



Professor Dr. Edzard Schmidt-Jortzig

Juristisches Seminar der Universität Kiel · D-24098 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag,
Innen- und Rechtsausschuss
- Frau Vorsitzende
Barbara Ostmeier, MdL -
Postfach 7121

24171 K i e l

Hausanschrift:

Leibnizstraße 6 · D-24118 Kiel



(0431) 880-3545

Telefax: (0431) 803471

e-mail: esjot@web.de



www.uni-kiel.de/oeffrecht/schmidt-jortzig

Kiel, den 20.03.2014

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/2581

Schriftliche Anhörung zur Weisungsunterworfenheit der Staatsanwaltschaft – L 21 –

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

auf die Anfrage vom 10. März 2014 hin (L 21) reiche ich Ihnen beigefügt nun meine diesbezügliche Stellungnahme herüber.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Edzard Schmidt-Jortzig.

Anlage



Professor Dr. Edzard Schmidt-Jortzig

Juristisches Seminar der Universität Kiel · D-24098 Kiel

Hausanschrift:

Leibnizstraße 6 · D-24118 Kiel



(0431) 880-3545

Telefax: (0431) 803471

e-mail: esjot@web.de



www.uni-kiel.de/oefrecht/schmidt-jortzig

Kiel, den 20.03.2014

Stellungnahme

zu den unter dem 10. März 2014 gestellten Fragen des
Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags
(*Weisungsunterworfenheit der Staatsanwaltschaft*)

Das in § 146 GVG verankerte Weisungsrecht der „Vorgesetzten“ des Staatsanwalts ist **seit langem Gegenstand rechtspolitischer Diskussionen**¹, die immer wieder aufflammen, aber bisher nie zu realen Rechtsänderungen geführt haben. Bereits im Dezember 1976 etwa wurde vom Bundesministerium der Justiz ein Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Staatsanwaltschaft herausgegeben, der alle maßgeblichen Gesichtspunkte der Kontroverse aufnahm. Der Entwurf ging davon aus, dass die geltenden gesetzlichen Vorschriften über Amt und Stellung der Staatsanwälte und die Organisation der Staatsanwaltschaft den gewandelten rechtsstaatlichen Auffassungen nicht mehr gerecht würden, nicht zuletzt die Stärkung der Dritten Gewalt, die staatsanwaltsbezogene Inkongruenz des Beamtenrechts und die Detaillierungsbedürftigkeit der konkreten staatsanwaltlichen Rolle eine Neufassung nötig machten². Auch dieser Entwurf aber wurde nicht weiter verfolgt, weil die rechtspraktische Gestaltung der staatsanwaltlichen Arbeit sich

¹ Insb. in den endsechziger, anfangsiebziger Jahren des letzten Jahrhunderts (also heute vor bald 50 Jahren); vgl. etwa die seinerzeitige Debatte in der Deutschen Richterzeitung: *Deutscher Richterbund*, DRiZ 1968, S. 357; 1970, S. 187; *Roxin*, DRiZ 1969, S. 385; *Schoreit*, DRiZ 1970, S. 226; oder *Brückner*, DRiZ 1972, S. 407.

² Siehe die zusammenfassende Referierung in: *Otto Rudolf Kissel / Herbert Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2013), § 141 Rn. 30 m. w. Nachw. – Aktueller heute seitens des DRB 2004: „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des 10. Titels des GVG (GVGÄndG)“ (www.drb.de/cms/fileadmin/docs/amtsrecht_sta_juni04.pdf).

unter dem Grundgesetz augenscheinlich unproblematisch entwickelte und förmliche Gesetzesänderungen überflüssig machte.

Die von zwei Fraktionsanträgen im Schleswig-Holsteinischen Landtag jetzt wieder aufgeworfene Thematik weist gegenüber damals keine neuen Gesichtspunkte auf. Der CDU-Antrag (Drs. 18/1422) wiederholt lediglich die bekannten Feststellungen zum erfolgten Auffassungswandel seit Entstehung des GVG, ohne indessen dazutun, weshalb deswegen heute die grundgesetzkonforme Anwendung des Gesetzes Probleme bereite und also gesetzgeberisch anders justiert werden müsse. Der PIRATEN-Antrag (Drs. 18/1515) spitzt den theoretischen normativen Konflikt immerhin auf einen konkreten Rechtsänderungswunsch zu, verkennt dabei aber die heute tatsächlichen Rechtsvorgaben, geht über die real existierenden Justizverhältnisse in Deutschland hinweg und blendet alle Gegenargumente aus. – Beide Anträge sind danach m. E. negativ zu beurteilen.

Im Einzelnen:

I. Antrag der CDU (Drs. 18/1422)

Dass sich die Verfassungsrechtsverhältnisse und politischen Auffassungen zur Staatsanwaltschaft seit Entstehung des GVG, den „Reichsjustizgesetzen“ von 1879, grundlegend verändert haben, ist wahrlich trivial. Seit über 60 Jahren ist unser Staat ja mit dem Grundgesetz rechtsstaatlich unterfangen, die Rechtspraxis hat damit eine prinzipielle Neuorientierung gefunden, und das Bundesverfassungsgericht flankiert und kontrolliert diese Entwicklung zuverlässig.

Alles (einfache) Gesetzesrecht muss stets im Lichte dieser gewandelten Rechtsgrundlagen ausgelegt werden, egal aus welchem Entstehungsjahr es stammen mag (und sei es aus 1879). Art. 123 Abs. 1 GG hat das auch klargestellt: „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht“. Und die juristische Methodik hält allemal die Mittel bereit, mithilfe derer die aktuelle verfassungskonforme Auslegung, Einordnung und Anwendung der alten Rechtstexte gewährleistet ist.

An welchem Punkt §§ 146, 147 Nr. 2 GVG in ihrer heutigen, grundgesetzkonformen Auslegung und Anwendung unzutraglich sein sollten, wird im CDU-Antrag

verständlicherweise nicht dargetan. Eine solche Differenz gibt es eben auch nicht. Die **Grenzen der Staatsanwaltschaft** sind heute offenkundig. Das Bundesverfassungsgericht hat sie schon 1959 unmissverständlich herausgestellt³:

„Die Staatsanwaltschaft (ist) nicht nur wie auch jede Verwaltungsbehörde an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG); ihre spezifische Aufgabe in der Strafrechtspflege bedingt, daß sie, an das „Legalitätsprinzip“ gebunden, von vornherein dem Gesetz gegenüber (nur) einen besonders eng begrenzten 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“. Sieht man die Stellung der Staatsanwaltschaft so, dann wird deutlich, welche *weitgehenden Sicherungen dagegen bestehen, daß 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*“.

Die dargetane grundlegende Bindung aller Staatstätigkeit an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) ist bezüglich der Staatsanwaltschaft zudem durch eine gefestigte Rechtsprechung der Obergerichte ausdifferenziert worden⁴. Von einer freien politischen Verfügbarkeit des Weisungsrechts nach § 146 GVG kann also überhaupt nicht die Rede sein.

Weshalb bzw. worin danach die **Staatsanwaltschaft in Schleswig-Holstein** auch nur theoretisch (sowie erst recht in der Realität) unzuträglichen Einflüssen ausgesetzt sein soll und also nicht **rechtsstaatlich korrekt arbeitet**, ist nicht ersichtlich. Vor allem aber bleibt völlig offen, wie denn – falls tatsächlich Unzuträglichkeiten aufgedeckt werden sollten – vom GVG „abweichende Regelungen durch den Landesgesetzgeber“ daran etwas beheben könnten. Normative Veränderungen einfach um ihrer selbst willen (oder auch nur, um irgendeiner Theorie gerecht zu werden) sind jedenfalls abzulehnen.

II. Antrag der PIRATEN (Drs. 18/1515)

Ohne weitere Umstände werden hier immerhin gleich eine „Abschaffung des Weisungsrechts der Justizministerinnen und Justizminister gegenüber der Staatsanwaltschaft“ und die „Ermöglichung einer selbstverwalteten Justiz auch im Bereich der Staatsanwaltschaften“ gefordert. Die Begründung erweist sich m. E. aber als viel zu einseitig.

³ BVerfGE 9, 223 (228) – Hervorhebungen von mir.

⁴ Vgl. nur BGHSt 15, 155 ff.; BGH v. 26.6.1978 (RiZ [R] 1/78); OLG Celle, NJW 1971, S. 1374 ; und die Nachw. bei Kissel/Mayer, GVG, § 146 Rn. 3 f.

Schon dass stets von „politischer Aufsicht“, von möglicher „Einmischung aus dem Bereich der Politik“ und von „Verflechtung... von Strafverfolgung und Politik“ gesprochen wird, ignoriert gänzlich, dass in § 146 GVG nur von „dienstlichen Anweisungen“, also reiner Dienstaufsicht (Überschrift § 147 GVG) die Rede ist. Und dass dabei – so das Bundesverfassungsgericht⁵ – unter dem Grundgesetz eben „andere als ‚justizgemäße‘ Einflüsse auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft“ ausgeschlossen sind, wird völlig ausgeblendet.

Auch das Hineinmengen von Wünschen nach einer „selbstverwalteten Justiz“ ist wenig zielführend, denn wie dadurch die fachliche Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gesteigert werden soll, bleibt im Dunkeln. ‚Selbstverwaltung‘ bedeutet ja nur die von außen unbeeinflusste Erledigung der *eigenen* Angelegenheiten, wozu sicher nicht die im Namen des Volkes ablaufende Strafverfolgung gehört. Und außerdem will der PIRATEN-Entwurf selber ja auch „**die Erteilung von Weisungen**“ an die Staatsanwaltschaften gar nicht ausschließen⁶, sie soll nur „**künftig der Justiz** (gemeint ist wohl: den Gerichten) **vorbehalten bleiben**“. Inwieweit dort die rechtlichen Grenzen des Weisungsrechts allerdings anders verlaufen würden als für das Ministerium, ist unersichtlich. Und der Richter wäre wegen seiner Unabhängigkeit zudem für die inhaltliche Handhabung nicht einmal verantwortlich zu machen. Vor allem aber ließe sich dann auch die zwingende Unvoreingenommenheit von Hauptverfahrenseröffnung und Hauptverhandlung kaum noch gewährleisten.

Richtig mag sein, dass allein schon die Möglichkeit ministerieller Weisungen samt dem ausgedehnten Berichtswesen gewisse Rücksichtnahmen in der Staatsanwaltschaft auslösen kann (obwohl mir das bei der gleichbleibenden, stabilen Nichtanwendungspraxis der Politik und dem heutigen beruflichen Selbstbewusstsein der Staatsanwälte doch einigermaßen theoretisch erscheint). Richtig ist im Übrigen auch, dass die Parlamentarische Versammlung des Europarates vor bald fünf Jahren Deutschland aufgefordert hat, „die Möglichkeit für die Justizminister, Strafverfolgern in einzelnen Fällen Weisungen zu erteilen, zu beseitigen“⁷, wobei auch hier freilich die Beschränkung durch das deutsche Verfassungsrecht völlig außer Acht gelassen wurde.

⁵ S. o. die zitierte Entscheidung BVerfGE 9, 223 (228).

⁶ Was nach den jüngsten Erfahrungen mit dem etwas erratischen Vorgehen der Staatsanwaltschaft Hannover auch nicht so recht überzeugen mag.

⁷ Entschließung Nr. 1685 vom 30.9.2009 unter 5.4.3, abgedr. in: Unterrichtung über die Tagung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates v. 28.9. bis 2.10.2009, BT-Drs. 17/3577.

Der entscheidende Einwand gegen eine schlichte Weisungsfreiheit der Staatsanwaltschaft seitens der Regierung ergibt sich aber aus dem **Demokratieprinzip**, wonach eben alle Staatstätigkeit einer vom Volk ausgehenden und ihm gegenüber beständig realisierbaren **Legitimation** bedarf. Diese hat nicht nur allenthalben „effektiv“ zu sein, sondern erstreckt sich sowohl auf die funktionellen, institutionellen und organisatorisch-personellen wie auf die sachlich-inhaltlichen Aspekte der Staatstätigkeit⁸. Und bezogen auf die Staatsanwaltschaft bedeutet nun letzteres, dass für deren Strafverfolgungsarbeit stete demokratische Verantwortlichkeit sichergestellt sein muss. Diese aber kann nur über die Regierung vermittelt werden, denn eine unmittelbare Beziehung zwischen Staatsanwaltschaft und Staatsvolk existiert nun einmal im deutschen Staatsaufbau nicht. Eine Kappung der ministeriellen Weisungsbefugnis würde diesen unerlässlichen (sachlich-inhaltlichen) Legitimationszusammenhang definitiv unterbrechen und die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit zu einer legitimationslosen Funktion machen (sog. „ministerialfreier Raum“). Das aber kann nur bei wirklich separationsbedürftigen, besonderen Aufgabengebieten und aus funktionell unabweislichen Gründen erlaubt sein und ist daher bei „Aufgaben von politischer Tragweite“ – wozu sicher auch die Strafverfolgung gehört – prinzipiell unzulässig⁹.

gez. Schmidt-Jortzig

⁸ Stete Rechtsprechung des BVerfG: E 47, 253 (275); 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66 ff.).

⁹ BVerfGE 9, 268 (281 f.): ...gibt es „Regierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen überragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind“ ; später ebenso etwa BVerfGE 22, 106 (113). Aus der Literatur etwa *Matthias Jaestedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung (1993), S. 102 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II (3. Aufl. 2004), § 24 Rn. 24; oder *Peter J. Tettinger*, Die Beauftragten, ebd., Bd. V (3. Aufl. 2007), § 111 Rn.59, jeweils m. w. Nachw.