

Aufsicht über die Bundesanwaltschaft

Beantwortung der Ergänzungsfragen zum Expertengutachten «Aufsicht über die Bundesanwaltschaft» vom 3. Februar 2021

zuhanden der Geschäftsprüfungskommissionen beider Räte

von

Prof. Dr. Christopher Geth (Universität Basel) und
Prof. Dr. Benjamin Schindler (Universität St. Gallen)

28. April 2021

1. Auftrag

Die folgenden Ausführungen stellen einen Zusatzauftrag zum ausführlichen Gutachten über die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft im Auftrag der Geschäftsprüfungskommissionen beider Räte vom 3. Februar 2021 dar, das der Subkommission Gerichte/Bundesanwaltschaft bei ihrer Sitzung am 9. Februar 2021 durch die Gutachter vorgestellt wurde.

Mit Schreiben vom 2. März 2021 von Ständerat Hans Stöckli, Präsident der Subkommission, und Nationalrätin Manuela Weichelt-Picard, Präsidentin der Subkommission, wurden die beiden Gutachter beauftragt, zwei während der Sitzung vom 9. Februar 2021 diskutierte Fragestellungen vertiefter abzuklären:

1. Überprüfung der Vor- und Nachteile sowie der Rahmenbedingungen einer Übertragung der Wahl, Wiederwahl und Amtsenthebung der Leitungspersonen der Bundesanwaltschaft an die AB-BA, um der Gefahr der Politisierung entgegen zu wirken, wobei der AB-BA eine ähnliche Rolle zukäme wie bis 2010 dem Bundesrat.
2. Vertieftere Abklärung des Modells einer kollektiven Leitung der Bundesanwaltschaft und Aufzeigen von Lösungsvarianten.

2. Wahl der Leitungsebene der Bundesanwaltschaft

Die Leitungsebene der Bundesanwaltschaft (Bundesanwältin/Bundesanwalt und deren Stellvertreter/innen) wird gegenwärtig durch die Vereinigte Bundesversammlung auf eine Amtsdauer von vier Jahren gewählt und wiedergewählt (Art. 20 StBOG), wobei die Gerichtskommission mit der Vorbereitung der Wahl beauftragt ist (Art. 40a Abs. 1 Bst. c ParlG). Die gleiche Zuständigkeit gilt für die Amtsenthebung (Art. 21 StBOG und Art. 40a Abs. 1 Bst. c ParlG), wobei der AB-BA hier ein Antragsrecht zukommt (Art. 31 Abs. 1 StBOG). Mit der Wahlvorbereitung durch die Gerichtskommission einher geht die Anhörung der Kandidierenden sowie ggf. die Durchführung von externen Assessments. Nach der Praxis der Gerichtskommission spielt für die Auswahl der zur Wahl vorgeschlagenen Personen die Parteizugehörigkeit keine Rolle. Massgeblich ist einzig die fachliche und persönliche Eignung für das Amt. In diesem Punkt unterscheidet sich der Auswahlprozess von demjenigen für die Richterinnen und Richter der Gerichte des Bundes, bei dem auf eine parteiproportionale Zusammensetzung der jeweiligen Gesamtgerichte geachtet wird.

Es dürfte Konsens herrschen, dass die Leitungsfunktionen der Bundesanwaltschaft nicht nach politischen Kriterien besetzt werden sollten. Der Grund für die Übertragung der Wahl vom Bundesrat auf die Bundesversammlung war denn auch nicht das Bestreben, die Bundesanwaltschaft stärker politisch auszurichten, als vielmehr die Stärkung der Unabhängigkeit gegenüber dem Bundesrat unter gleichzeitiger Sicherstellung einer hohen demokratischen Legitimation des Amtes der Bundesanwältin bzw. des Bundesanwalts (vgl. Gutachten, Rz. 41 f.). Bereits im Vorfeld dieses Systemwechsels wurde indes auf die Gefahren der «Verpolitisierung» des Amtes hingewiesen (Gutachten, Rz. 44). Es kann dahin gestellt bleiben, ob sich diese

Befürchtungen bewahrheitet haben oder nicht (dies bejahend GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl. Zürich 2017, Art. 168 Rz. 12). Auch wenn die Gerichtskommission ihre Entscheide bis heute nicht in erster Linie aufgrund parteipolitischer Überlegungen fällt, handelt es sich um ein politisch zusammengesetztes Gremium, dessen einzelne Mitglieder unter starker medialer Beobachtung stehen und dem Druck unterschiedlicher Interessengruppierungen ausgesetzt sind. Es hat sich gezeigt, dass insbesondere die erhöhte Gefahr von Indiskretionen (Gutachten, Rz. 181) auf potentielle Kandidatinnen und Kandidaten abschreckend wirken kann. Daneben hat der Umstand, dass die Wahl, Wiederwahl und Amtsenthebung der Leitungsfunktionen der Bundesanwaltschaft einerseits und die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft andererseits auf unterschiedliche Gremien verteilt sind, zu Abgrenzungsschwierigkeiten geführt (vgl. Gutachten, Rz. 182 f.).

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Wahl, Wiederwahl und Amtsenthebung nicht neu bei der AB-BA angesiedelt und so mit der Aufsichtsfunktion vereinigt werden sollen, wie dies bis 2001 mit der Vereinigung dieser Kompetenzen beim Bundesrat der Fall war.

Als **Vorteile** einer solchen Lösung können gewertet werden:

- *Klärung der Zuständigkeiten*: Eine Konzentration der Wahl, Wiederwahl und Amtsenthebung beim Aufsichtsgremium reduziert mögliche Abgrenzungsprobleme und Konfliktfelder gegenüber dem Parlament und insbesondere der Gerichtskommission. Beseitigt würde damit auch die eher eigenartige Situation, dass die AB-BA gegenüber Personen der BA disziplinarische Massnahmen anordnen kann, obwohl beide von der Bundesversammlung gewählt wurden.
- *«Entpolitisierung»*: Die Zuständigkeit der AB-BA verstärkt die Bemühungen um eine möglichst glaubwürdige und konsequente «Entpolitisierung» von Wahl, Wiederwahl und Amtsenthebung. Dieses Anliegen gewinnt möglicherweise an Bedeutung, wenn die Leitung der Bundesanwaltschaft künftig einem Kollegialorgan übertragen wird. Ein solches Kollegialorgan könnte neue Begehrlichkeiten nach einer Partei-proportionalen Zusammensetzung wecken (analog der ebenfalls kollegial organisierten Justiz).
- *Unabhängigkeit gewährleistet*: Ein Ziel der Übertragung der Wahlkompetenz auf die Bundesversammlung war die Stärkung der Unabhängigkeit der BA – insbesondere gegenüber dem Bundesrat. Dieses Ziel kann mit der Wahl durch die AB-BA ebenso gut erreicht werden.
- *Diskretion des Auswahlverfahrens*: Die Diskretion des Rekrutierungsprozesses kann möglicherweise verbessert werden, da die AB-BA und ihre Mitglieder weniger stark medial exponiert sind als ein politisches Auswahlgremium. Anzunehmen ist sodann, dass die Mitglieder der AB-BA aufgrund ihrer Aufsichtsfunktion und ihrer übrigen beruflichen Tätigkeit in erhöhtem Mass für Aspekte der Vertraulichkeit sensibilisiert sind.
- *Ermöglichung gerichtlichen Rechtsschutzes*: Bei der Nichtwiederwahl oder der Amtsenthebung durch die AB-BA könnte sich die betroffene Person gerichtlich zu Wehr setzen. Die gerichtliche Überprüfung eines solchen Entscheides ist heute aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV (mangels gesetzlicher Ausnahme) ausgeschlossen. Dadurch liesse sich die Unabhängigkeit der BA stärken und es könnte auf eine Ausnahme von der

Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) verzichtet werden. Es liessen sich damit auch potentielle Konflikte mit staatsvertraglichen Ansprüchen auf Rechtsschutz vermeiden, die sich insbesondere aus Art. 6 EMRK ergeben könnten (vgl. LUC GONIN/OLIVIER BIGLER, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bern 2018, Art. 6 Ziff. 26 ff.; European Network of Councils for the Judiciary [ENCJ], *Independence and Accountability of the Prosecution*, ENCJ-Report 2014-2016, S. 45).

Nachteile einer Wahl, Wiederwahl und Amtsenthebung durch die AB-BA sind:

- *Schwächung der demokratischen Legitimation der BA:* Die demokratische Legitimation der Bundesanwaltschaft würde mit einer Wahl durch die AB-BA deutlich geschwächt. Sie entspräche sodann auch nicht der gleichen Legitimation wie bei der (früheren) Wahl durch den Bundesrat. Rein formal wäre die demokratische Legitimation bei der Wahl durch die AB-BA zwar dieselbe wie bei der Wahl durch den Bundesrat – beide Wahlgremien werden ihrerseits durch die Bundesversammlung gewählt. Vom materiellen Gehalt kann die demokratisch Rückbindung aber nicht verglichen werden. Die AB-BA ist als Fachgremium konzipiert und die Mitglieder werden nach fachlichen Kriterien (aus)gewählt. Demgegenüber sind im Bundesrat die wichtigsten politischen Kräfte, Landesgegenden und Sprachregionen vertreten. Die Mitglieder des Bundesrates stehen zudem in einer starken politischen Verantwortung (vgl. Gutachten, Rz. 163). Ob ein solcher Wechsel gewünscht wird, ist letztlich eine politische Wertungsfrage, die der Gesetzgeber zu entscheiden hat. Massgebend ist, ob für das Leitungsgremium der Bundesanwaltschaft die (technokratische) Legitimation durch unpolitische Fachkompetenz höher zu gewichten ist als das Bedürfnis nach (demokratischer) Legitimation durch ein Wahlgremium, in dem die wichtigsten politischen Kräfte des Landes vertreten sind.
- *Mögliche Schwächung der Unabhängigkeit der Aufsicht:* Indem die AB-BA neu die Hauptverantwortung für die Rekrutierung und Auswahl des Leitungspersonals der Bundesanwaltschaft übernimmt, könnte sie gehemmt werden, allfällige Schwächen in der Amtsführung im Rahmen der Aufsicht aufzudecken und zu benennen. Die AB-BA sähe sich dann möglicherweise mit dem Vorwurf konfrontiert, dass sie bei ihrer Auswahl zu wenig sorgfältig vorgegangen ist. Durch die Vereinigung der Wahl-, Wiederwahl- und Abberufungskompetenz mit der Aufsicht könnte ein zu enges Vertrauensverhältnis zwischen AB-BA und BA entstehen und ein Solidarisierungseffekt eintreten, wodurch die kritische Instanz zwischen den beiden Behörden leiden könnte (vgl. auch Gutachten, Rz. 189). Damit würde die AB-BA etwas näher in Richtung einer «Oberstaatsanwaltschaft» rücken, wenngleich zu beachten ist, dass sie sich im Hinblick auf die Kompetenzen und Aufgaben immer noch von einer solchen unterscheiden würde, da die kantonalen Oberstaatsanwaltschaften in der Regel auch operativ tätig sind (z.B. durch den Erlass von Weisungen im Einzelfall oder die Vertretung von Fällen vor dem Bundesgericht).
- *Mögliche Politisierung der AB-BA:* Indem die AB-BA künftig auch die wichtige Entscheidung über die Zusammensetzung der Leitungsspitze der Bundesanwaltschaft übernimmt, wird sie stärker exponiert, was sie anfälliger für politische Druckversuche und

Einflussnahme machen könnte. Es müsste darauf geachtet werden, dass durch einen Systemwechsel nicht das Bedürfnis entsteht, parteipolitische Überlegungen bei der Wahl der Mitglieder der AB-BA mit zu berücksichtigen.

Eine **Alternative** wäre, dass Wahl, Wiederwahl und Abberufung zwar weiter beim Parlament verbleiben, die Vorbereitung dieser Geschäfte und die Antragstellung aber in die alleinige Kompetenz der AB-BA fällt. Ein vergleichbares Modell findet sich bspw. im Kanton Basel-Landschaft, wonach der Landrat den Ersten Staatsanwalt oder die Erste Staatsanwältin sowie einzeln die Leitenden Staatsanwältinnen und die Leitenden Staatsanwälte auf Vorschlag des Regierungsrats wählt und dabei an die Vorschläge des Regierungsrats gebunden ist (vgl. § 10 Abs. 1 EG StPO BL). Damit könnte der Auswahlprozess gegenüber heute stärker entpolitisiert und diskreter gestaltet werden. Auch liessen sich die Abgrenzungsfragen mit Blick auf Wiederwahl und Amtsenthebung entschärfen. Gleichzeitig könnte eine hohe demokratische Legitimation erhalten werden. Problematisch bei diesem vermittelnden Ansatz ist allerdings, dass dem Parlament damit keine echte Auswahl mehr zukäme und lediglich die Anträge der AB-BA genehmigen oder ablehnen könnte. Aus diesem Grund hat sich der Bundesgesetzgeber im Datenschutzrecht – entgegen dem Antrag des Bundesrates (BBl 2017 7087 f.) – davon verabschiedet, den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten weiterhin vom Bundesrat wählen und diese Wahl vom Parlament genehmigen zu lassen (so Art. 26 Abs. 1 DSG in der geltenden Fassung). Vielmehr liegt die Wahlkompetenz neu alleine beim Parlament (Art. 43 DSG vom 25. September 2020; voraussichtliches Inkrafttreten 2022).

3. Modell einer kollektiven Leitung der Bundesanwaltschaft

Die Bundesanwaltschaft ist derzeit stark monokratisch und hierarchisch organisiert. Bei der Person des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin sind alle wesentlichen Kompetenzen konzentriert: Sie führt die Bundesanwaltschaft (Art. 9 Abs. 1 StBOG), kann allen Mitarbeitenden der Bundesanwaltschaft umfassende Weisungen erteilen (Art. 13 StBOG) und sie wählt alle vier Jahre die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte des Bundes (Art. 20 Abs. 2 StBOG). Die Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen übernehmen lediglich im «Vertretungsfall» die entsprechenden Befugnisse des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin (Art. 10 Abs. 2 StBOG). Gemäss dem aktuell geltenden Reglement über die Organisation und Verwaltung der Bundesanwaltschaft vom 11. Dezember 2012 nehmen sie darüber hinaus Aufgaben der Führungsunterstützung des Bundesanwalts bzw. der Bundesanwältin wahr, sind verantwortlich für das operative Controlling der in der Bundesanwaltschaft geführten Verfahren und fungieren bei der Führung und Begleitung von Verfahren im Auftrag des Bundesanwalts bzw. der Bundesanwältin (Art. 3 Abs. 1 Organisationsreglement BA).

Neben der rechtlich herausgehobenen Stellung innerhalb der Bundesanwaltschaft ist die Bundesanwältin oder der Bundesanwalt auch nach aussen hin aufgrund medienträchtiger und international beachteter Fälle äusserst exponiert, was mit einer erhöhten gesellschaftlichen und politischen Aufmerksamkeit des Amtes einhergeht.

Diese starke öffentliche Exponierung in Kombination mit der internen «Allzuständigkeit» könnte durch eine Anpassung der internen Struktur der Bundesanwaltschaft abgedeckt werden. Im Gutachten (Rz. 204) wurde deshalb die Möglichkeit einer Stärkung der inneren Compliance angesprochen, die in organisatorischer Hinsicht erreicht werden könnte, indem das Amt der Bundesanwältin bzw. des Bundesanwalts auf ein Kollegium mit drei gleichberechtigten Personen verteilt wird («Triumvirat-Modell»).

Im Folgenden sollen die Vor- und Nachteile einer kollektiven Leitung anhand von drei Modellen näher beleuchtet werden.

Denkbar ist zunächst ein sog. **«Landammann-Modell»**, wonach die Leitung der Bundesanwaltschaft zwischen drei Mitgliedern in einem fest definierten Zeitraum (z.B. von zwei Jahren) rotiert. Die Bezeichnung rührt von der Unterscheidung zwischen dem «regierenden» und «stillstehenden» Landammann, die sich im Kanton Appenzell Innerrhoden im Zweijahresturnus ablösen (vgl. Art. 20 und 32 KV AI). Für diese Zeitspanne übernimmt der «Erste» oder «Leitende» Bundesanwalt die Hauptverantwortung und ist zugleich Vorsitzender im Gremium. Das Amt wird anschliessend in einem festen Turnus weitergereicht. Kennzeichnend für dieses Modell ist eine starke Stellung der Person des «Ersten» oder «Leitenden» Bundesanwalts. Lediglich einzelne strategische Entscheidungen würden im Leitungsgremium getroffen. Der Vorteil in diesem Modell besteht gegenüber der heutigen Regelung darin, dass die Hauptverantwortung für die Bundesanwaltschaft nur für eine zeitlich begrenzte Dauer bei einer Person konzentriert ist, was einen machtbegrenzenden Effekt hat und den gesellschaftlichen und medialen Fokus auf diese Person zeitlich limitiert. Ein Nachteil dieses Modells liegt indes in möglichen Reibungsverlusten durch den regelmässigen Funktionswechsel.

Als weiteres Führungsmodell käme ein **«reines Kollegialmodell»** in Betracht. Sämtliche Entscheidungen der bisherigen Bundesanwältin bzw. des Bundesanwalts würden danach kollegial durch das Dreiergremium gefällt. Die Person des «Ersten» oder «Leitenden» Bundesanwalts wäre nach diesem Modell ausschliesslich «primus inter pares», würde die Behörde nach aussen vertreten und könnte in dringlichen Fällen vorsorgliche Anordnungen treffen (vgl. sinngemäss für den Bundesrat Art. 25 ff. RVOG und für das Bundesgericht Art. 14 Abs. 3 BGG). Vorteil dieses Modells ist, dass keine Fokussierung auf eine Einzelperson mehr besteht; ein ausgeprägtes Kollegialmodell hat eine stark machtbegrenzende Funktion. Zudem führen breiter aufgestellte Entscheidungen möglicherweise zu einer grösseren Akzeptanz innerhalb der Behörde und das Risiko von «Alleingängen» wird minimiert. Nachteile bestehen indes in einer gewissen Schwerfälligkeit der Entscheidungsprozesse sowie in der Gefahr einer innovationshemmenden Wirkung. Ein «reines Kollegialmodell» ist zudem ressourcenintensiv und dürfte es kaum oder nur eingeschränkt ermöglichen, dass die Leitungsebene in der konkreten Fallführung mitwirkt.

Unter den kollektiven Leitungsmodellen erscheint den Gutachtern deshalb für die Bundesanwaltschaft ein **«modifiziertes Ressortmodell»** am besten geeignet. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass nur gewisse, strategische Entscheide gemeinsam gefällt werden, wobei die Person des «Leitenden» oder «Ersten» Bundesanwalts auch hier nur «primus inter pares» ist und zeitlich rotierend wechselt. Gegenüber dem reinen Kollegialmodell hat ein Ressortmodell jedoch

den Vorteil der längerfristig ausgerichteten Spezialisierung. Der Gefahr einer mangelnden Einheitlichkeit durch ein «Eigenleben» in den Ressorts könnte durch Weisungen und Handbücher entgegengewirkt werden, die vom Gesamtkollegium verabschiedet werden müssen. Zudem müsste sichergestellt werden, dass die Zuständigkeiten des Kollegialgremiums klar geregelt sind. So müsste jedenfalls die Gesamtverantwortung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 StBOG (fachgerechte und wirksame Strafverfolgung in Fällen der Bundesgerichtsbarkeit; der Aufbau und der Betrieb einer zweckmässigen Organisation; der wirksame Einsatz von Personal sowie von Finanz- und Sachmitteln) beim Leitungsgremium liegen. Dazu gehören insbesondere die Schaffung der organisationsrechtlichen Grundlagen für den Betrieb der Bundesanwaltschaft (Organisationsreglement, Abteilungsreglement, Organisationshandbuch etc.), der Erlass von abstrakt-generellen Weisungen, das Treffen von wichtigen Personalentscheidungen (wie etwa die Wahl der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte des Bundes oder anderer Personen mit Führungsaufgaben) und Entscheidungen über kriminalpolitische Weichenstellungen oder die Zuteilung von Ressourcen. Zu empfehlen wäre ausserdem eine Auffangzuständigkeit des Kollegiums, wonach dieses bei Unklarheiten in Bezug auf die Zuständigkeiten im Zweifel zuständig ist und ihm ausserdem ermöglicht wird, jede Entscheidung durch Mehrheitsbeschluss an sich zu ziehen.

Wie die Ressorts im Einzelnen auszugestalten wären, kann im Rahmen dieser Kurzbegutachtung, d.h. ohne detaillierte Analyse der bestehenden internen Governance der Bundesanwaltschaft (insb. der Aufbauorganisation und der Verfahrensabläufe) nicht fundiert beurteilt werden, zumal die im Bericht der AB-BA über die Inspektion des Generalsekretariats vom 7. Dezember 2020 empfohlene Reorganisation des Generalsekretariats einzubeziehen wäre. Mit Blick auf das geltende Organisationsreglement der Bundesanwaltschaft wäre es jedenfalls denkbar, dem Ressort «Erste Bundesanwältin» bzw. «Erster Bundesanwalt» die Aufgaben zuzuteilen, welche für den Gesamtbetrieb wesentlich sind, etwa die Vertretung der Bundesanwaltschaft nach aussen (gegenüber Medien, Politik und Aufsichtsbehörde), die Leitung der Sitzungen des Führungsgremiums, die Berichterstattung zuhanden der AB-BA und politischen Gremien, die Führungsverantwortung für die nicht operativen Einheiten (insbesondere das Generalsekretariat, den Stab und die zentralen Dienste), wohingegen die beiden anderen Bundesanwältinnen und Bundesanwälte – wie dies bereits jetzt teilweise der Fall ist – die Führungsverantwortung in der operativen Tätigkeit der Bundesanwaltschaft verantworten könnten. Die innere Struktur der Bundesanwaltschaft sollte dabei durch die Bundesanwaltschaft im Rahmen der Organisationsautonomie (allerdings in Begleitung durch die AB-BA) entwickelt werden. Nach Ansicht der Gutachter erscheint es ausreichend, wenn der Gesetzgeber die groben Linien im StBOG abbildet.