



Stellungnahme Nr. 31 April 2021

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften und der strafrechtlichen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender
RA Prof. Dr. Jan Bockemühl
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Prof. Dr. Björn Gercke
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RA Prof. Dr. Holger Matt
RAin Anke Müller-Jacobsen
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Tido Park
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Anne Wehnert
RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin
RA Frank Jahnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Krimi-
nalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

A. Einleitung

I. Anlass des Gesetzesentwurfes

1. Der EuGH entschied im Mai 2019, deutsche Staatsanwaltschaften könnten keine „ausstellende Behörde“ i.S.v Art 6 Abs. 1 RBEUHb¹ sein. Zwar seien sie der Objektivität verpflichtet. Doch könnten sie bei ihrer Entscheidung über die Ausstellung des Europäischen Haftbefehls von der Exekutive beeinflusst werden, da nach §§ 146, 147 Nr. 1 und 2 GVG die Gefahr ministerieller Einzelweisungen bestehe. Art. 6 Abs. 1 setze aber voraus, dass die „ausstellende Justizbehörde“ die Gewähr für ein unabhängiges Handeln im Rahmen der Ausstellung eines solchen Haftbefehls biete.² Im November 2020 wurde diese Rechtsprechung konsequent auf den Begriff „vollstreckende Behörde“ in Art. 6 Abs. 2 RBEUHb übertragen.³
2. Die Praxis behilft sich seither zur Vermeidung eines auslieferungsrechtlichen Stillstandes damit, dass unter Rückgriff auf §§ 131 Abs. 1, 457 Abs. 3 StPO die hiesige inländische Befugnis angenommen wird, einen richterlichen EuHB auszustellen,⁴ also trotz § 74 Abs. 1 IRG vom Vorliegen einer schließbaren Regelungslücke ausgeht.

II. Ziel des Gesetzesentwurfes

Der Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften und der strafrechtlichen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union verfolgt das Ziel, die Handlungsfähigkeit der deutschen Staatsanwaltschaften als eigenständige Akteure im Bereich der Ausstellung und Vollstreckung Europäischer Haftbefehle sowie sämtlicher sonstiger Instrumente der justiziellen Zusammenarbeit innerhalb der Europäischen Union zu sichern, indem er die Staatsanwaltschaft für den Sektor der strafrechtlichen Zusammenarbeit vom ministeriellen Einzelweisungsrecht freistellt. Der Referentenentwurf schlägt ferner vor, in § 147 GVG die engen rechtlichen Grenzen des Weisungsrechts klarzustellen. Außerdem ist vorgesehen, ein Schriftlichkeits- und Begründungserfordernis für sämtliche externen Weisungen⁵ einzuführen.

¹ Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26.2.2009 geänderten Fassung.

² EuGH v. 27.5.2019, C – 509/18 PPU und C – 82/19 PPU = StV 2019, 628; PPU = procédure préjudicielle d'urgent (Verfahren für Vorabentscheidungsersuchen); das Verfahren betraf die Staatsanwaltschaften Lübeck und Zwickau. Übersicht zur Rechtslage bei den Staatsanwaltschaften anderer Mitgliedsstaaten bei *Böhm* NZWiSt 2019, 325 (329 ff.).

³ EuGH v. 24.11.2020, C - 510/19 PPU = BeckRS 2020, 31838.

⁴ OLG Hamm, BeckRS 2019, 17146; OLG Frankfurt NStZ-RR 2019, 356; OLG Zweibrücken NJW 2019, 2869; LG Bamberg, BeckRS 2019, 17260; zustimmend *Ambos*, JZ 2019, 732 (735 bei Fn. 34); *Böhm* NZWiSt 2019, 325 (328); *ders.* NStZ 2020, 204 (206); BeckOK-StPO/*Inhofer*, Art. 6 Rb-EuHB Rn 1.

⁵ Das sog. externe Weisungsrecht meint das des Justizministers (§ 147 Nr. 1 und Nr. 2 GVG), der selbst kein Staatsanwalt ist; deshalb „extern“. Die entsprechende Befugnis des Generalstaatsanwalts und des Leitenden

III. Wesentliche Inhalte des Gesetzesentwurfs

Der Entwurf sieht eine Änderung des § 147 GVG vor. Die bisherige Fassung wird Absatz 1. Sodann sollen drei weitere Absätze angehängt werden, die wegen ihrer Kürze der Einfachheit halber zitiert werden:

(2) Weisungen durch Vorgesetzte nach Absatz 1 haben den Legalitätsgrundsatz (§ 152 Abs. 2 StPO) zu beachten und sind nur zulässig, soweit in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum besteht, sowie im Bereich der Ermessensausübung. Sie ergehen frei von justizfremden Erwägungen.

(3) Weisungen durch Vorgesetzte nach Abs. 1 Nr. 1 und 2 sind schriftlich zu erteilen und zu begründen. Ist dies aus besonderen Gründen nicht möglich, so ist die mündlich erteilte Weisung spätestens am folgenden Tage schriftlich zu bestätigen und zu begründen.

(4) Auf Einzelfälle bezogene Weisungen durch Vorgesetzte nach Abs. 1 Nr. 1 und 2 sind unzulässig, wenn sie Entscheidungen nach dem Achten bis Elften und Dreizehnten Teil des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen betreffen.

IV. Zusammenfassende Bewertung

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt das nach der Judikatur des EuGH erforderliche Gesetzesvorhaben. Der Gesetzesvorschlag geht jedoch über das gebotene Maß hinaus. Das erscheint nicht nur unnötig, sondern gefährdet die notwendig hierarchische Struktur der Staatsanwaltschaften. Auch sonst überzeugt der Entwurf, was das GVG anbetrifft, nicht in allen Punkten.

Es kommt hinzu, dass die gebotene klare gesetzliche Regelung richterlicher Zuständigkeit für den Erlass eines EuHB fehlt (dazu **B.V.**).

B. Ausgestaltung und Bewertung der vorgeschlagenen Änderungen im Einzelnen

I. Zur grundsätzlichen Beibehaltung des Weisungsrechts

Die **grundsätzliche** Beibehaltung des Weisungsrechts ist zu begrüßen.

1. Für das interne Weisungsrecht versteht sich das nahezu von selbst: Der jeweilige Behördenleiter darf nach § 145 Abs. 1 GVG die Amtshandlungen selbst übernehmen (Devolutionsrecht) oder einen anderen Staatsanwalt mit der Wahrnehmung beauftragen (Substitutionsrecht). Es ist daher ein Gebot der Verfahrensökonomie, dass er – gleichsam als milderer Mittel – dann auch Weisungen erteilen darf.⁶ So stellt das interne Weisungsrecht die effiziente Umsetzung des Gesetzes durch einheitliche Rechtsanwendung der einzelnen Staatsanwälte sicher.⁷ Die konkret vorgeschlagene Regelung in § 147 Abs. 2 GVG-RefE wird dem allerdings nicht gerecht; dazu unten **B.II.**

Oberstaatsanwalts wird dem gegenüber als „internes Weisungsrecht“ bezeichnet; vgl. nur *Bölter*, Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der BRAK, 2006, S. 293 (295); HK-StPO/*Schmidt*, § 146 GVG Rn. 1.

⁶ Treffend *Paeffgen*, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 563 (566).

⁷ MüKo-StPO/*Brocke*, § 146 GVG Rn. 31; *Roxin* DRiZ 1997, 109 (118); SK-StPO/*Wohlers*, § 146 GVG Rn. 3.

2. Aber auch gegen die grundsätzliche Beibehaltung des externen Weisungsrechts ist trotz Missbrauchsmöglichkeiten nichts zu erinnern, denn sie erscheinen mit Blick auf § 147 Abs. 3 GVG-RefE (dazu unten III.1.) nur theoretisch.
- a) Zwar dürfte die Kritik an der externen Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft so alt sein wie die Institution selbst.⁸ Insoweit wurde nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wesentlich auf das Gewaltenteilungsprinzip und Art. 92 GG abgestellt: Die Bestimmungen der §§ 146, 147 GVG würden dem Gewaltenteilungsprinzip „hohnlächeln“.⁹ Auch gehöre die Staatsanwaltschaft zu den Organen der rechtsprechenden Gewalt, der entsprechend Art. 92 GG Unabhängigkeit auch gegenüber politischer Einwirkung zustehen müsse.¹⁰

Beide Positionen werden aber heute unter Hinweis auf den Wortlaut des Art. 92 GG nicht mehr vertreten. Dort ist ausdrücklich vom Richter die Rede, dem die rechtsprechende Gewalt anvertraut ist. Im Übrigen wäre eine Gleichsetzung auch mit der Funktion der Staatsanwaltschaft nicht vereinbar. Denn sie bereitet lediglich den Tatsachenstoff auf, entscheidet aber nicht als unparteiischer Dritter. Die de lege lata nicht bestehende Möglichkeit, einen Staatsanwalt wegen Besorgnis der Befangenheit abzulösen, bestätigt den Befund. Unabhängigkeit gewährt das deutsche Recht nur den Richtern (Art. 97 GG), nicht Staatsanwälten.¹¹

Aber auch das Gewaltenteilungsprinzip steht dem externen Weisungsrecht nicht entgegen. Im Gegenteil: Das Demokratieprinzip fordert es. Aus Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ergibt sich, dass - soweit das Grundgesetz nicht selbst Ausnahmen zulässt - jede Staatsgewalt demokratisch legitimiert sein muss. Die daraus abgeleitete parlamentarische Verantwortung gebietet einen sachlichen Einfluss der Regierung auf die Tätigkeit der Staatsanwaltschaften.¹² Die parlamentarische Kontrolle der Exekutive, der auch die Staatsanwaltschaft zuzurechnen ist, setzt nämlich zwingend eine Verantwortungskette von jedem einzelnen Beamten bis hin zum Parlament voraus. Im Falle eines Staatsanwaltes bei der Staatsanwaltschaft des Landes reicht sie von dem einzelnen Dezernenten über den Leitenden Oberstaatsanwalt und den jeweiligen Generalstaatsanwalt sowie den Landesminister der Justiz bis hin zum Ministerpräsidenten. Er muss mit seinem Justizminister dem Landtag Rede und Antwort stehen und unterliegt so unmittelbarer parlamentarischer Kontrolle. Schaffte man das externe Weisungsrecht hingegen gänzlich ab, könnte er nicht mehr für das Handeln seiner Beamten (Art. 33 Abs. 4 GG iVm den jeweiligen LBG) zur Verantwortung gezogen werden. Das eine setzt das andere voraus.¹³ Schließlich spricht für das externe Weisungsrecht, dass im Falle seiner Abschaffung dem Bürger bei Beschwerden gegen die (Un-)Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, etwa gegen ablehnende Bescheide des Generalstaatsanwalts (z.B. Klageerzwingungsverfahren), die Möglichkeit einer weiteren Dienstaufsichtsbeschwerde zum Ministerium, und somit „eine Instanz“ genommen würde.

⁸ Neumann, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 197.

⁹ Dohmen ZRP 1996, 192.

¹⁰ Kohlhaas, Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, 1963, 36 ff.; Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund DRiZ 1968, 357 (362), dazu Schaefer, Festschrift für R. Hamm, 2008, 643 (647 f.).

¹¹ Darauf weisen zutr. LR-StPO/Boll, § 146 Rn. 8; Dallmeyer, Festschrift für Ulfried Neumann, 2017, 1297; Paeffgen (Fn. 5), S. 563 (568).

¹² RefE Begründung, S. 6 f.; ohnehin h.M., etwa: LR-StPO/Boll, § 146 Rn. 8; Bölter (Fn. 4), S. 293 (310); Odersky, Festschrift für Kurt Rebmann, 1989, 343 (356 f.); Paeffgen (Fn. 5), S. 563 (569); Schairer, Festschrift für Lenckner, 1998, 739 (746); SK-StPO/Wohlers, § 146 GVG Rn. 4; kritisch auch heute noch MüKo-StPO/Brocke, § 146 GVG Rn. 26 ff. Das BVerfG ordnet die Staatsanwaltschaft der Exekutive zu (BVerfG NJW 2001, 1121 [1123]) und betont zudem die grds. Notwendigkeit der Weisungsgebundenheit der Verwaltung; BVerfGE 93, 37 (66 und 73).

¹³ Für Bundesbeamte (§ 148 GVG) gelten die Ausführungen entsprechend.

- b) Das externe Weisungsrecht kann ausgeübt werden durch abstrakt-generelle Regelungen, wie es etwa durch die RiStBV oder landesweite Richtlinien zur Strafverfolgung geschieht. Hier liegt unverkennbar sein Schwerpunkt.¹⁴

Problematisch ist aus Sicht des EuGH aber das externe Weisungsrecht im Einzelfall.¹⁵ Die deutsche Staatsanwaltschaft sei zwar zur Objektivität verpflichtet und habe nicht nur belastende, sondern auch entlastende Umstände zu ermitteln. Gleichwohl verleihe ein externes Weisungsrecht der Justizminister die Befugnis, unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidung einer Staatsanwaltschaft zu nehmen. Daran ändere neben der faktischen Zurückhaltung bei Ausübung dieses Rechts auch nichts, dass der Minister an Gesetz und Recht gebunden ist, so dass sein Weisungsrecht durch § 258 StGB (Strafvereitelung) und § 344 StGB (Verfolgung Unschuldiger) eingehengt wird. Denn trotz dieser Grenzen bestehe die mindestens¹⁶ abstrakte Gefahr einer Politisierung der Ermittlungen: Weisung zur Einstellung, wo zum Missfallen des Ministers ermittelt wird (politische Freunde) und umgekehrt Weisung zum Einschreiten, wo nichts strafrechtlich Relevantes vorgefallen ist (politische Gegner).

Gleichwohl spricht gegen eine – aus den vorstehenden Erwägungen schwerlich zulässige – Abschaffung des externen Weisungsrechts für Einzelfälle, dass es „Übereifer vorbeugen oder eindämmen“ und auch „Betriebs- und sonstige Blindheit oder Trägheit gegenüber Ermittlungsnöwendigkeiten korrigieren“, die Dienstfunktionen der Staatsanwaltschaft also gerade vitalisieren soll.¹⁷ Die Möglichkeit externer Weisungen stellt damit ein notwendiges Korrektiv für solche Fälle dar.

II. Zur Bindung an den Legalitätsgrundsatz (§ 147 Abs. 2 GVG-RefE)

Der EuGH beanstandet in den genannten Entscheidungen allein das externe Weisungsrecht im Einzelfall. Gleichwohl kürzt der Gesetzentwurf in § 147 Abs. 2 GVG-RefE auch das interne Weisungsrecht. Denn er sieht vor, solche Weisungen auf Entscheidungen zu begrenzen, bei denen ein Spielraum genutzt oder ein Ermessen ausgeübt werden kann.

- a) Die vorgeschlagene Regelung stellt den hierarchischen Aufbau der Staatsanwaltschaft in Frage. Denn würde der Entwurf Gesetz, so wäre es dem Behörden- oder Abteilungsleiter untersagt, bspw. bei rechtlich grob fehlerhafter Entscheidung zu einem Befassungs- oder Bestrafungsverbot¹⁸ gegen den Willen des seiner Dienstaufsicht unterstehenden Staatsanwalts korrigierend einzugreifen; die einschlägigen Regeln eröffnen nämlich weder einen Beurteilungs- noch einen Ermessensspielraum, sondern gelten absolut. Abgesehen davon muss in Zweifel gezogen werden, dass die vorgesehene Regelung ihr Ziel, nämlich Förderung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft dadurch erreicht, indem man bei ersichtlich fehlerhafter Rechtsanwendung eine Wei-

¹⁴ Etwa LR-StPO/Boll, § 146 Rn. 31; Paeffgen (Fn. 5), S. 563 (567).

¹⁵ Mit Urte. v. 12.12.2019 (C-566/19 PPU und C-626/19 PPU) stellte der EuGH für die Staatsanwaltschaften in Frankreich fest, dass das Erfordernis der Unabhängigkeit interne Weisungen und allgemeine Weisungen zur Strafrechtspolitik nicht verbiete! Gleiches entschied der EuGH im Hinblick auf die belgischen Staatsanwaltschaften: Der belgische Justizminister könne zwar Richtlinien im Bereich der Strafrechtspolitik ausarbeiten, jedoch handle es sich insoweit weder um eine Anordnung noch eine Weisung in einer bestimmten Rechtssache; Urte. v. 12.12.2019 (C-627/19 PPU).

¹⁶ Beispiele für Fälle für konkrete oder doch sich aufrängende politische Einflussnahmen bei *Dallmeyer* (Fn. 10), S. 1297 (1298); *Paeffgen* (Fn. 5), S. 563 (572);

¹⁷ *Paeffgen* (Fn. 5), S. 563 (571).

¹⁸ Die frühere Einteilung in Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse ist überholt. Zu Befassungs- (z. B. Strafklageverbrauch, doppelte Rechtshängigkeit) und Bestrafungsverboten (z. B. Verjährung, fehlender Strafantrag) ausf. *Meyer-Goßner*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts Bd. 7, 2020, §§ 20 ff.

sung ausschließt. Das Gegenteil erscheint richtig: In solchen Fällen muss der Dienstvorgesetzte eingreifen können.

Auf Seite 16 des RefE ist zwar davon die Rede, dass das „Recht der Aufsicht und Leitung der ersten Beamten oder des ersten Beamten der Staatsanwaltschaft (internes Weisungsrecht)“ fortbestehen soll. Der Gesetzesentwurf besagt nach seinem Wortlaut für Vorschriften ohne Beurteilungs- oder Ermessensspielraum jedoch das glatte Gegenteil. Hier besteht Nachbesserungsbedarf. So könnten hinter die Worte „zu beachten und sind ...“ die Worte „in den Fällen der Nr. 1 und 2“ eingefügt werden. Damit würde deutlich, dass die „ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten“ (§ 147 Nr. 3 GVG = § 147 Abs. 1 Nr. 3 GVG-RefE) selbstverständlich an das Legalitätsprinzip gebunden bleiben, aber auch Weisungen erteilen können, wenn es um die Anwendung von Normen geht, bei denen kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum besteht. Im Ergebnis erscheint dies aber nur als zweitbeste Möglichkeit. Als beste erscheint die Streichung des § 147 Abs. 2 GVG-RefE. Im Einzelnen:

- b) Der Referentenentwurf erkennt an, dass ein (auch ministerielles) Weisungsrecht besteht, wenn es bspw. um die Frage geht, ob ein Anfangsverdacht oder ein dringender Tatverdacht besteht, ob eine hinreichende Verurteilungswahrscheinlichkeit besteht oder ob von der Anklageerhebung nach Opportunitätsvorschriften abgesehen werden kann. Ob das dem Ziel der Förderung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften entspricht, ist eher zweifelhaft. Die Alternative, nämlich – wie bei den ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten vorgeschlagen (s.o.) – die Einschränkung der Vorschrift auf Normen, bei deren Anwendung Beurteilungs- oder Ermessensspielraum besteht, zu streichen, führt aber ersichtlich nicht weiter: Die Weisungsmöglichkeiten wären dann nämlich noch weiter.

Vor dem Hintergrund dieses Dilemmas scheint die Einhegung des externen Weisungsrechts durch § 147 Abs. 2 S. GVG-RefE ein gangbarer Weg, mag auch das Gebot, die Entscheidung müsse „frei von justizfremden Erwägungen“ erfolgen, keinen wirklichen Informationsgewinn für den Rechtsanwender enthalten. Denn Beamte, also auch Staatsanwälte, haben 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 (Remonstrationspflicht).¹⁹

- c) Der Vorschlag im RefE zu § 147 Abs. 2 GVG stellt nach allem keine der gegenwärtigen Rechtslage überlegene Alternative dar. Die Streichung des vorgesehenen Abs. 2 erscheint daher als die beste Option. Die Worte „haben den Legalitätsgrundsatz zu beachten“ könnten in Abs. 3 (würde Abs. 2) des Entwurfs eingefügt werden. Er lautete dann:

*(2) Weisungen durch Vorgesetzte nach Abs. 1 Nr. 1 und 2 **haben den Legalitätsgrundsatz zu beachten**, sind schriftlich zu erteilen und zu begründen. Ist dies aus besonderen Gründen nicht möglich, so ist die mündlich erteilte Weisung spätestens am folgenden Tage schriftlich zu bestätigen und zu begründen.*

Ein weiterer Vorzug der hier vorgeschlagenen Lösung bestünde in folgender die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften betonender Klarstellung: Es gibt also kein politisches Weisungsrecht! Auch wenn der Minister kein Jurist zu sein braucht, gilt für ihn als Politiker der Legalitätsgrundsatz.

¹⁹ Für Landesbeamte § 36 Abs. 2 S. 1 BeamtStG; für Bundesbeamte § 63 Abs. 2 S. 1 BBG.

III. Zum Schriftlichkeits- und Begründungsgebot (§ 147 Abs. 3 GVG-RefE)

1. Das vorgesehene Schriftlichkeits- und Begründungsgebot beseitigt die Missbrauchsgefahr der externen Einzelfall-Weisung zwar nicht absolut im Sinne einer Unmöglichkeit, minimiert diese Gefahr aber so sehr, dass man sie als denktheoretischen Rest vernachlässigen kann und muss. Die Schriftlichkeit der Einzelweisung und ihre zwingende Begründung erhöhen nicht nur die Transparenz des Geschehens, sondern sorgen auch für bessere ministerielle Selbstkontrolle sowie effektive parlamentarische Kontrolle. Daneben steigern sie auch die Legitimation der Weisung an sich („Legitimation durch Verfahren“).
2. Mit Blick auf eine bestmögliche Beseitigung der durch den EuGH reklamierten Bedenken sollte zusätzlich erwogen werden, ob nicht der Angewiesene eine schriftliche und mit Gründen versehene Einzelweisung verlangen können sollte.

IV. Zum Verbot von Einzelweisungen in IRG-Fällen (§ 147 Abs. 4 GVG-RefE)

Das ausdrückliche Verbot von Einzelweisungen, wenn sie Entscheidungen nach dem Achten bis Elften und Dreizehnten Teil des IRG betreffen, wäre in Folge der hier vorgeschlagenen Lösung unnötig. Soweit der Entwurf darzulegen versucht (S. 10 ff.), dass der Ausschluss des ministeriellen Weisungsrechts in den im Entwurf genannten Fällen unter dem Aspekt des Demokratieprinzips unbedenklich sei, ist diese Position trotz des Hinweises auf Art 23 Abs. 1 GG (S. 13) wegen der in diesen Fällen dann fehlenden parlamentarischen Verantwortlichkeit erheblichen Bedenken ausgesetzt. § 147 Abs. 4 GVG-RefE sollte daher nicht Gesetz werden.

V. Zur fehlenden Verankerung einer gesetzlichen Grundlage richterlicher Zuständigkeit für den Erlass eines EuHB

Wie schon angesprochen (**A.I.2.**), behilft sich die Praxis zurzeit damit, dass ein Richter über den Erlass eines EuHB entscheidet. Unproblematisch ist das nicht, denn bislang wurde der EuHB nicht als „Haftbefehl“ im engeren Sinne verstanden, sondern lediglich als „bloße Ausschreibungsmaßnahme“ bzw. als „Fahndungsinstrument“;²⁰ eine Sichtweise, die auch nach den Entscheidungen des EuGH noch vertreten wird.²¹ Zwar dürfte sich daraus kein Verbot ableiten lassen, eine richterliche Zuständigkeit zu begründen. Doch unabhängig davon, ob die Einstufung des EuHB als bloße Ausschreibungsmaßnahme aufrechterhalten werden kann,²² spricht entscheidend gegen die jetzige Praxis die Vorschrift des § 74 Abs. 1 IRG, der bereits eine spezielle Zuständigkeitsregelung enthält. Es fällt daher nach allgemeinen systematischen Regeln schwer, eine ausfüllungsfähige Regelungslücke anzunehmen, die über § 131 StPO geschlossen werden könnte.²³ Das Gegenteil ist der Fall. Es bedarf einer neuen gesetzlichen Zuständigkeitsregelung, so dass Europäische Haftbefehle wegen der deutlich

²⁰ OLG Celle NStZ 2010, 534 (534); OLG Zweibrücken NJW 2019, 2869; *Böhm*, NJW 2006, 2592 (2593).

²¹ OLG Frankfurt NStZ-RR 2020, 123 (124); OLG Saarbrücken, BeckRS 2019, 17261.

²² Dagegen etwa *Böhm* NStZ 2020, 204 (206), der vor den EuGH-Entscheidungen in NJW 2006, 2592 (2593) lediglich von einem Fahndungsinstrument ausging; *Oehmichen/Schmid* StraFo 2019, 397 (399); *Trüg/Ulrich* NJW 2029, 2811 (2812 f.).

²³ So etwa auch AG Dortmund, Beschl. v. 9.7.2019 – 730 AR 11/19, juris; *Oehmichen/Schmid* StraFo 2019, 397 (398 f.).

über den Grundrechtseingriff eines nationalen Haftbefehls hinausgehenden Konsequenzen (fortwährende Freiheitsentziehung ab Festnahme im Ausland, teilweise menschenunwürdige Bedingungen in ausländischen Gefängnissen, auch innerhalb der EU, Prüfungen und Hindernisse im Vollstreckungsstaat, Überstellungsverfahren und Dauer bzw. Bedingungen der Transporte, mit faktisch oft bestehender Unmöglichkeit des Zugangs zu einem Rechtsbeistand) immer von einem zuständigen Gericht ausgestellt werden müssen. Hierfür drängt sich das IRG als geeigneter normativer Rahmen auf.

C. Fazit

Die Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage würde das hohe Risiko europarechtswidrigen Verhaltens durch die Strafverfolgungsorgane der Bundesrepublik Deutschland bedeuten. Denn die Möglichkeiten einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts durch die Gerichte sind begrenzt; auch drohte der Bundesrepublik ohne Änderung des Gesetzes außenpolitischer Schaden.²⁴ Daran ändert nichts, dass es sich um PPU-Verfahren handelte, die nicht mit Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes verwechselt werden dürfen, bei denen noch ein Hauptsacheverfahren mit möglicherweise anderer Wertung folgen könnte.²⁵ Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt daher das Gesetzesvorhaben.

Der Gesetzesvorschlag geht jedoch einerseits über das erforderliche Maß hinaus. Das ist unnötig und aus den oben ausgeführten Gründen auch sonst problematisch. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt daher vor, § 147 Abs. 2 und 4 GVG-RefE wegfallen zu lassen und in § 147 Abs. 3 GVG-RefE klarzustellen, dass das Legalitätsprinzip auch für den Minister gilt. Ein Anspruch des Angewiesenen auf schriftliche Anweisung sollte in Erwägung gezogen werden.

Andererseits bleibt der Gesetzesentwurf hinter den Erfordernissen zurück, da er die aufgrund von § 74 Abs. 1 IRG bestehende nicht schließbare Regelungslücke weiter bestehen lässt. Im IRG sollte klar verankert werden, dass die Ausstellung Europäischer Haftbefehle einem Richtervorbehalt unterliegt.

- - -

²⁴ Schon jetzt erfolgt von einzelnen Mitgliedstaaten bei Hinweisen auf die dort in Gefahr stehende Unabhängigkeit der Justiz der reflexhafte Hinweis auf die auch in der Bundesrepublik fehlende Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften; vgl. EuGH v. 8.4.2020, C-791/19 (einstweilige Anordnung).

²⁵ PPU-Verfahren unterliegen den Art. 107 ff. der EuGH-Verfahrensordnung. Dann sind einige Fristen abgekürzt und das Verfahren gestrafft, so dass in Haftsachen schnell eine Entscheidung getroffen werden kann (Art. 267 Abs. 4 AEUV). Die Entscheidung selbst hat aber dieselben Wirkungen wie im normalen Verfahren (vgl. Art. 112 der Verfahrensordnung).