

# CH\_VB 150000152 vom 1. November 2007

Bundesverwaltung, 2007-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_\\_td\\_class\\_\\_metadataCell\\_\\_150000152\\_\\_td\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb__td_class__metadataCell__150000152__td_)

FR: CH\_VB 150000152 du 1 novembre 2007

IT: CH\_VB 150000152 del 1 novembre 2007

## Erwägungen

### E. 1

Pascal Mahon, Le principe de la séparation des pouvoirs, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 65, Rz. 19 ff.; René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, Rz. 2049 ff.; Hansjörg Seiler, Gewaltenteilung, Bern 1994, S. 482 ff.; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

### E. 2

Rhinow (Anm. 1), Rz. 2050.

### E. 3

Siehe dazu Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 319; Christoph Mettler, Staatsanwaltschaft. Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation sowie ein Vorschlag zur Neuordnung, Fribourger Diss., Basel/Genf/München 2000, S. 73 ff.; Niklaus Schmid, Gutachten, Ziff. 2.1.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 145

b) Unabhängigkeit der Gerichte Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt. Die richterliche Unabhängigkeit wird auch in Art. 191c BV garantiert, wonach die richterlichen Behörden in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet sind. Die Bundesanwaltschaft übt zwar zum Teil rechtsprechende oder rechtsprechungsähnliche Tätigkeiten aus. Sie ist aber Teil der Bundesverwaltung und untersteht administrativ dem Bundesrat bzw. dem EJPD. Sie verfügt deshalb nicht über die organisatorische Selbstständigkeit, die Voraussetzung für richterliche Unabhängigkeit ist. 4.2. Ausgestaltung durch die Bundesgesetzgebung

Nach dem Gesagten ergeben sich weder aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung noch aus dem Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit Kriterien für die Stellung der Bundesanwaltschaft, insbesondere für die Frage ihrer Unabhängigkeit und Beaufsichtigung. Der Gesetzgeber verfügt deshalb über eine weite Freiheit bei der Ausgestaltung dieser Institution. a) Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege Nach Art. 14 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0) steht die Bundesanwaltschaft administrativ unter der Aufsicht des Bundesrates. Die Anträge vor Gericht stellt der Bundesanwalt nach freier Überzeugung. In Art. 16 Abs. 4 Satz 1 wird präzisierend festgehalten, dass der Bundesanwalt und die Personen, die ihn vertreten, ihre

Aufgaben unabhängig von Weisungen der Wahlbehörde erfüllen. Diese beiden Bestimmungen wurden mit einer Änderung vom 22. Dezember 1999 (AS 1999, 3308) in das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege eingefügt. Bis zum Inkrafttreten dieser Änderung am 1. Januar 2002 legte Art. 11 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege fest, die Anklagekammer des Bundesgerichts führe die Aufsicht über die Voruntersuchung; sie entscheide über Beschwerden gegen den Untersuchungsrichter und über die Zulassung der Anträge. Art. 11 Satz 1 des Gesetzes wurde mit der Änderung vom 22. Dezember 1999 dahingehend präzisiert, dass die Anklagekammer die Aufsicht über den Bundesanwalt in seiner Funktion als Leiter der gerichtlichen Polizei sowie über die Ermittlungen der gerichtlichen Polizei und über die Voruntersuchung führe. Die Bestimmung betreffend die Aufsicht der Anklagekammer des Bundesgerichtes über die Bundesanwaltschaft wurde durch das Strafgerichtsgesetz vom 4. Oktober 2002 (SR 173.71) aufgehoben, das in Art. 28 Abs. 2 die Aufsicht über die Ermittlungen der gerichtlichen Polizei und die Voruntersuchung in Bundesstrafsachen der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes überträgt. In seiner Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuches, der Bundesstrafrechtspflege und des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes (Massnahmen zur Verbesserung der Effizienz und der Rechtsstaatlichkeit in der Strafverfolgung) vom 28. Januar 19985 führt der Bundesrat zu den Änderungen betreffend die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft aus, der geltende Gesetzestext erwähne nur die Aufsicht der Anklagekammer über die Voruntersuchung, ihren Entscheid über Beschwerden gegen die Untersuchungsrichter und über die Zulassung der Anklage. Das Bundesgericht über aber schon heute auch Aufgaben im gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahren aus. Es

#### **E. 4**

Siehe dazu Kiener (Anm. 3), S. 291 ff., 315 ff.; Mettler (Anm. 3), S. 71 ff.; Gutachten Niklaus Schmid, Ziff. 2.2.

#### **E. 5**

BBJ 1998, 1551 f.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 146

werde, entsprechenden Begehren von Vernehmlassern folgend, eine Ausdehnung der Aufsicht der Anklagekammer auf das gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren und – im Interesse der Präzision – auf den Bundesanwalt, soweit er als Leiter der gerichtlichen Polizei fungiere, vorgeschlagen. Damit werde eine rechtsstaatlich einwandfreie und zudem kohärente Aufsicht über das ganze Vorverfahren installiert. Nach der bisher geltenden Fassung des Art. 14 der Bundesstrafprozessordnung stehe der Bundesanwalt, unter Vorbehalt der Anträge vor Gericht, unter der Aufsicht und Leitung des Bundesrates. Diese Bestimmung erkläre sich daraus, dass der Bundesrat Wahlbehörde sei und die Bundesanwaltschaft ein Bundesamt innerhalb des EJPD bilde. Der Bundesrat halte daran grundsätzlich fest. Die Aufsicht über den Bundesanwalt habe sich jedoch auf administrative Belange zu beschränken, weil neu umfassende Beschwerdemöglichkeiten an die Anklagekammer des Bundesgerichtes vorgesehen würden. In der Tat erscheine das ursprünglich aus der «Aufsicht und Leitung» abgeleitete Weisungsrecht, das im Widerspruch zum Grundsatz der Gewaltentrennung stehe, heute überholt. In der Botschaft zum Bundesstrafprozess von 1929 stelle der Bundesrat zwar fest, der Bundesanwalt habe

als Beamter der Justizverwaltung Weisungen über die Einleitung und Nichteinleitung von Strafverfolgungen, Einlegung oder Nicht- einlegung von Rechtsmitteln entgegenzunehmen.<sup>6</sup> Schon 1958 habe der Bundesrat indessen betont, dass das Aufsichts- und Leitungsrecht des Bundesrates während ei- nes Bundesstrafverfahrens vor allem dann von praktischer Bedeutung werde, wenn der Bundesanwalt selbst pflichtwidrig gegen die Legalität verstossen sollte. Die Beibe- haltung eines so verstandenen Aufsichts- und Leitungsrechtes sei nach wie vor ge- rechtfertigt und geboten.<sup>7</sup> Diese Auffassung sei 1976 im Zusammenhang mit der Par- lamentarischen Initiative über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre bestätigt worden, wobei der Bundesrat beigefügt habe, es sei zweifellos nicht seine Aufgabe, den einzelnen Fall betreffende Weisungen zu erteilen und die entsprechende Verant- wortung zu übernehmen; er beschränke sich deshalb auf die Dienstaufsicht.<sup>8</sup> Nach ei- ner zeitgemässen Auffassung von Stellung und Funktion einer Staatsanwaltschaft müsse diese Behörde im funktionellen Bereich aufsichts- und weisungsunabhängig sein. Aus diesen Ausführungen folgt, dass der Bundesrat seine Aufsicht über die Bundes- anwaltschaft offenbar schon seit Jahrzehnten zurückhaltend ausübte und sich auf eine Rechts-, später sogar auf eine Dienstaufsicht beschränkte. In der Gesetzgebung fand diese Praxis erst mit der Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechts- pflege vom 22. Dezember 1999 Ausdruck. Der Gesetzgeber hat klargestellt, dass die Bundesanwaltschaft administrativ unter der Aufsicht des Bundesrates steht, während die fachliche Aufsicht Sache der Anklagekammer des Bundesgerichtes, seit Inkrafttre- ten des Strafgerichtsgesetzes der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes ist.<sup>9</sup> Das Ziel dieser Beschränkung der Aufsicht durch die Exekutive liegt, wie sich aus den Materialien ergibt, darin, eine politische Einflussnahme auf die Tätigkeit der Bundes- anwaltschaft zu verunmöglichen. Der Hinweis auf den «Widerspruch zum Grundsatz

#### **E. 6**

BB1 1929 II, 591.

#### **E. 7**

BB1 1958 II, 697.

#### **E. 8**

BB1 1976 II, 1569, 1575.

#### **E. 9**

In der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (BB1 2001, 4248, 4365) wird dargelegt, der Bundesrat schlage vor, dem Bundesstrafgericht die Aufgaben der Anklagekammer des Bun- desgerichtes zuzuweisen; somit werde das Bundesstrafgericht ebenfalls die Aufsicht über die Ermittlungen der Bundesbehörden in einem Bundesstraf- und einem Verwaltungsstrafverfahren führen und über Anstände betreffend die Zuständigkeit und die innerstaatliche Rechtshilfe entscheiden. Das Aufsichtsrecht erlaube der Beschwerdekammer insbesondere, sich jederzeit etwelche Akten zustellen zu lassen und auf diese Weise über die Untersuchungsmethoden zu wachen. Stelle sie Mängel fest, nehme sie die nötigen Abklärungen vor und ordne alle erforderlichen Massnahmen von Amtes wegen an.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 147

der Gewaltentrennung» in der Botschaft des Bundesrates vom 28. Januar 1998<sup>10</sup> ist zwar nach dem Gesagten sachlich nicht zutreffend. Doch entspricht das Anliegen, die Strafverfolgungsbehörden zu «entpolitisieren» und ausschliesslich auf die Legalität und die Suche nach der Wahrheit zu verpflichten, einem rechtsstaatlichen Anliegen.<sup>11</sup> Letztlich geht es um die Verhinderung des Missbrauchs staatlicher Macht.<sup>12</sup> Wohin der Einsatz der Strafverfolgungsbehörden zu politischen Zwecken führen kann, zeigen Beispiele in Russland drastisch. b) Organisationsgesetzgebung Nach Art. 43 Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) vom 21. März 1997 (SR 172.010) legt der Bundesrat durch Verordnung die Gliederung der Bundesverwaltung in Ämter fest. Er weist den Ämtern möglichst zusammenhängende Sachbereiche zu und legt ihre Aufgaben fest. Die Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV) vom 25. November 1998 (SR 172.010.1) unterscheidet zwischen zentraler und dezentraler Bundesverwaltung (Art. 7 und Art. 8). Die Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung sind der Bundeskanzlei oder dem Departement mit dem engsten Sachbezug zugeordnet. Die administrativ zugewiesenen Einheiten sind, was die Verwaltung der Ressourcen betrifft, in der Regel der zentralen Bundesverwaltung gleichgestellt; in der Erfüllung ihrer Aufgaben sind sie weisungsungebunden (Art. 8 Abs. 1 und 2 RVOV). Die Aufsicht über die dezentrale Bundesverwaltung wird in Gegenstand, Umfang und Grundsätzen durch die Spezialgesetzgebung geregelt und richtet sich nach dem jeweiligen Grad der Autonomie (Art. 24 Abs. 3 RVOV). Die Bundesanwaltschaft gehört nach der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD) vom 17. November 1999 (SR 172.213.1) zu den Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung (Art. 25–27 OV-EJPD). Daraus folgt, dass die Bundesanwaltschaft dem EJPD nicht wie eine Einheit der zentralen Bundesverwaltung unterstellt, sondern bloss administrativ zugewiesen ist. Die Aufsicht bestimmt sich nach den dargestellten Vorschriften der Bundesstrafprozessordnung und des Strafgerichtsgesetzes, nicht nach den für die zentrale Bundesverwaltung geltenden Bestimmungen des RVOG und der RVOV. Bestätigt wird in der Organisationsgesetzgebung auch, dass die Bundesanwaltschaft ihre Aufgaben weisungsungebunden zu erfüllen hat. c) Personalgesetzgebung Der besonderen Stellung der Bundesanwaltschaft trägt auch die Bundespersonalgesetzgebung Rechnung. Das Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1), das nach Art. 2 Abs. 1 lit. e auch für die dezentralisierten Verwaltungseinheiten gilt, sofern die spezialgesetzlichen Bestimmungen nichts anderes vorsehen, legt in Art. 8 Abs. 1 als Grundsatz fest, dass das Arbeitsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist und unter Vorbehalt von Art. 9 Abs. 3–5 durch den Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrages entsteht. Nach Art. 9 Abs. 5 BPG kann der Bundesrat durch Verordnung für Personal, das vom Anstellungsorgan unabhängig sein muss, die Wahl auf Amtsdauer vorsehen. Der Bundesrat hat von dieser Möglichkeit in Art. 32 der Bundespersonalverordnung (BPV) vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3) Gebrauch gemacht. Nach dieser Bestimmung werden die Arbeitsverhältnisse des Bundesanwaltes oder der Bundesanwältin sowie der stellvertretenden Bundesanwälte und Bundesanwältinnen

## **E. 10**

Siehe Anm. 5, 1552.

## **E. 11**

Vgl. auch Mettler (Anm. 3), S. 52 ff., sowie die Hinweise auf die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates vom Oktober 2000 im Gutachten von Niklaus Schmid,

Ziff. 2.3.

## E. 12

Um Missverständnisse zu vermeiden, halte ich ausdrücklich fest, dass ich damit nicht sagen will, es sei zu politischen Einflussnahmen auf die Bundesanwaltschaft gekommen.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 148

nen, der Staatsanwälte und Staatsanwältinnen des Bundes und deren Stellvertreter und Stellvertreterinnen auf eine Amtsdauer von vier Jahren abgeschlossen. Das Arbeitsverhältnis kann nach Art. 32 Abs. 3 von der zuständigen Stelle<sup>13</sup> jederzeit gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 12 Abs. 7 BPG vorliegt.<sup>14</sup> Auf Ablauf der vierjährigen Amtsdauer kann zudem aus Gründen nach Art. 12 Abs. 6 BPG unter Einhaltung der Kündigungsfrist nach Art. 12 Abs. 3 BPG gekündigt werden. Die Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft wird also auch personalrechtlich sichergestellt. Die Wahl- und Aufsichtsbehörde soll keine Möglichkeit haben, durch Drohungen mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf die Erfüllung der Aufgaben Einfluss zu nehmen. Die personalrechtliche Garantie der Unabhängigkeit ist allerdings sachlich und zeitlich beschränkt. Vorbehalten bleibt einerseits eine fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen; andererseits kann bei Ablauf der vierjährigen Amtsdauer das Arbeitsverhältnis aus den in Art. 12 Abs. 6 BPG genannten Gründen – u.a. Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholten, mangelnde Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten – aufgelöst werden. IV. Anordnungen des Vorstehers des EJPD gegenüber dem Bundesanwalt

Im Bericht der GPK-N wird unter Ziff. 3.1.2 die «Chronologie des Konflikts zwischen dem Vorsteher EJPD und dem Bundesanwalt» dargestellt. Aus rechtlicher Sicht sind die im Bericht erwähnten Anordnungen des Vorstehers EJPD nach meinem Dafürhalten wie folgt zu beurteilen: 1. Verbot der Information der Medien und schriftliche Ermahnung im Fall «Achraf»

Der Vorsteher des EJPD untersagte dem Bundesanwalt eine Information der Medien über den Stand des Ermittlungsverfahrens im Fall «Achraf», weil er verhindern wollte, dass sich der Bundesanwalt öffentlich einer Auslieferung an Spanien widersetze. Der Mediensprecher des Bundesanwaltes beantwortete trotz dieses Verbotes im Anschluss an eine Reise nach Spanien Fragen zum Ermittlungsverfahren. In einer schriftlichen Ermahnung vom 9. November 2004 an den Bundesanwalt hielt der Vorsteher des EJPD fest, dass die Bundesanwaltschaft trotz seiner klaren Anweisungen eine Medienkonferenz durchgeführt habe. Er erachte eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Bundesanwalt im heutigen Zeitpunkt als zumindest erschwert und ermahne ihn entsprechend. Im Wiederholungsfall und/oder bei der nächsten Nichteinhaltung klarer Dienstanweisungen müsse er sich die Prüfung rechtlicher Schritte bis hin zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorbehalten. Ob die Anordnung, eine Information der Medien im Fall «Achraf» zu unterlassen, und die als Folge der Missachtung dieser Anordnung ausgesprochene Ermahnung des Vorstehers des EJPD rechtmässig sind oder nicht, hängt davon ab, ob es dabei um administrative oder um fachliche Angelegenheiten ging. Die Grenze zwischen diesen beiden Bereichen ist nicht einfach zu ziehen. Das EJPD vertritt in seiner Stellungnahme zum Berichtsentwurf der Subkommission EJPD/BK der GPK-N die

Ansicht, der

### **E. 13**

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. g BPV ist der Bundesrat zuständig für die Begründung, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Bundesanwaltes oder der Bundesanwältin, der stellvertretenden Bundesanwälte und Bundesanwältinnen sowie der Staatsanwälte und Staatsanwältinnen des Bundes und deren Stellvertreter und Stellvertreterinnen.

### **E. 14**

Als Grund für die fristlose Kündigung gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 149

Vorsteher des EJPD habe die Pflicht zu verhindern, dass sich verschiedene Behörden in der Strafverfolgung des Bundes in laufenden Verfahren gegenseitig ausmanövrieren; es sei überdies seine Pflicht, höherrangige staatspolitische Interessen zu schützen. Dies gelte auch für Fragen der Information. Auf der andern Seite ist zu berücksichtigen, dass die Information der Öffentlichkeit keine bloss administrative Angelegenheit ist, sondern ein heute zunehmend wichtiger Bestandteil der Aufgabenerfüllung.<sup>15</sup> Es ist zwar verständlich, dass dem Vorsteher des EJPD an der Koordination zwischen Ermittlungs- und Auslieferungsverfahren, die von zwei verschiedenen Verwaltungseinheiten des Departementes geführt wurden, gelegen war. Der Gesetzgeber hat jedoch eine Einflussnahme der Exekutive auf die Art der Aufgabenerfüllung durch die Bundesanwaltschaft, zu der nach meinem Dafürhalten auch die Information der Öffentlichkeit gehört, ausgeschlossen. Vernünftigerweise koordinieren sich die betroffenen Verwaltungseinheiten – Bundesanwaltschaft und Bundesamt für Polizei, allenfalls auch Bundesamt für Justiz – in solchen Fällen selbst und sprechen sich über die Information der Öffentlichkeit ab. Unterbleibt eine solche Selbstkoordination, so kann sie der Vorsteher des EJPD nach geltendem Recht nicht durchsetzen. Da die Anordnung betreffend Information der Öffentlichkeit durch die Bundesanwaltschaft im Fall «Achraf» nach dem Gesagten nicht zulässig war, lässt sich auch die schriftliche Ermahnung wegen der Verletzung dieses Verbotes nicht rechtfertigen. Der Vorsteher des EJPD hätte meines Erachtens nur beanstanden können, dass der Bundesanwalt sich nicht mit den anderen Verwaltungseinheiten über die Information der Öffentlichkeit abgesprochen hat. 2. Androhung einer weiteren Disziplinarstrafe im Frühling 2006

In der Presse wurde kritisiert, dass eine Medienmitteilung des eidgenössischen Untersuchungsrichteramtes vom 8. Juli 2005, in welcher die Bundesanwaltschaft im Zusammenhang mit dem Einsatz eines verdeckten Ermittlers entlastet wurde, unter Mitwirkung des Informationschefs der Bundesanwaltschaft verfasst worden sei. Nach der Stellungnahme des EJPD zum Berichtsentwurf der Subkommission EJPD/BK der GPK-N (ad Ziff. 3.1.2.2) kam die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes bei ihrer Untersuchung zum Schluss, der Entwurf der Medienmitteilung stamme aus der Bundesanwaltschaft. Sie bezeichnete die Glaubwürdigkeit des Informationschefs deshalb als fraglich und forderte den Bundesanwalt auf, diesem Umstand angemessene Rechnung zu tragen. Im Bericht der GPK-N (Ziff. 3.1.2.2) wird dagegen festgehalten, der

Mediensprecher habe dementiert, die Medienmitteilung verfasst zu haben; diese Darstellung sei vom Untersuchungsrichteramt gegenüber der GPK-N bestätigt worden. Nachdem die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes im Rahmen ihrer Fachaufsicht eine Fehlleistung im Bereich der Information durch die Bundesanwaltschaft festgestellt und den Bundesanwalt zu entsprechenden Massnahmen aufgefordert hatte, war der Vorsteher des EJPD berechtigt, dafür zu sorgen, dass der Bundesanwalt den Beanstandungen der Beschwerdekammer Rechnung trägt. Die Teilung zwischen fachlicher und administrativer Aufsicht hat zur Folge, dass die administrativ vorgesetzte Behörde Beanstandungen im Rahmen der Fachaufsicht sanktionieren und allenfalls entsprechende personalrechtliche Massnahmen anordnen muss. Darin zeigt sich ein weiterer Nachteil der Trennung zwischen den beiden Arten der Aufsicht. Weil der Bundesanwalt offenbar keine Sanktionen gegenüber seinem Mediensprecher treffen wollte, war der Vorsteher des EJPD zuständig, dies im Rahmen seiner administrativen

## **E. 15**

Siehe Art. 80 Abs. 2 BV; Art. 10 ff. und Art. 40 RVOG; vgl. dazu Thomas Sägesser, Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, in: derselbe (Hrsg.), Die Bundesbehörden, Bern 2000, Art. 180 BV, Rz. 861 ff.; Luzius Mader, St. Galler Kommentar zu Art. 180 Abs. 2 BV, Rz. 24 ff.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 150

Aufsicht zu beanstanden. Ob die Androhung einer weiteren Disziplinarstrafe gegen den Bundesanwalt für den Fall, dass er nicht innert Frist seinem Mediensprecher eine schriftliche Ermahnung erteile, notwendig war, um die Durchsetzung der von der Beschwerdekammer verlangten Massnahmen zu erreichen, kann ich nicht beurteilen. 3. «Abmahnung und scharfe Rüge» vom 8. Juni 2006

Am 8. Juni 2006 erteilte der Justizminister dem Bundesanwalt eine schriftliche «Abmahnung und scharfe Rüge» im Sinne von Art. 12 Abs. 6 und 7 BPG wegen Informationsverweigerung, Nichterreichbarkeit, Gesprächsverweigerung und unloyalem Verhalten einer anderen Behörde gegenüber. In seinem Schreiben an den Bundesanwalt führte der Vorsteher des EJPD ferner aus, er erachte das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Bundesanwalt als zerstört und eine loyale Zusammenarbeit als verunmöglicht. Er erteile ihm zudem die Dienstanweisung, ab sofort seine Weisungen bezüglich Erreichbarkeit vollumfänglich einzuhalten; ohne Rücksprache mit dem Departement dürften keinerlei Presseauftritte mehr organisiert werden. Falls sich solche oder ähnliche Vorkommnisse wiederholen sollten oder der Bundesanwalt sich seinen klaren Anweisungen widersetzen werde, werde er unverzüglich beim Bundesrat die Auflösung des Arbeitsverhältnisses (gegebenenfalls sogar die fristlose Kündigung) beantragen. Dem Bericht der GPK-N und der Stellungnahme des EJPD zum Berichtsentwurf lässt sich entnehmen, dass der Bundesanwalt nicht bereit war, mit dem Vorsteher des EJPD zu kooperieren. Seine Weigerung, seinen Vorgesetzten über das in den Medien und in der Politik heftig diskutierte Verfahren H. zu informieren, obwohl er dazu nach Art. 102quater Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege befugt war, hat er meines Erachtens nicht überzeugend begründet. Auch die Vorwürfe der Nichterreichbarkeit und der Gesprächsverweigerung sind nach meiner Ansicht berechtigt. Da es dabei um die Missachtung von administrativen Pflichten ging, war der Vorsteher des EJPD befugt, sie

zu rügen. Anders verhält es sich dagegen bezüglich des Vorwurfs, ohne Rücksprache mit dem Departementschef dem Tages-Anzeiger ein Interview gegeben zu haben, und bezüglich der Weisung, ohne Rücksprache mit dem Departement keinerlei Presseauftritte mehr zu organisieren. Wie vorne (1.) ausgeführt, hat der Vorsteher des EJPD kein Recht, der ihm nur administrativ zugeordneten Bundesanwaltschaft Weisungen bezüglich deren Informationstätigkeit zu erteilen. Insoweit verstösst also die «Abmahnung und scharfe Rüge» vom 8. Juni 2006 gegen geltendes Recht. V. Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Bundesanwalt Roschacher

Am 5. Juli 2006 kündigte Bundesanwalt Roschacher seinen Rücktritt per 31. Dezember 2006 nach Massgabe der am gleichen Tag abgeschlossenen Vereinbarung an. Der Vorsteher des EJPD informierte den Bundesrat ebenfalls am 5. Juli 2006 über die Kündigung des Bundesanwaltes. 1. Zuständigkeit zur Auflösung des Dienstverhältnisses

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. g BPV ist der Bundesrat zuständig für die Begründung, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Bundesanwaltes oder der Bundesanwältin. Alle weiteren Arbeitgeberentscheide für das Personal nach Abs. 1 treffen die Departemente, soweit andere Erlasse nichts anderes bestimmen (Art. 2 Abs. 3 BPV).

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 151

Die GPK-N führt in ihrem Bericht (Ziff. 3.2, g) aus, wenn der Bundesanwalt von sich aus, d.h. einseitig kündige, falle das Arbeitsverhältnis dahin und eine Genehmigung durch den Bundesrat sei nicht nötig. Werde das Arbeitsverhältnis jedoch im gegenseitigen Einvernehmen nach Art. 10 Abs. 1 BPG aufgelöst, wobei die entsprechenden Bedingungen und gegenseitigen Verpflichtungen in einer Vereinbarung festgelegt würden, sei der Bundesrat für die Genehmigung dieser Vereinbarung zuständig. Dies gehe auch aus dem gutachterlichen Schreiben des Bundesamtes für Justiz vom 30. Juni 2006 hervor. Das EJPD stellt den Sachverhalt in seiner Stellungnahme zum Berichtsentwurf so dar, dass zuerst die Vereinbarung mit dem Bundesanwalt abgeschlossen und danach das Rücktrittsschreiben eingereicht worden sei. Die Akten zeigten eindeutig auf, dass zwischen dem EJPD und dem Parteivertreter des Bundesanwaltes intensive Verhandlungen über die Nebenfolgen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses geführt worden seien. Dies sei nur möglich gewesen, weil der Bundesanwalt schon früh erklärt habe, er sei bereit zurückzutreten, sofern das EJPD gewisse Bedingungen erfülle. Der erste Schritt sei somit vom Bundesanwalt und nicht vom EJPD ausgegangen. Deshalb sei die Rechtsauffassung richtig, wonach es sich um eine einseitige und durch den Arbeitnehmer ausgesprochene Kündigung handle.<sup>16</sup> Sowohl die GPK-N als auch das EJPD haben meines Erachtens übersehen, dass für die Auflösung von Arbeitsverhältnissen, die auf eine Amtsdauer von vier Jahren abgeschlossen wurden, andere Regeln gelten als für die Beendigung von Anstellungsverhältnissen auf unbestimmte Zeit. Arbeitsverhältnisse auf Amtsdauer werden durch mitwirkungsbedürftige Wahlverfügungen begründet; alle anderen Arbeitsverhältnisse durch Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrages.<sup>17</sup> Das bedeutet, dass die auf Amtsdauer abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse nicht durch blosser Kündigung der angestellten Personen aufgelöst werden können. Zwar sieht Art. 32 Abs. 4 BPV vor, dass auf Amtsdauer angestellte Personen das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist nach Art. 12 Abs. 3 BPG auf Ende jeden Monats kündigen können. Mit der Kündigung wird aber das durch Verfügung begründete Arbeitsverhältnis nicht einseitig aufgelöst; vielmehr handelt es sich

dabei um ein Gesuch an die Wahlbehörde um Auflösung des Arbeitsverhältnisses, dem diese durch eine entsprechende Entlassungsverfügung entsprechen muss.<sup>18</sup> Art. 3 der Verordnung über die auf Amtsdauer gewählten Angestellten (Amtsdauerverordnung) vom 17. Oktober 2001 (SR 172.220.111.6) sieht vor, dass die Wahlbehörde und die angestellte Person das Arbeitsverhältnis durch schriftlichen Auflösungsvertrag jederzeit auf jeden Zeitpunkt auflösen können. Sollen also die Kündigungsfristen und Kündigungstermine für die Auflösung einer Anstellung auf Amtsdauer nach Art. 32

#### **E. 16**

Das EJPD stützte sich dabei auf zwei Stellungnahmen des Bundesamtes für Justiz vom 30. Juni 2007 betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Bundesanwalt sowie auf eine Stellungnahme des Eidgenössischen Personalamtes vom 2. Mai 2005 betreffend unverschuldete, einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

#### **E. 17**

Siehe Art. 8 Abs. 1 BPG; Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die auf Amtsdauer gewählten Angestellten (Amtsdauerverordnung) vom 17. Oktober 2001 (SR 172.220.111.6); dazu Peter Hänni, Personalrecht des Bundes, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I: Organisationsrecht, Teil 2, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2004, Rz. 72; Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Zürcher Diss., Bern 2005, Rz. 33.

#### **E. 18**

Das Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (SR 172.221.10), das durch das Bundespersonalgesetz grösstenteils aufgehoben worden ist, sah dieses Vorgehen bei der Auflösung durch Kündigung in Art. 53 ausdrücklich vor. Da die Regelung betreffend die Wahl auf Amtsdauer in Art. 9 Abs. 4 und 5 BPG auf dem bisherigen Beamtengesetz beruht, ist für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der Amtsdauer auch nach neuem Recht eine Entlassungsverfügung der Wahlbehörde notwendig, wenn die gewählte Person gekündigt hat. Dazu Minh Son Nguyen, La fin des rapports de service, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personal des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 424, mit Hinweisen; siehe auch Botschaft zum Bundespersonalgesetz (BPG) vom 14. Dezember 1998, BBl 1999, 1611 f.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 152

Abs. 4 BPV nicht eingehalten werden, so ist ein Auflösungsvertrag erforderlich. Allerdings muss auch hier die Wahlbehörde zustimmen. Nach meiner Beurteilung wäre unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis mit Bundesanwalt Roschacher durch einseitige Kündigung oder durch einen Vertrag aufgelöst worden ist, eine Entlassungsverfügung oder eine Genehmigung des Vertrages durch den Bundesrat als Wahlbehörde erforderlich gewesen. Das Fehlen eines solchen förmlichen Aktes wiegt allerdings nicht schwer. Der Bundesrat hatte Kenntnis von der Kündigung des Bundesanwaltes; er wandte offenbar nichts dagegen ein und verlangte auch keine förmliche Antragstellung durch das EJPD. Man könnte sich sogar fragen, ob eine stillschweigende Genehmigung vorliegt. Ob und wie weit der Bundesrat auch über die Vereinbarung betreffend die Nebenfolgen der Kündigung informiert wurde, ist mir nicht bekannt. 2. Rechtmässigkeit der Abgangsentschädigung des Bundesanwaltes

Im Rahmen der Vereinbarung über die Folgen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Vorsteher des EJPD und Bundesanwalt Roschacher wurde diesem eine Abgangsentschädigung in der Höhe eines Jahresgehaltes zugesprochen. Das EJPD sieht die gesetzliche Grundlage für diese Entschädigung in Art. 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 BPV. Danach hält der Arbeitsvertrag mit den Staatssekretären und Staatssekretärinnen, mit den Amtsdirektoren und Amtsdirektorinnen und mit den Vizekanzlern und den Vizekanzlerinnen den Wegfall der gedeihlichen Zusammenarbeit mit dem Departementsvorsteher oder der Departementsvorsteherin bzw. dem Bundeskanzler oder der Bundeskanzlerin als Grund für eine ordentliche Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 lit. f BPG fest. Bei Kündigungen aus einem Grund nach Art. 26 Abs. 1 entspricht die Entschädigung einem Jahreslohn. Das EJPD ist der Ansicht, diese Bestimmungen könnten analog auf das Arbeitsverhältnis mit dem Bundesanwalt angewendet werden. Der Bundesrat stellte sich in seinem Schreiben vom 15. Dezember 2006 an die Eidgenössische Finanzdelegation hinter die Rechtsauffassung des EJPD, wonach die analoge Anwendung der Vorschriften über die Austrittsregelung eines Amtsdirektors auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Bundesanwalt zulässig sei, weil besondere Regelungen für einen solchen Fall fehlten. Eine analoge Anwendung von Art. 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 BPV auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Bundesanwalt ist nur möglich, wenn eine Lücke, d.h. eine planwidrige Unvollständigkeit der Regelung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Bundesanwalt vorliegt.<sup>19</sup> Art. 32 Abs. 3–5 BPV enthalten jedoch meines Erachtens keine lückenhafte Regelung der Auflösung einer Anstellung auf Amtsdauer. Die zuständige Stelle kann das Arbeitsverhältnis jederzeit kündigen, wenn ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 12 Abs. 7 BPG vorliegt, ausserdem aus den in Art. 12 Abs. 6 BPG erwähnten Gründen unter Einhaltung einer Kündigungsfrist jeweils auf Ablauf der vierjährigen Amtsdauer. Wie erwähnt können auch die auf Amtsdauer angestellten Personen das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung von Fristen und Terminen kündigen. Unterbleibt die Kündigung auf Ablauf der Amtsdauer, erneuert sich die Anstellung auf Amtsdauer um weitere vier Jahre. Art. 3 der Verordnung über die auf Amtsdauer gewählten Angestellten (Amtsdauerverordnung) vom 17. Oktober 2001 (SR 172.220.111.6) sieht in Abs. 1 – wie bereits erwähnt – auch die Möglichkeit des Abschlusses eines Auflösungsvertrages zwischen Wahlbehörde und angestellter Person vor.

## **E. 19**

Zum Begriff der Lücke im Verwaltungsrecht vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2006, Rz. 233 ff.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 153

Die Wahl auf Amtsdauer soll die Unabhängigkeit des Personals vom Anstellungsorgan sicherstellen. Aus diesem Grunde ist sie u.a. für den Bundesanwalt vorgesehen.<sup>20</sup> Die Entschädigung bei einer Kündigung des Arbeitsvertrages wegen «Wegfall der gedeihlichen Zusammenarbeit mit dem Departementsvorsteher oder der Departementsvorsteherin» im Sinne von Art. 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 BPV ist für Personen vorgesehen, die in einem besonders engen Verhältnis zu ihren Vorgesetzten stehen, weil es hier in ausgeprägtem Masse auf das gute Einvernehmen zwischen den Departementsvorstehern oder Departementsvorsteherinnen und ihren nächsten Mitar-

beiterinnen und Mitarbeitern (Staatssekretären, Amtsdirektoren, Vizekanzlern) an- kommt. Es entspricht dem Sinn und Zweck der Regelung in Art. 32 Abs. 3 BPV, dass eine Auflösung eines auf Amtsdauer abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses – von der fristlosen Kündigung nach Art. 12 Abs. 7 BPG abgesehen – nur auf Ablauf der Amts- dauer und bei Vorliegen der ordentlichen Kündigungsgründe nach Art. 12 Abs. 6 BPG möglich und eine Kündigung wegen Problemen bei der Zusammenarbeit ausgeschlos- sen ist. Die auf Amtsdauer gewählten Personen sollen ja gerade unabhängig vom Wahlorgan sein. Der Bundesanwalt steht als Leiter einer dezentralen, dem EJPD nur administrativ zugeordneten Verwaltungseinheit nicht in einem so nahen Verhältnis zum Vorsteher des EJPD, dass ein Wegfall der gedeihlichen Zusammenarbeit mit dem De- partementschef als Kündigungsgrund erscheinen könnte, der eine Abgangsentschädi- gung rechtfertigen würde. Es liegt deshalb keine Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit der Vorschriften über die Auflösung von auf Amtsdauer abgeschlos- senen Arbeitsverhältnissen vor, sodass auch keine analoge Anwendung von Art. 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 BPV infrage kommt. Es braucht somit auch nicht geprüft zu werden, ob eine analoge Anwendung auch deshalb ausgeschlossen ist, weil im Arbeitsvertrag mit dem Bundesanwalt der Wegfall der gedeihlichen Zusammenarbeit mit dem Departementsvorsteher nicht als Grund für eine ordentliche Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 lit. f BPG festgehalten worden ist,<sup>21</sup> und weil das Arbeitsverhältnis nicht durch Kündigung seitens des Departements- vorstehers, sondern durch Kündigung seitens des Bundesanwalts aufgelöst worden ist. Entgegen der missverständlichen Auskunft des Eidgenössischen Personalamtes vom 29. Juni 2006 stellt auch Art. 19 Abs. 5 BPG keine Grundlage für eine Abgangsents- schädigung des Bundesanwaltes dar. Diese Bestimmung sieht Massnahmen bei Auf- lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ohne Verschulden der Ange- stellten, insbesondere beim Verlust des Arbeitsplatzes als Folge von Reorganisatio- nen, vor. Sie ist im Fall einer Kündigung durch Angestellte grundsätzlich nicht an- wendbar. Nach Art. 19 Abs. 5 Satz 2 BPG kann der Bundesrat den Rahmen für allfälli- ge Abgangsentschädigungen bei Beendigung im gegenseitigen Einvernehmen nach Art. 10 Abs. 1 BPG regeln. Von dieser Ermächtigung hat er keinen Gebrauch gemacht. In Art. 78 Abs. 2 BPV werden lediglich diejenigen Personalkategorien aufgezählt, de- nen – über die in Art. 19 Abs. 2–4 BPG geregelten Fälle hinaus – Abgangsentschädi- gungen ausgerichtet werden können. Der Bundesanwalt wird in Art. 78 Abs. 2 BPV nicht erwähnt.<sup>22</sup>

3. Rechtswirkungen der Mangelhaftigkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses

#### **E. 20**

Siehe dazu vorne, III. 2. c.

#### **E. 21**

Da der Bundesanwalt durch Verfügung gewählt worden ist, dürfte gar kein solcher Arbeitsvertrag vorliegen.

#### **E. 22**

Im Übrigen bezieht sich die Ermächtigung des Bundesrates nach Sinn und Zweck der Bestimmung nur auf die durch Art. 19 Abs. 2 BPG erfassten Fälle (vgl. dazu AB 1999 N 2095, Voten David und Villiger). Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Bundesanwalt Roschacher gehört meines Erachtens nicht dazu.

Gutachten

Nach Lehre und Rechtsprechung sind fehlerhafte Verwaltungsakte in der Regel bloss anfechtbar. Nichtigkeit eines fehlerhaften Aktes im Sinne der absoluten Unwirksamkeit tritt nur ausnahmsweise ein, nämlich dann, wenn der Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist, und wenn die Nichtigkeit des Aktes die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet.<sup>23</sup> Die Unzuständigkeit des Vorstehers des EJPD zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses und das Fehlen der gesetzlichen Grundlage für die Ausrichtung einer Abgangsentschädigung sind keine leicht erkennbaren Mängel. Im Übrigen müsste eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dazu führen, dass die mit Bundesanwalt Roschacher getroffene Vereinbarung, auf die er sich nach Treu und Glauben verlassen durfte, Bestand haben muss. Die beiden Fehler bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ändern deshalb nichts an der Rechtsgültigkeit. Zum gleichen Schluss kommt man, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses als ursprünglich fehlerhafter verwaltungsrechtlicher Vertrag betrachtet wird.<sup>24</sup> Man kann allerdings annehmen, dass Herr Roschacher das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt hätte, wenn ihm keine Abgangsentschädigung in der Höhe eines Jahresgehaltes zugesprochen worden wäre. Ohne das fehlerhafte Vorgehen des EJPD wäre also eine vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich gewesen. Nach meinem Dafürhalten ist es allerdings – entgegen der Ansicht des EJPD – nicht eindeutig, dass eine ordentliche Kündigung auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Amtsdauer zulässig gewesen wäre, vor allem wegen der Mängel in der Leistung oder im Verhalten (Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG). Im Ergebnis wurde das Arbeitsverhältnis ja auch erst auf den Ablauf der Amtsdauer, d.h. auf den 31. Dezember 2007, aufgelöst, obwohl der Rücktritt des Bundesanwalts per 31. Dezember 2006 erfolgte; für das Jahr 2007 wurde Herr Roschacher aber weiter besoldet.

#### VI. Verhalten des Bundesrates als Wahl- und Aufsichtsinstanz

Wie dargelegt bezeichnet das Gesetz den Bundesrat als Wahl- und Aufsichtsbehörde des Bundesanwaltes oder der Bundesanwältin. Der Vorsteher des EJPD übt die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft, die ihm gemäss Organisationsverordnung EJPD als dezentrale Verwaltungseinheit administrativ zugeordnet ist, im Namen des Bundesrates aus. Nach Art. 2 Abs. 3 BPV ist er für alle Arbeitgeberentscheide gegenüber dem Bundesanwalt, die nicht die Begründung, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses betreffen, zuständig. Die administrative Zuordnung der Bundesanwaltschaft zum EJPD bedeutet also zwar eine begrenzte Delegation der Leitungs- und Aufsichtsbefugnisse an dessen Vorsteher. Sie entbindet den Bundesrat aber nicht davon, seine Verantwortung als Wahl- und Aufsichtsbehörde wahrzunehmen. Nach meiner Ansicht kann man zwar nicht sagen, dass der Bundesrat als Wahlbehörde im Zusammenhang mit dem Rücktritt von Bundesanwalt Roschacher umgegangen worden sei. Er wurde bereits an der Sitzung vom 9. Juni 2006 über die Probleme mit der Bundesanwaltschaft informiert. Offenbar kam es auch zu einer kurzen Diskussion im Bundesrat. Die vom Vorsteher des Eidgenössischen Departements des Innern im Mitberichtsverfahren eingereichten schriftlichen Fragen betreffend Bundesanwaltschaft (vgl. Ziff. 3.1.2.5 Bericht GPK-N) sollen vom Vorsteher des EJPD mündlich und informell beantwortet worden sein. Näheres über den Verlauf dieser Sitzung ist mir nicht bekannt. Wie erwähnt wurde der Bundesrat an seiner Sitzung vom 5. Juli 2006 über den Rücktritt des Bundesanwaltes orientiert. Ob er auch die Details der Rücktrittsvereinbarung

Siehe dazu Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 19), Rz. 951 ff.

## E. 24

Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 19), Rz. 1111 ff.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 155

kannte, weiss ich nicht. Jedenfalls hätte er die Möglichkeit gehabt, Einsicht in die Unterlagen zu verlangen oder das EJPD zu verpflichten, einen förmlichen Antrag auf Genehmigung zu stellen. Er hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, so dass man von einer stillschweigenden Zustimmung ausgehen kann. Als aussenstehender Beobachter hat man den Eindruck, dass der Bundesrat sich der Bedeutung der Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft in einem Rechtsstaat zu wenig bewusst war. Er hätte sich nach meinem Dafürhalten aktiv der Angelegenheit annehmen müssen, nachdem die Diskussionen in Politik und Medien gezeigt hatten, dass es um politisch heikle Fragen geht, dies umso mehr, als ihm die persönlichen Differenzen zwischen dem Vorsteher des EJPD und Bundesanwalt Roschacher bekannt waren. Er hat aber die Erledigung der Angelegenheit weitgehend dem Vorsteher des EJPD überlassen und die von ihm getroffenen Massnahmen im Nachhinein stillschweigend genehmigt. VII. Ausgestaltung der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft im neuen Strafbehördenorganisationsgesetz

Der Bundesrat schlägt im Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), über den er am 21. September 2007 das Vernehmlassungsverfahren eröffnet hat, u.a. eine neue Regelung der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft vor. Diese soll nicht mehr zwischen der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts und dem Bundesrat aufgeteilt werden, sondern ausschliesslich dem Gesamtbundesrat übertragen werden, der das EJPD mit der tatsächlichen Wahrnehmung der Aufsichtsaufgaben betrauen soll. Um eine unzulässige Einmischung des Bundesrates in laufende Strafverfahren zu verhindern, wird eine inhaltliche Schranke in Bezug auf die Weisungsbefugnisse geschaffen: Dem Bundesrat soll es verwehrt sein, Weisungen über die Einleitung, die Durchführung oder den Abschluss einzelner Verfahren oder für die Vertretung der Anklage vor Gericht oder die Ergreifung von Rechtsmitteln zu erlassen. Zulässig sollen dagegen generell-abstrakte Weisungen sein, die keinen konkreten Fall betreffen. Inhaltlich könnten diese Bezug nehmen auf die Organisation der Bundesanwaltschaft oder die Ausgestaltung des Verfahrens (z.B. Weisungen über die Handhabung des Opportunitätsprinzips). Ob die Bundesanwaltschaft diese Weisungen tatsächlich einhält, hätte das EJPD zu überprüfen; es hätte auch die Kompetenz, im Falle der Nichteinhaltung Massnahmen (etwa eine Ermahnung) gegenüber der Bundesanwaltschaft zu treffen.<sup>25</sup> Im Begleitschreiben des EJPD vom 21. September 2007 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens wird darauf hingewiesen, dass der Bundesrat zur Frage der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft erneut Stellung beziehen werde. Es wird deshalb ausdrücklich darum gebeten, sich auch zu einer allfälligen Beaufsichtigung der Bundesanwaltschaft durch das Bundesgericht, das Bundesstrafgericht, ein parlamentarisches Gremium, ein gemischtes Sondergremium oder wie bisher durch Bundesstrafgericht und Bundesrat gemeinsam zu äussern. Die GPK-N hat sich in ihrem Bericht (Ziff. 4) mit Problemen der administrativen und fachlichen Aufsicht über die Bundesanwaltschaft auseinander gesetzt und festgestellt, die gesetzlichen Grundlagen seien teilweise lückenhaft und zu wenig klar. Es erscheint ihr deshalb

notwendig, dass die Abgrenzung und die Koordination zwischen den Aufsichtsbehörden sowie der Umfang der administrativen bzw. der fachlichen Aufsicht geklärt und gesetzlich geregelt werden. Die im Bericht gemachten Feststellungen sei-

## **E. 25**

Art. 20 des Vorentwurfs vom 22. August 2007 zum StBOG; Ziff. 3.2.2.4 des erläuternden Berichts zum Vorentwurf.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 156

en sinngemäss in der Neuregelung der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft zu berücksichtigen. Wie dargestellt<sup>26</sup> enthält die Bundesverfassung keine präzisen Vorgaben über die Zuordnung der Bundesanwaltschaft zu Exekutive, Legislative und Justiz. Ihre Unabhängigkeit von der Politik und ihre Verpflichtung auf das Gesetz entsprechen aber einem zentralen rechtsstaatlichen Anliegen. Im Übrigen verfügt der Gesetzgeber über eine grosse Gestaltungsfreiheit. Aus der gutachterlichen Stellungnahme von Niklaus Schmid ergibt sich, dass dabei Kriterien wie die fachliche Eignung des Aufsichtsrats, die Einbindung der Aufsichtsinstanz in die Entscheidungsprozesse in personalrechtlicher und fachlicher Hinsicht, die Vermeidung einer Vorbefassung und andere Kriterien eine Rolle spielen. Ihre Gewichtung ist auch eine politische Frage. Im Übrigen schliesse ich mich den Beurteilungen meines erfahrenen Kollegen und Spezialisten Niklaus Schmid weitgehend an. 1. Geteilte oder ungeteilte Aufsicht

Das bisherige System der geteilten Aufsicht zwischen Bundesstrafgericht und Bundesrat hat sich offensichtlich nicht bewährt. Es funktioniert zwar in sechs Kantonen, ist aber naturgemäss sehr konflikthanfällig. Die Abgrenzung zwischen fachlicher und administrativer Aufsicht ist schwierig und lässt sich auch durch eine detailliertere gesetzliche Regelung nur unwesentlich verbessern. Das zeigt sich etwa im Auseinanderfallen von Beurteilungen durch die Fachaufsicht und Anordnungen allfälliger Sanktionen durch die administrative Aufsichtsinstanz. Ich teile die Ansicht von Niklaus Schmid, dass die Aufsichtskompetenzen möglichst in einer Hand vereinigt werden sollten. Im Übrigen können alle Verfahrenshandlungen der Bundesanwaltschaft (einschliesslich Unterlassungen oder Verzögerungen) mit Beschwerde beim Bundesstrafgericht angefochten werden, das also in Einzelfällen eine Art fachliche Aufsicht über die Bundesanwaltschaft führt.<sup>27</sup> 2. Aufsicht durch die Exekutive, Legislative oder Justiz? a) Einheit von Wahl- und Aufsichtsbefugnissen Die Wahl- und Aufsichtsbefugnisse sollten möglichst der gleichen Behörde übertragen werden. Es kann zu schwierigen Kompetenzkonflikten kommen, wenn eine Behörde für die Begründung, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuständig ist, eine andere für die Aufsicht und für die Sanktionierung allfälliger Verletzungen von Pflichten durch personalrechtliche Massnahmen. Eine Wahl des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin und weiterer leitender Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter der Bundesanwaltschaft durch die Legislative würde möglicherweise zu einer Verpolitisierung dieses Amtes führen. Eine solche muss im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft aber vermieden werden. Ausschlaggebend für die Wahl müssen fachliche und persönliche Qualifikationen sein. Die Gefahr der Politisierung spricht gegen die Wahl- und Aufsichtsbefugnis der Legislative. Denkbar wäre allenfalls eine Wahl durch den Bundesrat mit Genehmigung der Bundesversammlung, wie sie z.B. für die Direktorin oder den Direktor der Eidgenössischen Finanzkontrolle vorgesehen ist.<sup>28</sup>

Auch bei einer blossen Genehmigung durch die Bundesversammlung ist eine gewisse Politisierung allerdings kaum zu vermeiden.

#### **E. 26**

Vorne, III., 1.

#### **E. 27**

Vgl. Gutachten Schmid, Ziff. 2.5.

#### **E. 28**

Nach Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz, FKG) vom 28. Juni 1967 (SR 614.0) wählt der Bundesrat die Direktorin oder den Direktor für eine Amtsdauer von sechs Jahren. Die Wahl bedarf der Genehmigung durch die Bundesversammlung. Der Bundesrat kann den

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 157

Die Vereinigung der Wahl- und Aufsichtsbefugnisse beim Bundesgericht oder beim Bundesstrafgericht ist kaum denkbar. Die Leitung der Bundesanwaltschaft tritt vor diesen Gerichten als Partei auf; es würde die Unabhängigkeit der Gerichte gefährden, wenn sie die Vertretung dieser Partei selber wählen würden. Sollen Wahl- und Aufsichtsbefugnisse nicht getrennt werden, so müssen sie von einem Organ der Exekutive wahrgenommen werden.

b) Eignung als Aufsichtsbehörde Wie in der gutachterlichen Stellungnahme von Niklaus Schmid überzeugend ausgeführt wird, eignen sich Organe der Justiz oder der Legislative weniger für die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft als Organe der Exekutive. Die Exekutive verfügt über mehr Fachkompetenz, Sachnähe und Möglichkeiten, die Koordination mit verwandten Gebieten (insbesondere Rechtshilfe) sicherzustellen als Organe der Justiz oder der Legislative. Generell eignen sich Gerichte weniger für die ständige Beaufsichtigung von Strafverfolgungsbehörden in administrativer und fachlicher Hinsicht; ihre Kernfunktion ist die Rechtsprechung als Beurteilung von Einzelfällen. Das Bundesgericht übt zwar die Aufsicht über das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht aus, doch handelt es sich dabei um Justizaufsicht, die dem Gericht näher liegt als die Beaufsichtigung einer so grossen Verwaltungseinheit, wie sie die Bundesanwaltschaft darstellt. Zudem besteht bei der Aufsicht von Gerichten über die Bundesanwaltschaft immer eine gewisse Gefahr einer Vorbefassung (vgl. gutachterliche Stellungnahme von Niklaus Schmid, Ziff. 4.4.). Der Bundesversammlung bzw. einer parlamentarischen Kommission oder Delegation fehlen Sachkunde und Erfahrung auf dem Gebiet der Strafverfolgung. Eine parlamentarische Kommission oder Delegation könnte sich diese zwar mit der Zeit aneignen, doch wäre damit das Problem der Koordination mit anderen Strafverfolgungsbehörden nicht gelöst.

c) Sicherstellung der Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft Die Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft könnte wohl bei einer Aufsicht durch das Bundesgericht am besten gewährleistet werden. Die Aufsicht durch Organe der Legislative oder Exekutive bietet in dieser Hinsicht grössere Risiken. Sie können reduziert werden, indem durch eine entsprechende Ausgestaltung der personalrechtlichen Stellung des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin und durch gesetzliche Einschränkungen des Aufsichtsrechts, wie sie z.B. der Entwurf zu einem Strafbehördenorganisationsgesetz vorsieht, vermindert werden.

3. Bildung einer rechtlich verselbstständigten Verwaltungseinheit? Es wäre denkbar, die Bundesanwaltschaft aus der Bundesverwaltung auszugliedern und sie in eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes umzuformen. Die Wahl- und Aufsichtsbefugnisse könnten einem Verwaltungsrat übertragen werden, der sich aus unabhängigen Fachleuten zusammensetzen würde. Der Bundesrat hätte wie bei anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten die Mitglieder des Verwaltungsrates zu wählen und die Anstalt zu beaufsichtigen. Ein solches Modell könnte die Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft und die Fachkompetenz der Aufsichtsbehörde in optimaler Weise garantieren. Sie würde aber die Direktor oder die Direktorin bei schwerwiegender Amtspflichtverletzung vor Ablauf der Amtsdauer abberufen. – Die Möglichkeit der Abberufung durch den Bundesrat zeigt, dass auch bei einer solchen Regelung Konflikte nicht ausgeschlossen sind.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 158

Zusammenarbeit mit den anderen Organen der Strafverfolgung des Bundes, namentlich dem Bundesamt für Polizei und dem Bundesamt für Justiz, stark erschweren. Der Bundesrat könnte – ähnlich wie bei anderen ausgelagerten Einheiten des Bundes<sup>29</sup> – durch die Formulierung einer längerfristigen Kriminalpolitik auf die Führung der Bundesanwaltschaft Einfluss nehmen.

4. Aufsicht durch einen Justizrat Was die Vor- und Nachteile einer Beaufsichtigung der Bundesanwaltschaft durch einen unabhängigen Justizrat betrifft, so kann ich mich weitgehend den Ausführungen in der gutachterlichen Stellungnahme von Niklaus Schmid anschließen. Wenn der Justizrat aus Fachleuten zusammengesetzt wird, ist er zweifellos als unabhängige Aufsichtsinstanz geeignet. Nachteile sind in der Aufteilung von Wahl- und Aufsichtsbefugnissen und in der Erschwerung der Zusammenarbeit mit anderen Behörden im Bereich der Strafverfolgung zu sehen.

5. Eigene Beurteilung Ich neige – wie Niklaus Schmid – dazu, dem Modell der Vereinigung der Wahl- und Aufsichtsbefugnisse beim Bundesrat den Vorzug zu geben. Zu prüfen wäre allerdings, ob die tatsächliche Ausübung der Aufsicht zur Stärkung der Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft nicht einem Departement, sondern einem Gremium übertragen werden sollte, das sich aus fachkundigen Vertreterinnen und Vertretern verschiedener Departemente und der Bundeskanzlei sowie aus externen Fachleuten zusammensetzt. Dieser Aufsichtsrat hätte die Aufgabe einer ständigen Überwachung der Bundesanwaltschaft, müsste aber für den Erlass von allgemeinen Weisungen oder von Anordnungen gegenüber der Bundesanwaltschaft dem Bundesrat Antrag stellen. Damit würde auch der Bundesrat verstärkt in die Aufsichtstätigkeit eingebunden. Die Aufsichtstätigkeit der Exekutive müsste – wie im Entwurf zu einem Strafbehörden-Organisationsgesetz vorgeschlagen – inhaltlich beschränkt werden.

VIII. Zusammenfassende Stellungnahme zu den Feststellungen, Schlussfolgerungen und Empfehlungen der GPK-N

Wie einleitend bemerkt, nehme ich zu den Schlussfolgerungen 1. – 8. zum Aufsichtszwischenbericht «Anklagen», 9. – 11. zum Aufsichtszwischenbericht «Ramos» und 12. – 13. zu den vier Untersuchungsberichten insgesamt nicht Stellung, ebenso wenig wie zu den Empfehlungen 1 – 4 zu den vier Untersuchungsberichten. Ich beschränke mich auf die Schlussfolgerungen und Empfehlungen zum Rücktritt des Bundesanwaltes und zur Aufsicht über die Bundesanwaltschaft. Das Bundesstrafgericht wird sich in seiner Stellungnahme zum Bericht der GPK-N wohl vor allem zu den Schlussfolgerungen 1 – 13 äussern.

### 1. Schlussfolgerung 14

Das Arbeitsverhältnis mit dem Bundesanwalt wurde durch Kündigung von Bundesanwalt Roschacher aufgelöst, die aber auf einer entsprechenden Vereinbarung über die Nebenfolgen der Kündigung (u.a. Abgangsentschädigung in der Höhe eines Jahreslohnes) beruhte. Ob Gründe für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 12 Abs. 6 BPG gegeben waren, kann offen bleiben; da Bundesanwalt Roschacher auf

### **E. 29**

Siehe dazu Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBl 2006, 8233, 8276 ff.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 159

Amtsdauer gewählt war, hätte eine Nichtwiederwahl bei Vorliegen von Kündigungsgründen erst bei Ablauf der Amtsdauer am 31. Dezember 2007 erfolgen können. Es trifft zu, dass die dem Bundesanwalt ausbezahlte Abgangsentschädigung nicht auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhte.

### 2. Schlussfolgerung 15

Der Bundesrat hätte nach meinem Dafürhalten die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch Bundesanwalt Roschacher bzw. die Auflösung durch schriftlichen Vertrag formell genehmigen müssen. Der Bundesrat wurde jedoch vom Vorsteher des EJPD über die Kündigung informiert und hat dagegen keine Einwände erhoben. Darin kann man meines Erachtens eine (stillschweigende) Genehmigung sehen. Jedenfalls hat der Vorsteher des EJPD den Bundesrat nicht umgangen.

### 3. Schlussfolgerung 16

Es trifft zu, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Vorsteher des EJPD und dem Bundesanwalt gestört war. Die vom Vorsteher des EJPD ausgesprochenen Ermahnungen und Rügen waren jedoch nicht nur die Folge von Meinungsdivergenzen und Spannungen, sondern zumindest teilweise sachlich begründet. Mahnungen, die einer Kündigung gestützt auf Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG vorangehen müssen, gelten nicht als Verfügungen und müssen deshalb auch nicht im Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021) erlassen werden.<sup>30</sup> Erst im Zusammenhang mit einer allfälligen Nichtwiederwahl durch den Bundesrat, die nach Art. 32 Abs. 3 lit. b BPV unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von vier Monaten (Art. 12 Abs. 3 lit. b BPG) auf Ablauf der Amtsdauer des Bundesanwaltes hätte erfolgen können, wäre in einem Verfahren nach den Vorschriften des VwVG, insbesondere unter Gewährung des rechtlichen Gehörs, zu prüfen gewesen, ob die in den Mahnungen und Rügen erhobenen Vorwürfe des Vorstehers des EJPD begründet sind oder nicht. Eine Nichtwiederwahl durch den Bundesrat hätte mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können.<sup>31</sup>

### 4. Schlussfolgerung 17

Die dem Bundesanwalt vom Vorsteher des EJPD erteilten Weisungen über die Information der Medien in laufenden Ermittlungsverfahren waren meines Erachtens unzulässig, weil sie keine administrativen Fragen betreffen, sondern in den Bereich der Fachaufsicht

fallen. Es trifft zu, dass der Vorsteher des EJPD mit der personalrechtlichen Sanktionierung der Missachtung dieser Weisungen in die Unabhängigkeit des Bundesanwaltes eingegriffen hat.

#### 5. Schlussfolgerung 18

##### **E. 30**

Décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral du 30 septembre 2004, VPB 69.33; Extrait de la décision RK 1/2005 de la Commission de recours du Tribunal fédéral du 1er juillet 2005, VPB 69.122.

##### **E. 31**

Art. 33 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32).

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC 2008 160

Der Bundesrat hat seine Verantwortung als Wahl- und Aufsichtsbehörde des Bundesanwaltes zu wenig aktiv wahrgenommen. Er hat sich damit begnügt, sich über die Konflikte zwischen dem Vorsteher des EJPD und der Bundesanwaltschaft informieren zu lassen und der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Bundesanwalt (stillschweigend) zuzustimmen.

#### 6. Empfehlung 5: Sicherstellung der Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft

Der Bundesrat hat sich des Dossiers Bundesanwaltschaft insofern unverzüglich angenommen, als er einen unabhängigen Rechtskonsultanten zur Würdigung des Berichts der GPK-N eingesetzt hat, der als weiteren Experten den Spezialisten des Strafrechts Prof. Dr. iur. Niklaus Schmid beigezogen hat. Er hat ausserdem der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens über den Entwurf zu einem Strafbehördenorganisationsgesetz durch das EJPD zugestimmt, mit welchem eine neue Regelung der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft vorgeschlagen und darum ersucht wird, auch zu anderen Modellen der Aufsicht Stellung zu nehmen.

#### 7. Empfehlung 6: Gewährleistung der Informationsfreiheit der Bundesanwaltschaft

Ich gehe davon aus, dass nach der Klarstellung betreffend Unzulässigkeit von Weisungen des EJPD solche Weisungen unterbleiben werden und sich das EJPD damit begnügt, für die Selbstkoordination zwischen den betroffenen Bundesämtern im Bereich der Informationstätigkeit zu sorgen.

#### 8. Schlussfolgerung 19

Die heutige Regelung der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft, die eine Trennung zwischen administrativer und fachlicher Aufsicht vorsieht, hat sich nicht bewährt. Sie führt zu Schwierigkeiten bei der Kompetenzabgrenzung und zu Konflikten. Es genügt nicht, die gesetzlichen Grundlagen zu verbessern. Vielmehr sollte auf eine Aufteilung der Aufsicht verzichtet werden. Im Rahmen der Weiterbearbeitung des Entwurfs für ein Strafbehördenorganisationsgesetz können verschiedene Modelle der Aufsicht geprüft werden. Die Bundesverfassung enthält keine speziellen Vorgaben für deren Ausgestaltung. Die Unabhängigkeit der Bundesanwaltschaft muss jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen gewährleistet werden. Die verschiedenen Modelle weisen Vor-

und Nachteile auf, die gegeneinander abzuwägen sind. Notwendig sind allerdings klare Einschränkungen der Aufsichtstätigkeit im Zusammenhang mit der Einleitung, Durchführung und dem Abschluss einzelner Verfahren, der Vertretung der Anklage vor Gericht und der Ergreifung von Rechtsmitteln. Nach meinem Dafürhalten erfüllt das Modell einer Aufsicht durch den Bundesrat die verschiedenen Anforderungen am besten. Zur Verstärkung der Unabhängigkeit könnte beitragen, wenn nicht das EJPD mit der tatsächlichen Wahrnehmung der Aufsicht betraut würde, sondern ein Gremium, das sich aus Fachleuten der Verwaltung und verwaltungsunabhängigen Expertinnen und Experten zusammensetzt. Dieser Aufsichtsrat hätte die Tätigkeit der Bundesanwaltschaft zu überwachen und dem Bundesrat Antrag zu stellen, wenn allgemeine Weisungen betreffend die Strafverfolgung zu erlassen oder allenfalls Sanktionen wegen Verletzung gesetzlicher Pflichten anzuordnen sind.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2008.8 - Stellungnahme zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) vom 5. September 2007 betreffend Überprüfung der Funktion der Strafverfolgungsbehörden des Bundes, Gutachten vom 1. November 2007 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2008 Année Anno Band - Volume Volume Seite 138-160 Page Pagina Ref. No 150 000 152 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.