



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

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

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

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

I. Zur Person

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

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

II. Europarechtliche Aspekte der Anträge

Aufbau

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

1. Einführung

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

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

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

² So Böhm NZWiSt 2019, 325.

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

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

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

³ Böhm NSTZ 2019, 254 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Die absehbaren nationalen Folgen

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

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

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

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

¹³ *Oehmichen/Schmid* StraFo 2019, 397.

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

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

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

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

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

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

Das Ergebnis hat überrascht.

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

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

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

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

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

²² *EuGH* Ur. v. 27.5.2019- C 509/18.

²³ Dieses wurde dort 2013 abgeschafft.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷ EuGH C 510/19.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³² So *Böhm* NSTZ 2020, 204 ff.

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

³⁴ *EuGH C – 78/20*.

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ *EuGH* Verfahren C – 584/19.

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

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

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

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

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

⁴⁰ Vgl. hierzu *Böhm* NJW 2017, 1512.

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

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

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

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

6. Lösungsvorschläge

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ EuGH C 510/19

bezüglich der Vollstreckung Europäischer Haftbefehle durch die niederländische Staatsanwaltschaft.⁴⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Klaus Michael Böhm
Richter am Oberlandesgericht

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