



Bundesvertretung
Richter und Staatsanwälte



VEREINIGUNG DER
ÖSTERREICHISCHEN
RICHTERINNEN
UND RICHTER

An das Präsidium des Nationalrats
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

An das Bundesministerium für Justiz
team.s@bmj.gv.at

Wien, am 05.05.2015

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Staatsanwaltschaftsgesetz geändert wird
BMJ-S604.000/0005-IV 3/2015

Die richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Standesvertretungen erlauben sich, zu oa Gesetzesentwurf folgende Stellungnahme abzugeben:

A Zum Gesetzesentwurf

Zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Staatsanwaltschaftsgesetz geändert wird (111/ME XXV. GP) nehmen die Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, die Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter sowie die Vereinigung österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte Stellung wie folgt (personenbezogene Begriffe beinhalten sowohl Männer als Frauen):

I./ zu den Berichtspflichten:

Die Verringerung und Präzisierung der staatsanwaltschaftlichen Berichtspflichten wird begrüßt.

Mit Blick auf die monokratische Aufbauorganisation der Staatsanwaltschaften könnte mit der Unterfertigung der Niederschriften durch die Behördenleitung bzw die durch sie beauftragten ranghöchsten Personen das Auslangen gefunden werden (§ 29 Abs 2 StAG).

Gegen die Schaffung einer eigenen Rechtsgrundlage für das dzt bei der WKStA eingerichtete Hinweisgebersystem bestehen ebenso keine Bedenken wie gegen die weiteren in Aussicht genommenen terminologischen Anpassungen.

II./ zum Weisenrat:

Zur Frage der staatsanwaltschaftlichen „Weisungsspitze“ ist vor auszuschicken, dass jede Maßnahme, die geeignet ist, den Anschein allfälliger politischer bzw sachfremder Einflussnahme auf die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit durch das ministerielle Weisungsrecht, zu minimieren bzw zu beseitigen, grundsätzlich begrüßt wird.

Die konkret vorgeschlagene Lösung, nämlich die Schaffung eines (u.a. aus zwei justizexternen Mitgliedern bestehenden) Weisenrates bleibt jedoch hinter den präferierten Forderungen und Erwartungen der Standesvertretungen nach Einrichtung einer Obersten Staatsanwaltschaft als „Ein-Gipfel-Lösung“ bzw einer Generalstaatsanwaltschaft als „Zwei-Gipfel-Lösung“ deutlich zurück.

Selbst das als Alternative durch die Standesvertretungen an dritter Stelle erarbeitete Modell einer **Institutionalisierung des Weisenrates bei der weisungsfrei zu stellenden Generalprokuratur und Besetzung dieses Gremiums mit dem Generalprokurator und den beiden dienstältesten und ranghöchsten Ersten Generalanwältinnen bzw Ersten Generalanwälten** wurde nicht in den vorliegenden Gesetzesvorschlag aufgenommen.

Die Variante der Besetzung des Weisenrates **mit dem Generalprokurator und den beiden dienstältesten und ranghöchsten Ersten Generalanwältinnen bzw Ersten Generalanwälten**, blieb in der letztlich doch unter den (im Übrigen nicht vollzählig anwesenden) Mitgliedern des eingerichteten Beratungsgremiums des Herrn Bundesministers für Justiz durchgeführten Abstimmung mit acht zu neun Stimmen nur knapp in der Minderheit. Aus diesem Grund kamen die Mitglieder des Beratungsgremiums auch überein, dass angesichts des knappen Abstimmungsergebnisses auch diese Variante in der an den Herrn Bundesminister für Justiz erstatteten Puntation aufscheinen soll. Auf das knappe Abstimmungsergebnis verweisen auch die Erläuterungen (S 4 vorletzter Absatz), ohne jedoch das Alternativmodell eines aus dem Generalprokurator und den dienstältesten Ersten Genralanwältinnen bzw Ersten Generalanwälten bestehenden Weisenrates zu nennen.

Die Standesvertretungen halten ihre Forderung nach Umsetzung der durch sie vorgeschlagenen Varianten (Oberste Staatsanwaltschaft – „Ein-Gipfel-Lösung“, Generalstaatsanwaltschaft – „zwei-Gipfel-Lösung, Institutionalisierung bei der weisungsfreien Generalprokuratur und Besetzung mit den ranghöchsten und dienstältesten Behördenmitgliedern) in dieser präferierten Reihenfolge unverändert aufrecht.

Jedenfalls sollte das Modell einer Institutionalisierung des Weisenrates bei der weisungsfrei zu stellenden Generalprokuratur und Besetzung dieses Gremiums mit dem Generalprokurator und den beiden dienstältesten und ranghöchsten Ersten Generalanwältinnen bzw Ersten Generalanwälten erwogen werden.

Bei Umsetzung des gegenständlichen Ministerialentwurfes sollte jedoch in § 2 Abs 1 StAG jedenfalls die Wortfolge „sowie die Generalprokuratur“ entfallen. Dies lässt einerseits die nach dem Gesetzeswortlaut bestehende Möglichkeit des Bundesministers für Justiz, einen Auftrag zur Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes an die Generalprokuratur zu richten, unberührt (§ 23 Abs 1 StPO) und würde andererseits auch den status quo, wonach der Generalprokuratur seit Jahrzehnten keine Weisung erteilt wurde, nicht ändern. Überdies würde dieser Schritt weiter zu einer Reduktion der mit dem ministeriellen Weisungsrecht verbundenen Anscheinsproblematik beitragen.

Auf die Kurz- und die ausführliche Langfassung des Positionspapieres der Vereinigung österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, welche durch die Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD und die Vereinigung österreichischer Richterinnen und Richter

unterstützt werden, wird hingewiesen. Dieses Positionspapier ist der Stellungnahme als integrativer Bestandteil angeschlossen.

Dass die beiden gemäß § 29b Abs 2 StAG zu bestellenden weiteren Mitglieder nicht aus dem Kreis der ranghöchsten und dienstältesten Mitglieder der Generalprokuratur stammen sollen, wird (wie bereits auch im Beratungsgremium) durch die Standesvertretungen abgelehnt. Die fachliche Expertise und die persönliche Integrität der Mitglieder der Generalprokuratur steht – auch nach den Beratungen des eingerichteten Expertengremiums – außer Streit. Wie alle Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte unterliegen auch die (Ersten) Generalanwältinnen und Generalanwälte strengen Befangenheitsbestimmungen sowie einem strikten Disziplinarrecht. Inwieweit „externe“ Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftler durch noch strengere Disziplinarrechts- und Befangenheitsbestimmungen diesen hohen Anforderungen in besserer Weise genügen sollen, ist nicht ersichtlich.

Bei Umsetzung der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen wäre jedoch jedenfalls eine ausreichende Personalausstattung der Generalprokuratur sicherzustellen, um dadurch auch rasche und qualitativ hochwertige Stellungnahmen des Weisenrates sicherzustellen. Denn die weder gesondert entlohnte noch an eine andere Person (außer im Falle der Verhinderung an dessen Ersatzmitglied [§ 29b Abs 1 StAG]) übertragbare Tätigkeit des Generalprokurators in seiner Funktion als Vorsitzender des Weisenrates wird (auch nach den Erläuterungen zum gegenständlichen Gesetzesentwurf) dessen Arbeitskapazität als Behördenleiter in nicht geringem Ausmaß zusätzlich in Anspruch nehmen. Dies trifft bei Verhinderung des Generalprokurators in gleichem Maße auch auf dessen dienstältesten Ersten Stellvertreter (§ 29b Abs 1 StAG) zu. Dadurch kann jedoch der Generalprokurator (bzw dessen Stellvertreter) seine Aufgaben im Bereich der Generalprokuratur nicht mehr wie im bisherigen Ausmaß wahrnehmen. Dadurch bedingte Nachteile wie allenfalls auch Verfahrensverzögerungen im Bereich der Generalprokuratur sind durch eine entsprechende personelle Vorsorge jedenfalls zu verhindern.

Die Möglichkeit, die Entscheidungen des Weisenrates durch diesen in geeigneter Weise im Sinne einer transparenten Entscheidungsfindung öffentlich zu machen (§ 29b Abs 7 StAG), wird ausdrücklich begrüßt. Dies wird jedoch ebenfalls weitere Arbeitskapazitäten, vor allem des Generalprokurators in seiner Funktion als Vorsitzender des Weisenrates in Anspruch nehmen. Den Entscheidungen des Weisenrates sollten auch die Namen der mitwirkenden Personen entnehmbar sein.

Die Beschränkung auf bloß ein „Ersatzmitglied“ kann den Weisenrat in Sonderfällen, wie etwa einem mit unzureichender Erreichbarkeit verbundenen längeren Auslandsaufenthalt eines Mitgliedes und gleichzeitiger Erkrankung seines Ersatzmitgliedes temporär handlungsunfähig machen. Auch bei der Ernennung künftiger Generalprokuratoren wäre auf eine zeitlich nahtlose Amtsübergabe vom Amtsvorgänger Bedacht zu nehmen, um bei gleichzeitiger Verhinderung des dienstältesten Ersten Generalanwaltes nicht eine solche Handlungsunfähigkeit befürchten zu müssen.

Nicht eindeutig geklärt ist, dass ein Ersatzmitglied nur für „sein“ verhandeltes Mitglied, zu dessen personenbezogener Vertretung es im Verhinderungsfall bestellt wurde, an den Entscheidungen des Weisenrates mitzuwirken hat. Dies könnte in § 29b (insbesondere in Abs 4) StAG allenfalls klargestellt werden.

Unklar ist auch, wie im Falle einer durch das betroffene Mitglied nicht angezeigten Befangenheit (§ 29b Abs 3 StAG) oder in Fällen vorzugehen ist, in denen das betroffene Mitglied eine solche zwar gegenüber den weiteren Mitgliedern des Weisenrates thematisiert, letztlich jedoch verneint. Soll ein Ausschluss dieses Mitgliedes durch übereinstimmende Entscheidung der beiden übrigen Mitglieder möglich sein oder kommt diese Entscheidung in sinngemäßer Anwendung des § 47 Abs 3 StPO dem Generalprokurator als Vorsitzenden zu bzw hat Letztgenannter bei Teilnahme an der Entscheidung der beiden nicht befangenen Mitglieder ein Dirimierungsrecht?

Mag. Christian Haider, Vorsitzender der Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD

Mag. Gerhard Jarosch, Präsident der Vereinigung österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

Dr. Martin Ulrich, Vorsitzender-Stellvertreter der Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD

Mag. Werner Zinkl, Präsident der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter

B Positionspapier – Kurzfassung



Reform der staatsanwaltschaftlichen Weisungsspitze

Positionspapier

Kurzform

A. Ziele:

- Die Weisungshierarchie soll eine nicht parteipolitisch besetzte, fachliche Weisungsspitze erhalten
- Die Arbeit der Staatsanwälte soll zur Gänze einer rechtsstaatlichen Kontrolle durch die Gerichte unterworfen werden
- Der Anschein, dass es parteipolitische Einflussnahme auf staatsanwaltschaftliches Handeln gibt, muss ausgeschlossen werden
- Die Möglichkeit der unsachlichen Einflussnahme und des voreilenden Gehorsams muss beseitigt werden
- Die Staatsanwaltschaft muss noch deutlicher als Teil der dritten Staatsgewalt sichtbar werden und durch ihre Spitze nach außen vertreten werden
- Durch Straffung des Berichtswesens und der Weisungshierarchie müssen die Verfahren beschleunigt werden
- Das verbleibende Weisungssystem soll transparent sein
- Die Weisungshierarchie soll auch einem verstärkten Wissenstransfer dienen

B. Modelle:

1. Oberster Staatsanwalt als „Ein-Gipfel-Lösung“

Modell: Die Generalprokurator (GP) wird vollständig zur Obersten Staatsanwaltschaft ausgebaut. Die bisherigen ministeriellen Abteilungen für Einzelstrafsachen und internationale Rechtshilfe werden in sie integriert. Die Berichtspflicht an den Justizminister wird ebenso abgeschafft wie dessen Weisungsrecht. Dieses Modell wird von der Vereinigung präferiert, weil die eingangs genannten Ziele dabei am konsequentesten umgesetzt werden.

Systemänderung: groß.

Personalaufwand: gering bis mittel. Die verstärkte Wahrnehmung der Aufgaben des Bundesstaatsanwaltes braucht wohl zusätzliches Personal, auch ein Großteil der Aufgaben durch die bisherigen und zu übertragenden Abteilungen für Einzelstrafsachen des BMJ wahrgenommen werden wird.

Vorteile: Anscheinsproblematik wird auf das erzielbare Minimum reduziert. Alle positiven Ziele werden maximal erreicht.

Nachteile: Anbindung an und Kontrolle durch Parlament wird vermutlich am stärksten gefordert; das konterkariert die Vorteile zumindest teilweise.

Zwei weitere Modelle wurden von der Vereinigung als Alternativen diskutiert:

2. Generalstaatsanwalt als „Zwei-Gipfel-Lösung“

Modell: Die GP wird zu einer Generalstaatsanwaltschaft ausgebaut, indem die ministeriellen Abteilungen für Einzelstrafsachen und internationale Rechtshilfe integriert werden. Der Generalstaatsanwalt (nur dieser) unterliegt einer sehr stark eingeschränkten Berichtspflicht an den Justizminister; letzterer hat die Möglichkeit, generelle Weisungen („policies“) zu erteilen; die Weisungsmöglichkeit des Ministers in Einzelfällen wird eingeschränkt (etwa durch Verbot der Weisung auf Einstellung).

Systemänderung: groß.

Personalaufwand: mittel. Im Ministerium muss zusätzlich zu den auszulagernden Abteilungen ein (kleiner) Beraterstab für den Justizminister im Zusammenhang mit seinem Weisungsrecht bleiben. Um das System optimal aufzustellen und vor allem die Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, sollten an einigen Stellen (GenStA, OStAen) zusätzliche Planstellen eingerichtet werden.

Vorteile: Weitgehende Einschränkung der Anscheinsproblematik und der Missbrauchsmöglichkeit. Weitgehende Verfestigung der Staatsanwaltschaft als Teil der dritten Staatsgewalt. Verstärktes Auftreten nach außen – die Staatsanwaltschaft hat ein Gesicht.

Nachteile: Hoher Aufwand. Verfahrensbeschleunigung und Wissenstransfer in diesem System stärker erleichtert, aber dennoch weitere Maßnahmen dafür nötig.

3. Generalprokuratur als „Weisenrat“

Modell: Das Provisorium des Weisenrates wird in der Generalprokuratur (GP) institutionalisiert. Die bisherige Weisungshierarchie bleibt bestehen, die Strafrechtssektion legt jeden Akt mit ihrem Entscheidungsvorschlag an die GP vor, diese erstattet eine Stellungnahme an den Justizminister, der weiterhin als monokratische Spitze entscheidet.

Systemänderung: sehr gering.

Personalaufwand: sehr gering; einige VZK für Generalanwälte und Kanzleipersonal

Vorteile: Einbindung der hohen Fachkompetenz und des Ansehens der GP. geringer Aufwand.

Nachteile: Kaum Einschränkung der Anscheinsproblematik und der Missbrauchsmöglichkeit. Keine Verfestigung der Staatsanwaltschaft als Teil der dritten Staatsgewalt. Kein verstärktes Auftreten nach außen. Verfahrensbeschleunigung und Wissenstransfer nicht systemimmanent sondern nur durch weitere Reformen erreichbar.

C. Ernennungsvoraussetzungen und –prozedere:

- Richteramtsprüfung
- zumindest zehnjährige Berufserfahrung als Richter oder Staatsanwalt
- im Zeitpunkt der Bewerbung aktiv in der Justiz tätig
- lange Bestelldauer (acht bis zwölf Jahre)
- keine Wiederbestellung
- Dreivorschlag durch staatsanwaltschaftliche Kommission an Bundespräsidenten, der nicht an Reihung gebunden ist
- Abberufung im Rahmen des Disziplinarrechtes (eigener Senat)

C Positionspapier – Langfassung



Reform der staatsanwaltschaftlichen Weisungsspitze

Erläuterungen zum Positionspapier

D. Ausgangslage:

Die Vereinigung österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (in der Folge: Vereinigung) hat zur Frage der „Neugestaltung der staatsanwaltschaftlichen Weisungsspitze“ ein Positionspapier erarbeitet. Dieses Positionspapier wird durch gegenständliche Erläuterungen im Detail ergänzt. Aktualität hat das langjährige Standesanliegen einer Reform der staatsanwaltschaftlichen Weisungsspitze zuletzt durch die Ankündigung des Herrn Bundesministers für Justiz, Dr. Wolfgang Brandstetter, einige hochrangige Expertinnen und Experten mit der Prüfung einer allfälligen Neugestaltung des ministeriellen Weisungsrechtes gegenüber den Staatsanwaltschaften einsetzen zu wollen, erhalten. Dadurch soll insbesondere der in der Öffentlichkeit oftmals bestehende Anschein der Möglichkeit, aus sachfremden ([partei]politischen) Motiven Einfluss auf die Tätigkeit der Staatsanwaltschaften nehmen zu können¹ beseitigt bzw. deutlich reduziert werden. Die Vereinigung ist in dieser Arbeitsgruppe vertreten.

E. Ziele:

Folgende Ziele erachtet die Vereinigung als essentiell:

- Beibehaltung des (staatsanwaltschaftsinternen) Weisungsrechtes an sich als Ausdruck justizinterner Qualitätssteigerung und -kontrolle

¹ Vgl. in diesem Sinne *Schmoller*, Neugestaltung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts? Plädoyer für eine „Oberste Staatsanwaltschaft“ als Organ der Gerichtsbarkeit in Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg.] 2011, 106 ff.

- staatsanwaltschaftliches Handeln soll (unverändert) und künftig ausschließlich bzw so weit wie möglich (nur) der Kontrolle durch die unabhängigen Gerichte unterworfen bleiben bzw werden („Kontrolle ja, aber nach rechtlichen und nicht [partei]politischen Prüfungsmaßstäben“)
- Ausschaltung bzw größtmögliche Reduzierung der Möglichkeit und des Anscheines, aus sachfremder (politischer) Motivation heraus, Einfluss auf die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit nehmen zu können bzw aus Karriereerwägungen „vorausseilend gehorsam“ zu handeln
- verfassungsrechtlich (über Art 90a B-VG hinausgehende) eindeutige Zuordnung der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte ausschließlich zur „dritten Staatsgewalt“ die eine Beurteilung staatsanwaltschaftlichen Handelns als „verwaltungsnah“ sowohl in formeller als auch materieller Hinsicht ausschließt²
- deutliche Verfahrensbeschleunigung durch Straffung und Verschlankung des Berichtswesens (etwa durch Übernahme der eingeschränkten Berichtspflichten der WKStA durch alle Staatsanwaltschaften) und konsequente Zuteilung von Personal an alle Stellen in der Berichts-/Weisungshierarchie mit dem Ziel, jedes Nadelöhr zu vermeiden
- Stärkung der Oberstaatsanwaltschaften um auf gesicherter Tatsachenbasis effiziente und rasche Rechtskontrolle wahrnehmen zu können (abschließende Tatsacheninstanz mit ausreichender personeller Bedeckung, daher grundsätzlich keine Aktenvorlage von der OStA an die Weisungsspitze sondern allenfalls ergänzter Bericht)
- Beibehaltung bzw Stärkung der Transparenz bzgl der (zu begründenden) Ausübung des Weisungsrechtes durch die betreffende Einrichtung (allenfalls unter verstärkter Information der Medien)
- Erhöhung des Wissenstransfers von „oben nach unten“ durch institutionalisierte Zuteilungsmodelle zu den Oberbehörden unter Schaffung der erforderlichen Zuteilungsplanstellen und verstärkte Kommunikation zwischen den Weisungsebenen im Einzelfall und zu generellen Themen
- Stärkung der Wahrnehmung der Staatsanwaltschaften als Teil der dritten Staatsgewalt in der Öffentlichkeit durch Schaffung eines als „Oberster Staatsanwalt“ wahrgenommenen „Gesichtes nach außen“

F. Modelle:

Die Vereinigung befürwortet die Umsetzung folgender Modelle, wobei sie der Reihenfolge entsprechend das erstgenannte Modell präferiert und die Folgemodelle als Alternativlösungen zur Diskussion stellt. Andere Modelle, wie etwa die Weisungsspitze mit einem Gremium (z.B.: die Leitenden

² • Vgl etwa *Rill in Rill/Schäffer* B-VG-Kommentar Art 90a Rz 24, der Staatsanwälte trotz Art 90a erster Satz B-VG „im Sinne der Gewaltenteilung der Verwaltung“ zuordnet; aM bzw differenziert *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung in ÖJK [Hrsg], Strafverfolgung auf dem Prüfstand 38 f, 52.

OberstaatsanwältInnen) zu besetzen oder der individuell weisungsfreie Staatsanwalt werden seitens der Vereinigung nicht befürwortet und daher gegenständlich nicht beschrieben.

I. Oberster Staatsanwalt als „Ein-Gipfel-Lösung“

Die konsequenteste Umsetzung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften und der Beseitigung der Möglichkeit bzw. des Anscheines sachfremd ([partei]politisch motiviert) Einfluss auf die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit zu nehmen, bildet die gänzliche Übertragung des obersten Weisungsrechtes auf eine monokratische (ihrerseits weisungsfreie) Spitze (Generalprokurator ³, Generalbundesanwalt bzw. Bundesstaatsanwalt ⁴ oder dgl ⁵).

Ein solches Modell besteht etwa – soweit überblickbar – in Portugal ⁶. Bereits unter der Ministerschaft *Hans Klecatskys* hat sich auch das Bundesministerium für Justiz (freilich zur damaligen Rechtslage) unter dem Titel einer Gesamtreform der Justiz im 3. Kapitel des „Plans einer Neugestaltung der Organisation der Gerichtsbarkeit und ihrer Stellung im Verfassungsgefüge“ mit dem Untertitel „Die Problematik der Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft“ der staatsanwaltschaftlichen Autonomie angenommen. Dabei kam das Bundesministerium für Justiz zum Schluss, dass an dem „heutigen Weisungsrecht der Justizverwaltung gegenüber der StA nicht festgehalten werden könne, sondern die Rechtsprechung vor der Möglichkeit störender politischer Einflüsse, die auf dem Umweg über die StA an sie herantreten können, gesichert und das Weisungsrecht des Justizministers in diesem Zweig der Rechtsprechung beseitigt werden müsse“ ⁷.

Art 90a B-VG ermächtigt den einfachen Gesetzgeber, oberste Organe ungeachtet des Art 20 B-VG einzurichten. Deshalb kann der Gesetzgeber einen kollegialen Justizrat, einen Bundesanwalt oder einen Generalprokurator errichten, diesen den staatsanwaltschaftlichen Behörden vorstellen und sie gegenüber der Regierung weisungsfrei stellen ⁸. Auf europäischer Ebene schlägt das Grünbuch der Kommission zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vom 11.12.2001 zunächst einen gegenüber den Mitgliedstaaten und

³ Vgl. *Strasser*, Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – aus europäischer Sicht, RZ 2001, 139; *Schick*, ÖJZ 2002, 329 mit FN 60; *Höpfel/Riklin*, Die externe Aufsicht über die Staatsanwaltschaft und ihre rechtlich-politischen Hintergründe, dargestellt am Beispiel Österreichs und der Schweiz, in *Rolinski-FS* (2002), 198, 205; ebenfalls bereits Vereinigung österreichischer Staatsanwälte, Positionspapier zur staatsrechtlichen Stellung der Staatsanwaltschaft in Österreich, 2003, 5]

⁴ Dem *Burgstaller* in Unabhängigkeit der Staatsanwälte?, ÖJK [Hrsg] 2007, 78, 84 bei entsprechender Bestellung durch und Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament „grundsätzlich durchaus aufgeschlossen gegenüber“ steht.

⁵ Vgl. in diesem Sinne *Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2010, 275, wonach Art 90a dritter Satz B-VG das ministerielle Weisungsrecht nicht als Kernbereich garantiert.

⁶ *Strasser*, Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – aus europäischer Sicht, RZ 2001, 136.

⁷ *Strasser*, Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – aus europäischer Sicht, RZ 2001, 130.

⁸ *Storr*, Von der hierarchischen Ordnung und der Kontrolle der Staatsanwälte, RZ 2010, 275.

den Organen, Einrichtungen, Ämtern und Agenturen der Union sowie gegenüber dem Europäischen Parlament unabhängigen europäischen Staatsanwalt vor⁹.

Bei dieser „Ein-Gipfel-Lösung“ ist am ehesten von der bestehenden Generalprokuratur auszugehen, die um die Agenden der bisherigen entsprechenden Abteilungen der Sektion IV des Bundesministeriums für Justiz (ohne Legistik und Gnadensachen) zu ergänzen wäre. Um das System in jeder Hinsicht abzusichern, könnten in der reinsten Ausformung neben „weisungsverbundenen“ Bereichen wie etwa der internationalen Rechtshilfe auch die Personal- und Budgetagenden zur Gänze vom Bundesministerium für Justiz auf die neu zu schaffende Einrichtung übertragen werden.

Der wesentliche Vorteil dieses Modells liegt in der zunächst eindeutigen Abgrenzung gegenüber der Möglichkeit bzw dem Anschein (partei-)politisch Einfluss zu nehmen. Nach *Lienbacher* sind sämtliche als Akte der Gerichtsbarkeit zu qualifizierende Tätigkeiten der Staatsanwälte und der Kriminalpolizei der parlamentarischen Kontrolle durch Untersuchungsausschüsse entzogen. Politische Verantwortlichkeit des Bundesministers für Justiz besteht nur soweit seine Ingerenz- (Aufsichts-) möglichkeiten reichen¹⁰. So betrifft etwa in England und Wales die Verantwortlichkeit des Justizministers gegenüber dem Parlament (bloß) die effektive und effiziente Administration des unter der Leitung eines Director of Public Prosecution (DPP) stehenden Crown Prosecution Service. Solcherart bezieht sich der Justizminister nur auf allgemeine Themen, nicht aber auf Einzelfälle¹¹. Ähnlich findet auch in Schottland eine Überprüfung von Verfolgungsmaßnahmen in individuellen Straffällen durch das Parlament nicht statt¹². Art 90a B-VG sieht nicht zwingend eine Weisungsbindung bis zum Bundesminister für Justiz vor. Diese könnte auch bei einem Generalbundesanwalt enden¹³. Auch gilt es zu fragen, ob eine „demokratische“ (dh realpolitisch durch den National- bzw Bundesrat nach [partei]politischen Beurteilungsmaßstäben wahrgenommene) Kontrolle tatsächlich unter Kontrollgesichtspunkten wirklich besser geeignet ist, als eine jederzeit durch die Verfahrensbeteiligten aktivierbare Kontrolle durch die unabhängigen (ohne Ansehen der Person entscheidenden) Gerichte.

Der Anscheinsproblematik wird mit dem gegenständlichen Lösungsvorschlag jedenfalls am stärksten entgegen getreten; das „Gesicht der Staatsanwaltschaft nach außen“ wird besonders hervorgehoben. Auch die Beschleunigung von Verfahrensabläufen, der Wissenstransfer von „oben nach unten“ und die innere Transparenz könnten aufgrund der einfachen monokratischen Struktur am besten umgesetzt werden.

In der realpolitischen Diskussion schwierig und dem Anschein der unsachlichen Einflussnahmemöglichkeit nachteilig kann sich neben dem relativ hohen justizinternen Umgestaltungsaufwand aber auch die konkrete Ausgestaltung einer demokratischen Anbindung dieses

⁹ *Storr*, Von der hierarchischen Ordnung und der Kontrolle der Staatsanwälte, RZ 2010, 272.

¹⁰ *Lienbacher*, Ist staatsanwaltschaftliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse?, Jahrbuch für öffentliches Recht 2010, 75.

¹¹ *Strasser*, Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – aus europäischer Sicht, RZ 2001, 137.

¹² *Strasser*, Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – aus europäischer Sicht, RZ 2001, 138.

¹³ *Vogl*, JRP 2008, 123.

Modells erweisen. Zwar erscheint die anzustrebende Weisungsfreistellung insbesondere mit Blick auf Art 20 Abs 2 Z 1 und 2 B-VG, wonach durch Gesetz Organe zur sachverständigen Prüfung bzw zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (somit wohl umso mehr auch der Organe der Gerichtsbarkeit) von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden können und eine angemessene Aufsicht des obersten Organes zumindest durch das Recht, sich alle Gegenstände der Geschäftsführung des weisungsfreien Organes zu unterrichten, sichergestellt werden kann, schon infolge bestehender Verfassungslage umsetzbar¹⁴. Auch wäre diesfalls die politische Verantwortung des Bundesministers für Justiz für eine „funktionierende Staatsanwaltschaft“ nicht beseitigt; dieser ist ja auch aktuell für eine funktionierende (unabhängige) Gerichtsbarkeit durch Schaffung der erforderlichen rechtlichen, personellen und sachlichen Voraussetzungen verantwortlich¹⁵.

Durch den Wegfall der Anbindung an den politisch verantwortlichen Bundesminister für Justiz steigen jedoch die Anforderungen an Bestellung und Kontrolle der Weisungsspitze. In diesem Modell ist auch nicht auszuschließen, dass die Legislative durch ihre Institutionen (NR-Ausschüsse, Volksanwaltschaft) verstärkt auch laufende Ermittlungsverfahren kontrollieren will¹⁶. Die klare Abgrenzung wäre durch verstärkte Kontrolle somit wieder aufgeweicht.

Abzulehnen wäre eine reine parlamentarische Bestellung bzw eine solche Abberufung (etwa durch Misstrauensvotum) wodurch die Gefahr einer „Verpolitisierung“ der Staatsanwaltschaften bzw ihrer Weisungsspitze steigt¹⁷. Der Anschein der (partei-)politischen Gängelung des staatsanwaltschaftlichen Handelns könnte sich diesfalls unter Umständen gegenüber dem heutigen System im Extremfall sogar noch verstärken. Hinzu kommt, dass eine solche Weisungsspitze wohl auch mit der erforderlichen Personal- und Ressourcenhoheit für den staatsanwaltschaftlichen Bereich ausgestattet werden müsste¹⁸.

¹⁴ Vgl hiezu auch *Schmoller*, Neugestaltung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts? Plädoyer für eine „Oberste Staatsanwaltschaft“ als Organ der Gerichtsbarkeit in Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg] 2011, 103 f, 108, 111.

¹⁵ *Schmoller*, Neugestaltung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts? Plädoyer für eine „Oberste Staatsanwaltschaft“ als Organ der Gerichtsbarkeit in Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [2011], 111.

¹⁶ Nach *Burgstaller* sind die Staatsanwaltschaften jedoch der unmittelbaren Kontrolle durch die Volksanwaltschaft infolge ausdrücklichen Abstellens des Art 148a Abs 1 B-VG auf das Kontrollfeld „Verwaltung“ des Bundes entzogen (Grundsatzfragen zur Staatsanwaltschaft und ihrer Verankerung in der Verfassung – Diskussionsbeitrag zu Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg], 61)).

¹⁷ So auch *Schmoller*, Neugestaltung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts? Plädoyer für eine „Oberste Staatsanwaltschaft“ als Organ der Gerichtsbarkeit in Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg] 2011, 110; vgl auch *Storr*, Von der hierarchischen Ordnung und der Kontrolle der Staatsanwälte, RZ 2010, 276.

¹⁸ So auch *Burgstaller*, Grundsatzfragen zur Staatsanwaltschaft und ihrer Verankerung in der Verfassung – Diskussionsbeitrag zu Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg] 2011, 60; *Mayer*, Gedanken zum strafenden Staat, in: Möhring [Hrsg], Österreich allein zuhause. Politik, Medien und Justiz nach der politischen Wende, Frankfurt/Main 2001, 74; *Burgstaller* in Unabhängigkeit der Staatsanwälte?, ÖJK [Hrsg] 2007, 78 f, 84.

II. Generalstaatsanwalt als „Zwei-Gipfel-Lösung“

Ausgehend von einem von *Schmoller* vorgeschlagenen Modell¹⁹ wird eine eigene Behörde als „Oberste Staatsanwaltschaft“ eingerichtet, die zunächst die Aufgaben der Weisungsspitze der Anklagebehörden wahrnimmt. Im Gegensatz zu dem von *Schmoller* vorgeschlagenen Modell einer unverändert (zusätzlich) bestehenden Generalprokuratur könnte diese Funktion der bereits bestehenden Generalprokuratur beim Obersten Gerichtshof zukommen bzw. wären deren aktuell bestehenden Kompetenzen neben den neuen Aufgaben im Weisungsbereich in die neu zu schaffende Einrichtung zu übertragen. Dadurch könnte auch der gegenseitige Wissenstransfer erhöht werden. Als Ausfluss weiterhin gegebener politischer Verantwortlichkeit des Bundesministers für Justiz verbleibt diesem ein – näher gestaltbares – Weisungs- und Informationsrecht, allerdings nur gegenüber dem Generalprokurator bzw. „Obersten Staatsanwalt“ als Leiter seiner Behörde und nicht auch gegenüber den dieser „Obersten Staatsanwaltschaft“ nachgeordneten und dieser gegenüber ihrerseits weisungsgebundenen (Ober)Staatsanwaltschaften. Dadurch könnte weitestgehend vermieden werden, dass der „Oberste Staatsanwalt“ in die (Tages)Politik hineingezogen wird wie dies jedoch im Falle einer unmittelbaren Kontrolle durch das Parlament zu erwarten ist. Die Problematik allfälliger Befangenheit des Bundesministers für Justiz verliert überdies an Schärfe, da ihm die Möglichkeit eröffnet ist, die Staatsanwaltschaften ohne Ausübung seines Weisungsrechtes der Dienst- und Fachaufsicht des ihm berichtspflichtigen „Obersten Staatsanwaltes“ zu überlassen. Auch bei diesem Modell wären Einschränkungen des ministeriellen Weisungsrechtes (wie etwa das Verbot der [mit Blick auf Art 6 MRK und die „Unschuldsvermutung“ nicht unproblematischer) Erteilung „negativer Weisungen“, dh ein Verfahren einzustellen bzw nicht anzuklagen) denkbar.

Die Oberste Staatsanwaltschaft nimmt grundsätzlich alle mit der Erteilung von Weisungen erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Erfordernisse selbst wahr und verkörpert in ihrer (vom Bundesminister für Justiz getrennten) Stellung einen – auch nach außen wahrnehmbaren – „Kopf der Hierarchie“, dem Befangenheit nur unter Darlegung konkreter, wohl systemunabhängiger Umstände unterstellt werden könnte. Das Weisungsverhältnis zwischen Bundesminister für Justiz und „Oberster Staatsanwaltschaft“ müsste (ähnlich wie beim Modell „Generalprokuratur als Weisenrat“) transparent ausgestaltet sein. Der Entscheidungsablauf erfolgt bis zum Obersten Staatsanwalt ohne jeglichen administrativen Kontakt mit dem Bundesministerium für Justiz, erst das bis dahin zu Stande gebrachte Ergebnis ist sodann Gegenstand der Berichte und sonstigen Informationen an den Bundesminister für Justiz oder der allfälligen ministeriellen Weisung. Die (aktive) Berichtspflicht der Obersten Staatsanwaltschaft an den Justizminister sollte in diesem Modell auf wenige, äußerst bedeutsame Fälle (wesentlich enger als § 8a StAG heute) eingeschränkt werden, wobei der Justizminister (je nach Reichweite seiner Weisungsbefugnis)

¹⁹ *Schmoller*, Neugestaltung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts? Plädoyer für eine „Oberste Staatsanwaltschaft“ als Organ der Gerichtsbarkeit in Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg] 2011, 101, 09 ff.

darüber hinaus auch in anderen Fällen Berichte verlangen könnte. Das ministerielle Weisungsrecht gewinnt dadurch an (weiterer) Transparenz, den Vorwürfen vorauseilenden Gehorsams und vermuteter sachwidriger ministerieller Beeinflussung nachgeordneter Entscheidungsebenen entgegenwirkt.

Zur Unterstützung des Bundesministers für Justiz bei der Wahrnehmung seines reduzierten Weisungsrechtes wird ein kleiner Teil der heute in der Strafrechtssektion in diesem Bereich tätigen Personen im Bundesministerium für Justiz zu verbleiben haben. Der größere Teil dieser Planstellen würde zur Obersten Staatsanwaltschaft verschoben werden. Der „generalprokurative“ Teil der „Obersten Staatsanwaltschaft“ könnte von den bisher bei der Generalprokuratur tätigen Personen besorgt werden. Im Unterschied zum dritten Modell würde die neue Behörde mit ihrem Leiter (Generalprokurator oder Generalstaatsanwalt) „die Staatsanwaltschaft“ einheitlich nach außen („Gesicht nach außen“) als Teil der dritten Staatsgewalt repräsentieren.

Die Änderungen im System durch Verschiebung von Kompetenzen und Planstellen aus dem Bundesministerium für Justiz zur „Obersten Staatsanwaltschaft“ wären im Vergleich zum dritten Modell wesentlich höher während der zusätzliche Personalaufwand (Modell 3: Erweiterung der Generalprokuratur als Weisenrat; Modell 2: Planstellen zur Beratung des Ministers in Weisungsfragen) im Wesentlichen gleich bliebe. Sowohl in diesem, wie auch im folgenden Modell wären internationalen Vorbildern folgend auch die einzelfallbezogenen Rechtshilfesachen vom Bundesministerium für Justiz an die Oberste Staatsanwaltschaft zu übertragen. Eine solche Weisungsspitze wäre somit wohl auch mit der erforderlichen Personal- und Ressourcenhoheit auszustatten²⁰.

Die Medienarbeit würde durch die „Oberste Staatsanwaltschaft“ in clamorösen Fällen vermutlich stärker als heute durch das Bundesministerium für Justiz wahrgenommen werden und daher auch mehr Kapazitäten beanspruchen. Dieses Modell kann bei entsprechender Transparenz den Anschein möglicher sachfremder Einflussnahme weitgehend reduzieren, infolge des verbleibenden Weisungsrechtes des Bundesministers für Justiz jedoch nicht gänzlich ausschließen.

III. Generalprokuratur als „Weisenrat“

Ausgangspunkt dieses Modelles bildet einerseits die bereits in der Vergangenheit wahrgenommene Rolle der Generalprokuratur als unparteiische Rechtsgutachterin im Strafverfahren beim Obersten Gerichtshof sowie andererseits der zuletzt unter dem Vorsitz des dzt Ersten Stellvertreters des Generalprokurators zur rechtsgutachterlichen Beurteilung der in Einzelfällen beabsichtigten Ausübung des Weisungsrechtes sowie der in (allfälligen) Befangenheitsfällen des Justizministers bzw der Beteiligung

²⁰ So auch *Burgstaller*, Grundsatzfragen zur Staatsanwaltschaft und ihrer Verankerung in der Verfassung – Diskussionsbeitrag zu Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg] 2011, 60; *Hauptmann*, Die Generalprokuratur, in *Pilgermair* [Hrsg] Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert, 159.

oberster Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit gemäß § 8 Bundesministeriengesetz eingerichtete Weisenrat. In diesem Modell sollen Aufgaben wie etwa jene des aktuell eingerichteten Weisenrates in den Kompetenzbereich der Generalprokuratur übertragen und hierfür die erforderlichen Vorkehrungen im Planstellenbereich der Generalprokuratur (Erster Generalanwalt, Generalanwälte und erforderliches Personal im Kanzleibereich) getroffen werden.

Die Generalprokuratur ist zwar formal (§ 2 Abs 1 StAG, § 23 Abs 1 erster Satz StPO) dem Bundesminister für Justiz weisungsunterworfen; inhaltlich übt sie ihre rechtsgutachterliche Tätigkeit jedoch – soweit in der Vergangenheit überblickbar stets frei von Weisungen des Bundesministers für Justiz²¹ – bereits jetzt „weisungsfrei“ aus. Diese langjährig geübte und anerkannte Praxis sollte insoweit legislativ formalisiert werden, indem die Generalprokuratur (auch formal) weisungsfrei gestellt wird, sie jedoch allenfalls dem Bundesminister für Justiz jährlich über den Gang der Rechtspflege Bericht erstattet.

Eine solche – bloß einen sehr beschränkten Bereich der Strafrechtspflege und somit jedenfalls kein verfassungsrechtliches Grundprinzip betreffende – Weisungsfreistellung erscheint schon durch Art 90a letzter Satz B-VG verfassungsrechtlich gedeckt. Dies insbesondere auch mit Blick auf Art 20 Abs 2 Z 1 B-VG, wonach durch Gesetz bereits Organe (der Verwaltung) zur sachverständigen Prüfung von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden können und eine angemessene Aufsicht des obersten Organes zumindest durch das Recht, sich alle Gegenstände der Geschäftsführung des weisungsfreien Organes zu unterrichten, sichergestellt werden kann. Bei inhaltlichen Anpassungen nach dem Vorbild der dzt in Art 20 Abs 2 B-VG nur für die Verwaltung geltenden Regelungen und unter Berücksichtigung von Art 90a letzter Satz B-VG ist grundsätzlich für den eingeschränkten Kompetenzbereich der Generalprokuratur eine Weisungsfreistellung durchaus umsetzbar²². So erachtet auch *Rill* ausdrücklich die „Weisungsfreistellung der Generalprokuratur“ als eine Option für den einfachen Gesetzgeber²³. Dieser versteht Art 90a dritter Satz B-VG „nicht als völlige Abkehr von der Zulässigkeit von Weisungsfreistellungen“ und erblickt in Art 90a dritter Satz B-VG ebenso wie *Lienbacher*²⁴ wie in Art 20 Abs 2 B-VG eine *lex specialis* zu Art 20 Abs 1 B-VG die den einfachen Gesetzgeber unter Aufrechterhaltung des Weisungsprinzips ermächtigt, (jedenfalls in sektoralen Bereichen²⁵) Weisungsfreistellungen vorzusehen. Auch *Wiederin*²⁶ erachtet die (einfachgesetzliche) Weisungsfreistellung besonderer staatsanwaltschaftlicher Behörden wie der Generalprokuratur (oder auch der [nunmehr: Wirtschafts- und] Korruptionsstaatsanwaltschaft) für zulässig. Nach *Berka* ermöglicht Art 90a B-VG eine

²¹ *Hauptmann*, Die Generalprokuratur, in *Pilgermair* [Hrsg] Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert, 152.

²² Vgl. hierzu auch *Schmoller*, Neugestaltung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts? Plädoyer für eine „Oberste Staatsanwaltschaft“ als Organ der Gerichtsbarkeit in Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg] 2011, 103 f, 108.

²³ *Rill* in *Rill/Schäffer* B-VG-Kommentar Art 90a Rz 32.

²⁴ *Lienbacher*, Ist staatsanwaltschaftliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse?, Jahrbuch für öffentliches Recht 2010, 67.

²⁵ So ausdrücklich auch *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹, Rz 624a; *Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2010, 275; *Storr*, Von der hierarchischen Ordnung und der Kontrolle der Staatsanwälte, RZ 2010, 274.

²⁶ *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung in ÖJK [Hrsg], Strafverfolgung auf dem Prüfstand, 41, 43.

einfachgesetzliche Abschwächung oder sogar Aufhebung der Weisungsbindung²⁷. *Lienbacher* spricht sich ebenfalls gegen eine verpflichtend (einfachgesetzlich) auszugestaltende Weisungsbindung aus²⁸. Nach *Storr* lässt Art 90a dritter Satz B-VG (bei „parlamentarischer Kontrolle“) einfachgesetzliche Weisungsfreistellungen der Staatsanwälte zu, zB in dem der Weisungsstrang beim Leiter der Behörde oder einer übergeordneten staatsanwaltschaftlichen Behörde endet²⁹.

Rill verweist auch darauf, dass die auf Antrag der Abgeordneten *Dr. Wittmann* und *Dr. Spindelegger* durch den Verfassungsausschuss ursprünglich dem Plenum des Nationalrates vorgeschlagene Fassung des Art 90a dritter Satz B-VG („Inwieweit sie [sic die Staatsanwälte] bei der Besorgung ihrer Aufgaben an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe gebunden sind, wird durch Bundesgesetz geregelt.“), einen Favor zugunsten von Weisungsfreistellungen zum Ausdruck bringt und die letztlich Gesetz gewordene Fassung des Art 90a dritter Satz B-VG („Durch Bundesgesetz werden die näheren Regelungen über ihre Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe getroffen.“) lt Antragsbegründung im Plenum schlicht eine „inhaltliche Präzisierung“ (des vorangegangenen Vorschlages) darstellt³⁰. Auch *Burgstaller* vermag – wenn auch zur Frage der Weisungsfreistellung einer zur Korruptionsbekämpfung einzurichtenden Sonderstaatsanwaltschaft – die Frage einer sektoralen Weisungsfreistellung nicht „mit Sicherheit“ zu „verneinen“ und erachtet mit Blick auf „einen eng umschriebenen Spezialbereich“, die einfachgesetzliche „Herausnahme aus der Weisungsgebundenheit gegenüber dem hinreichend aufsichtsberechtigten Justizminister unter die näheren Regelungen“ (des Art 90a dritter Satz B-VG) als „immerhin vorstellbar“, mag er in der Folge auch einer „strikten Interpretation“ des Art 90a B-VG anhängen³¹.

Auch nach Punkt 3, 6 f und 8 der Opinion Nr 4 bzw. 10 „Richter und Staatsanwälte in einer demokratischen Gesellschaft – Deklaration von Bordeaux“ des Consultative Council of European Judges (CCJE) und des Consultative Council of European Prosecutors, jeweils des Europarates (RZ 2014, 26 ff) müssen Richter und Staatsanwälte bei der Ausübung ihres Amtes sowie im Verhältnis zueinander (insbesondere aber auch gegenüber der exekutiven Staatsgewalt) unabhängig sein und auch unabhängig erscheinen³².

Jedenfalls wäre eine solche Freistellung im Bereich der Begutachtung der beabsichtigten Ausübung des Weisungsrechtes vorzusehen, wobei bei bloß „partieller Weisungsfreistellung“ der Anscheinsproblematik, etwa infolge Weisung des Bundesministers für Justiz im Rechtsmittel- bzw Rechtsbehelfsverfahren vor dem Obersten Gerichtshof eine bestimmte Position zu vertreten, nicht zufriedenstellend entgegen getreten werden könnte.

²⁷ *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 816.

²⁸ *Lienbacher*, Ist staatsanwaltschaftliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse?, Jahrbuch für öffentliches Recht 2010, 67.

²⁹ *Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2010, 283 f.

³⁰ *Rill* in *Rill/Schäffer* B-VG-Kommentar Art 90a Rz 24, 26, 28 f, 32 und 34.

³¹ *Burgstaller* in *Korinek/Holoubek* B-VG-Kommentar Art 90a Rz 39; aM zur (auch bloß sektoralen) einfachgesetzlich möglichen Weisungsfreistellung: *Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz 839.

³² RZ 2014, 26 f; *Storr*, Von der hierarchischen Ordnung und der Kontrolle der Staatsanwälte, RZ 2010, 272.

Mit Blick auf den bestehenden und sich infolge Ruhestandsversetzungen kontinuierlich erneuernden Personalstand und den damit verbundenen Umstand, dass eine allenfalls (partei)politisch motivierte Einflussnahme auf einzelne Ernennungsvorgänge zwecks Beeinflussung einer (meist erst künftigen) Entscheidung der Generalprokuratur bei mangelndem Einfluss auf die interne Geschäftsverteilung bei lebensnaher Betrachtung auszuschließen ist, könnte auch dem allfälligen Vorwurf, gemäß § 8 BMG künftig als Bundesminister für Justiz aus sachfremden Erwägungen auf die (in ihrer Auswahl im Übrigen unbeschränkte) personelle Besetzung eines Weisenrates Einfluss zu nehmen, begegnet werden. Institutionalisierte Einrichtungen sind schwerer zu beeinflussen als „ad hoc“-Gremien.

Die Stellungnahme der Generalprokuratur zum Erledigungsvorschlag der Strafrechtssektion des Justizministeriums wäre in transparenter Weise zum Akt zu nehmen³³. Eine mediale Veröffentlichung wäre (unter Wahrung der Rechte der Verfahrensbeteiligten sowie ermittlungstaktischer Erwägungen) uU fallbezogen zu überlegen. Transparenz reduziert die Möglichkeit sowie den Anschein sachfremder Einflussnahme.

Die Entscheidungskompetenz des Justizministers bliebe – wie dessen politische Verantwortung – bei diesem Lösungsansatz unberührt; nur dieser, nicht aber auch die rechtsgutachterlich tätige und weisungsfrei gestellte Generalprokuratur untersteht der parlamentarischen Kontrolle³⁴. Unmittelbare Kontrolle des Agierens der Staatsanwaltschaften durch Abgeordnete wäre aus rechtsstaatlichen Gründen strikt abzulehnen³⁵.

Bei diesem Modell hätte der Bundesminister für Justiz jedoch (neben der Stellungnahme der Strafrechtssektion) insbesondere auch die (allenfalls abweichende) Fachexpertise der Generalprokuratur bei seiner Entscheidungsfindung mit zu berücksichtigen, wodurch die Möglichkeit einer politisch motivierten Weisung infolge bestehender Transparenz deutlich (weiter) reduziert werden würde³⁶. In diesem Zusammenhang sei auch auf den (unter Mitwirkung von [damals] GA [nunmehr GP iR] *Dr. Ernst Eugen Fabrizio* und GP iR *Dr. Friedrich Hauptmann* erarbeiteten) Endbericht des vom Europarat eingesetzten „Expertenkomitees über die Rolle der Staatsanwaltschaft im System der Strafrechtspflege“ vom 29. November 1999, der am 6. Oktober 2000 vom Ministerkomitee des Europarates übernommen wurde verwiesen, der ua empfiehlt, dass es Staatsanwälten frei bleibt, den Gerichten gegenüber jegliches rechtliche Argument auch in Abweichung von der Instruktion zu äußern³⁷. Ob dies einen weiteren Schritt zu bilden vermag, die Ausübung ministeriellen Weisungsrechtes mittelbarer gerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen, wäre zu prüfen.

³³ Vgl zur erforderlichen Transparenz bereits Moos, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im strafprozessualen Vorverfahren, in *Pilgermair* [Hrsg] Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert, 86, 100.

³⁴ Vgl hierzu auch Thienel, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, FN 50.

³⁵ So auch Burgstaller, Grundsatzfragen zur Staatsanwaltschaft und ihrer Verankerung in der Verfassung – Diskussionsbeitrag zu Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg] 2011, 59.

³⁶ Vgl das (nur) in diesem Punkt vergleichbare niederländische Modell, wonach der Justizminister vor einer Weisungserteilung dem Gremium der Generalstaatsanwälte Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen hat; beschrieben in Strasser, Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – aus europäischer Sicht, RZ 2001, 135; zu möglichen Nachteilen einer regionalen Gremiallösung bzgl einheitlicher Rechtsanwendung siehe unten.

³⁷ Strasser, Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – aus europäischer Sicht, RZ 2001, 131 f.

Eine im Fall der Weisungsfreistellung von Verfassungs wegen zwingend erforderliche Aufsicht ginge zu weit³⁸. Andernfalls könnte jedoch durch einen jährlichen Bericht der Generalprokuratur über den Gang der Rechtspflege an den Bundesminister für Justiz die von manchen Seiten geforderte (nicht jedoch mit Weisungsgebundenheit verknüpfte) Aufsicht sicherstellen. Die Gleichsetzung von Ingerenz mit Weisungsbefugnis ist unzulässig. Denn auch Aufsichtsbefugnisse vermitteln Einfluss³⁹. Politische Verantwortlichkeit des Bundesministers für Justiz besteht nur soweit seine Ingerenz- (Aufsichts) möglichkeiten reichen⁴⁰. Nach *Heiß/Lehner* wäre es ebenfalls möglich, die Staatsanwaltschaft weisungsfrei zu stellen, innerhalb der Staatsanwaltschaft aber eine Weisungsbindung vorzusehen. Eine einfachgesetzliche Durchbrechung des Weisungszusammenhanges zwischen Staatsanwälten und Bundesminister für Justiz erachten sie als verfassungsrechtlich zulässig, war es doch gerade auch Ziel der Novelle, Ausnahmen vom Weisungsprinzip unter bestimmten Voraussetzungen auf einfachgesetzlicher Ebene zu ermöglichen womit es unverständlich erschiene, wenn Art 90a B-VG nur so interpretiert werden würde, dass eine Ausnahme der Staatsanwälte vom (externen) Weisungsprinzip nur mit erneuter Verfassungsbestimmung zulässig wären (ZfV 2009, 194 f).

Die Beurteilung der beabsichtigten Ausübung des ministeriellen Weisungsrechtes auf ihre rechtliche Zulässigkeit und Vertretbarkeit erscheint auch aus Gesichtspunkten der (wie auch vom Obersten Gerichtshof angestrebten) bundesweiten Rechtsvereinheitlichung durch eine monokratisch organisierte Behördenstruktur besser gewahrt, als durch ein (regional zersplittert besetztes) Gremium lokaler staatsanwaltschaftlicher Dienstbehörden⁴¹, wie etwa einem Gremium der vier Leitenden Oberstaatsanwälte bzw. -innen.

Lösenswert erschiene in diesem Zusammenhang auch der Umstand, dass einerseits die staatsanwaltschaftliche Anordnung oder Genehmigung einer (singulär Verwaltungshandeln darstellenden) kriminalpolizeilichen Ermittlungsmaßnahme einerseits der Gerichtsbarkeit zuzuordnen wäre, während es andererseits der Bundesminister für Justiz in der Hand hätte, diese Akte durch entsprechende Weisungserteilung (wieder) in Verwaltungshandeln zu konvertieren⁴².

Der Vorteil dieses Systems liegt einerseits in der Nutzung bereits bestehender Einrichtungen, der Möglichkeit, die bereits jetzt aus dem aktuellen Weisenrat gewonnenen Erfahrungen in eine Neuregelung einfließen zu lassen und dem überschaubaren personellen Mehrbedarf sowie legislatischen Anpassungsbedarf. Die politische Verantwortung des Bundesministers für Justiz bleibt ebenso unberührt wie bereits bestehende ministerielle Strukturen großteils beibehalten werden. Als Nachteil wird die unveränderte Wahrnehmung

³⁸ *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung in ÖJK [Hrsg] 2011, Strafverfolgung auf dem Prüfstand, 45.

³⁹ *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung in ÖJK [Hrsg] 2011, Strafverfolgung auf dem Prüfstand 45; *Storr*, Von der hierarchischen Ordnung und der Kontrolle der Staatsanwälte, RZ 2010, 275.

⁴⁰ *Lienbacher*, Ist staatsanwaltschaftliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse?, Jahrbuch für öffentliches Recht 2010, 75 f; *Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2010, 282.

⁴¹ *Burgstaller*, Unabhängigkeit der Staatsanwälte, ÖJK [Hrsg] 2007, 74 f.

⁴² Auf dieses Problemfeld hinweisend: *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung in ÖJK [Hrsg] 2011, Strafverfolgung auf dem Prüfstand, 50; aM *Lienbacher*, Ist staatsanwaltschaftliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse?, Jahrbuch für öffentliches Recht 2010, 73 f.

der staatsanwaltschaftlichen Weisungsspitze durch ein Regierungsmitglied empfunden, wobei der Anschein dessen allenfalls politisch motivierter Entscheidungsfindung durch zwingende Berücksichtigung der transparenten Stellungnahme der Generalprokuratur wohl eingeschränkt wäre. Dem Einwand längerer Verfahrensdauer durch Einbindung einer zusätzlichen Begutachtungseinrichtung wäre durch entsprechende personelle Vorsorge (auch im Bundesministerium für Justiz) und die auf gesicherter Tatsachenbasis anzustrebende Konzentration der gutachterlichen Stellungnahme auf rechtliche Aspekte und die Prüfung der Vertretbarkeit von Ermessensentscheidungen zu begegnen.

G. Ernennungsvoraussetzungen und -prozedere:

An Ernennungsvoraussetzungen für den/die Leiter/-in der „obersten Staatsanwaltschaft“ in beiden zuerst beschriebenen Modellen wird die Absolvierung der Richteramtprüfung, eine zumindest zehnjährige Tätigkeit als Staatsanwalt und/oder Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit sowie die der Ernennung vorangehende Zugehörigkeit zum Aktivstand des Justizressorts vorgeschlagen⁴³. Die Ernennung sollte (wie bei allen anderen richter- und staatsanwaltschaftlichen Funktionen auch) auf unbestimmte Zeit erfolgen. Im Falle einer befristeten Ernennung sollte eine Wiederwahl ausgeschlossen und die Ernennung auf eine legislaturperiodenübergreifende Amtsperiode (etwa acht bis zwölf Jahre; Art 122 Abs 4 B-VG für den Präsidenten des Rechnungshofes) erfolgen.

Eine dem richterlichen Personalsenat nachgebildete staatsanwaltschaftliche Ernennungskommission und ein „Außensenat“ sollten jeweils einen (maximal drei Personen) umfassenden Vorschlag an den Bundespräsidenten erstatten, der an diese Vorschläge, nicht jedoch an die Reihung, gebunden als (unmittelbar demokratisch legitimiertes) Organ die Ernennung vornimmt (Art 66 B-VG).

Bis zur Einrichtung dieser Senate sollte (in teilweiser Anlehnung an die aktuelle Rechtslage) eine aus dem/der Leiter/-in der Strafrechtssektion, dem/der dienstältesten Leiter/-in der Oberstaatsanwaltschaft, einem (der „obersten Staatsanwaltschaft“ zugehörigen) Vertreter des Zentralausschusses sowie je einem Vertreter der Vereinigung und der Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD zusammengesetzte Kommission aus den Bewerbern einen (maximal drei Personen) umfassenden Vorschlag an den Bundesminister für Justiz erstatten, der an den Vorschlag, nicht jedoch an die Reihung gebunden ist und seinerseits einen Vorschlag an den Bundespräsidenten erstattet. Die Ernennung sollte durch den (unmittelbar demokratisch legitimierten) Bundespräsident erfolgen (Art 66 B-VG).

⁴³ Für die Bestellung „herausragender Richter oder Staatsanwälte“ und gegen „externe hochrangige Persönlichkeiten“ auch *Schmoller*, Neugestaltung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts? Plädoyer für eine „Oberste Staatsanwaltschaft“ als Organ der Gerichtsbarkeit in Strafverfolgung auf dem Prüfstand, ÖJK [Hrsg], 110.

Die Abberufung des „obersten Staatsanwaltes“ sollte wie bei allen anderen richter- und staatsanwaltschaftlichen Funktionen (nur) im Rahmen des Disziplinar- und gerichtlichen Strafrechtes erfolgen können⁴⁴.

⁴⁴ In diesem Sinne auch *Wiederin*, der – weil die Staatsanwälte zur Gerichtsbarkeit geschlagen wurden – (bloß) rechtliche Verantwortung genügen lässt (Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung in ÖJK [Hrsg] 2011, Strafverfolgung auf dem Prüfstand 45).