr (*Consiglio superiore della Magistratura*), dazu näher METTLER (Fn. 2) 36 ff.

¹⁰ Vgl. etwa § 28 der zürcherischen Strafprozessordnung in der Fassung vor der Revision von 2003: «Die für das Justizwesen zuständige Direktion oder der Regierungsrat können über die Einleitung und Durchführung von Strafprozessen von der Staatsanwaltschaft Bericht einfordern und ihr besondere Aufträge und Weisungen erteilen.» - Noch jetzt heisst es in § 91 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich in der Fassung vom 2003: Der Regierungsrat und die Direktion können der Oberstaatsanwaltschaft die Weisung erteilen, eine Strafverfolgung an die Hand zu nehmen, nicht aber sie zu unterlassen. Analoge Regelung in Basel-Stadt (§ 50 des Gesetzes betreffend Wahl und Organisation der Gerichte und richterlichen Beamten vom 27. Juni 1895), dazu METTLER (Fn. 2) 13, kritisch zu einem solchen Teilweisungsrecht DERS. 255 f.

¹¹ METTLER (Fn. 2) 71, 237 ff. hält dafür, dass eine richterliche Aufsicht über die Staatsanwaltschaft den Grundsatz der Gewaltenteilung verletze.

¹² So aber konsequent von Mettler (Fn. 2) 237 f., wobei auch dieser Autor gewisse Grenzen umreist, dazu ders. 250 ff.

keit ist unverkennbar¹³. So ist vor einigen Jahren das früher sehr weitgehende Weisungsrecht des Regierungsrats im Kanton Zürich¹⁴ stark eingeschränkt worden. Die gewandelten Ansichten finden ihren Ausdruck sodann in den Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates vom Oktober 2000 zur Rolle der Staatsanwaltschaft; diese versuchen – angesichts der grossen Unterschiede zwischen den Rechtssystemen der verschiedenen Ländern recht vorsichtig – die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft mindestens in der Behandlung der konkreten Fälle zu verstärken¹⁵. Bedeutsam für die schweizerische Rechtsentwicklung ist aber vor allem Art. 4 Abs. 1 StPO, der bestimmt, dass die Strafbehörden – und dazu gehört auch die Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 12 ff. StPO) – im Bereiche der Rechtsanwendung unabhängig und nur dem Recht verpflichtet sind, nach Abs. 2 allerdings unter Vorbehalt der gesetzlichen Weisungsbefugnisse. Soweit solche Weisungsbefugnisse (dazu anschliessend Ziff. 2.4.) nicht in einem Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind, geniesst also die Staatsanwaltschaft und folglich auch die Bundesanwaltschaft in ihrer Rechtsanwendung nach der Inkraftsetzung der StPO Unabhängigkeit, ohne dass es dazu einer weiteren gesetzlichen Vorschrift bedürfte.

2.4. Inwieweit können Staatsanwaltschaften der Weisungsbefugnis der Aufsichtsbehörden, namentlich der Exekutive, unterstellt werden?

2.4.1. Wenn Art. 4 StPO einerseits in Abs. 1 die Unabhängigkeit der Strafbehörden vorsieht, gleichzeitig aber in Abs. 2 Weisungsbefugnisse vorbehält, wird damit ein Interessengegensatz aufgetan. Dieser ist zu lösen, wozu die StPO selbst wenig Erhellendes beiträgt. Unproblematisch sind zunächst die Weisungsbefugnisse innerhalb hierarchisch geordneter Behörden wie Polizei oder Staatsanwaltschaft. Die Weisungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft der Polizei gegenüber finden sich ausdrücklich in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 StPO. Art. 12 des Vernehmlassungsentwurfs für ein BG über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 28. August 2007 (Im Folgenden StBOG) sieht innerhalb der Bundesanwaltschaft umfassende Weisungsrechte vor. Problematischer sind die Weisungsbefugnisse übergeordneter Aufsichtsbehörden, bei den hier vor allem interessierenden Staatsanwaltschaften jene von übergeordneten Exekutiven oder allenfalls Parlamenten bzw. Gerichten.

2.4.2. Es entspricht einer heute gefestigten Ansicht, dass die Möglichkeiten der Aufsichtsbehörde, namentlich bei einer Unterstellung unter die Exekutive, der Staatsanwaltschaft Weisungen zu erteilen, zu beschränken sind. Gelegentlich wird die Ansicht vertreten, die Staatsanwaltschaften müssten abgesehen von administrativen Belangen sogar völlige Unabhängigkeit geniessen. Manche bisherige schweizerische Verfahrensordnung basierte *expressis verbis* oder sinngemäss auf diesem Konzept¹⁶. Die zur Zeit für die Bundesanwaltschaft geltende Regelung von Art. 16 Abs. 4 BStP («Der Bundesanwalt und.....erfüllen ihre Aufgaben unabhängig von Weisungen der Wahlbehörden.») gewährt ebenfalls in diesem Sinne eine weitgehende Unabhängigkeit.

Eine derartige Unabhängigkeit ohne Weisungsbefugnisse ist aber keineswegs zwingend, und Art. 4 Abs. 1 StPO besagt denn auch allein, dass die Staatsanwaltschaften in der Rechtsanwendung, d.h. in der Bearbeitung konkreter Fälle, unabhängig sein müssen. In diesem Bereich dürfen sie nicht der Weisungsgewalt der Aufsichtsbehörde unterstellt werden. Die Botschaft zur StPO bringt dies wie folgt mit jeder Deutlichkeit zum Ausdruck: «Die Bestimmung stellt klar, dass es um die Unabhängigkeit der Rechtsanwendung geht. Damit sind

13 Eine Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft «in institutioneller und persönlicher Hinsicht» verlangt ebenfalls der Bericht GPK 96 (Empfehlung Nr. 5).

14 Vorne Fn. 10.

15 Recommendation Rec(2000)10, Rôle du Ministère public dans le système de justice pénale, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe 6 octobre 2000. In der gleichen Richtung Recommendation 1604(2003), adopté par la Commission permanente de l'Assemblée parlementaire le 27 mai 2003.

16 Zu den entsprechenden Ansichten Mettler (Fn. 2) 21. Vgl. tabellarische Übersicht über die Regelungen bei diesem Autor auf S. 18 und 19; daraus ergibt sich, dass ein Grossteil der kantonalen Prozessgesetze keine Weisungsbefugnisse vorsehen.

Eingriffe politischer Behörden in die konkrete Strafverfolgungstätigkeit der Staatsanwaltschaft unbedingt ausgeschlossen»¹⁷.

2.4.3. Abgesehen von der Behandlung der einzelnen anstehenden Fälle ist hingegen durchaus anerkannt (und ist im bereits erwähnten Abs. 2 von Art. 4 StPO Gesetz geworden), dass die Aufsichtsbehörde – namentlich die Exekutive in dieser Funktion – in allgemeinen Fragen und mit der notwendigen Zurückhaltung der Staatsanwaltschaft Weisungen erteilen kann, soweit dafür eine gesetzliche Basis vorhanden ist. Dies folgt daraus, dass die Staatsanwaltschaft insbesondere im Lichte des fortan geltenden Staatsanwaltschaftsmodells in ihrer Funktion teilweise «*verlängerter Arm*» der Exekutive ist, welcher in allgemeiner Weise die *Verbrechensbekämpfung obliegt und die damit auch Einfluss auf die Kriminalpolitik¹⁸ zu nehmen, ja diese letztlich zu definieren hat*. Die Exekutive ist dafür insoweit verantwortlich, als sie zusammen mit der Legislative die für die Verbrechensbekämpfung und damit auch die Dotierung der Strafverfolgungsbehörden erforderlichen finanziellen bzw. persönlichen Mittel bereitzustellen hat. Es ist deshalb unbestritten, dass es – bei Unterstellung der Staatsanwaltschaft unter die Exekutive – der Letzteren zusteht, den Strafverfolgungsbehörden kriminalpolitische Ziele und dabei zu beachtende Prioritäten vorzugeben. In diesem Sinne wurde im Jahre 2003 das früher praktisch unlimitierte Weisungsrecht der Zürcher Regierung eingeschränkt, offenbar ausgehend von einer schon früher geschaffenen Regelung im Kanton Basel-Stadt¹⁹. Übrigens hat es das Bundesgericht schon vor zwei Jahrzehnten als zulässig betrachtet, dass der Zürcher Regierungsrat der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit den sog. Zürcher Jugendunruhen des Jahres 1981 die Weisung erteilte, die entsprechenden Strafverfahren wegen «*Krawallfällen*» vordringlich zu behandeln²⁰.

2.4.4. In Art. 20 StBOG soll vorgesehen werden, dass «*der Bundesrat der Bundesanwaltschaft generelle Weisungen über die Wahrnehmung ihrer Aufgaben erteilen*» kann; nach Abs. 3 sind «*konkrete Anweisungen betreffend Einleitung, Durchführung und Abschluss einzelner Verfahren, Vertretung der Anklage vor Gericht und Ergreifung von Rechtsmitteln*» ausgeschlossen. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen sind die in Abs. 2 umrissenen Weisungsbefugnisse des Bundesrates durchaus sachgerecht und nicht zu beanstanden, zumal in Abs. 3 eine Einflussnahme auf konkrete Fälle ausgeschlossen ist²¹ und die von Art. 4 Abs. 2 StPO für Weisungen geforderte gesetzliche Grundlage geschaffen wird. Beigefügt sei, dass auch die in Art. 22 des vorerwähnten Entwurfes für das StBOG vorgesehene Möglichkeit, wonach das EJPD im Auftrag des Bundesrates oder von sich von der Bundesanwaltschaft über deren Tätigkeit Auskünfte einholen und Inspektionen durchführen kann, rechtlich nicht zu beanstanden ist. Das Gleiche gilt für die zu schaffende Befugnis, Einsicht in

¹⁷ Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1129.

¹⁸ Verbindliche Vorgaben des Bundesrates in kriminalpolitischer Hinsicht verlangt auch der Bericht GPK 97 (Empfehlung Nr. 6).

¹⁹ § 91 Abs. 3 des Zürcher Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung vom 27. Januar 2003: «*Der Regierungsrat kann für die Oberstaatsanwaltschaft und die Polizei Schwerpunkte der Strafverfolgung festlegen*»; analoge Regelung in Basel-Stadt. (§ 50 des vorne in Fn. 10 zitierten Organisationsgesetzes). Zu diesem § 19 mit seinem Weisungsrecht siehe auch vorne Fn. 10.

²⁰ BGE 107 Ia 254. In diesem Entscheid, in welchem es um die Frage der Unabhängigkeit des damaligen Bezirksanwalts (der noch Haftrichter war) ging, hielt das Bundesgericht das Erteilen «*bestimmter weiterer Weisungen genereller Natur*», sei es zur «*besseren organisatorischen Bewältigung gehäuft auftretender Fälle mit ähnlichem Charakter*», sei es «*im Hinblick auf eine gleichmässige Anwendung des Gesetzes*» unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit für unproblematisch.

²¹ Ob eine Weisung betreffend Einleitung eines Verfahrens die Unabhängigkeit im hier verstandenen Sinne tangiert, erscheint als fraglich, denn sie berührt die unabhängige Untersuchungsführung an sich nicht. Entsprechend sehen denn auch die Verfahrensordnungen von Basel-Stadt und Zürich (vorne Fn. 10, 19) vor, dass die Exekutive die Staatsanwaltschaft anweisen kann, ein Verfahren zu eröffnen. Allerdings ist die Problematik dadurch entschärft, dass die StPO künftig gegen die Weigerung der Staatsanwaltschaft, ein Verfahren zu eröffnen, eine Beschwerde des betroffenen Geschädigten zulässt. Aktuell werden kann diese Frage jedoch, wenn sich die Staatsanwaltschaft bei «*opferlosen*» Delikten wie z.B. Umweltschutz – oder Finanzmarktdelikten weigert, ein Verfahren zu eröffnen.

die entsprechenden Verfahrensakten zu nehmen, soweit dies zur Ausübung der Aufsicht erforderlich ist. Es liegt auf der Hand, dass eine wirksame Aufsicht ohne solche Auskünfte, Inspektionen sowie allenfalls eine auf das Notwendige beschränkte Akteneinsicht nicht möglich ist.

2.5. Aufsichtsfunktion der Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO

Verfahrenshandlungen der Strafbehörden und damit auch der Staatsanwaltschaften können nach der in absehbarer Zeit in Kraft tretenden Schweizerischen Strafprozessordnung (Art. 393 ff.) von den Parteien mit Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz von Kanton bzw. Bund (bei der Bundesanwaltschaft: Beschwerdekammern des Bundesstrafgerichts in Bellinzona) angefochten werden. Wesentlich ist, dass nicht nur Entscheide der Strafbehörden, sondern auch das verfahrensmässige Verhalten in einem weiten Sinne unter Einschluss von Unterlassungen und damit ebenfalls z.B. Verfahrensverzögerungen gerügt werden können. Die Beschwerde erhält damit auch die Funktion der sonst dem Verwaltungsrecht zuzuordnenden *Aufsichtsbeschwerde*. Im Anschluss an die zu ähnlichen kantonalen Regelungen geäussernten Ansichten²² ist anzunehmen, dass diese strafprozessuale Beschwerde die Aufsichtsbeschwerde in einem beachtlichen Masse verdrängt²³. Diese Hinweise erscheinen deshalb als wesentlich, weil – wie immer der Bundesgesetzgeber im vorgesehenen StBOG die Unterstellung und damit die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft regelt - für die Parteien eines Verfahrens in jedem Fall eine gerichtliche Überprüfung der Verfahrensführung durch die Staatsanwaltschaft mittels Beschwerde sichergestellt ist.

3. Überblick über die bisherige Aufsicht über die Staatsanwaltschaften von Bund und Kantonen; Tendenzen

3.1. Kurzer Überblick über die bekannten Modelle

In der Schweiz fanden sich bezüglich der Aufsicht über die Staatsanwaltschaften bisher hauptsächlich die vier folgenden Modelle²⁴, wobei hier nur deren Grundzüge, nicht aber die vielen Abweichungen in Details, aufgezeigt werden:

- *Aufsicht durch Exekutive*: Basel-Land, Aargau, Appenzell IRh, Appenzell ARh, Basel-Stadt, Schaffhausen, Solothurn, Waadt, Zürich (9 Kantone)
- *Aufsicht durch ein oberes kantonales Gericht*: Bern, Glarus, Graubünden, Jura, Neuenburg, Schwyz, Zug (7 Kantone)
- *Geteilte Aufsicht: Fachaufsicht durch eine (obere) richterliche Behörde, administrative Aufsicht durch Exekutive*: Bund; Luzern, Nidwalden, Obwalden, St.Gallen, Thurgau, Uri (7 Kantone)
- *Aufsicht durch Kantonsparlament*: Wallis (1 Kanton)
- *Aufsicht durch einen separaten Justizrat*: Freiburg, Genf, Tessin (3 Kantone)

²² Vgl. etwa zur soweit analogen bisherigen zürcherische Regelung des strafprozessualen Rekurses, die weitgehend identisch mit jener der Beschwerde nach StPO ist, und die weitgehend die (Aufsichts)Beschwerde absorbiert, SCHMID (Fn. 6) N 1019.

²³ So auch Botschaft (Fn. 1) 1312 oben. Deutlicher war der Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001, 261 Mitte: «... Damit stellt die Beschwerde ... ein umfassender Rechtsbehelf dar, der auch die nach einzelnen kantonalen Rechten mit einem besonderen Behelf (z.B. Aufsichts-, Rechtsverweigerungs-, Justizaufsichts- sowie ähnlich der Disziplinarbeschwerde) zu rügende Verhaltensweisen einschliesst....»

²⁴ *Grundlage*: Zusammenstellung der Bundeskanzlei über die Aufsicht über die Staatsanwaltschaften in den Kantonen, erstellt durch die Bundeskanzlei, Stand 28.9.2007. Eine umfassende und detaillierte Darstellung der Aufsichtsregelungen in Bund und Kantonen findet sich (wenn auch nicht mehr in allen Punkten à-jour und naturgemäss die StPO nicht berücksichtigend) bei METTLER (Fn. 2), 9 ff. – Unberücksichtigt bleiben Mechanismen der indirekten bzw. Oberaufsicht, z.B. durch das Parlament, die praktisch in allen Kantonen vorhanden sind.

3.2. *Summarische Würdigung dieser Modelle und ihrer Verbreitung; Tendenzen*

Die vorstehende, wie erwähnt vereinfachende Darstellung der in der Schweiz bekannten Unterstellungs- bzw. Aufsichtsmodelle zeigt, dass keines in seiner Verbreitung eindeutig vorherrscht. Im Vordergrund steht die Aufsicht durch die Exekutive, jene durch ein oberes kantonales Gericht oder aber die Aufteilung in administrative und fachliche Aufsicht.

Dabei lässt sich feststellen, dass in Kantonen, in denen *bisher das Untersuchungsrichtermode*ll (Trennung von Untersuchungs- und Anklagefunktion) gebräuchlich war, tendenziell eine gerichtliche bzw. geteilte Aufsicht vorherrscht. Dies lässt sich daraus erklären, dass die in vielen Kantonen als unabhängig betrachteten Untersuchungsrichter nicht der Exekutive unterstellt werden konnten²⁵. In den Kantonen, die schon *bisher das Staatsanwaltschaftsmodell oder ein vergleichbares System kannten*, findet sich eher eine Unterstellung unter die Exekutive. Der durch die StPO bewirkte gesamtschweizerische Übergang zum Staatsanwaltschaftsmodell könnte den Trend hin zur Unterstellung unter die Exekutive verstärken. Dies aus der Überzeugung heraus, dass einerseits eine geteilte Aufsicht nicht optimal ist (nachfolgend Ziff. 4.2, 4.3.), andererseits die Staatsanwaltschaft zwar eine Strafbehörde ist, ihre Tätigkeit jedoch näher bei der Exekutive als bei der Judikativen liegt (dazu vorne Ziff. 2.1.1., 2.1.2.). Bemerkenswert ist, dass etwa der Kanton Solothurn bei seinem kürzlich erfolgten vorgezogenen Wechsel vom Untersuchungsrichter- zum Staatsanwaltschaftsmodell (der nicht zuletzt im Ungenügen der früher in diesem Kanton bekannten geteilten Aufsicht begründet war) gleichzeitig den Wechsel zur Unterstellung unter die Exekutive vornahm²⁶.

4. Anforderungen an die Aufsicht aus der Sicht des unterzeichneten Gutachters

Vorbemerkungen

Bevor nachfolgend in Ziff. 5 die Vor- und Nachteile der verschiedenen in Diskussion stehenden Aufsichtsmodelle besprochen werden, sollen an dieser Stelle thesenartig die aus Sicht des unterzeichneten Experten im Vordergrund stehenden Anforderungen an eine Aufsicht über eine Staatsanwaltschaft dargestellt werden. Dabei sollen primär die langjährige Erfahrung des unterzeichneten Experten als Mitglied verschiedener Strafbehörden unterschiedlicher Kantone sowie seine Tätigkeit als Sachverständiger oder Gesetzesredaktor im Bereiche der Strafprozessgesetzgebung bzw. der Organisation von Strafbehörden im Bund sowie in diversen Kantonen einfließen.

Im Vordergrund stehen folgende Anforderungen:

4.1. *Fachliche Kompetenz des Aufsichtsorgans*

Es versteht sich von selbst, dass die Aufsicht über eine Staatsanwaltschaft Fachwissen erfordert, welches angesichts der immer komplexeren Verfahren, mit denen sich die Strafverfolgungsbehörden befassen müssen, nicht gering ist. Bezogen auf die Hauptaufgaben einer Staatsanwaltschaft (Führung des Vorverfahrens, Anklageerhebung bzw. Einstellung, Vertretung der Anklagen vor Gericht und den Rechtsmittelbehörden) muss sich dieses Fachwissen primär auf die vor allem kritische Phase des Vorverfahrens beziehen. Und dass die Beaufsichtigung der Bundesanwaltschaft, die sich schwergewichtig mit hochkomplexen Straffällen zu befassen hat, besonders anforderungsreich ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

²⁵ So auch die frühere Ordnung im Bundesstrafverfahren vor Übertragung der Aufsichtsbefugnisse an das Bundesstrafgericht: Die Untersuchungsrichter waren der Anklagekammer des Bundesgerichts, der Bundesanwältin bzw. die Bundesanwältin dem Bundesrat unterstellt.

²⁶ Per 1.1.2008 wechselt ebenfalls der *Kanton Zug* vorzeitig zum Staatsanwaltschaftsmodell. Die dort traditionell starke Führungs- und Aufsichtsrolle des Obergerichts (es ist z.B., wohl einzigartig in der Schweiz, allein zur Antragstellung beim Erlass von Gesetzen in Justizsachen usw. an den Kantonrat zuständig, also nicht der Regierungsrat) nicht geändert, d.h. es bleibt weiterhin Aufsichts- und Disziplinarbehörde über Staatsanwaltschaft und alle Gerichte.

Im Idealfall sollte die Aufsichtsbehörde dank ihrer fachlichen Kompetenz in der Lage sein, nicht nur vorhandene Mängel in der Amtsführung und ihre Ursachen zu erkennen, sondern auch konstruktiv zu deren Behebung beizutragen.

Zur zielgerichteten Wahrnehmung solcher Aufsichtsaufgaben gehört erfahrungsgemäss das Erfordernis, dass sich eine solche Instanz mit einer gewissen Regelmässigkeit mit den zu prüfenden Sachverhalten auseinandersetzen muss: Eine nur sporadisch tätig werdende Instanz oder eine solche mit zu breit gefächertem Aufgabenbereich kann sich das dafür notwendige Spezialwissen kaum aneignen.

4.2. Vereinigung der Aufsichtskompetenzen in möglichst einer Hand; keine geteilte Aufsicht
Erfahrungen in Bund und Kantonen belegen, dass zwar alle bisher bekannten Modelle funktionieren können. Hingegen zeigt sich, dass solche mit einer Aufteilung der Funktionen in fachliche und administrative Aufsicht gelegentlich zu Problemen führen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Abgrenzung der Materien erfahrungsgemäss schwierig ist und Kompetenzstreitigkeiten zu einer Lähmung der Aufsichtsmechanismen führen können. Abgrenzungsprobleme der vorstehend skizzierten Art waren in jüngerer Vergangenheit nicht nur auf Bundesebene, sondern auch in gewissen Kantonen zu erkennen. Es ist deshalb die Vereinigung aller Aufsichtsbereiche in der Hand der gleichen Behörde zu postulieren.

Mit diesem Postulat in engem Zusammenhang steht das Erfordernis einer

4.3. engen Einbindung der Aufsichtsinstanz in die Entscheidungsprozesse in personalrechtlicher und fachlicher Hinsicht

Aus der Aufsichtstätigkeit im Bereiche der Tätigkeit einer Strafbehörde folgen nicht selten konkrete Forderungen in sachlicher Hinsicht (organisatorische Änderungen bei den Behörden, ungenügende Ausstattung, Bedürfnis nach Änderung der rechtlichen Grundlagen) oder im persönlichen Bereich (unbefriedigende Arbeitsleistung einzelner Funktionäre; fehlende fachliche Eignung; Notwendigkeit von disziplinarischen Massnahmen). Sind die Aufsichtsbehörden nicht selbst zur Umsetzung des dergestalt festgestellten Handlungsbedarfs zuständig und verantwortlich, besteht die Gefahr, dass die sich solche aus der Aufsicht ergebenden notwendigen Vorkehren aus dem einen oder anderen Grund nicht getroffen werden. Es versteht sich von selbst, dass – fachliche Kompetenz vorausgesetzt – eine Beaufsichtigung durch jene Behörde, die für die Wahl der Staatsanwaltschaft ebenso wie für deren administrativen und disziplinarischen Belange und weiter für die Formulierung der generellen Ziele der Kriminalpolitik verantwortlich ist, am geeignetsten erscheint.

4.4. Vermeidung einer Gewaltenvermischung bzw. der Vorbefassung

Wie in Ziff. 2.2.1. ff. dargelegt überlässt Art. 14 StPO die Regelung Aufsicht über die Strafbehörden und die Einsetzung der dafür zuständigen Behörden Bund und Kantonen, und auch verfassungsrechtlich bestehen hierfür keine bindenden Vorgaben. Dementsprechend könnte im Anschluss an jetzt noch vorhandene kantonale und eidgenössische Regeln grundsätzlich eine Übertragung der Aufsichtsbefugnis über die Staatsanwaltschaft an ein Gericht ins Auge gefasst werden. Insbesondere bei der Zuweisung der Aufsicht an erstinstanzliche Gerichte und/oder aber solche, die sich im Zusammenhang mit dem gleichen Sachverhalt allenfalls auch auf dem Beschwerdeweg zu befassen haben, können sich Friktionen mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung oder aber Konstellationen der Vorbefassung (Richter kann sich nicht mit Angelegenheit befassen, mit der er sich schon in anderer Funktion auseinandersetzen hatte) ergeben. Fragen der Gewaltenteilung ergeben sich – wenn auch wohl eher auf mehr rechtstheoretischer Ebene – jedoch ebenfalls, wenn die Legislative mit (Ober-)Aufsichtsfunktionen betraut wird (vgl. schon vorne Ziff. 2.2.3.)²⁷.

4.5. Last but not least: Starke Stellung des Amtsleiters und Besetzung dieser Funktion mit einer führungsstarken und fachlich absolut sattelfesten Persönlichkeit

Die StPO räumt Bund und Kantonen in Art. 14 Abs. 3 nicht grundlos die Möglichkeit ein, General- oder Oberstaatsanwaltschaften zu schaffen. Es geschah dies aus der Überzeugung heraus, dass es abgesehen von kleinen Kantonen notwendig ist, für die Leitung der Strafver-

²⁷ Vgl. METTLER (Fn. 2) 22.

folgungsbehörden klare hierarchische Strukturen zu schaffen und vor allem eine einheitliche sowie straffe fachliche Leitung sicherzustellen. Die Zeit der Untersuchungsrichterämter oder Staatsanwaltschaften, die von einem Primus inter pares geleitet waren, dürfte vorbei sein. Unter Vorwegnahme der StPO haben in den vergangenen Jahren denn auch bereits die Kantone Solothurn, Zug und Zürich das Amt des Oberstaatsanwaltes eingeführt. Dem Oberstaatsanwalt obliegt primär die Leitung der Staatsanwaltschaften. Im Kanton Zürich befasst sich die Oberstaatsanwaltschaft mehrheitlich nur noch mit Leitungs- und Aufsichtsfunktionen. Mittlerweile dürfte auch die Bundesanwaltschaft eine Grösse erreicht haben, die nach einer Überprüfung der Führungsstrukturen ruft. Deren gegenwärtiger Stand ist dem Unterzeichneten nicht im Detail bekannt, und er weiss auch nicht, inwieweit die unter dem neuen Bundesanwalt vorgenommene Neuausrichtung der Bundesanwaltschaft mit dem offenbar nun vorhandenen Steuerausschuss bereits gegriffen hat. Der Unterzeichnete hat sich ebenfalls nicht mit dem Projekt EffVor²⁸ befasst. Es scheint aber, dass Art. 9 ff. des vorliegenden StOBG-Entwurfs die Voraussetzungen dafür schaffen könnten, dass der Bundesanwaltschaft zeitgemässe Führungsstrukturen verpasst werden. Diese werden es erlauben, dass sich der Bundesanwalt bzw. die Bundesanwältin künftig auf Überwachungs- und Leitungsfunktionen – neben der strategischen Führung vor allem bezüglich der hängigen Fälle – konzentrieren kann. Es versteht sich im Übrigen von selbst, dass die erfolgreiche Tätigkeit einer Amtsstelle wie die Bundesanwaltschaft mit den entsprechenden Führungsqualitäten des Bundesanwalts bzw. der Bundesanwältin steht und fällt. Meine Erfahrungen besagen zur Genüge, dass alle (ohnehin immer irgendwie hinterher hinkenden) Aufsichtsbemühungen unabhängig vom gewählten Modell versagen, wenn solche Strafverfolgungsbehörden von fachlich und führungsmässig ungeeigneten geleitet werden. Leider fehlt den zuständigen Aufsichtsinstanzen nicht selten der Mut, durchzugreifen und sich von ungeeigneten Amtsleitern zu trennen.

5. Einzelne Modelle der Aufsicht und ihre Vor- und Nachteile, vorab mit Blick auf die Bundesanwaltschaft

5.1. Zu den Vor- und Nachteilen der in Frage kommenden Aufsichtsmodelle im Allgemeinen
Vorstehend wurden in Ziff. 3 kurz die in der Schweiz bisher gebräuchlichen Modelle der Aufsicht über die Staatsanwaltschaften erwähnt. Es sind dies die Modelle, die bisher auch im Zentrum der Diskussionen rund um die künftige Aufsicht über die Bundesanwaltschaft standen. Wie schon erwähnt, können alle der möglichen Systeme funktionieren; Erfolg oder Misserfolg der einzelnen Aufsichtsmodelle hängen weitgehend von der Handhabung der Aufsichtsmechanismen und dem Zusammenspiel mit den beteiligten Strafbehörden ab. Die nachstehend aufgelisteten Vor- oder Nachteile der Modelle beruhen demgemäss auf einer eher abstrakten Betrachtungsweise, müssen jedoch auf ein konkret gewähltes System nicht notwendigerweise zutreffen. Offen bleiben muss auch die *Gewichtung der angeführten Vor- und Nachteile*.

5.2. Vor- und Nachteile der in Frage kommenden Aufsichtsmodelle im Einzelnen

5.2.1. Aufsicht durch die Exekutive

Hier wird die Aufsicht durch den Regierungs- bzw. Bundesrat oder aber durch das zuständige Departement ausgeübt.

Vorteile:

- Die Exekutive bestimmt im Verbund mit der Legislativen durch *Gesetzgebung, Budgetierung, Stellenpläne usw. weitgehend die Kriminalpolitik und ist für deren Durchsetzung verantwortlich*. Es ist deshalb nahe liegend, ihr auch die Aufsicht zuzuweisen (vorne Ziff. 2.4.3., 4.2. und 4.3.).
- Sie ist häufig für die *Wahl bzw. Anstellung* der Strafverfolgungsbehörden, namentlich der Staatsanwälte zuständig, allenfalls auch für *disziplinarische Massnahmen bis hin zur Entlassung*, die sich gestützt auf die Ergebnisse der Aufsicht aufdrängen.

²⁸ Dazu Bericht GPK S. 90 f.

- Auf Grund ihrer engeren Verbindung mit der Strafverfolgung sowie verwandten Gebieten (Strafvollzug, Rechtshilfe, aber auch die Rechtsetzungsbefugnisse in der Strafjustiz im weiteren Sinne) kann sie – namentlich das für die Justiz zuständige Departement – *rascher auf Vorkommnisse reagieren*, die ein aufsichtsrechtliches Einschreiten erfordern.

Nachteile:

- Es besteht die *Gefahr der Politisierung*, d.h., dass aus politischen Beweggründen in die Tätigkeit einer Staatsanwaltschaft eingegriffen wird. Entsprechende Vorkommnisse werden Ländern wie Italien und Frankreich (die eine starke Einbindung der Staatsanwaltschaften in die Justizministerien kennen) laufend berichtet.
- Die künftig geltende StPO zeichnet sich durch eine *relativ starke Stellung der Staatsanwaltschaft* aus²⁹. Man könnte argumentieren, diese Position werde durch Zuweisung der Aufsichtsbefugnisse an die Exekutive in unerwünschtem Masse weiter akzentuiert.
- Es ist zu prüfen, ob der *Exekutive die Fachkompetenz* zukommt, eine Strafbehörde wie die Bundesanwaltschaft wirkungsvoll zu beaufsichtigen. Beim Bundesrat selbst ist dies kaum der Fall; bezüglich des EJPD kann der unterzeichnete Experte diese Frage nicht zuverlässig beantworten.
- Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich aus Art. 20 Abs. 1 des Vernehmlassungsentwurfes zum StBOG faktisch wiederum eine an sich nicht *erwünschte Teilung der Aufsicht und Verantwortung zwischen Bundesrat und EJPD ergibt*, ein bei Wahl dieses Modells indessen wohl unvermeidliches Resultat.

5.2.2. Aufsicht durch ein (oberes) Gericht

Dieses Modell zeichnet sich dadurch aus, dass die Aufsicht durch ein Gericht ausgeübt wird, wobei dies in der Schweiz bisher (soweit ersichtlich mit Ausnahme des Bundesstrafgerichts im Falle der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft) durchwegs Gerichte auf oberer Stufe waren.

Vorteile:

- Dieses Modell scheint *prima vista die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde besser zu gewährleisten*, vor allem zum Schutze vor denkbarer politischer Beeinflussung seitens einer Exekutivbehörde.

Nachteile:

- Bei der Aufsicht durch ein Gericht ist gelegentlich eine *zu grosse sachliche Distanz* zwischen der Tätigkeit der involvierten Gerichte und der zu überprüfenden Staatsanwaltschaft festzustellen. Nicht selten kommt es vor, dass die Angehörigen oberer Gerichte zwar richterliche Erfahrung, jedoch keine solchen im Bereich der Strafverfolgungsbehörden besitzen. Diese Nachteile können freilich überwunden werden, indem einzelne Richter praktisch nur mit diesen Aufsichtsfunktionen betraut werden (in dieser Richtung etwa der Präsident der Anklagekammer des Kt. St.Gallen³⁰).
- Es können sich Probleme der *Gewaltentrennung, der Vorbefassung* bzw. der *Vermischung von rechtsprechender sowie aufsichtsrechtlicher Tätigkeit* ergeben (vorne Ziff. 2.2.3. und 4.4.).
- Eine solche Aufsicht wird wohl nur immer *ex post* wirksam. Die Gewaltenteilung verbietet es, dass *Gerichte z.B. allgemeine Weisungen*, so zu den von einer Staatsanwaltschaft zu setzenden Prioritäten, erlassen³¹ oder gar in konkreten Fällen Anweisungen geben, ja sich laufend mit hängigen Fällen zu befassen.

²⁹ Botschaft (Fn. 1) 1107.

³⁰ Aufsicht allerdings nur über das Untersuchungsverfahren, § 16 Abs. 1 StPO.

³¹ Anders nach dem vorerwähnten § 16 Abs. 1 der St.Galler StPO, wonach die Anklagekammer «...Strafverfolgungsbehörden...allgemeine Weisungen erteilen» kann, dazu näher NIKLAUS OBERHOLZER (ge-

- Es dürfte kaum in Frage kommen, die *administrativen Belange* einer gerichtlichen Aufsichtsbehörde zu übertragen, es sei denn, man lege praktisch alle Befugnisse im Bereiche der Justiz in die Hände eines Gerichts³². Je nach Ausgestaltung dürfte wiederum eine unerwünschte Spaltung der Aufsichtsbefugnisse die Folge sein.

5.2.3. Geteilte Aufsicht (Fachaufsicht durch Gericht, administrative Aufsicht durch Exekutive)
Dieses in der Schweiz bisher ziemlich verbreitete System zeichnet sich dadurch aus, dass die fachliche Aufsicht durch ein Gericht, die administrative Aufsicht durch eine Exekutivbehörde wahrgenommen wird.

Vorteile:

- Dieses Modell soll gewisse *Vorteile der beiden vorstehend beschriebenen Modelle der Exekutiv- bzw. Gerichtsaufsicht verbinden*. Es soll einerseits die Unabhängigkeit der Tätigkeit von Untersuchungs- und Anklagebehörden dadurch sichern, dass die Aufsicht im fachlichen Bereich einem Gericht übertragen wird. Dem Umstand, dass die Staatsanwaltschaft nicht unabhängige Behörden wie die Gerichte sind, sondern ihre Funktionen in Vielem eher der Exekutive angenähert sind, wird dadurch Rechnung getragen, dass sie administrativ der Exekutive unterstellt sind.

Nachteile:

- Ein wesentlich ins Gewicht fallender Nachteil der geteilten Aufsicht im vorerwähnten Sinne liegt darin, dass sich *diese beiden Bereiche* kaum genau trennen lassen und Kompetenzkonflikte vorprogrammiert sind (vgl. schon vorne Ziff. 4.2.). Dies zeigen die jüngsten Vorkommnisse im Bereiche der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft zur Genüge³³. Positive Kompetenzkonflikte, bei denen in einem konkreten Fall Gerichte und Exekutive ihre Zuständigkeit bejahen, sind dabei weniger bedenklich, da damit ein Konflikt entsteht, der regelmässig nach einer Lösung ruft. Bedenklicher sind negative Kompetenzkonflikte, bei denen Exekutive und Gericht ihre Zuständigkeit verneinen und deshalb keine handelt. Dies hat nach der Beobachtung des unterzeichneten Sachverständigen in mehreren Kantonen dazu geführt, dass Missstände andauerten und nicht behoben wurden.

5.2.4. Aufsicht durch das Parlament

Bereits jetzt steht der Bundesversammlung nach Art. 169 BV die Oberaufsicht über den Bundesrat, die Bundesverwaltung (und damit auch die Bundesanwaltschaft) sowie die eidgenössischen Gerichte³⁴ zu. Denkbar, ja wünschenswert wäre jedoch eine darüber hinaus gehende, nähere Aufsicht durch das Parlament.

Vorteile:

- Eine Aufsicht durch die *Bundesversammlung, die unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen im Bund die oberste Gewalt* ausübt (Art. 148 Abs. 1 BV) könnte angesichts der bedeutsamen Tätigkeit der Bundesanwaltschaft als wünschbar erscheinen.

Nachteile:

- Eine Oberaufsicht im eingangs geschilderten Sinne ist vorab eine *übergeordnete und eine politische, die schon von ihrem Begriff her gesehen eine direkte Aufsicht durch ein anderes Organ voraussetzt*. Eine solche Oberaufsicht erlaubt eine allgemeine Kontrolle der zu beaufsichtigenden Behörde und allenfalls eine Kritik des Verhaltens

genwärtiger Präsident der Anklagekammer), Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, N 137 ff., wobei sich diese Weisungen offensichtlich auf das Untersuchungsverfahren (vgl. Fn. 30) beschränken müssen.

³² So in etwa das Modell des Kantons Zug, vorne Fn. 26.

³³ Dazu Bericht GPK 91 ff.

³⁴ Vgl. Art. 169 Abs. 1 BV. Für das Bundesgericht vgl. sodann Art. 3 BGG. Bundesstraf- und Bundesverwaltungsgericht unterstehen hingegen der Aufsicht des Bundesgerichts, dazu Art. 17 Abs. 4 lit. g BGG.

derselben. Sie gestattet jedoch nicht, in den Geschäftsgang einzugreifen, Entscheide zu korrigieren oder allgemeine Weisungen zu erteilen³⁵. Es fehlen Sanktionen, wenn die zu beaufsichtigende Instanz, in unserem Falle die Bundesanwaltschaft, den Beanstandungen nicht Rechnung trägt³⁶. Es versteht sich von selbst, dass dies alles einer effizienten Aufsicht über eine Amtsstelle wie die Bundesanwaltschaft wenig dienlich ist. In Frage käme deshalb nur *eine weitergehende, engere Beaufsichtigung, so durch eine parlamentarische Kommission oder Delegation*, wie dies bereits im Vorfeld der Schaffung des StBOG diskutiert wurde.

- Auch bei einer Beaufsichtigung durch eine Parlamentsdelegation o.ä. ist es fraglich, ob die zur Beaufsichtigung der ausserordentlich komplexen Tätigkeit der Bundesanwaltschaft erforderliche *fachliche Kompetenz* (Ziff. 4.1.) sichergestellt werden könnte. Da eine solche direkte parlamentarische Aufsicht kaum ohne Beizug externer Fachleute zu bewerkstelligen wäre, müsste wohl ein Modell gesucht werden, welches dem noch zu besprechenden Justizrat (Ziff. 5.2.5.) nahe kommt.
- Wie bei den vorstehend angesprochenen Varianten der Beaufsichtigung durch Gerichte oder einen Justizrat ergeben sich vorab aus dem Prinzip der Gewaltenteilung verschiedene *Hemmnisse, die einer umfassenden und effizienten Beaufsichtigung durch das Parlament bzw. eine Abordnung desselben im Wege stehen könnten* (Fokussierung auf die Kontrolle des bereits Geschehenen, keine Einflussnahme auf Behandlung konkreter Fälle, keine generellen Weisungen, keine direkte Einflussnahme auf administrative, vor allem personelle Belange usw., sondern nur Weitergabe von Empfehlungen an andere Behörden, womit im Ergebnis wohl wiederum eine Teilung von Aufsicht und Verantwortung dafür einträte).
- Die bei der Aufsicht durch die Exekutive signalisierte *Gefahr der Politisierung* besteht naturgemäss auch bei einer parlamentarischen Aufsicht.

5.2.5. Aufsicht durch Justizrat

Es fällt auf, dass sich das Institut eines von allen andern staatlichen Organen unabhängigen Justizrats als Aufsichtsinstanz über die Staatsanwaltschaft (und die Gerichte) in den drei in Ziff. 3.1. erwähnten Kantonen erst in den letzten zehn Jahren etabliert hat, also eine relativ neue Einrichtung ist. Die Aufsicht durch diesen Justizrat ist das Gegenstück zur Unabhängigkeit der Justiz von den andern Staatsgewalten von Legislative und Exekutive.

Vorteile:

- Ein Justizrat kann, soweit er fachkundig ist (Ziff. 4.1.), ohne Zweifel eine *unabhängige Aufsicht über Strafbehörden und insbesondere eine Staatsanwaltschaft sicherstellen*.

Nachteile:

- Es muss eine *neue Behörde geschaffen werden*. Ob die Schaffung eines solchen Rates für die Bundesanwaltschaft allein zweckmässig ist, muss bezweifelt werden. Die in den Kantonen Freiburg, Genf und Tessin tätigen Justizräte beaufsichtigen soweit ersichtlich die Justiz als Ganzes. Ob es sinnvoll wäre, im Bund alle Justizbehörden (also Bundesgericht, Bundesstrafgericht, Bundesverwaltungsgericht und Bundesanwaltschaft) einer solchen Behörde zu unterstellen, wäre zu prüfen. Ein solcher relativ tiefgreifender Systemwechsel bedürfte jedenfalls eines grösseren gesetzgeberischen Aufwandes.
- Da dem Justizrat wohl kaum Kompetenzen im *Bereich des eher Administrativen* (Budgethoheit, Stellenpläne, aber auch Anstellung und Entlassung der Funktionäre usw.) oder zur Festlegung der kriminalpolitischen Zielsetzungen eingeräumt werden könnten, bestünde die Gefahr, dass sich daraus wieder eine vorstehend (Ziff. 4.2., 4.3.) als *nachteilig erkannte Zweiteilung* der Aufsicht und damit der Verantwortung ergeben könnte.

³⁵ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005 N 1538 unter Verweis auf VPB 52 (1988) Nr. 53 S. 318. Zur parlamentarischen Aufsicht gegenüber Verwaltungsbehörden ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 41 ff.

³⁶ Für die parlamentarische Aufsicht über die Verwaltung vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 35) N 44.

- Wie bei der gerichtlichen Aufsicht (Ziff. 5.5.2.) könnte es sich als Nachteil erweisen, falls ein solcher *Justizrat zwar in Einzelfällen* eingreifen könnte, es ihm jedoch verwehrt wäre, die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im Allgemeinen durch Weisungen zu beeinflussen und damit z.B. auch die Kriminalpolitik zu gestalten. Die Effizienz eines solchen Aufsichtsmodells dürfte weiter davon abhängen, ob einem solchen Justizrat disziplinarrechtliche Befugnisse hin bis zur Auflösung von Dienstverhältnissen eingeräumt werden, was personalrechtlich wohl kaum realisierbar wäre. Wenn nicht, ergäbe sich faktisch wiederum eine Teilung des Aufsichtsrechts und der entsprechenden Verantwortung.

5.2.6. *Mischsysteme*

Es versteht sich von selbst, dass Mischsysteme in zahlreichen Varianten denkbar sind, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann. Bedenkenswert ist in diesem Zusammenhang der Hinweis im Erläuternden Bericht des EJPD zum Vorentwurf vom 22.8.2007 zu dem vorne in Ziff. 2.4.1. erwähnten StBOG (Ziff. 2.2.2. a.E., S. 10 oben), wonach denkbar ist, die Aufsicht zwar der Exekutive zuzuordnen, für die Durchführung der Aufsicht in Anwendung von Art. 57 Abs. 1 RVOG aber externe Fachleute einzusetzen. Ein solcher Einsatz hätte nach Weisungen sowie unter Verantwortung des EJPD bzw. des Bundesrates zu erfolgen. Eine solche Lösung böte verschiedene Vorteile (z.B. keine Gesetzesänderung bzw. neue Behörde nötig; flexibler Einsatz von Fachpersonen je nach Aufsichtsbedürfnissen; enge Einbindung in die Aufsichtsstruktur des EJPD möglich usw.).

6. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

Nach Überzeugung des Unterzeichneten muss für die künftige Aufsicht über eine Staatsanwaltschaft im Allgemeinen wie der Bundesanwaltschaft im Besonderen

6.1. ein Modell gewählt werden, bei welchem die Aufsichtskompetenzen in fachlicher und administrativer Hinsicht in der Hand einer Behörde vereinigt sind (ungeteilte Aufsicht) und zwar der Behörde, welche auch bezüglich der Festlegung der kriminalpolitischen Ziele, der zur Verfügung zu stellenden personellen und sachlichen Mittel sowie wenn möglich der Personalentscheide (Wahl und Entlassung; disziplinarische Befugnisse) zuständig und verantwortlich ist (Ziff. 4.1.-4.4.).

6.2. Bei Abwägung der für und gegen die vorstehend skizzierten Aufsichtsmodelle sprechenden Argumente steht die Aufsicht durch die Exekutive, im Falle der Bundesanwaltschaft also durch den Bundesrat bzw. das EJPD im Vordergrund, überwiegen doch bei diesem Modell die dafür sprechenden eindeutig die dagegen sprechenden Überlegungen (Ziff. 5.2.1.). Erwähnt sei an dieser Stelle nochmals, dass den Verfahrensparteien angesichts der grossen Reichweite der in Art. 393 ff. StPO vorgesehenen Beschwerde bei verfahrensmässigem Verhalten der Bundesanwaltschaft der Zugang zu einem Gericht ohnehin offen steht (Ziff. 2.5.). Die in Art. 20 Abs. 1 des Vernehmlassungsentwurfs zum StBOG vorgesehene Unterstellung der Bundesanwaltschaft unter die Aufsicht des Bundesrats bzw. das EJPD erscheint folglich als eine in jeder Hinsicht sachgerechte Lösung. Die konkrete Umsetzung der Aufsicht durch das EJPD, also z.B. die prüfungswerte Frage des Beizugs auswärtiger Fachleute (Ziff. 5.2.6.), bleibe an dieser Stelle offen.

6.3. Abs. 2 des vorgenannten Art. 20 StBOG soll dem Bundesrat den Erlass genereller Weisungen erlauben, was rechtlich nicht zu beanstanden ist und eine Optimierung der Aufsicht ermöglicht. Abs. 3 dieser Bestimmung setzt entsprechenden Einflussnahmen seitens politischer Gremien die erforderlichen Grenzen; sie gewährleistet die von Art. 4 Abs. 1 StPO garantierte Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde in ihrer rechtsanwendenden Tätigkeit. Bei der Umsetzung der Weisungsbefugnisse nach Abs. 2 des vorgeschlagenen Art. 20 StBOG wird der Bundesrat die gebotene Zurückhaltung walten lassen, um diese Unabhängigkeit nicht zu gefährden (Ziff. 2.4.2.-2.4.4.).

6.4. Dabei wird auch zu beachten sein, dass die Bundesanwaltschaft mit einer organisatorisch wie auch personell starken Führungsstruktur versehen wird. Der Bundesanwalt oder die Bundesanwältin sollte primär auf eine die Bundesanwaltschaft führende und kontrollierende Leitungsfunktion verpflichtet werden, und es ist sicherzustellen, dass die Einhaltung dieser Verpflichtungen von den Aufsichtsinstanzen angemessen überprüft wird (Ziff. 4.5.).

**JAAC 2008.9 - Stellungnahme zur Frage der Unterstellung der Bundesanwaltschaft,
Gutachten vom 28. Oktober 2007**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2008
Année	
Anno	
Band	-
Volume	
Volume	
Seite	161-177
Page	
Pagina	
Ref. No	150 000 155

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.