

## Die Gerichtsbarkeit des Bundes in Staatsschutz-Strafsachen

Eine nähere Betrachtung der Wahrnehmung einer ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit durch Gerichte der Länder als ein Kuriosum des Gerichtsverfassungsrechts auf ungeschriebener Verfassungsgrundlage

George Andoor\*

Einleitung	403	II. Kompetenz zur Begründung einer ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG . . .	421
A. Oberlandesgerichte als Gerichte erster Instanz . . . . .	405	1. Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Gesetzgebungskompetenz und Aufgabenwahrnehmungskompetenz . . . . .	421
I. Akzessorische Zuständigkeit der Staatsschutz-OLG gem. § 120 Abs. 2 S. 1 GVG . . . . .	407	2. Historische Betrachtung der Entwicklung der Rechtsprechungskompetenzen des Bundes . . . . .	422
1. Voraussetzungen für die Begründung einer Bundesgerichtsbarkeit . . . . .	407	3. Keine Kompetenz-Kompetenz des Bundes zur Aneignung von Rechtsprechungsaufgaben . . . . .	425
2. Fehlerhafte Begründung der Bundesgerichtsbarkeit im Eröffnungsverfahren . . . . .	408	III. Ansatz von Wolfgang Meyer . . . . .	426
3. Nachträglicher Wegfall der Voraussetzungen für die Bundesgerichtsbarkeit . . . . .	411	IV. Rechtsprechungskompetenz kraft Natur der Sache als eigener Ansatz . . . . .	428
II. Originäre Zuständigkeit der Staatsschutz-OLG gem. § 120 Abs. 1 GVG . . . . .	413	C. Historische Grundlagen der ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit in Staatsschutz-Strafsachen . . . . .	431
III. Erstinstanzliche Zuständigkeit für Abgeordnetenbestechung gem. § 120b GVG . . . . .	416	D. Ausübung der Gerichtsbarkeit des Bundes durch Gerichte der Länder . . . . .	434
IV. Zusammenfassung . . . . .	417	I. Übertragung der Gerichtsbarkeit des Bundes auf Gerichte der Länder . . . . .	434
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen einer ausschließlichen Staatsschutzgerichtsbarkeit des Bundes . . . . .	418	II. Gründe für die Einrichtung der Organleihe von den Ländern . . . . .	436
I. Herleitung der Bundesgerichtsbarkeit für Staatsschutzsachen aus Art. 96 Abs. 5 GG . . . . .	419	E. Fazit . . . . .	437

### Einleitung

Spätestens seit der Kontroverse um die Journalisten-Akkreditierung bei dem sog. *NSU-Prozess* gegen *Beate Zschäpe* vor dem OLG München und der anhaltenden Berichterstattung über das Verfahren in den Medien ist auch allgemein bekannt, dass nicht nur Spruchkörper der Amtsgerichte und Landgerichte, sondern auch solche der Oberlandesgerichte (OLG) als Gerichte erster Instanz tätig werden können. Bekanntermaßen ist der NSU-Prozess dabei weder der erste Prozess seiner Art noch wird er wohl der Letzte dieser Art bleiben. So wurde bereits der sog. *RAF-Prozess* gegen die erste Generation der Angehörigen der terroristischen Vereinigung *Rote Armee Frak-*

\* Dipl.-Jur. George Andoor, Mag. iur., LL.Cert. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales Strafrecht von Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Mag. iur. an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

tion vor dem OLG Stuttgart geführt. Bundesweite Aufmerksamkeit erlangte auch das Verfahren gegen den in Deutschland lebenden marokkanischen Staatsbürger *Mounir al-Motassadeq* wegen Beihilfe zu den Anschlägen vom 11. September 2001 vor dem Hanseatischen OLG in Hamburg. Erst im Dezember vergangenen Jahres verurteilte das OLG Frankfurt *Kreshnik B.*, einen 20-jährigen Mitglied der terroristischen Vereinigung *Islamischer Staat*, zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten. Diese sind nur wenige Beispiele für sog. *Staatsschutz-Strafverfahren*, die ausnahmsweise in erster Instanz von den OLG statt von den Amts- oder Landgerichten verhandelt und entschieden werden.

Dabei sind viele Besonderheiten dieser sog. *Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit* auch unter Juristen weithin unbekannt. So etwa üben die OLG, obwohl sie formal Gerichte der Länder sind, in vielen Fällen eine Gerichtsbarkeit des Bundes aus und werden somit als *mittelbare Bundesgerichte* tätig, während sie in anderen Fällen jedoch auch in erster Instanz weiterhin eine Gerichtsbarkeit der Länder ausüben. Dabei ist nicht klar, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage der Bund diese erstinstanzliche Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit, wenn auch nur durch die Gerichte der Länder, ausübt. Denn grundsätzlich folgt aus dem *Primat der Länderhoheit*, dass die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben, und demnach auch die Rechtsprechung, Sache der Länder sind, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt. Allerdings enthält das Grundgesetz lediglich für die Wehrstraferichtsbarkeit eine tatrichterliche Kompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Strafrechts.<sup>1</sup> Bemerkenswert dabei ist die Tatsache, dass diese Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit im Deutschen Reich, aber bis 1969 auch in der Bundesrepublik Deutschland, in erster und letzter Instanz grundsätzlich dem Reichsgericht bzw. dem Bundesgerichtshof oblag. Dass der Bund diese Gerichtsbarkeit heute aber weder durch den Bundesgerichtshof noch durch eigene Instanzgerichte – wie etwa im Falle des Bundespatentgerichts oder der Wehrdisziplinargerichte – ausübt, sondern sich stattdessen der Gerichte der Länder bedient, stellt ein gerichtsverfassungsrechtliches Kuriosum dar, das näherer Aufmerksamkeit bedarf.

Der vorliegende Beitrag ist diesen und weiteren Besonderheiten und Problemen der Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit gewidmet, die vor allem in letzter Zeit durch die gestiegene Zahl der Staatsschutz-Strafverfahren an besonderer praktischer Bedeutung zu gewinnen scheinen. Er weist dabei schon themenbedingt Bezüge zum Gerichtsverfassungsrecht, zum Strafprozessrecht, zum Verfassungsrecht und, wenn auch nur zu einem kleinen Teil, zur Rechtsgeschichte auf. (A.) Der erste Teil dieses Beitrages ist dabei der grundlegenden Frage gewidmet, in welchen Fällen die OLG eine Gerichtsbarkeit des Bundes wahrnehmen. Zugleich befasst er sich mit Frage, welche Folgen daran anzuknüpfen sind, wenn diese OLG dabei zu Unrecht die Vo-

1 Art. 96 Abs. 2 GG.

raussetzungen einer Bundesgerichtsbarkeit annehmen. Eine besondere Berücksichtigung erfährt dabei auch die seit dem 1. September 2014 in § 120b GVG normierte erstinstanzliche Zuständigkeit der OLG für Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern gem. § 108e StGB. (B.) Der zweite Teil dieses Beitrages wiederum ist der Frage gewidmet, auf welche verfassungsrechtlichen Grundlagen die erstinstanzliche Gerichtsbarkeit des Bundes in Staatsschutz-Strafsachen zurückzuführen ist. (C.) Sein dritter Teil dagegen ist der historischen Entwicklung der Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit auf dem deutschen Gebiet gewidmet. (D.) Der vierte Teil des Beitrages schließlich geht der Frage nach, warum der Bund seine Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit durch Gerichte der Länder ausübt, statt sie durch eigene, neu zu errichtende Strafgerichte auszuüben. (E.) Ein abschließendes Fazit endlich fasst die Ergebnisse des vorliegenden Beitrages konzis zusammen und gibt sie in gedrängter Form wieder. Auf eine ausführliche Wiedergabe der einzelnen Staatsschutzdelikte muss in diesem Rahmen jedoch verzichtet werden, da nur so die Übersichtlichkeit des vorliegenden Beitrages gewährleistet werden kann. Dies bezüglich sei der interessierte Leser insofern auf die Lektüre der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften verwiesen.

## A. Oberlandesgerichte als Gerichte erster Instanz

Die Zuständigkeit der OLG als Gerichte erster Instanz folgt aus den §§ 120, 120b, § 142a GVG, wobei diese tatrichterliche Kompetenz in Bundesländern mit mehr als einem OLG lediglich dem OLG zukommt, in dessen Gerichtsbezirk die jeweilige Landesregierung ihren Sitz hat.<sup>2</sup> Die Senate dieser *Staatsschutz-OLG*<sup>3</sup> als Gerichte erster Instanz sind dabei grundsätzlich mit fünf Berufsrichtern besetzt.<sup>4</sup> Ist das Verfahren jedoch nicht besonders umfangreich oder schwierig, haben sie *nach* der Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen, dass sie in der Hauptverhandlung lediglich mit drei Richtern besetzt sind.<sup>5</sup> Bemerkenswert ist dabei, dass an den Staatsschutz-Senaten der OLG – anders als an den Schöffengerichten, den Strafkammern

2 § 120 Abs. 1 GVG. Dies betrifft *Bayern, Niedersachsen* und *Nordrhein-Westfalen*, die jeweils drei OLG unterhalten, sowie *Baden-Württemberg* und *Rheinland-Pfalz*, welche über zwei OLG verfügen.

3 Zwar handelt es sich bei der Bezeichnung dieser Gerichte als *Staatsschutz-OLG* um eine etwas ungenaue Bezeichnung, da diese OLG auch für die Fälle der Abgeordnetenbestechung zuständig sind, bei denen es sich um keine Staatsschutzsachen handelt; dennoch wurde vorliegend auf die gelegentlich gebräuchliche Bezeichnung *Landeshauptstadt-OLG* (vgl. etwa *L. Meyer-Goßner/B. Schmitt*, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 58. Aufl., München 2015, GVG § 120 Rn. 1 oder *H. Rappert*, in: *H. Radtke/O. Hohmann*, Strafprozessordnung – Kommentar, München 2011, GVG § 120 Rn. 1, 3) bewusst verzichtet, da hierdurch der falsche Eindruck erweckt wird, dass diese OLG ihren Sitz in der jeweiligen Landeshauptstadt hätten. Tatsächlich jedoch sind selbst die OLG, die in den Landeshauptstädten ansässig sind, nicht immer auch für die Staatsschutz-Strafsachen zuständig, da einzelne Länder ihre Staatsschutzgerichtsbarkeit aufgrund von Staatsverträgen gem. § 120 Abs. 5 GVG auf Staatsschutz-OLG anderer Länder übertragen haben (vgl. Fn. 9). Im Grunde existieren nur noch in sechs Bundesländern (nämlich in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und im Saarland) Staatsschutz-OLG, die zugleich auch „Landeshauptstadt-OLG“ sind.

4 § 122 Abs. 2 S. 1 GVG.

5 § 122 Abs. 2 S. 2 GVG.

und den Schwurgerichten – keine Schöffen an der Entscheidung mitwirken, obwohl auch sie als Gerichte erster Instanz über bedeutsame Strafsachen, die zudem von großer politischer Tragweite sind, verhandeln.<sup>6</sup>

Die *sachliche Zuständigkeit* der OLG für Staatsschutz-Strafsachen ergibt sich aus den §§ 120, 142a GVG. Dabei enthält § 120 GVG zwei unterschiedliche Kataloge an Straftaten. Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG werden lediglich dann vor einem Staatsschutz-OLG verhandelt, wenn der Generalbundesanwalt (GBA) wegen der besonderen Bedeutung des Falles die Verfolgung dieser Taten übernimmt; im Übrigen sind für die Verhandlung und Entscheidung dieser Straftaten die Amts- oder Landgerichte zuständig. Demnach ist die Zuständigkeit der OLG für die Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG akzessorisch zu der Anklageerhebung durch den GBA (*akzessorische Zuständigkeit*). Die Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG hingegen sind generell an einem Staatsschutz-OLG anzuklagen (*originäre Zuständigkeit*). Dabei bestimmt § 120 Abs. 6 GVG, dass die OLG eine »Gerichtsbarkeit nach Artikel 96 Abs. 5 des Grundgesetzes« ausüben, soweit für die Verfolgung der Taten aus den Katalogen des § 120 GVG »nach § 142a die Zuständigkeit des Bundes begründet ist«, die außergerichtliche Strafverfolgung also dem GBA obliegt.<sup>7</sup> Art. 96 Abs. 5 GG wiederum bestimmt, dass es sich hierbei um eine »Gerichtsbarkeit des Bundes« handelt. Die OLG werden also in den Fällen, in denen der GBA die Anklage erhebt, *funktionell* als *obere Bundesgerichte*<sup>8</sup> tätig.

<sup>6</sup> Kritisch hierzu G. Andoor, Laien in der Strafrechtsprechung, Berlin 2013, S. 110.

<sup>7</sup> Dass hier für die erstinstanzliche Zuständigkeit in jedem Fall die vorherige Übernahme der Sache durch den GBA zwingend notwendig ist, ist auch im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen verbürgten Anspruch auf den gesetzlichen Richter Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unproblematisch, da es sich hierbei um eine zwingende Folge des Anklageprinzips handelt. Das in diesem Fall die Anklage zwingend von dem GBA als die Staatsanwaltschaft des Bundes stammen muss, ist der Tatsache geschuldet, dass die OLG in diesen Fällen ausgerechnet als mittelbare Gerichte des Bundes tätig werden und insofern von einer Anklage des Bundesanwaltschaft abhängig ist, anders O. R. Kissel/H. Meyer, Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 8. Aufl., München 2015, § 120 Rn. 10.

<sup>8</sup> Dass die Staatsschutz-OLG als „obere“ Bundesgerichte zu begreifen sind, folgt aus einer Gesamtschau der Hierarchie der „echten“ Bundesgerichte, die den obersten Gerichtshöfen des Bundes nachgeordnet sind. So sind die *Truppendienstgerichte*, welche dem Bundesverwaltungsgericht nachgeordnet sind, in Kammern verfasst, wobei ihre Vorsitzenden Richter der Besoldungsgruppe R 2 und ihre Präsidenten der Besoldungsgruppe R 3 angehören. Damit entsprechen die Truppendienstgerichte als Bundesgerichte gerichtshierarchisch den Landgerichten der Bundesländer, die vergleichbar organisiert sind. Etwas anderes gilt für das *Bundespatentgericht*, das dem Bundesgerichtshof nachgeordnet ist. Seine 112 Richter sind in Senaten statt Kammern verfasst. Bereits die Vorsitzenden Richter am Bundespatentgericht gehören der Besoldungsgruppe R 3 an, während sein Präsident der Besoldungsgruppe R 8 angehört. Insofern ist das Bundespatentgericht eher mit einem OLG mit mehr als 100 Planstellen vergleichbar. Aus der Vergleichbarkeit der Truppendienstgerichte mit den Landgerichten und des Bundespatentgerichts mit den OLG folgt zugleich, dass die Truppendienstgerichte gerichtshierarchisch unter dem Bundespatentgericht stehen müssen. Dies ermöglicht die Einordnung der Truppendienstgerichte als *untere Bundesgerichte* und des Bundespatentgerichts als *oberes Bundesgericht*. Aus der strukturellen Vergleichbarkeit des Bundespatentgerichts mit den OLG schließlich folgt die hier vorgenommene Einordnung der OLG, die eine Bundesgerichtsbarkeit wahrnehmen, als obere Bundesgerichte.

Dabei bestimmt sich die *örtliche Zuständigkeit* eines der zehn<sup>9</sup> Staatsschutz-OLG im Bundesgebiet nach den allgemeinen Vorschriften über den Gerichtsstand gem. §§ 7 ff. StPO.<sup>10</sup>

### I. Akzessorische Zuständigkeit der Staatsschutz-OLG gem. § 120 Abs. 2 S. 1 GVG

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei den Delikten aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG um solche, die unter gewöhnlichen Umständen von den Spruchkörpern der Amts- oder Landgerichte verhandelt und entschieden würden. Eine erstinstanzliche Zuständigkeit der OLG wird in diesen Sachen erst dadurch begründet, dass der GBA sein *Evokationsrecht* ausübt und den Fall wegen seiner *besonderen Bedeutung* von der originär zuständigen Landesstaatsanwaltschaft an sich zieht (*akzessorische Zuständigkeit*). Nach der Konzeption des Gerichtsverfassungsgesetzes hat die Übernahme der Strafverfolgung durch den GBA dabei zur Folge, dass neben der Strafverfolgungskompetenz auch die Gerichtsbarkeit in der betreffenden Sache auf den Bund übergeht. Sofern also der GBA bei einem Delikt aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG sein Evokationsrecht ausübt, wird die originäre sachliche Zuständigkeit der Amts- bzw. Landgerichte zugunsten der erstinstanzlichen Zuständigkeit der OLG als *obere Bundesgerichte* verdrängt.

#### 1. Voraussetzungen für die Begründung einer Bundesgerichtsbarkeit

Die Ausübung dieses Evokationsrechts setzt voraus, dass die Delikte aus dem Katalog § 120 Abs. 2 S. 1 GVG unter den spezifischen Modalitäten, die dort beschrieben sind, begangen wurden *und* dass eine besondere Bedeutung des Falles gegeben ist. Eine solche besondere Bedeutung des Falles ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann anzunehmen, wenn ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht vorliegt, welches einen derart spezifischen Angriff auf die dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG zugrundeliegenden Schutzgüter des Gesamtstaats darstellt, dass ein Einschreiten des GBA und eine Aburteilung durch ein Gericht, das die Bundesgerichtsbarkeit ausübt, geboten ist.<sup>11</sup> Stellt der GBA nach der Ausübung seines Evokationsrechts oder unmittelbar vor der Anklageerhebung fest, dass die besondere

<sup>9</sup> Nicht jedes Bundesland verfügt über ein eigenes Staatsschutz-OLG. Wegen der Übertragung der Staatsschutzgerichtsbarkeit an gemeinsame Staatsschutzsenate aufgrund von Staatsverträgen gem. § 120 Abs. 5 S. 2 GVG ist das *Kammergericht* neben Berlin auch für Brandenburg und Sachsen-Anhalt zuständig (Vertragstext unveröffentlicht, der Vertrag vom 8. November 2010 liegt dem *Verfasser* jedoch vor). Ebenso ist das *Hanseatische OLG* für Hamburg, Bremen (vgl. HmbGVBl. 1970, S. 271), Mecklenburg-Vorpommern (vgl. HmbGVBl. 2012, S. 194) und Schleswig-Holstein (vgl. HmbGVBl. 2012, S. 196) sowie das *OLG Koblenz* für Rheinland-Pfalz und das Saarland (vgl. RP GVBl. 1971, 304) zuständig. Staatsschutz-OLG, die ausschließlich für das eigene Land zuständig sind, existieren mithin nur noch in Baden-Württemberg (*OLG Stuttgart*), Bayern (*OLG München*), Hessen (*OLG Frankfurt*), Niedersachsen (*OLG Celle*), Nordrhein-Westfalen (*OLG Düsseldorf*), Sachsen (*OLG Dresden*) und Thüringen (*OLG Jena*).

<sup>10</sup> *Kissel/ Meyer* (Fn. 7), § 120 Rn. 27.

<sup>11</sup> BGHSt 46, 238 (253).

Bedeutung des Falles nicht (mehr) vorliegt, ist er deshalb nach § 142a Abs. 4 GVG gehalten, die Sache an die zuständige Landesstaatsanwaltschaft zurückzugeben.

Doch nicht nur der GBA, sondern auch das OLG, vor dem die Anklage erhoben wird, ist gem. § 120 Abs. 2 S. 2 GVG verpflichtet, die Sache an das originär zuständige Amts- oder Landgericht zu verweisen, wenn es *bei der Eröffnung* des Hauptverfahrens feststellt, dass eine besondere Bedeutung des Falles nicht (mehr) vorliegt. Allerdings ist die Vorschrift des § 120 Abs. 2 S. 2 GVG bei näherer Betrachtung staatsverfassungsrechtlich wenig gelungen. Indem sie eine Verweisung der Sache durch das OLG an das zuständige Amts- oder Landgericht anordnet, wird die Möglichkeit geschaffen, ein gerichtliches Verfahren vor einem Amts- bzw. Landgericht in Gang zu setzen, ohne dass eine Anklageerhebung durch die zuständige (Landes-)Staatsanwaltschaft erfolgt ist. In diesen Fällen wird das Verfahren mithin aufgrund einer Anklage durchgeführt, die von einer sachlich und funktionell unzuständigen (Bundes-)Behörde stammt. *De lege ferenda* wäre deshalb zu erwägen, die OLG in solchen Fällen zu verpflichten, das Verfahren einzustellen, um so der originär zuständigen Landesstaatsanwaltschaft eine eigene Entschließung über die Anklageerhebung zu ermöglichen.<sup>12</sup>

## 2. Fehlerhafte Begründung der Bundesgerichtsbarkeit im Eröffnungsverfahren

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hat eine Verweisung an das originär zuständige Amts- oder Landgericht selbst dann zu erfolgen, wenn der Staatsschutzsenat erst *nach der Eröffnung* des Hauptverfahrens feststellt, dass er *die Bundeszuständigkeit im Eröffnungsverfahren zu Unrecht bejaht* hat.<sup>13</sup> Grundsätzlich stehen dieser Erwägung auch die §§ 209 Abs. 1, 269 StPO nicht entgegen, obwohl sie bestimmen, dass eine Verweisung an ein Gericht niedrigerer Ordnung nur *bis* zur Eröffnung des Hauptverfahrens statthaft ist. Denn Amts- und Landgerichte verhalten sich gegenüber einem Staatsschutz-OLG, das die Bundesgerichtsbarkeit ausübt, nicht als Gerichte *niedrigerer* Ordnung, sondern vielmehr als Gerichte *anderer* Ordnung. Denn anders als die Staatsschutz-OLG, die in diesen Fällen der Rechtsordnung des Bundes zuzurechnen sind, sind die Amts- und Landgerichte der Rechtsordnung des jeweiligen Landes zuzuordnen.<sup>14</sup> Daraus folgt, dass sobald ein OLG unzulässigerweise seine Zuständigkeit als oberes Bundesgericht annimmt, auch ein Eingriff in die grundgesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und den Ländern auf dem Gebiet der Rechtsprechung gegeben ist, da hierdurch die vorrangige Rechtsprechungskompe-

12 Anders J. Welp, Die Strafgerichtsbarkeit des Bundes, NSStZ 2002, S. 1 (4), Fn. 16.

13 BGHSt 46, 238 (246). Gegen die Verweisungslösung sprechen hier dieselben Bedenken, die schon gegen die Verweisung gem. § 120 Abs. 2 S. 2 GVG vorgebracht wurden (A. I. 1). Eleganter wäre es wohl auch hier gewesen, eine Einstellung des Verfahrens zu verlangen, da der BGH in der fehlerhaften Bejahung der Bundesgerichtsbarkeit durch ein OLG ohnehin ein Verfahrenshindernis erblickt, BGHSt 46, 238 (244).

14 BGHSt 46, 238 (245 f.).

tenz der Länder ohne eine entsprechende verfassungsrechtliche Grundlage zugunsten einer Bundesrechtsprechung verdrängt wird.<sup>15</sup>

Diese Kompetenzüberschreitung von staatsverfassungsrechtlicher Tragweite vermögen auch die einfachgesetzlichen Vorschriften der §§ 209, 269 StPO, die primär der Verfahrensbeschleunigung und der Prozesswirtschaftlichkeit dienen, nicht zu heilen.<sup>16</sup> Tatsächlich wird durch einen solch gravierenden Eingriff in die Landeskompetenzen, bei dem ein funktionelles oberes Bundesgericht seine Zuständigkeit annimmt, obwohl das Verfahren in die Zuständigkeit der Landesgerichte gehört, dem gesamten Verfahren seine Grundlage entzogen.<sup>17</sup> Völlig zutreffend geht der Bundesgerichtshof (BGH) deshalb davon aus, dass in einem solchen Fall ein unüberwindbares *Verfahrenshindernis* vorliegt, das von Amts wegen zu berücksichtigen ist.<sup>18</sup>

Allerdings folgert der BGH aus diesem Verfahrenshindernis, dass ein OLG, wenn es im Eröffnungsverfahren rechtsfehlerhaft eine Bundesgerichtsbarkeit angenommen hat, *auch nach der Eröffnung des Hauptverfahrens* verpflichtet ist, das Verfahren analog § 209 Abs. 1 StPO vor dem tatsächlich zuständigen Amts- oder Landgericht als Gericht niedrigerer Ordnung zu eröffnen.<sup>19</sup> Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen. Hierbei verkennt der BGH anscheinend, dass in einem solchen Fall, trotz einer planwidrigen Regelungslücke, keine mit § 209 Abs. 1 StPO vergleichbare Interessenlage vorliegt, sodass für eine analoge Anwendung des § 209 Abs. 1 StPO kein Raum vorhanden ist. § 209 Abs. 1 StPO beruht nämlich auf der Annahme, dass die Anklage lediglich die sachliche oder funktionelle Zuständigkeit des Gerichts höherer Ordnung verkannt hat, aber das Gericht höherer Ordnung bei unterstellter sachlicher und funktioneller Zuständigkeit weiterhin örtlich zuständig sein würde. Darauf verweist auch die Regelung in § 209 Abs. 1 StPO, dass das höhere Gericht das Verfahren nur vor einem niedrigeren Gericht eröffnen kann, das »in seinem Bezirk« liegt. Sofern nun in Staatsschutz-Strafsachen eine Verweisung analog § 209 Abs. 1 StPO stattfinden soll, kann dem bereits praktisch entgegenstehen, dass das örtlich zuständige Amts- oder Landgericht außerhalb des Bezirks des Staatsschutz-OLG liegt. Etwa, weil in einem Bundesland mehrere OLG-Bezirke existieren oder weil das Staatsschutz-OLG für mehrere Bundesländer zuständig ist. Auch § 16 StPO vermag insofern keine Abhilfe zu schaffen, da die Vorschrift eine Prüfung der örtlichen Zuständigkeit nur *bis zur Eröffnung* des Hauptverfahrens gestattet, § 209 Abs. 1 StPO jedoch bestimmt, dass das Hauptverfahren vor dem Gericht niedrigerer Ordnung *eröffnet* wird. Insofern kann in diesem Fall allenfalls eine *doppelt-analoge Anwendung* des § 209 Abs. 1 StPO weiterhelfen, die den höheren Richter in die Lage

15 Ähnl. BGHSt 46, 238 (244).

16 Vgl. BGHSt 46, 238 (244).

17 BGHSt 46, 238 (244).

18 BGHSt 46, 238 (244 f., 247).

19 BGHSt 46, 238 (246).

versetzt, das Verfahren auch vor einem Gericht zu eröffnen, das außerhalb seines Bezirks liegt. Sofern jedoch ein Staatsschutz-OLG für mehrere Bundesländer zuständig ist, würde eine solche doppelt-analoge Anwendung des § 209 Abs. 1 StPO das OLG in die Lage versetzen, das Verfahren auch vor einem Amts- oder Landgericht eines anderen Bundeslandes zu eröffnen, was ohne eine entsprechende gesetzliche Grundlage staatsverfassungsrechtlich höchst fragwürdig erscheint.

Doch auch unabhängig davon steht einer (doppelt) analogen Anwendung des § 209 Abs. 1 StPO nach dem bisher Dargelegten entgegen, dass die Amts- und Landgerichte keine Gerichte niedrigerer, sondern *anderer* Ordnung sind. Zwar hilft sich der BGH hierüber hinweg, indem er behauptet, dass aufgrund des rechtswidrigen Eröffnungsbeschlusses eine Zuständigkeit des OLG als Bundesgericht überhaupt nicht begründet worden sei, weshalb das OLG in dem Fall objektiv nicht als ein Gericht des Bundes, sondern als ein unzuständiges Gericht des Landes tätig werde. Deshalb sei es weiterhin der gleichen (Rechts-)Ordnung zuzuordnen wie die Amts- und Landgerichte.<sup>20</sup> Diese Auffassung verkennt jedoch, dass die OLG bereits durch die Entgegennahme der Anklage der Bundesanwaltschaft objektiv und funktionell als Bundesgerichte tätig geworden sind, da ein Gericht des Landes überhaupt nicht in der Lage gewesen wäre, das Verfahren aufgrund einer Anklage der Staatsanwaltschaft des Bundes vor sich zu eröffnen. gem.

Selbst wenn man dem BGH in diesem Punkt zustimmen wollte, muss man konstatieren, dass dieser darüber hinaus verkennt, dass bei einer Eröffnung des Verfahrens analog § 209 Abs. 1 StPO vor dem tatsächlich zuständigen Amts- oder Landgericht es an einer Anklage der zuständigen Staatsanwaltschaft fehlt. Die in § 209 Abs. 1 StPO vorgesehene Möglichkeit, dass ein höheres Gericht das Verfahren aufgrund der Anklage, die lediglich bei ihm erhoben wurde, vor einem anderen Gericht in seinem Bezirk eröffnen kann, kann letztendlich auf der monokratischen Struktur der Staatsanwaltschaft zurückgeführt werden. So wirkt die einmal durch die „höhere Staatsanwaltschaft“ erhobene Anklage auch vor dem Gericht niedrigerer Ordnung fort. Dies kann jedoch nicht gelten, wenn das ursprüngliche Verfahren aufgrund einer Anklage der Bundesanwaltschaft eröffnet wurde, da hierdurch die originäre Anklagezuständigkeit der Staatsanwaltschaft des betreffenden Landes völlig umgangen würde.<sup>21</sup> Überspitzt formuliert kann die Anklage der zuständigen *Landesstaatsanwaltschaft* bei einem Verfahren vor einem *Landesgericht* ebenso wenig durch eine Anklage des GBA ersetzt werden, wie sie durch eine Anklage der französischen

20 BGHSt 46, 238 (247).

21 Ähnl. auch *Welp*, Die Strafgerichtsbarkeit des Bundes (Fn. 12), S. 4.

Staatsanwaltschaft ersetzt werden könnte.<sup>22</sup> Bei genauerer Betrachtung zeigt sich mithin, dass durch die Konstruktion des BGH letztendlich das Anklageprinzip außer Kraft gesetzt wird, da das gerichtliche Verfahren in den beschriebenen Fällen bloß aufgrund des Eröffnungsbeschlusses eines höheren Gerichts eröffnet wird, ohne dass eine rechtswirksame Anklage der sachlich und staatsrechtlich zuständigen Staatsanwaltschaft vorliegt.

In den Fällen, in denen ein OLG im Eröffnungsverfahren fehlerhafterweise seine Zuständigkeit in erster Instanz angenommen hat und dies erst im Hauptverfahren feststellt, ist das Verfahren deshalb richtigerweise nicht analog § 209 Abs. 1 StPO an ein Amts- oder Landgericht zu verweisen, sondern wegen eines Verfahrenshindernisses gem. § 206a Abs. 1 StPO bzw. § 260 Abs. 3 StPO einzustellen. Allein so kann sichergestellt werden, dass das landesbehördliche Ermessen über die Anklageerhebung nicht durch eine Entscheidung der Bundesanwaltschaft präkludiert wird.

### 3. Nachträglicher Wegfall der Voraussetzungen für die Bundesgerichtsbarkeit

Hatte das OLG dagegen die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit *im Eröffnungsverfahren noch rechtsfehlerfrei bejaht*, stellt aber aufgrund *später im Hauptverfahren gewonnener neuer Erkenntnisse* fest, dass diese Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, gilt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Grundsatz des *perpetuatio fori*, sodass es gem. §§ 209 Abs. 1, 269 StPO bei der einmal begründeten Zuständigkeit des OLG verbleiben soll.<sup>23</sup> Denn das OLG habe, so der BGH, mit seinem noch *rechtmäßigen* Eröffnungsbeschluss die Zuständigkeit der Bundesjustiz für das weitere Verfahren bindend festgestellt; deshalb sei in der Fortsetzung des Verfahrens kein Eingriff in die Justizhoheit der Länder zu erblicken. Insofern sei dem Rechtsgedanken des § 269 StPO Rechnung zu tragen, wonach aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung und Prozesswirtschaft die Zuständigkeit des Gerichts höherer Ordnung nach der Eröffnung des Hauptverfahrens erhalten bleibt, auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass es sachlich nicht zuständig ist.<sup>24</sup>

Auch diese Auffassung des BGH kann nicht vollends überzeugen. Denn bei nüchterner Betrachtung unterscheidet sich der vorliegende Fall nur unwesentlich von dem

22 Würde ein Verfahren vor einem Staatsschutz-OLG tatsächlich aufgrund der Anklage der französischen Staatsanwaltschaft eröffnet werden, läge in diesem Fall ein unbestrittenermaßen ein Verfahrenshindernis vor, sodass das Verfahren einzustellen wäre. In diesem Fall würde die Eröffnung des Verfahrens analog § 209 Abs. 1 StPO vor dem tatsächlich zuständigen Amts- oder Landgericht durch das OLG von niemanden ernstlich erwogen werden. Nichts anderes kann für die Anklageerhebung durch die Bundesanwaltschaft in solchen Fällen gelten, sofern das OLG nach Eröffnung des Verfahrens feststellt, dass es nicht zuständig ist. Der GBA ist aufgrund der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland – sofern seine Zuständigkeit nicht ausdrücklich vorgesehen ist – gegenüber den Ländern eine ebenso fremde Staatsanwaltschaft wie die französische Staatsanwaltschaft. Seine Anklage kann in solchen Fällen eine Anklageerhebung durch die zuständige Landesstaatsanwaltschaft deshalb nicht ersetzen.

23 BGHSt 46, 238 (247).

24 BGHSt 46, 238 (247).

unter A. I. 2 dargestellten. Zwar ist es richtig, dass die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit im vorliegenden Fall bei der Eröffnung des Verfahrens noch vorlagen, doch ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtsprechungskompetenz der Länder auch dann zugunsten der Bundesjustiz zurücktreten sollte, wenn die Voraussetzungen für die Letztere nachträglich weggefallen sind. Allein die Verfahrensökonomie vermag einen solchen Eingriff in die verfassungsrechtlichen Rechtsprechungskompetenzen der Länder nicht zu rechtfertigen. Richtigerweise entsteht durch den nachträglichen Wegfall der Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit ein Verfahrenshindernis, das – wie alle übrigen Verfahrenshindernisse auch – *in jeder Lage des Verfahrens* von Amts wegen zu berücksichtigen ist.<sup>25</sup> Andernfalls würde in einem solchen Fall nicht nur die Strafverfolgung durch eine Ermittlungsbehörde und ein Gericht des Bundes vorangetrieben werden, obwohl die Voraussetzungen einer Strafverfolgung durch den Bund nicht mehr vorliegen. Auch die Strafvollstreckung<sup>26</sup> und eine eventuelle Gnadenentscheidung<sup>27</sup> hätte bei einer Verurteilung des Angeklagten durch den Bund zu erfolgen, obwohl die Voraussetzungen einer Bundesgerichtsbarkeit nicht mehr vorlagen, wodurch eine weitere Perpetuierung des Eingriffes in das Primat der Länderhoheit eintritt.<sup>28</sup>

Völlig zutreffend stellt insofern auch *Welp* fest, dass der Eingriff in die Landeszuständigkeit nicht bereits mit dem Eröffnungsbeschluss erledigt ist, sondern mit dem Hauptverfahren fortgesetzt wird und in einem Urteil kulminiert, das von einem Gericht erlassen wird, das rechtsfehlerhafterweise eine Bundesgerichtsbarkeit ausübt. Daraus folgert er zutreffend, dass es keine *perpetuatio fori* geben kann, die über eine nicht bestehende Bundeszuständigkeit hinweghelfen könnte.<sup>29</sup> Denn selbst wenn die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit erst nachträglich weggefallen sind, gilt zu berücksichtigen, dass die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt gem. Art. 30, 92 GG grundsätzlich Sache der Länder ist. Sofern nun die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit nicht (mehr) vorliegen, lebt die originäre Landesgerichtsbarkeit wieder auf. Richtigerweise ist das Verfahren deshalb auch in dem Fall, in dem die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit erst nachträglich weggefallen sind, durch Prozessurteil gem. § 260 Abs. 3 StPO bzw. außerhalb der Hauptverhandlung durch Beschluss gem. § 206a Abs. 1 StPO einzustellen, um hierdurch der zuständigen Landesstaatsanwaltschaft die Möglichkeit zu verschaffen, die Sache vor dem tatsächlich zuständigen Gericht des betreffenden Bundeslandes anzuklagen.

25 Vgl. K. Volk/A. Engländer, Grundkurs StPO, München 2013, § 14 Rn. 8.

26 § 45 Abs. 2 StPO, § 4 Nr. 3 StVollstrO.

27 § 452 S. 1 StPO, Art. 60 Abs. 2 GG.

28 Diese Folgen der Bundesstrafgerichtsbarkeit hatte der BGH durchaus selbst erkannt, BGHSt 46, 238 (245); dennoch unterlässt er es, sie bei der Behandlung der Frage, wie der nachträgliche Wegfall der Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit zu behandeln ist, zu berücksichtigen.

29 *Welp*, Die Strafgerichtsbarkeit des Bundes (Fn. 12), S. 4.

## II. Originäre Zuständigkeit der Staatsschutz-OLG gem. § 120 Abs. 1 GVG

Anders als die Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG werden die Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG *generell* von den Staatsschutz-OLG verhandelt und entschieden (*originäre Zuständigkeit*). Die Ermittlungs- und Anklagezuständigkeiten liegen in diesem Fall gem. § 142a Abs. 1 GVG grundsätzlich bei dem GBA. Daraus folgt, dass die OLG in diesem Fall in aller Regel eine Gerichtsbarkeit des Bundes ausüben.<sup>30</sup> Nichtsdestoweniger können auch die Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG einer Gerichtsbarkeit der Länder unterfallen, sofern der GBA verpflichtet ist, das Verfahren an die zuständige Landesstaatsanwaltschaft abzugeben.<sup>31</sup> Eine solche Abgabe an die Landesstaatsanwaltschaft hat vor allem dann zu erfolgen, wenn das Verfahren lediglich Straftaten aus dem Katalog des § 142a Abs. 2 Nr. 1 GVG zum Gegenstand hat oder die Sache von minderer Bedeutung ist.<sup>32</sup> Die Delikte aus dem Katalog des § 142a Abs. 2 Nr. 1 GVG zeichnen sich dabei dadurch aus, dass sie grundsätzlich keinen besonderen Bezug zu den Interessen des Gesamtstaates aufweisen. Lediglich wenn eine solche Katalogtat die Interessen des Bundes im besonderen Maße berührt oder wenn es im Interesse der Rechtseinheit geboten ist, dass der GBA sie verfolgt, unterbleibt die Abgabe an die Landesstaatsanwaltschaft.<sup>33</sup>

Doch auch nach einer Abgabe des Verfahrens an die Landesstaatsanwaltschaft bleiben für die Verhandlung und Entscheidung der Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG die Staatsschutz-OLG zuständig. Ihre sachliche Zuständigkeit für Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG ist mithin unabhängig von einer Strafverfolgung durch den GBA. Die Abgabe des Verfahrens an die Landesstaatsanwaltschaft hat lediglich zur Folge, dass die Sache nicht im Wege der Bundesgerichtsbarkeit verfolgt wird und die Ermittlungs- und Anklagekompetenzen von der Bundesanwaltschaft auf die Staatsanwaltschaft bei dem OLG (Generalstaatsanwaltschaft) übergehen. Hierdurch unterscheidet sich die hier beschriebene *Abgabe* des Verfahrens an die Landesstaatsanwaltschaft gem. § 142a Abs. 2 GVG, die nur bei einem Delikt aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG in Betracht kommt, wesentlich von der *Rückgabe* des Verfahrens gem. § 142a Abs. 4 GVG, die wiederum lediglich bei Delikten aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG in Betracht kommt und die sachliche Zuständigkeit der OLG aufhebt. Die Abgabe des Verfahrens an die Landesstaatsanwaltschaft gem. § 142a Abs. 2 GVG hat demnach lediglich zur Folge, dass das weiterhin sachlich zuständige OLG die Sache in seiner originären Funktion als

30 § 120 Abs. 6 GVG.

31 U. Franke, in E. Löwe/W. Rosenberg (Begr.), Bd. X, 26. Aufl., Berlin u. a. 2010, GVG § 120 Rn. 25; R. Hannich, Karlsruhe Kommentar, 7. Aufl., München 2013, GVG § 120 Rn. 3.

32 § 142a Abs. 2 Nr. 2 GVG.

33 § 143 Abs. 3 GVG.

Landesgericht und nicht als ein funktionelles Bundesgericht verhandelt und entschieden.

Zusammenfassend kann insofern festgehalten werden, dass die OLG bei den Delikten aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG *generell* sachlich zuständig sind und *grundsätzlich* als obere Bundesgerichte tätig werden.<sup>34</sup> Eine Landesgerichtsbarkeit üben die OLG in diesen Fällen nur dann aus, wenn eine Abgabe der Sache an die Landesstaatsanwaltschaft gem. § 142a Abs. 2 GVG erfolgt ist. Dabei gilt zu bedenken, dass sobald die Voraussetzungen einer Abgabe gem. § 142a Abs. 2 GVG vorliegen, nicht der Bund, sondern die Länder für die Verfolgung der Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG zuständig sind. Insofern haben die OLG auch bei einer Anklageerhebung durch den GBA von Amts wegen zu überprüfen, ob die Voraussetzungen einer Abgabe an die Landesstaatsanwaltschaft gem. § 142a Abs. 2 GVG vorliegen. Sofern dies der Fall ist, hat das Staatsschutz-OLG, ungeachtet seiner generellen sachlichen Zuständigkeit für die Delikte aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG, die Eröffnung des Verfahrens abzulehnen, um der tatsächlich zuständigen Landesstaatsanwaltschaft eine eigene Anklageerhebung zu ermöglichen. Andernfalls würde das OLG durch die Verfahrenseröffnung eine Bundesgerichtsbarkeit begründen, obwohl die Voraussetzungen der Bundesjustiz überhaupt nicht vorliegen – dies wäre aufgrund der verfassungsrechtlich gebotenen Aufteilung der Rechtsprechungskompetenzen zwischen Bund und Ländern nicht hinzunehmen.<sup>35</sup>

Hatte das OLG bei einem Delikt aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG allerdings die Voraussetzungen einer Strafverfolgung durch den GBA *im Eröffnungsverfahren noch rechtsfehlerfrei bejaht* und stellt sich erst aufgrund später im Hauptverfahren gewonnener neuer Erkenntnisse heraus, dass das Verfahren doch an die Landesstaatsanwaltschaft hätte abgegeben werden müssen, gilt das bereits zu den Delikten aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 2 GVG unter A. I. 3 Gesagte. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt demnach der Grundsatz Grundsatz des *perpetuatio fori*, während das Verfahren nach hier vertretener Ansicht gem. § 260 Abs. 3 StPO bzw. § 206a Abs. 1 StPO einzustellen ist.

Interessanter ist die Frage, wie zu Verfahren ist, wenn das Gericht bei einem Delikt aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG erst *nach der Eröffnung des Hauptverfahrens* erkennt, dass es im Eröffnungsverfahren seine *Zuständigkeit als Bundesgericht zu Unrecht angenommen* hat, weil der GBA das Verfahren eigentlich hätte an die Landesstaatsanwaltschaft abgeben müssen. Ohne Unterscheidung zwischen Delikten aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG und denen aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG schlägt der Bundesgerichtshof nämlich eine analoge Anwendung des

34 § 120 Abs. 6 GVG; so auch BGHSt 46, 238 (244).

35 Vgl. BGHSt 46, 238 (241).

§ 209 Abs. 1 GVG vor.<sup>36</sup> Während jedoch bei Delikten aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG die Eröffnung des Verfahrens vor einem Gericht niedrigerer Ordnung noch theoretisch denkbar ist, ist diese Möglichkeit bei den Delikten aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG nicht gegeben, da die OLG bei diesen Delikten generell sachlich zuständig sind. Die rechtsfehlerhafte Annahme einer Bundeszuständigkeit führt in diesen Fällen also lediglich zu einem Funktionswechsel des Staatsschutz-OLG (Landesgericht statt Bundesgericht), nicht aber zu seiner sachlichen Unzuständigkeit. Die von dem BGH vorgeschlagene Lösung, das Verfahren in solchen Fällen analog § 209 Abs. 1 StPO vor dem zuständigen Amts- oder Landgericht zu eröffnen, führt mithin in eine Sackgasse.

Überträgt man die vom BGH vorgeschlagene Lösung auch auf Fälle des § 120 Abs. 1 GVG, hätte dies zur Folge, dass das Staatsschutz-OLG befugt sein müsste, die Hauptverhandlung – nunmehr als ein Gericht des Landes – von neuem zu beginnen, ohne dass es einer erneuten Anklageerhebung durch die zuständige Landesstaatsanwaltschaft bedürfte. Denn wenn ein Staatsschutz-OLG in den Fällen des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG befugt sein soll, das Verfahren auch ohne eine Anklage der zuständigen Landesstaatsanwaltschaft vor einem Amts- oder Landgericht zu eröffnen, ist kein dogmatisch überzeugender Grund ersichtlich, warum es nicht auch dazu in der Lage sein sollte, das Verfahren vor sich zu eröffnen. Die Staatsanwaltschaft am OLG wäre insofern – wie die Staatsanwaltschaft bei einer Eröffnung des Verfahrens analog § 209 Abs. 1 StPO vor einem Amts- oder Landgericht – verpflichtet, die Anklage von dem nunmehr unzuständigen GBA zu übernehmen, ohne zu einer eigenen Entschließung über die Anklageerhebung befugt zu sein. Dass dies nicht sein kann, ist aufgrund des im deutschen Strafverfahren geltenden Akkusationsprinzips auch ohne eine ausführliche Begründung offensichtlich. Doch rechtstheoretisch ist der Vorschlag der analogen Anwendung des § 209 Abs. 1 StPO im Falle der oben diskutierten fehlerhaften Begründung der Bundesgerichtsbarkeit bei der akzessorischen Zuständigkeit der Staatsschutz-OLG hiervon nicht weit entfernt. Der Vorschlag *scheint* dort nur eleganter zu sein, weil die Konstellation, bei der ein Gericht höherer Ordnung das Verfahren vor einem Gericht niedrigerer Ordnung eröffnet, vertraut wirkt. Tatsächlich kann jedoch, hier wie dort, die einzig sinnvolle Reaktion auf eine verspätete Feststellung der fehlenden Bundeszuständigkeit – unabhängig von dem Verfahrensstadium – nur die Feststellung eines Verfahrenshindernisses und die Einstellung des Verfahrens analog § 206a Abs. 1 StPO bzw. § 260 Abs. 3 StPO sein. Nur so ist es möglich, die Rechtshängigkeit des Verfahrens zu beenden und der tatsächlich zuständigen Landesstaatsanwaltschaft eine eigene Entschließung über die Einleitung der Strafverfolgung zu ermöglichen.

36 Vgl. insofern BGHSt 46, 238 (246).

### III. Erstinstanzliche Zuständigkeit für Abgeordnetenbestechung gem. § 120b GVG

Einen weiteren Fall der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Staatsschutz-OLG normiert neuerdings § 120b GVG, der durch das Gesetz vom 23. April 2014<sup>37</sup> in das Gerichtsverfassungsgesetz eingefügt wurde. Demnach sind die Staatsschutz-OLG auch für die Verhandlung und Entscheidung von Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (§ 108e des Strafgesetzbuches) in erster Instanz zuständig. Dass die OLG in diesen Fällen ausschließlich eine Landesgerichtsbarkeit ausüben und mithin keine Strafverfolgungskompetenz des GBA begründet wird, folgt schon aus dem fehlenden Verweis in § 142a Abs. 1 GVG auf § 120b GVG. Auch der *Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz*, der sich für den Entwurf des § 120b GVG verantwortlich zeichnete, hob in seinem Bericht hervor, dass eine Zuständigkeit des GBA durch die Neuregelung nicht begründet werde und die OLG im Rahmen des § 120b GVG keine Bundesgerichtsbarkeit ausübten.<sup>38</sup>

Zu bedenken gilt hierbei jedoch, dass die durch Staatsverträge errichteten, gemeinsamen Staatsschutz-OLG mehrerer Länder<sup>39</sup> nicht *per se* befugt sind, die Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern auch in jenen Ländern zu verfolgen, die ihre Staatsschutz-Strafverfolgungskompetenzen auf diese gemeinsamen Staatsschutz-OLG übertragen haben. Denn die entsprechenden Verträge haben generell nur eine Übertragung der Rechtsprechungskompetenzen auf dem Gebiet der Staatsschutzgerichtsbarkeit auf einen gemeinsamen Staatsschutz-OLG zum Gegenstand. So heißt es etwa in Art. 1 des Vertrages zwischen Schleswig-Holstein und Hamburg aus dem Jahre 2012:<sup>40</sup>

*»Die in § 120 Absätze 1 bis 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes [...] bezeichneten Aufgaben werden dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg für das Gebiet des Landes Schleswig-Holstein übertragen. Dies gilt auch für Erweiterungen des in Satz 1 genannten Aufgabenbereichs durch künftiges Bundesrecht.«*

Zwar ist es richtig, dass der Vertrag in Art. 1 Satz 2 eine dynamische Verweisung für den Fall künftiger Erweiterungen der Staatsschutzgerichtsbarkeit durch den Bund enthält, doch handelt es sich bei der Gerichtsbarkeit für Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern gerade um keine Aufgabe des Staatsschutzes.<sup>41</sup>

37 Achtundvierzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – Erweiterung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung, vom 23. April 2014, BGBl. I, S. 410.

38 BT-Drs. 18/607, S. 9.

39 Vgl. Fn. 9.

40 HmbGVBl. 2012, S. 196. Inhaltlich entsprechen auch die sonstigen Staatsverträge, mit denen eine gemeinsame Zuständigkeit von Staatsschutz-OLG begründet wurden, dem bereits oben wiedergegebenen Vertrag zwischen Hamburg und Schleswig-Holstein. Derartige Verträge bestehen zwischen Berlin, Brandenburg und Sachsen-Anhalt (Vertragstext unveröffentlicht, der Vertrag vom 8. November 2010 liegt dem *Verfasser* jedoch vor); Hamburg und Bremen (HmbGVBl. 1970, S. 271), Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern (HmbGVBl. 2012, S. 194) sowie zwischen Rheinland-Pfalz und dem Saarland (RP GVBl. 1971, 304).

41 BT-Drs. 18/607, S. 9.

Demnach sind für die Verhandlung und Entscheidung der Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern die originären Staatsschutz-OLG der jeweiligen Bundesländer zuständig, sofern die Länder nicht gem. § 120b S. 2 i.V.m. § 120 Abs. 5 S. 2 GVG vereinbart haben, dass auch diese Rechtsprechungsaufgaben durch gemeinsame Staatsschutz-OLG wahrgenommen werden sollen. Da dies bisher nicht geschehen ist, sehen die Geschäftsverteilungspläne *aller* Staatsschutz-OLG ihre Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Delikte gem. § 108e StGB vor.<sup>42</sup> Sollte dennoch ein gemeinsames Staatsschutz-OLG (etwa das Kammergericht) über die Abgeordnetenbestechung in einem anderen Land (etwa Brandenburg) entscheiden, läge darin eine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, der zwingend zur Aufhebung des Urteils und zu einer Neuverhandlung führen müsste.

#### IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Straftaten aus dem Katalog des § 120 Abs. 1 GVG der originären Bundesgerichtsbarkeit unterfallen und nur ausnahmsweise – unter den Voraussetzungen des § 142a Abs. 2 GVG – an die Landesgerichtsbarkeit abgegeben werden. Selbst wo eine solche Abgabe erfolgt, bleibt jedoch die erstinstanzliche Zuständigkeit der Staatsschutz-OLG erhalten (*originäre Zuständigkeit*). Straftaten aus dem Katalog des § 120 Abs. 2 S. 1 GVG dagegen unterfallen originär der Landesgerichtsbarkeit und sind nach den allgemeinen Regeln der sachlichen Zuständigkeit vor Amts- oder Landgerichten anzuklagen. Nur ausnahmsweise, nämlich wenn der GBA eine besondere Bedeutung des Falles bejaht und sein Evokationsrecht ausübt, unterfallen diese Sachen der Bundesgerichtsbarkeit. Erst die Einleitung einer Strafverfolgung durch den Bund begründet in diesen Fällen die erstinstanzliche Zuständigkeit der Staatsschutz-OLG als funktionelle obere Bundesgerichte (*akzessorische Zuständigkeit*). Von der Staatsschutzgerichtsbarkeit der OLG zu unterscheiden ist dagegen die, erst am 1. September 2014 durch § 120b GVG eingeführte, erstinstanzliche Zuständigkeit der OLG für die Verhandlung und Entscheidung von Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern gem. § 108e StGB. In diesen Fällen wird unter keinen Umständen eine Bundesgerichtsbarkeit begründet, sodass die Staatsschutz-OLG hierbei stets als Landesgerichte tätig werden.

42 So enthält etwa der Geschäftsverteilungsplan 2015 für das OLG Schleswig zwar keine Zuständigkeit seiner Strafsenate für Verfahren nach § 120 GVG, bestimmt jedoch, dass sein *I. Strafsenat* für alle erstinstanzlichen Sachen nach § 120b GVG zuständig ist (Geschäftsverteilungsplan 2015 für das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht, S. 40 f.). Auch die Geschäftsverteilungspläne aus dem Jahr 2015 des OLG Brandenburg (S. 25) und des OLG Naumburg (S. 24) sehen ihre jeweilige Zuständigkeit für Verfahren gem. § 120b GVG vor, obwohl für die Staatsschutz-Strafsachen aus ihren Bezirken das Kammergericht zuständig ist. Gleiches gilt für das Hanseatische OLG Bremen (S. 17) und das OLG Rostock (Blatt 15) – eine Zuständigkeit des gemeinsamen Staatsschutzsenates am Hanseatischen OLG Hamburg wird für Verfahren gem. § 120b GVG auch hier nicht begründet. Ebenso ist auch das OLG Saarbrücken (S. 28 f.) und nicht das OLG Koblenz für Verfahren gem. § 120b GVG im Saarland zuständig.

Sofern ein Staatsschutz-OLG rechtsfehlerhaft die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit annimmt und das Verfahren aufgrund einer Anklage des GBA eröffnet, unterscheidet der BGH danach, ob diese Voraussetzungen bereits im Eröffnungsverfahren nicht vorlagen, und von dem OLG übersehen wurden, oder erst nach einer rechtsfehlerfreien Eröffnung des Verfahrens nachträglich weggefallen sind. War bereits der Eröffnungsbeschluss rechtsfehlerhaft, ist das Verfahren nach der Rechtsprechung des BGH analog § 209 Abs. 1 StPO vor dem zuständigen Amts- oder Landgericht zu eröffnen. Sind die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit dagegen erst im Rahmen des Hauptverfahrens weggefallen, soll das Verfahren dagegen, entsprechend dem Grundsatz des *perpetuatio fori*, vor dem OLG fortgesetzt werden. In dem ersten Fall verkennt der BGH jedoch, dass das Verfahren auf diese Weise aufgrund der Anklage einer unzuständigen (Bundes-)Staatsanwaltschaft eröffnet und betrieben würde. Doch auch im zweiten Fall verkennt er, dass bei Anwendung des *perpetuatio fori* nicht nur die Durchführung des Gerichtsverfahrens, sondern auch die Strafvollstreckung und Gnadenentscheidungen bei dem Bund verbleiben, obwohl die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit nicht mehr vorliegen, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund erkennbar wäre. Deshalb ist das Verfahren nach der Ansicht des *Verfassers*, die insofern deutlich von der Auffassung des BGH abweicht, in den Fällen, in denen die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit nicht (mehr) vorliegen, generell nach § 206a Abs. 1 bzw. § 260 Abs. 3 StPO (ggf. analog) einzustellen, um so der tatsächlich zuständigen Landesstaatsanwaltschaft eine eigene Entschließung über die Anklage zu ermöglichen bzw. um das Verfahren in die Landesgerichtsbarkeit zu überführen.

## **B. Verfassungsrechtliche Grundlagen einer ausschließlichen Staatsschutzgerichtsbarkeit des Bundes**

Eine besondere Aufmerksamkeit verdient die Tatsache, dass in den Fällen, in denen die OLG eine Gerichtsbarkeit des Bundes ausüben, alle am Instanzenzug beteiligten Gerichte dem Bund zuzuordnen sind. So werden bereits die Staatsschutz-OLG funktionell als Bundesgerichte erster Instanz tätig, während die Rechtsmittelgerichtsbarkeit in den Sachen von dem BGH als dem obersten Bundesgericht für Strafsachen ausgeübt wird. Daraus folgt, dass diejenigen Staatsschutz-Strafsachen, die durch den GBA verfolgt werden, im Wege einer *ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit* abgeurteilt werden.<sup>43</sup> Insofern ist in der Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Bundes eine Ausnahme zu dem *Primat der Länderhoheit* zu erblicken, der gem. Art. 30, 92 GG auch für die rechtsprechende Gewalt gilt und bestimmt, dass die Ausübung der staat-

43 Vgl. § 120 Abs. 7 GVG.

lichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder ist, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt.<sup>44</sup>

Eine ausdrückliche Regelung von Rechtsprechungskompetenzen des Bundes enthält das Grundgesetz dabei lediglich für die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes (Art. 93 f. GG) sowie für die fakultative Gerichtsbarkeit des Bundes für den gewerblichen Rechtsschutz (Art. 96 Abs. 1 GG), die Wehrstrafgerichtsbarkeit (Art. 96 Abs. 2 GG) und die Dienst- und Beschwerdegerichtsbarkeit für Bundesrichter, Bundesbeamte und Soldaten (Art. 96 Abs. 4 GG). Selbst die Kompetenz des Bundes zur Ausübung der Revisionsgerichtsbarkeit hat im Grundgesetz nur eine konkludente Regelung erfahren. Sie folgt aus Art. 95 Abs. 1 GG, wonach der Bund verpflichtet ist, für die dort genannten Gebiete oberste Gerichtshöfe zu errichten. Lediglich die Bezeichnung dieser Gerichtshöfe des Bundes als *oberste* Gerichtshöfe weist darauf hin, dass diese grundsätzlich an der Spitze eines Instanzenzuges stehen und insofern als oberste Rechtsmittelgerichte tätig werden.<sup>45</sup> Ebenso enthält Grundgesetz keine Vorschrift, die dem Bund die Kompetenz zur Wahrnehmung einer erstinstanzlichen Gerichtsbarkeit in Staatsschutz-Strafsachen einräumt. Insofern stellt sich die Frage, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage die Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Bundes zurückzuführen ist, wenn ihm gem. Art. 30, 92 GG ausschließlich die Kompetenzen zukommen sollen, die ihm durch das Grundgesetz übertragen worden sind.

### I. Herleitung der Bundesgerichtsbarkeit für Staatsschutzsachen aus Art. 96 Abs. 5 GG

Eine hinreichende verfassungsrechtliche Ermächtigung für die ausschließliche Staatsschutzgerichtsbarkeit des Bundes wird zuweilen in Art. 96 Abs. 5 GG erblickt.<sup>46</sup> Doch bereits ein genauer Blick in die entsprechende Vorschrift offenbart, dass sie nur scheinbar eine Rechtsprechungskompetenz des Bundes für die Staatsschutz-Strafsachen enthält. Art. 96 Abs. 5 GG bestimmt nämlich nur, dass bei Völkerrechtsverbrechen (§§ 6 ff. VStGB), bei Verbrechen gegen den Frieden i. S. d. Art. 26 Abs. 1 GG (§§ 80, 80 a StGB) sowie bei Staatsschutzdelikten (§§ 81 ff. StGB) »ein Bundes-

44 C. Hillgruber, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Bd. VI, 73. Ergänzungslieferung, München 2014, Art. 92 Rn. 15, 81.

45 So auch BVerfGE 8, 174 (177); C. Degenhart, Gerichtsorganisation, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg u. a. 2007, § 114 Rn. 14; A. Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu et al. (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 13. Aufl., Köln 2014, Art. 95 Rn. 5.

46 So etwa Hannich (Fn. 32), GVg § 120 Rn. 1a ff.; Heusch (Fn. 46), Art. 96 Rn. 13; Hillgruber (Rn. 43), Art. 92 Rn. 79; U. Eisenberg, Grundsätzliche erstinstanzliche Nichtzuständigkeit von Bundesanwaltschaft und Oberlandesgerichten in Jugendstrafverfahren, NStZ 1996, 263 (264). Vgl. aber auch H. Paeffgen, Gutachten zu der Frage: Empfiehlt sich eine Änderung/Erweiterung der gesetzlichen Regelungen zur Zuständigkeit des Generalbundesanwalts für staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren im Bereich rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und/oder antisemitischer Straftaten?, S. 33 – abrufbar unter: [http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich\\_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Strafrecht4/Forschung/Generalbundesanwalt.pdf](http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Strafrecht4/Forschung/Generalbundesanwalt.pdf) (Stand: 11. August 2015). V. Backhaus dagegen lässt die Frage in Der gesetzliche Richter im Staatsschutzstrafrecht, Frankfurt a. M. (u. a.) 2009, S. 78 offen.

gesetz mit Zustimmung des Bundesrates vorsehen [kann], dass Gerichte der Länder Gerichtsbarkeit des Bundes ausüben«. Demnach setzt er nach seinem Wortlaut eine Rechtsprechungskompetenz des Bundes auf den dort genannten Gebieten bereits voraus und normiert lediglich, dass der Bund diese *bereits existierende Gerichtsbarkeit* durch Gerichte der Länder ausüben kann.<sup>47</sup> Demnach handelt es sich bei Art. 96 Abs. 5 schon nach seinem Wortlaut nicht um eine Kompetenznorm.

Doch nicht nur die grammatische, sondern auch die historische Auslegung der Vorschrift steht der häufig vorgenommenen Herleitung der Staatsschutzgerichtsbarkeit des Bundes aus Art. 96 Abs. 5 GG entgegen. Die Vorschrift wurde nämlich erst durch *das sechszwanzigste Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 96) vom 26.8.1969* in das Grundgesetz eingefügt.<sup>48</sup> Die Staatsschutzgerichtsbarkeit des Bundes existiert dagegen schon seit 1951, wobei sie bis 1969 gem. § 134 Abs. 1 GVG a.F.<sup>49</sup> in erster und letzter Instanz durch den BGH ausgeübt wurde.

Wenn dabei mit dem Blick auf die Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Reichsgerichts auf eine tradierte, vorkonstitutionelle Kompetenz des Zentralstaates für Staatsschutz-Strafsachen verwiesen wird, vermag auch dies nicht zu überzeugen.<sup>50</sup> Denn bereits die allgemeine Struktur der verfassungsrechtlichen Vorschriften zum föderalen Aufbau der Bundesrepublik und der Aufgabenverteilung zwischen Bund und den Ländern belegt, dass dem Zentralstaat von Verfassungs wegen ausschließlich solche Kompetenzen zukommen sollen, die dem Grundgesetz *zumindest implizit* zu entnehmen sind. Ein schlichter Hinweis auf vorkonstitutionelle Zustände bzw. Kompetenzen, die schon dem Reichsgericht oder älteren Gerichten zustanden, genügen dieser Voraussetzung nicht.<sup>51</sup> Selbst wenn man eine solche vorkonstitutionelle Kompetenz des Zentralstaates zur Ausübung der Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit in erster Instanz anerkennen wollte, vermag sie nicht zu erklären, worauf die ausschließlichen Gerichtsbarkeiten des Bundes auf anderen Sachgebieten zurückzuführen sind, die weder im Grundgesetz niedergelegt sind, noch auf historische Vorbilder zurückblicken können.

So etwa enthält § 50 Abs. 1 VwGO eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für die dort bestimmten Sachgebiete. Die Vorschrift hat zur Folge, dass eine Rechtsprechung durch Gerichte der Länder auf diesen Gebieten ausgeschlossen ist, obwohl das Grundgesetz keine Vorschrift enthält, die diese Ge-

47 So auch W. Meyer, in: I. Münch (Begr.)/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 6. Aufl., München 2012, Art. 96 Rn. 14.

48 Sechszwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 96) vom 26.8.1969, BGBl. I, S. 1357.

49 Vgl. Art. III Nr. 5 des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 30. August 1951, BGBl. I, S. 739 (746).

50 Zur Tradition der zentralstaatlichen Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit vgl. Abschnitt C der vorliegenden Abhandlung.

51 Ähnl., bezogen auf Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes, A. Uhle, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Bd. VI, 73. Ergänzungslieferung, München 2014, Art. 70 Rn. 63.

biete der Bundesrechtsprechung zuweist. Ebenso normiert § 39 Abs. 2 SGG eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundessozialgerichts für bestimmte Sachgebiete, die ebenfalls eine ausschließliche Bundesgerichtsbarkeit zur Folge hat und die Rechtsprechungskompetenzen der Länder auf diesen Gebieten vollständig verdrängt. Auch außerhalb der „großen“ Verfahrensordnungen finden sich Regelungen, die bestimmte Sachen in erster und letzter Instanz einem obersten Gerichtshof des Bundes zuweisen und so eine ausschließliche Bundesgerichtsbarkeit begründen. So enthalten § 86 Nr. 14 BPersVG und § 13 Abs. 2 PatG weitere erst- und letztinstanzliche Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts; § 88 Abs. 7 S. 2 Nr. 2 SVG und § 160 Abs. 6 S. 5 SGB III wiederum beinhalten weitere erst- und letztinstanzliche Zuständigkeiten des Bundessozialgerichts. Auch gem. § 158 Nr. 5 SGB IX können erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundessozialgerichts bzw. des Bundesarbeitsgerichts begründet werden, wodurch die Landesrechtsprechung verdrängt wird. Selbst der BGH ist noch heute für bestimmte verwaltungsrechtliche Notarsachen gem. § 111 Abs. 3 BNotO in erster und letzter Instanz zuständig. Bei den genannten Beispielen handelt es sich augenscheinlich um keine vorkonstitutionellen Rechtsprechungskompetenzen des Bundes, sodass sie einer anderen verfassungsrechtlichen Erklärung bedürfen.

## **II. Kompetenz zur Begründung einer ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG**

Die wohl h. M dagegen erblickt in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage für die Begründung einer Bundesgerichtsbarkeit auf dem Gebiet der Staatsschutz-Strafsachen. So soll der einfache Bundesgesetzgeber aufgrund der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG befugt sein, zu entscheiden, welche Aufgaben er Bundesgerichten und welche er den Gerichten der Länder übertragen will. Insofern stünde es in seinem Ermessen, bestimmte Rechtsprechungsaufgaben durch einfaches Bundesgesetz einer ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit zuzuführen, indem er etwa die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit eines obersten Gerichtshofs des Bundes begründet.<sup>52</sup>

### **1. Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Gesetzgebungskompetenz und Aufgabenwahrnehmungskompetenz**

Diese Auffassung verkennt allerdings den verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht zugleich auch seine Aufgabenwahrnehmungskompetenz – also die Kompetenz, die auf dieser Grundlage erlassenen Ge-

<sup>52</sup> Dies folgt, wenn auch stellenweise nur mittelbar, aus *Hillgruber* (Rn. 43), Art. 92 Rn. 79; *Heusch* (Fn. 46), Art. 95 Rn. 5; *A. Hopf auf*, in: Schmidt-Bleibtreu et al. (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 13. Aufl., Köln 2014, Art. 92 Rn. 101; *M. Jachmann*, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Bd. VI, 73. Ergänzungslieferung, München 2014, Art. 95 Rn. 86; *Meyer* (Fn. 48), Art. 95 Rn. 3, 7.

setze selbst auszuführen – begründen kann. So etwa ist auf dem Gebiet der (Bundes-)Verwaltung allgemein anerkannt, dass die Ausführung von Bundesgesetzen eine Aufgabe ist, die nach dem Primat der Länderhoheit grundsätzlich den Ländern obliegt. Eine eigene Verwaltungskompetenz des Bundes setzt über seine Gesetzgebungskompetenz für die zu verwaltende Materie hinaus eine ausdrückliche Regelung in den Art. 83 ff. GG voraus, dass der Bund auch befugt ist, die Aufgaben, die aus einem entsprechenden Gesetz erwachsen, selbst auszuführen.<sup>53</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum für die Rechtsprechungskompetenzen des Bundes etwas anderes gelten sollte. Jedenfalls aus dem Wortlaut der Art. 30, 92 GG folgt, dass auch bei der staatlichen Aufgabe der Rechtsprechung grundsätzlich von einem Primat der Länderhoheit auszugehen ist.<sup>54</sup> Deshalb ist es nicht statthaft, aus der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren seine Kompetenz herzuleiten, Rechtsprechungsaufgaben beliebig auf den Bund zu übertragen. Auch Rechtsprechungskompetenzen können dem Bund nur dort zustehen, wo das Grundgesetz ihm diese zumindest konkludent zuweist.

## 2. Historische Betrachtung der Entwicklung der Rechtsprechungskompetenzen des Bundes

Diese Annahme des *Verfassers* wird auch durch eine historische Auslegung des Art. 92 GG gestützt. So lautete noch der Wortlaut des Art. 128 des *Herrenchiemseer Entwurfes* (HChE),<sup>55</sup> der dem *Parlamentarischen Rat* als Grundlage für Art. 92 GG diente: »Die Gerichtsbarkeit wird ausgeübt durch Gerichte der Länder und, *soweit*

53 Vgl. F. Kirchhof, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Bd. VI, 73. Ergänzungslieferung, München 2014, Art. 83 Rn. 5, 60.

54 Vgl. etwa Degenhart, Gerichtsorganisation (Fn. 46), § 114 Rn. 14; Hillgruber (Rn. 45), Art. 92 Rn. 14; Hopfauf (Fn. 53), Vorb v Art. 92 ff. Rn. 75.

55 Der *Herrenchiemseer Entwurf* wurde durch den *Verfassungskonvent auf der Herreninsel im Chiemsee*, dem Herrenchiemseer Konvent, ausgearbeitet. Er wurde durch die Ministerpräsidenten der Länder in den westlichen Besatzungszonen eingesetzt, nachdem sie am 1. Juli 1948 von den Militärgouverneuren der amerikanischen, britischen und französischen Besatzungszonen dazu ermächtigt worden waren, eine verfassungsgebende Versammlung einzuberufen. Der *Herrenchiemseer Konvent*, der am 10. August 1948 zusammentrat, sollte Richtlinien für ein Grundgesetz ausarbeiten, die der eigentlichen verfassungsgebenden Versammlung, dem am 1. September 1948 konstituierten *Parlamentarischen Rat*, als Arbeitsgrundlage dienen sollten. Der Parlamentarische Rat beriet in der Regel einzelne Artikel und Abschnitte des Herrenchiemseer Entwurfes zunächst in *Fachausschüssen*, bevor sie von einem *Redaktionsausschuss* ausformuliert und im *Hauptausschuss* und schließlich im *Plenum* des Parlamentarischen Rates erneut beraten und gegebenenfalls angepasst wurden. Das Plenum beschloss schließlich einen Grundgesetzentwurf, der den Militärgouverneuren zur Genehmigung vorgelegt wurde. Nachdem weitere Änderungen, die von den Militärgouverneuren verlangt worden waren, vorgenommen wurden, wurde der *Entwurf* genehmigt. Am 8. Mai 1949 endlich, exakt 4 Jahre nach der Kapitulation der Wehrmacht, wurde das *Grundgesetz* im Plenum des Parlamentarischen Rates beschlossen und am 12. Mai 1949 von den drei Militärgouverneuren genehmigt. Gem. Art. 144 Abs. 1 des Grundgesetzes wurde dieses den Volksvertretungen der westdeutschen Länder zur Annahme vorgelegt, da das Grundgesetz schon nach den Bestimmungen der Besatzungsmächte der Annahme durch zwei Drittel der Länder der zu gründenden Bundesrepublik Deutschland bedurfte. In den folgenden Abstimmungen wurde das Grundgesetz von allen Ländern mit Ausnahme Bayerns angenommen. Ausführlich hierzu, K. Doemming/R. Füsslein/W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n. F. I (1951), S. 1 ff.

es dieses Grundgesetz bestimmt oder zulässt, durch Bundesgerichte [*Hervorb. d. Verf.*].« Im kommentierenden Teil des Berichts heißt es hierzu:

»Im Gegensatz zu Art. 103 der Weimarer Verfassung, der sich nur mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit befaßte, regelt Art. 128 die Gerichtsbarkeit ganz allgemein. Er statuiert die Gerichtshoheit der Länder und stellt sie in den Vordergrund. Eine Gerichtshoheit des Bundes ist nur in den Fällen gegeben, die durch das Grundgesetz [...] festgelegt sind.«<sup>56</sup>

Auffällig dabei ist, dass Art. 128 HChE eine Ausübung der rechtsprechenden Gewalt durch Bundesgerichte nur vorsieht, »soweit es dieses Grundgesetz bestimmt oder zulässt«. Eine vergleichbare Einschränkung der Bundeskompetenzen findet sich heute nur noch in den Vorschriften zu den Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen des Bundes in den Art. 70, 83 GG sowie in der Generalklausel des Art. 30 GG. Ausgerechnet Art. 92 GG, welcher die Rechtsprechungskompetenzen des Bundes und der Länder normiert, ist eine solche Einschränkung dagegen nicht mehr zu entnehmen.

Daraus folgt jedoch nicht, dass der Bund Rechtsprechungsaufgaben gestützt auf seine Gesetzgebungskompetenz für die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren beliebig an sich ziehen kann. Dem steht bereits die Generalklausel des Art. 30 GG entgegen, wonach die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt, ausschließlich den Ländern zugewiesen ist. Dass das Grundgesetz für die rechtsprechende Gewalt des Bundes eine Ausnahme von dieser generellen Regel statuieren wollte, ist nicht ersichtlich. Der insofern lückenhafte Wortlaut des Art. 92 GG scheint dabei, wie noch im Folgenden ausführlich dargelegt wird, auf einen bloß redaktionellen Fehler des verfassungsgebenden Gesetzgebers zurückzuführen zu sein.

So war die Ausarbeitung des XII. Abschnittes des Herrenchiemseer Entwurfs, welcher die Überschrift „Die Rechtspflege“ trug, von dem Parlamentarischen Rat an seinen *Ausschuss für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege* delegiert worden. Der Ausschuss befasste sich dabei vorwiegend mit den Fragen, ob neben den Gerichtshöfen des Bundes ein Oberstes Bundesgericht als *Supergericht* eingeführt werden sollte und welche „Bundesfachgerichte“ neben dem „Reichsgericht“ zu errichten sind. Allerdings war es dem Ausschuss nicht möglich, in diesen Fragen bis zu den abschließenden Beratungen der Ergebnisse der Einzelausschüsse im Hauptausschuss Einigkeit herzustellen. Deshalb wurde für die Beratungen im Hauptausschuss letztendlich eine Fassung des Abschnittes über die „Gerichtsbarkeit und Rechtspflege“ zugrunde gelegt, die durch den *Allgemeinen Redaktionsausschuss* des Parlamentarischen Rates formuliert worden war.<sup>57</sup> Art. 128 dieses Entwurfs orientierte sich da-

<sup>56</sup> Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent 1948, S. 92.

<sup>57</sup> Zu der ordentlichen Ausschusstätigkeit vgl. Fn. 56.

bei erkennbar an den unterschiedlichen Entwürfen von *Strauß* und *Zinn*, die neben dem Rechtspflegeausschuss auch dem Allgemeinen Redaktionsausschuss angehörten. Dem Versuch des Redaktionsausschusses die Fassungen des Art. 128 von *Strauß* und *Zinn* in Einklang zu bringen, fiel ausgerechnet die Formel »soweit es dieses Grundgesetz bestimmt oder zuläßt« zum Opfer, mit der die rechtsprechende Gewalt des Bundes einem Grundgesetzesvorbehalt unterworfen worden war. So lautete der Art. 128 nach dem Entwurf des Allgemeinen Redaktionsausschusses: »Die rechtsprechende Gewalt wird durch das Oberste Bundesgericht, das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.«<sup>58</sup>

Dieser Entwurf wurde von dem Rechtspflegeausschuss für seine verbleibenden Sitzungen als Vorlage angenommen, ohne dass das obige Versäumnis in den nachfolgenden Sitzungen des Ausschusses bemerkt wurde.<sup>59</sup> Auch der Hauptausschuss nahm diese Fassung des Art. 128 in seiner ersten Lesung des nunmehr zu „Gerichtsbarkeit und Rechtspflege“ unbenannten Abschnittes über die Rechtspflege unverändert an.<sup>60</sup> In Folge weiterer Diskussionen um die Zuständigkeiten und Bedeutung des Obersten Bundesgerichts und der oberen Bundesgerichte wurden in Art. 128 zwar in der zehnten Sitzung des Rechtspflegeausschusses die Wörter „das Oberste Bundesgericht“ und „das Bundesverfassungsgericht“ ausgetauscht.<sup>61</sup> Ebenso wurde der Artikel in der dritten Lesung des Hauptausschusses auf Antrag des Abgeordneten *Strauß* auch um die Wendung „Die rechtssprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird...“ ergänzt,<sup>62</sup> weil dies »plastischer« herauskomme und einen »wirksameren Eindruck« mache.<sup>63</sup> Doch das Fehlen der Worte »soweit es dieses Grundgesetz bestimmt oder zuläßt« wurde auch hier nicht mehr bemerkt, sodass Art. 128 letztendlich mit dem Wortlaut »Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch das Oberste

58 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Entwürfe zum Grundgesetz, Bd. VII, Boppard am Rhein 1995, S. 77.

59 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Hauptausschuß, Bd. XIV, München 2009, Dok. Nr. 57; S. 1348, hier insb. auch Fn. 13; vgl. aber auch *Doemming/Füsslein/Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes (Fn. 56), S. 1 ff. sowie *E. Büttner/M. Wettengel*, Einleitung, in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Ausschuß für Organisation des Bundes/Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, Bd. XIII, München 2002, S. C. f.

60 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. XIV (Fn. 60), Dok. 23, S. 679 f.

61 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Ausschuß für Organisation des Bundes/Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, Bd. XIII, München 2002, Dok. Nr. 62, S. 1533, 1539.

62 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. XIV (Fn. 60), Dok. Nr. 50, S. 1608.

63 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. XIV (Fn. 60), Dok. Nr. 50, S. 1608.

Bundesgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehen Bundesgerichte und durch Gerichte der Länder ausgeübt« als Art. 92 GG angenommen worden ist.<sup>64</sup>

Dass der Redaktionsausschuss dabei mit der Streichung der Worte »soweit es dieses Grundgesetz bestimmt oder zulässt« eine materielle Änderung der Vorschrift beabsichtigte, ist dabei den Akten und Protokollen des Parlamentarischen Rates nicht zu entnehmen.<sup>65</sup> Demnach spricht vieles dafür, dass diese fragwürdige Änderung des Wortlautes von Art. 128 HChE ein bloß redaktionelles Versehen darstellt.<sup>66</sup> Insofern ist es nicht statthaft, aus der Abweichung der Formulierung des Art. 92 GG von Art. 30, 70, 83 GG auf den vermeintlichen Willen des verfassungsgebenden Gesetzgebers zu schließen, er habe die Verteilung der Rechtsprechungskompetenzen zwischen Bund und Ländern dem einfachen Bundesgesetzgeber überlassen wollen. Vielmehr sollte dem Bund, wie aus Art. 30 GG und Art. 128 HChE folgt, auch auf dem Gebiet der Rechtsprechung eine Aufgabenwahrnehmungskompetenz nur zukommen, soweit es das Grundgesetz bestimmt oder zulässt.

### 3. Keine Kompetenz-Kompetenz des Bundes zur Aneignung von Rechtsprechungsaufgaben

Die Herleitung der ausschließlichen Rechtsprechungskompetenz des Bundes aus seiner Gesetzgebungszuständigkeit gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG hält im Übrigen auch verfassungsdogmatischen Erwägungen nicht stand. Könnte der Bund nämlich aufgrund seiner Gesetzgebungszuständigkeit für die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren bestimmen, welche Aufgaben durch Bundesgerichte und welche durch Gerichte der Länder wahrzunehmen sind, könnte der einfache Bundesgesetzgeber durch ein schlichtes Bundesgesetz die verfassungsmäßigen Rechtsprechungskompetenzen der Länder beschränken, indem er die Rechtsprechung auf bestimmten Sachgebieten exklusiv auf Bundesgerichte überträgt. Insofern würde der *einfache* Bundesgesetzgeber mit der Kompetenz ausgestattet, neue ausschließliche Kompetenzen des Bundes auf dem Gebiet der Rechtsprechung zu begründen. Für eine solche *Kompetenz-Kompetenz* des einfachen Bundesgesetzgebers existiert nach Ansicht des

64 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. XIV (Fn. 60), Dok. Nr. 57, S. 1810; Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle, Plenum, Bd. IX, München 1996, Dok. Nr. 9, S. 477/Dok. 10, S. 593.

65 Vgl. etwa das Referat des Berichterstatters des *Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege* bei der zweiten Sitzung des Ausschusses am 20. Oktober 1948 in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. XIII (Fn. 62), Dok. Nr. 51, S. 1162 ff.; die Zusammenfassung der Ergebnisse bis einschließlich der dritten Sitzung des *Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege* und Bericht über die Tätigkeit der nach der dritten Sitzung eingesetzten Arbeitsgruppe in der vierten Sitzung des Ausschusses am 27. Oktober 1948 a. a. O., Dok. Nr. 53; S. 1217 ff.; die Aussprache, insb. zu den Fragen der Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit und der Rechtsmittel, ebenfalls in der vierten Sitzung des Ausschusses am 27. Oktober 1948 a. a. O., Dok. Nr. 53; S. 1228 ff., dort insb. die S. 1236 ff. sowie die Erörterung der Aufgabe und Zuständigkeit des Obersten Bundesgerichts in der fünften Sitzung des Ausschusses am 10. November 1948 a. a. O. Dok. Nr. 55; S. 1279 ff.

66 Vgl. hierzu auch W. Strauß, Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz, SJZ 1949, Sp. 526; Büttner/Wettengel, Einleitung (Fn. 60), S. CIV.

*Verfassers* jedoch keine verfassungsrechtliche Grundlage. Gerade die Verteilung von Kompetenzen zwischen dem Zentralstaat und den Gliedstaaten ist in einem föderalistischen Staat eine Kernaufgabe des Verfassungsgesetzgebers, die er unbedingt in der Staatsverfassung selbst vorzunehmen hat. In dieser Annahme findet sich der *Verfasser* durch den Bericht des Abgeordneten *Schwalber* (CSU) in der 3. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rats am 9. September 1948, der die Zuständigkeitsabgrenzung zum Thema hatte, bestätigt. Dort heißt es nämlich unwidersprochen:

»Nur was dem Bunde ausdrücklich durch Grundgesetz überwiesen ist, soll diesem zustehen. Wir wollen weder Kompetenz-Kompetenz für den Bund noch für die Länder. Wir verkennen aber andererseits nicht die eventuelle Notwendigkeit einer Erweiterung der Kompetenz nach der einen oder anderen Seite und wollen diese nicht durch eine starre Festlegung verhindern. Aber eine solche Erweiterung der Zuständigkeiten darf nur im Wege einer Änderung des Grundgesetzes möglich sein [...].«<sup>67</sup>

Zusammenfassend kann insofern festgehalten werden, dass entgegen der h. M. aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG keine Kompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers folgt, Rechtsprechungsaufgaben einer ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit zuzuführen.

### III. Ansatz von Wolfgang Meyer<sup>68</sup>

Wenn die verfassungsrechtliche Grundlage für eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundes weder in Art. 96 Abs. 5 GG noch in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu verorten ist, stellt sich die Frage, worin sie dann zu erblicken ist.<sup>69</sup> Einen Ausweg aus diesem verfassungsrechtlichen Dilemma bietet *Wolfgang Meyer* an, der darlegt, dass die erstinstanzliche Rechtsprechung durch die OLG auch in den Fällen, in denen der GBA für die Strafverfolgung zuständig ist, eine originär landesrechtliche Rechtsprechung darstellt. Die Vorstellung von einer Gerichtsbarkeit des Bundes, die lediglich im Wege der Organleihe durch Gerichte der Länder ausgeübt wird, lehnt er ab.<sup>70</sup> Seines Erachtens beruht diese Annahme auf einer »Fehlvorstellung einer ausschließlichen Rechtsprechungskompetenz des Bundes« auf den Gebieten des Art. 26 Abs. 1 GG und des Staatsschutzes, die ohne verfassungsrechtliche Grundlage ist.<sup>71</sup> Dass

67 Der Parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle, Bd. IX (Fn. 65), Dok. Nr. 3, S. 96.

68 Meyer ist Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht a. D. (2. Senat), Honorarprofessor an der Ruhr-Universität Bochum und Autor im Grundgesetzkommentar Münch/Kunig (Fn. 48).

69 Zwar befasste sich auch das Bundesverfassungsgericht in zwei Entscheidungen mit der Frage der ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit, diese führen hier jedoch nicht weiter. Das Gericht befasste sich dabei nämlich vorrangig damit, ob der fehlende Rechtszug in denjenigen Fällen, in denen ein oberster Gerichtshof des Bundes in erster und letzter Instanz tätig wird, verfassungswidrig ist. Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit einer ausschließlichen Gerichtsbarkeit des Bundes verweisen die Entscheidungen lediglich pauschal auf die überregionale und allgemeine grundsätzliche Bedeutung der Sachen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung in erster und letzter Instanz dem Bund zugewiesen waren, sowie der Notwendigkeit ihrer raschen endgültigen Klärung. Mit der Kompetenzfrage des Bundes setzen sich die Entscheidungen dagegen nicht weiter auseinander, vgl. BVerfGE 8, 174 (Leitsatz); BVerfGE 92, 365 (410).

70 Meyer (Fn. 48), Art. 96 Rn. 15 f.

71 Meyer (Fn. 48), Art. 96 Rn. 14.

Art. 96 Abs. 5 GG in diesem Zusammenhang von einer Gerichtsbarkeit des Bundes spricht, wird zwar auch von *Meyer* bemerkt, doch geht er davon aus, dass es sich hierbei lediglich um eine Formulierung handelt, die »sprachlich missglückt« ist.<sup>72</sup> So legt er dar, dass Art. 96 Abs. 5 GG vorrangig dem Zweck diene, die Ermittlungs- und Anklagezuständigkeiten des GBA sowie das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten in Staatsschutz-Strafsachen verfassungsrechtlich zu normieren.<sup>73</sup> Daher handele es sich bei Art. 96 Abs. 5 GG um eine Vorschrift, welche die Zuständigkeiten der vollziehenden Gewalt des Bundes regelt und deshalb im IX. Abschnitt des Grundgesetzes systematisch falsch verortet sei.<sup>74</sup>

Sofern *Meyer* bei der Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Bundes von einer »Fehlvorstellung einer ausschließlichen Rechtsprechungskompetenz des Bundes« ohne verfassungsrechtliche Grundlage ausgeht, verkennt er jedoch, dass eine ausschließliche Rechtsprechung durch Bundesgerichte ohne eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung keine Besonderheit des Staatsschutz-Strafverfahrens darstellt. Wie bereits dargelegt, finden sich auch außerhalb des Art. 96 Abs. 5 GG zahlreiche Beispiele für ausschließliche Rechtsprechungskompetenzen des Bundes. So üben verschiedene oberste Gerichtshöfe des Bundes auf den unterschiedlichsten Sachgebieten eine erst- und letztinstanzliche Gerichtsbarkeit aus, ohne dass das Grundgesetz diese Sachgebiete ausdrücklich dem Bund zuweist.<sup>75</sup> Auch die Kritik *Meyers*, dass die Fassung des Art. 96 Abs. 5 GG »sprachlich missglückt« sei, vermag nicht zu überzeugen. So wurde die Bundesregierung schon 1969 von dem Bundesrat aufgefordert, den Entwurf des Art. 96 Abs. 5 GG so umzuformulieren, dass der Eindruck einer Gerichtsbarkeit des Bundes auf den dort genannten Gebieten vermieden wird.<sup>76</sup> Doch wies die Bundesregierung diese Forderung zurück und bestärkte ihre Auffassung, dass es sich bei der Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit um eine originäre Bundesgerichtsbarkeit handelt. In der Stellungnahme der Bundesregierung heißt es hierzu wörtlich:

*»[Die vom Bundesrat vorgeschlagene] Fassung könnte den Eindruck erwecken, die erstinstanzliche Gerichtsbarkeit auch in Staatsschutzsachen aller Art sei originär Sache der Länder [...] Seit jeher waren aber dem Reichsgericht und sind dem Bundesgerichtshof erstinstanzliche Zuständigkeiten in wichtigen Staatsschutzsachen zugewiesen. [...] Der Entwurf setzt die bisher anerkannte Zulässigkeit einer erstinstanzlichen Bundesgerichtsbarkeit voraus und läßt für bestimmte Arten von Strafgerichtsverfahren als neue Ausübungsform die Organleihe bei den Ländern zu.«<sup>77</sup>*

72 *Meyer* (Fn. 48), Art. 96 Rn. 14.

73 *Meyer* (Fn. 48), Art. 96 Rn. 14.

74 *Meyer* (Fn. 48), Art. 96 Rn. 15.

75 Vgl. hierzu die Beispiele für erst- und letztinstanzliche Zuständigkeiten der obersten Gerichtshöfe des Bundes unter B. I.

76 BT-Drs. 5/4085, S. 4.

77 BT-Drs. 5/4085, S. 5.

Ganz offensichtlich ist auch der verfassungsändernde Gesetzgeber, der Art. 96 Abs. 5 GG in seiner heutigen Fassung angenommen hat, der Auffassung der Bundesregierung gefolgt. Demnach ist die Formulierung in Art. 96 Abs. 5 GG, die von einer »Gerichtsbarkeit des Bundes« spricht, keinesfalls sprachlich missglückt, sondern bringt gerade den Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers zum Ausdruck, an einer als existent vorausgesetzten Zuständigkeit des Bundes für Staatsschutz-Strafsachen anzuknüpfen. Demnach ist der Ansatz von Meyer, der aus der fehlenden ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Grundlage für eine ausschließliche Bundesgerichtsbarkeit in Staatsschutz-Strafsachen folgert, dass es sich bei der Staatsschutzgerichtsbarkeit der OLG ausschließlich um eine Landesgerichtsbarkeit handle, abzulehnen.

#### IV. Rechtsprechungskompetenz kraft Natur der Sache als eigener Ansatz

Eine ausschließliche Bundesgerichtsbarkeit auf einem bestimmten Sachgebiet setzt denklogisch voraus, dass neben der Rechtsmittelgerichtsbarkeit auch die Tatgerichtsbarkeit auf jenem Gebiet dem Bund zusteht. Wie bereits dargelegt, enthält das Grundgesetz jedoch nur für sehr wenige Gebiete eine ausdrückliche Kompetenz des Bundes zur Ausübung einer Tatgerichtsbarkeit. Nämlich für den gewerblichen Rechtsschutz (Art. 96 Abs. 1 GG), die Wehrstraferichtsbarkeit (Art. 96 Abs. 2 GG) und die Dienst- und Beschwerdegerichtsbarkeit für Bundesrichter, Bundesbeamte und Soldaten (Art. 96 Abs. 4 GG). Im Übrigen ist die tatrichterliche Rechtsprechung – nach dem in den Art. 30, 92 GG niedergelegten Primat der Länderhoheit – dem Grunde nach eine exklusive Aufgabe der Bundesländer, sodass grundsätzlich von einem *verfassungsrechtlichen Tatgerichtsprivileg der Länder* gesprochen werden kann. Doch anscheinend wird dieses Tatgerichtsprivileg der Länder nicht nur auf dem Gebiet der Staatsschutz-Straferichtsbarkeit durchbrochen, sondern auch auf denjenigen Gebieten, auf denen die Rechtsprechung in erster und letzter Instanz einem obersten Gerichtshof des Bundes anvertraut ist. Versuche, die verfassungsrechtliche Grundlage dieser Rechtsprechungskompetenzen des Bundes in Art. 96 Abs. 5 GG oder Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu verorten, können dabei nach dem bisher Dargelegten nicht überzeugen.

Nichtsdestoweniger steht fest, dass eine Rechtsprechungskompetenz des Bundes nach dem Primat der Länderhoheit einer verfassungsrechtlichen Grundlage bedarf. Da dem Grundgesetz jedoch weder die Staatsschutz-Straferichtsbarkeit des Bundes noch die tatgerichtlichen Kompetenzen der obersten Gerichtshöfe des Bundes ausdrücklich zu entnehmen sind, können sie allenfalls auf *ungeschriebenen Rechtsprechungskompetenzen* des Bundes beruhen, die dem Grundgesetz nur konkludent zu entnehmen sind. Da eine umfassende Herleitung aller ungeschriebenen Rechtsprechungskompetenzen des Bundes den Rahmen des vorliegenden Beitrages deutlich sprengen würde, soll im Folgenden ausschließlich der Frage nachgegangen werden,

ob dem Grundgesetz eine ungeschriebene Rechtsprechungskompetenz des Bundes für Staatsschutz-Strafsachen zu entnehmen ist.

Staatsschutz-Strafsachen zeichnen sich regelmäßig dadurch aus, dass sie einen gravierenden Angriff auf die Grundwerte, die Struktur oder gar den Bestand des Staates darstellen. Sofern sich ein solcher Angriff dabei nicht nur gegen einzelne Gliedstaaten, sondern den Zentralstaat eines föderalistischen Gebildes selbst richtet, wird hierdurch ein besonderes Interesse des Zentralstaates begründet, diese Taten durch eigene Gerichte und Behörden zu verfolgen und abzuurteilen, ohne auf das Wohlwollen seiner Gliedstaaten angewiesen zu sein.<sup>78</sup> So heißt es bereits in der Begründung zum Gerichtsverfassungsgesetz von 1877:

*» Wenn die einzelnen Staaten des Reichs an ihrer Justizhoheit festhalten, und wenn aus dieser Justizhoheit namentlich die Folge herzuleiten ist, daß die Organe der öffentlichen Klage, die Staatsanwaltschaften, Landesinstitute sind, die in den Justizministerien der einzelnen Staaten gipfeln und auf welche das Reich ohne direkten Einfluß ist, so kann sich das Reich hierbei im übrigen wohl beruhigen, aber den Verbrechen gegenüber, welche seine Existenz, Integrität, Sicherheit oder Verfassung gerichtet sind, bedarf es der sichersten Garantien, daß die Organe der öffentlichen Klage in der Verfolgung, wenn solche wünschenswerth ist, nicht säumig sind. Die Centralbehörde des Reichs kann das Recht einer unmittelbaren Einwirkung für solche Fälle nicht aufgeben und muß eigene Organe zu Gebote haben, um versichert zu sein, daß den erlassenen Anordnungen unbedingte Folge geleistet werde.«<sup>79</sup>*

Dabei ist auch zu bedenken, dass ein derartiger Angriff auf den Zentralstaat auch von einem seiner Gliedstaaten ausgehen kann oder dieser zumindest mit den Angreifern sympathisiert und daher eine Verfolgung der Taten entweder verweigert oder nicht mit der notwendigen Strenge betreibt. So etwa hatte die streng antidemokratische Haltung im Freistaat Bayern nach dem sog. „Hitlerputsch“ zu einer be-

78 Davon, dass eine Staatsschutzgerichtsbarkeit des Bundes nur dort begründet ist, wo der Gesamtstaat betroffen ist, geht auch die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung aus, vgl. BGHSt 46, 238 (Leitsatz).

79 Begründung des Entwurfs eines Gerichtsverfassungsgesetzes und des Einführungs-Gesetzes, in: C. Hahn (Hrsg.), Die gesammten [sic!] Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen – Materialien zu dem Gerichtsverfassungs-Gesetz, Bd. I, Abt. 1, 2. Aufl., Aalen 1983 (Neudruck der Ausgabe Berlin 1883), S. 150.

sonderen Nachsicht der bayerischen Justiz mit dem Putschisten Adolf Hitler geführt.<sup>80</sup> Auch wenn ein solches Szenario heute sehr fernliegend sein mag, verdeutlicht es doch auf sehr eindringliche Weise die praktische Notwendigkeit einer eigenen Staatsschutz-Gerichtsbarkeit des Zentralstaates.

Demnach ist die ausschließliche Bundesgerichtsbarkeit in Staatsschutz-Strafsachen ein wesentlicher Bestandteil des zentralstaatlichen Staatsschutzes und des Föderalismus. Sie stellt letztendlich – ähnlich wie auch der Bundeszwang gem. Art. 37 GG – nicht nur einen Ausdruck der Wehrhaftigkeit des Bundes gegen Feinde von außen wie innen dar, sondern ist auch ein Zeichen der Souveränität des Bundes gegenüber seinen Ländern. Ihre zwingende Notwendigkeit findet die Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Bundes darin, dass allein der Bund in der Lage ist, eine Verfolgung von Straftaten, welche die Interessen des Zentralstaates im besonderen Maße berühren oder gegen den Gesamtstaat schlechthin gerichtet sind, in einer Form zu gewährleisten, welche die Bundesinteressen im hinreichenden Maße schützt. Die Strafgerichtsbarkeit des Bundes für Staatsschutzsachen ist mithin ein zwingender Bestandteil der föderalen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland und fügt sich dabei stringent in die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und den Ländern ein.<sup>81</sup>

Insofern ist bei der ausschließlichen Strafgerichtsbarkeit des Bundes für Staatsschutz-Strafsachen – in Anlehnung an die Terminologie bei den übrigen ungeschriebenen Kompetenzen des Bundes<sup>82</sup> – wohl richtigerweise von einer *Rechtsprechungskompetenz des Bundes kraft Natur der Sache* auszugehen.<sup>83</sup> Denn nach dem bisher dargelegten handelt es sich bei der Strafgerichtsbarkeit des Bundes für Delikte, die sich

80 Mit dem misslungenen „Hitlerputsch“ sollte das Deutsche Reich unter der Weimarer Verfassung gestürzt werden. Ein nach dem GVG nicht vorgesehenes bayerisches Volksgericht hatte daraufhin Adolf Hitler, den Rädelsführer der Putschisten, zu einer vergleichsweise milden Strafe von fünf Jahren Festungshaft verurteilt und nach ca. neun Monaten vorzeitig entlassen. Auch hatte das bayerische Gericht von einer Ausweisung des österreichischen Staatsangehörigen Hitlers abgesehen, obwohl § 9 des Republiksschutzgesetzes (Gesetz zum Schutze der Republik vom 21. Juli 1922, RGBl. I, S. 585) bei der Verurteilung eines Ausländers wegen Hochverrates die obligatorische Ausweisung aus dem Reichsgebiet als Nebenfolge vorsah. Das Volksgericht begründete seine Entscheidung damit, dass bei jemandem wie Hitler, der besonders deutsch denke und fühle, eine Ausweisung nicht statthaft sei. Dabei wäre bei ordentlicher Rechtsanwendung nicht einmal die sachliche Zuständigkeit der bayerischen Justiz, sondern die des Staatsgerichtshofs beim Reichsgericht eröffnet gewesen, der gem. § 13 Abs. 1 Republiksschutzgesetz als Sondergericht des Reiches für Staatsschutz-Strafsachen zuständig war. Es bedarf keiner besonderen Fantasie, um sich auszumalen, wie das Urteil wohl ausgefallen wäre, wenn statt eines bayerischen Gerichts, ein zum Schutze der jungen Republik errichteter Staatsgerichtshof des Reiches über Adolf Hitler zu Gericht gesessen hätte, der ausgerechnet aus der „Ordnungszelle“ Bayern einen Putschversuch gegen die vermeintlich „marxistische“ Republik angeführt hatte.

81 Ähnl. T. Debler, Denkschrift zur Entschließung des Bundestages vom 11. Juli 1951 über die Zuziehung von Schöffen oder Geschworenen und die Schaffung eines zweiten Rechtszuges in Hoch- und Landesverratsachen, Bonn 1951, S. 8.

82 Vgl. Uhle (Fn. 52), Art. 70 Rn. 75 ff. zur Gesetzgebungskompetenz kraft Natur der Sache bzw. Kirchhof (Fn. 54), Art. 83 Rn. 49 zur Verwaltungskompetenz kraft Natur der Sache.

83 Grundsätzlich daran zweifelnd K. Nehm, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts für die Verfolgung extremistischer Einzeltäter, München 2002, S. 11.

unmittelbar gegen den verfassungsmäßigen Bestand des Zentralstaates richten, um eine Rechtsprechungskompetenz, die zwar verfassungsgesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, begrifflich aber ausschließlich dem Bund zustehen kann.<sup>84</sup> Denn die Gerichtsbarkeit über Taten, die sich gegen die Grundwerte und den Bestand des Bundes richten, ist eine notwendige Voraussetzung für die Existenzsicherung des Bundes, die nicht im Belieben der Landesjustiz stehen kann. Sofern sich die Taten jedoch nicht gegen die Grundwerte und den Bestand des Bundes richten, folgt daraus jedoch aber auch, dass für eine erstinstanzliche Bundesstrafergerichtsbarkeit auf dem Gebiet der Staatsschutzsachen kein Raum verbleibt.<sup>85</sup>

### C. Historische Grundlagen der ausschließlichen Bundesgerichtsbarkeit in Staatsschutz-Strafsachen

Auf die oben dargelegte Notwendigkeit einer zentralstaatlichen Gerichtsbarkeit für Staatsschutz-Strafsachen weist auch ihre lange Tradition auf deutschem Boden hin. So sah bereits § 126 lit. I) der Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 die Zuständigkeit eines zu errichtenden Reichsgerichts für die »Strafergerichtsbarkeit in den Fällen des Hoch- und Landesverraths gegen das Reich« vor. Auch Art. 75 Abs. 1 der Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 16. April 1871 bestimmte, dass für »Unternehmungen gegen den Norddeutschen Bund, welche, wenn gegen einen der einzelnen Bundesstaaten gerichtet, als Hochverrath oder Landesverrath zu qualifizieren wären«, das *gemeinschaftliche Ober-Appellationsgericht der drei freien und Hansestädte in Lübeck* in erster und letzter Instanz zuständig sein sollte.<sup>86</sup> Auch im föderalistischen Deutschen Reich von 1871 wurde an einer zentralen Zuständigkeit des gemeinschaftlichen Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck festgehalten, auch wenn dieses jene Kompetenz weder im Norddeutschen Bund noch im Deutschen Reich tatsächlich wahrgenommen hatte.<sup>87</sup>

Mit der Einführung des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1877 wurde diese Zentralzuständigkeit für Staatsschutzsachen auf das 1879 neugegründete *Reichsgericht* übertragen, das gem. § 136 Abs. 1 Nr. 1 RGVG für alle Fälle »des Hochverraths und des Landesverraths, insofern diese Verbrechen gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet« waren, zuständig war.<sup>88</sup> Auch im Deutschen Reich unter der Verfassung vom 11. August 1918<sup>89</sup> („Weimarer Republik“) wurde die Staatsschutzgerichtsbarkeit in erster und letzter Instanz zunächst noch durch das Reichsgericht ausgeübt. Ab 1922

84 Diese Voraussetzungen sind in ähnlicher Weise auch bei *Uhle* (Fn. 52), Art. 70 Rn. 76 m. w. N. für die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes kraft Natur der Sache dargelegt.

85 Vgl. *Nehm*, Die Zuständigkeit des GBA (Fn. 84), S. 12 f.

86 BGBl. (Nordd. Bund) 1867, S. 2.

87 Vgl. Art. 75 der Verfassung des Deutschen Reiches, RGBl. 1871, S. 63; insofern wortlautgleich mit Art. 75 der Verfassung des Norddeutschen Bundes.

88 RGBl. 1877, S. 41.

89 RGBl. 1919, S. 1383.

wurde diese Gerichtsbarkeit einem *Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik* beim Reichsgericht übertragen,<sup>90</sup> der nach dem gescheiterten Kapp-Putsch als ein von dem Reichsgericht institutionell getrenntes Sondergericht zum Schutze der Republik errichtet worden war.<sup>91</sup> Nach der Abschaffung des Staatsgerichtshofs am 1. April 1926 wurde die Staatsschutzgerichtsbarkeit wieder ausschließlich durch das Reichsgericht ausgeübt.

Im nationalsozialistischen Deutschen Reich war für die Aburteilung derjenigen Delikte, die sich nach dem Verständnis des nationalsozialistischen Unrechtsregimes als Hoch- und Landesverrat darstellten ab 1934 vor allem der durch das Gesetz vom 24. April 1934<sup>92</sup> errichtete *Volksgerichtshof* zuständig. Hinzu trat die erst- und letztinstanzliche Rechtsprechung durch sog. *Sondergerichte*, die bereits 1933 in jedem OLG-Bezirk errichtet worden waren.<sup>93</sup> Der Volksgerichtshof und die Sondergerichte wurden aufgrund des Art. III der Kontrollratsproklamation Nr. 3 (Grundsätze für die Umgestaltung der Rechtspflege) vom 20. Oktober 1945 aufgehoben.<sup>94</sup> Auch die Staatsschutzvorschriften im StGB wurden durch Art. I des Kontrollratsgesetzes Nr. 11 (Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts) aufgehoben.<sup>95</sup> So existierte bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes auf deutschem Gebiet keine zentralstaatliche Staatsschutzgerichtsbarkeit.

Doch schon bei der Gründung der Bundesrepublik Deutschland wurde erneut an die Tradition einer zentralen Gerichtsbarkeit für Staatsschutz-Strafsachen angeknüpft. So enthielt Art. 143 Abs. 5 GG i. d. F. vom 23. Mai 1949<sup>96</sup> eine zentrale Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des OLG, in dessen Bezirk die erste Bundesregierung ihren Sitz hatte. Hierdurch wurde die Zuständigkeit des traditionsreichen OLG Köln für Staatsschutz-Strafsachen begründet.<sup>97</sup> Gleichzeitig enthielten die Absätze 1 bis 4 des Art. 143 GG a. F. materiell-rechtliche Vorschriften zum Tatbestand und zu den

90 Vgl. §§ 6 f. der Verordnung zum Schutze der Republik vom 26. Juni 1922, RGBl. I, S. 521 sowie §§ 12 f. des Gesetzes zum Schutze der Republik vom 21. Juli 1922, RGBl. I, S. 585.

91 W. Wagner, Die gerichtliche Zuständigkeit in Staatsschutz-Strafsachen, in: H. Jescheck/H. Lütter (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin u. a. 1977, S. 628 f.

92 Art. III des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24. April 1934, RGBl. I, S. 341.

93 Verordnung der Reichsregierung über die Bildung von Sondergerichten vom 21. März 1933, RGBl. I, S. 136.

94 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Nr. 1, S. 22.

95 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Nr. 3, S. 55.

96 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl., S. 1.

97 Das OLG Köln wurde von Friedrich Wilhelm III., König von Preußen, bereits durch die Kabinettsorder vom 21. Juni 1819 als der *Rheinische Appellationsgerichtshof zu Köln* gegründet. Es diente als Berufungsgericht für die Gerichte in den preußischen Rheinprovinzen, da dort auch nach ihrer Wiedererlangung von Frankreich im Jahre 1815 das französische Recht weitergegolten hatte. Insofern wurde ein Rechtsmittelgericht gebraucht, welches in der Lage war auch das französische Recht anzuwenden, vgl. die Verordnung über die Auflösung der bisherigen Appellationshöfe für die Rheinprovinzen zu Düsseldorf, Cöln und Trier, und die Errichtung eines Appellationsgerichtshofes an deren Stelle zu Cöln vom 21. Juni 1819, PrGS 1819, 209.

Rechtsfolgen der Staatsschutzdelikte.<sup>98</sup> Dass die Ausübung der Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit durch ein Landesgericht erfolgte, hatte dabei rein praktische Gründe – so existierten 1949 noch keine Bundesgerichte, welche diese Rechtsprechungskompetenz des Bundes hätten ausüben können.<sup>99</sup>

Mit dem Rechtsvereinheitlichungsgesetzes vom 12. September 1950 wurde die Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland in erster und letzter Instanz auf den neu errichteten BGH übertragen.<sup>100</sup> Das Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951 erweiterte zudem die Staatsschutzdelikte, die bis dahin in Art. 143 GG a. F. normiert waren, und nahm sie erneut unmittelbar in das StGB auf.<sup>101</sup> Zugleich bestimmte Art. 7 Abs. 1 des Strafrechtsänderungsgesetzes, dass der nunmehr durch die Regelungen im GVG und StGB obsolet gewordene Art. 143 GG a.F. außer Kraft tritt. Offenbar wurde dabei übersehen, dass Art. 143 GG a.F. nicht nur materielle und formelle Vorschriften zur Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit enthielt, sondern zugleich auch die verfassungsrechtliche Grundlage für eine, von dem Primat der Länderhoheit abweichende, Rechtsprechungskompetenz des Bundes bildete. Deshalb hätte der historische Gesetzgeber Art. 143 GG a. F. nicht einfach vollständig außer Kraft setzen dürfen. Vielmehr hätte er sich darauf beschränken müssen, lediglich die Strafvorschriften in Art. 143 GG a. F. aufzuheben, um im Übrigen zu bestimmen, dass statt des OLG Köln nunmehr der BGH die Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Bundes ausübt.

98 Art. 143 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl., S. 1) lautete:

»Art. 143.

(1) Wer mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes oder eines Landes ändert, den Bundespräsidenten der ihm nach diesem Grundgesetze zustehenden Befugnisse beraubt oder mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung nötigt oder hindert, sie überhaupt oder in einem bestimmten Sinne auszuüben, oder ein zum Bunde oder einem Lande gehöriges Gebiet losreißt, wird mit lebenslangem Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren bestraft.

(2) Wer zu einer Handlung im Sinne des Absatzes 1 öffentlich auffordert oder sie mit einem anderen verabredet oder in anderer Weise vorbereitet, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

(3) In minder schweren Fällen kann in den Fällen des Absatzes 1 auf Zuchthaus nicht unter zwei Jahren, in den Fällen des Absatzes 2 auf Gefängnis nicht unter einem Jahr erkannt werden.

(4) Wer aus freien Stücken seine Tätigkeit aufgibt oder bei Beteiligung mehrerer die verabredete Handlung verhindert, kann nicht nach den Vorschriften der Absätze 1 bis 3 bestraft werden.

(5) Für die Aburteilung ist, sofern die Handlung sich ausschließlich gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes richtet, mangels anderweitiger landesrechtlicher Regelung das für Strafsachen zuständige oberste Gericht des Landes zuständig. Im übrigen ist das Oberlandesgericht zuständig, in dessen Bezirk die erste Bundesregierung ihren Sitz hat.

(6) Die vorstehenden Vorschriften gelten bis zu einer anderweitigen Regelung durch Bundesgesetz.«.

99 So auch der Abgeordnete *Zinn* während der 32. Sitzung des Ausschusses für Organisation des Bundes am 20. Januar 1949, wiedergegeben in: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. XIII, (Fn. 62), Dok. Nr. 48, S. 1145.

100 § 134 Abs. 1 GVG i. d. F. des Art. 1 Nr. 52 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950 (BGBl., S. 455).

101 Art. 1 des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 30. August 1951, BGBl. I, S. 739.

Es zeigt sich also, dass das Grundgesetz ursprünglich sehr wohl eine Vorschrift enthielt, die eine zentralstaatliche Gerichtsbarkeit für Staatsschutz-Strafsachen vorsah. Da der Gesetzgeber 1950 diese zentralstaatliche Gerichtsbarkeit unmittelbar nach seiner Errichtung auf den BGH übertrug, muss davon ausgegangen werden, dass er schon bei der Gerichtsbarkeit gem. Art. 143 GG a. F. von einer Gerichtsbarkeit des Bundes ausging, sodass die ersatzlose Außerkraftsetzung des Art. 143 GG a. F. als eine Fahrlässigkeit des noch jungen verfassungsändernden Gesetzgebers angesehen werden muss, die wohl eine Folge seiner Unerfahrenheit darstellen dürfte.

## D. Ausübung der Gerichtsbarkeit des Bundes durch Gerichte der Länder

### I. Übertragung der Gerichtsbarkeit des Bundes auf Gerichte der Länder

Obwohl die erst- und letztinstanzliche Kompetenz des BGH für Staatsschutz-Strafverfahren mit der Zuständigkeit des Reichsgerichts für Hoch- und Landesverratsachen vergleichbar war, wurde sie schon 1969 wieder abgeschafft. Die Tatsache, dass gegen erstinstanzliche Urteile des Bundesgerichtshofs in Staatsschutz-Strafsachen keine Rechtsmittel verfügbar waren, war nämlich schon von Anfang an als unbefriedigend empfunden worden.<sup>102</sup> So hatte der Bundestag bereits 1951 gefordert, die Staatsschutz-Strafverfahren aus rechtsstaatlichen Gründen um einen zweiten Rechtszug zu erweitern.<sup>103</sup> Wörtlich heißt es in der Entschließung des Bundestags:

*»Rechtsstaatliche Grundsätze erfordern, daß nicht ein und dasselbe Gericht im ersten und letzten Rechtszug entscheidet. Die Bundesregierung wird daher ersucht, spätestens bis zum 30. September 1951 ein Abänderungsgesetz zu diesem Strafrechtsänderungsgesetz einzubringen, um zu gewährleisten, daß*

- 1. an Entscheidungen im ersten Rechtszug in der Regel auch Schöffen oder Geschworene mitwirken,*
- 2. gegen diese Entscheidungen das Rechtsmittel der Revision gegeben wird.«<sup>104</sup>*

Doch noch nahezu zwei Jahrzehnte sollten vergehen, bis die Bundesregierung der Aufforderung des Bundestages nachkam. So führte der verfassungsändernde Gesetzgeber zunächst durch *das Sechszwanzigste Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 96) vom 26.8.1969*<sup>105</sup> Art. 96 Abs. 5 GG in das Grundgesetz ein. Die Vorschrift ermöglichte dem Bund, seine erstinstanzliche Gerichtsbarkeit in den Staatsschutz-Strafsachen, die er bis dahin ausschließlich durch den BGH hatte aus-

102 Vgl. die Entschließung des Bundestages auf S. 6485 f. des Plenarprotokolls der 160. Sitzung in der 1. Wahlperiode des Bundestages am 11. Juli 1951 i. R. d. Verabschiedung des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 30. August 1951; ebenso Franke (Fn. 32), GVG § 120 Rn. 22 m. w. N.

103 Debler, Denkschrift (Fn. 82), S. 5.

104 Plenarprotokoll Nr.: 01/160 vom 11. Juli 1951, S. 6485 f.

105 Sechszwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 96) vom 26.8.1969, BGBl. I, S. 1357.

üben können,<sup>106</sup> durch ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates auf Gerichte der Länder zu übertragen.<sup>107</sup> Dabei bestimmte Art. 96 Abs. 5 GG ausdrücklich, dass die Gerichte der Länder eine »Gerichtbarkeit des Bundes ausüben«. So war sichergestellt, dass die Staatsanwaltschaft des Bundes auch vor den entsprechenden Gerichten der Länder auftreten konnte und dass das Begnadigungsrecht bei dem Bundespräsidenten verblieb, obwohl das Urteil in erster Instanz von einem Landesgericht stammte.<sup>108</sup>

Schon wenige Tage nach dem Inkrafttreten des Art. 96 Abs. 5 GG erließ der Bundesgesetzgeber das *Gesetz zur allgemeinen Einführung eines zweiten Rechtszuges in Staatsschutz-Strafsachen vom 8.9.1969*.<sup>109</sup> Das Gesetz beseitigte die erstinstanzliche Zuständigkeit des BGH in den Staatsschutz-Strafsachen und übertrug diese auf die OLG, in deren Bezirk die jeweilige Landesregierung ihren Sitz hatte. Wie bereits dargelegt, üben diese Staatsschutz-OLG hierbei materielle Bundesgerichtsbarkeit aus, wobei sie von dem Bund im Wege der *Organleihe* als obere Bundesgerichte in Anspruch genommen werden.<sup>110</sup> Dabei stellen die §§ 74a, 142a Abs. 1 GVG auf der Ebene des einfachen Rechts sicher, dass die Ermittlungs- und Anklagezuständigkeiten nicht auf die jeweilige Landesstaatsanwaltschaft übergehen, sondern bei dem GBA verbleiben. Auch das Begnadigungsrecht des Bundes findet seine einfachgesetzliche Regelung in § 452 StPO. Der BGH ist nunmehr auch in Staatsschutz-Strafsachen ausschließlich noch Revisionsinstanz; eine Berufung gegen die erstinstanzlichen Urteile der OLG sieht die StPO nicht vor.<sup>111</sup> Auch auf die Einführung einer Laienbeteiligung in Staatsschutz-Strafverfahren, wie sie der Bundestag noch 1951 gefordert hatte, hatte der Gesetzgeber letztendlich verzichtet.<sup>112</sup>

106 Der Bund konnte bis zur Einführung des Art. 96 Abs. 5 GG seine erstinstanzliche Gerichtsbarkeit ausschließlich durch den BGH ausüben, da Art. 92 GG bestimmte, dass der Bund seine rechtsprechende Gewalt nur »durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte« ausüben kann. Als Strafgerichte des Bundes sieht das Grundgesetz aber neben dem Bundesgerichtshof lediglich die Wehrstrafgerichte vor, deren sachlichen und personalen Zuständigkeiten in Art. 96 Abs. 2 GG jedoch abschließend aufgezählt sind. Solange Art. 95 Abs. 5 GG nicht existierte, war der Bund deshalb gezwungen, seine Staatsschutzgerichtsbarkeit durch den BGH als das einzige ihm sonst zur Verfügung stehende Strafgericht ausüben.

107 Art. 96 Abs. 5 GG; *Jachmann* (Fn. 53), Art. 96 Rn. 55.

108 *Jachmann* (Fn. 53), Art. 96 Rn. 56; vgl. auch *Heusch* (Fn. 46), Art. 96 Rn. 13. Verfassungsrechtliche Konflikte wurden im Falle des Begnadigungsrechts des Bundespräsidenten gem. Art. 96 Abs. 5 GG vor allem deshalb befürchtet, weil eine Begnadigung durch den Bundespräsidenten generell voraussetzt, dass eine Entscheidung vorliegt, die von der ersten bis zur letzten Instanz durch Gerichte oder Behörden des Bundes getroffen wurde, *H. Butzer*, in: Schmidt-Bleibtreu et al. (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 13. Aufl., Köln 2014, Art. 60 Rn. 33.

109 BGBl. I 1969, S. 1582.

110 Vgl. BT-Drs. 5/4254, aber auch §§ 120, 135 GVG sowie *Jachmann* (Fn. 53), Art. 96 Rn. 56.

111 Dabei wäre, jedenfalls dort, wo die OLG eine Bundesgerichtsbarkeit ausüben, die Einführung einer Berufung zum BGH trotz des oben angesprochenen Tatgerichtsprivileges der Länder durchaus denkbar gewesen, da die Tatgerichtsbarkeit in diesen Fällen gerade dem Bund obliegt.

112 Für die Gründe hierfür vgl. *Dehler*, Denkschrift (Fn. 82), S. 3 ff. Zur Laienbeteiligung im Strafverfahren im Allgemeinen, vgl. *Andoor*, Laienbeteiligung (Fn. 6).

## II. Gründe für die Einrichtung der Organleihe von den Ländern

Fraglich ist noch, warum sich der Gesetzgeber ausgerechnet für eine Organleihe-Konstellation entschieden hat. Neben einer Organleihe von den Ländern standen dem Bund nämlich auch andere Möglichkeiten zur Verfügung, um das Staatsschutz-Strafverfahren um einen zweiten Rechtszug zu erweitern. So etwa hätte der verfassungsändernde Gesetzgeber dem Bund die Möglichkeit verschaffen können, neben dem Bundespatentgericht (Art. 96 Abs. 1 GG), den Wehrstrafgerichten (Art. 96 Abs. 2 GG) und den Bundesdienstgerichten (Art. 96 Abs. 4 GG) als weiteres erstinstanzliches Gericht, ein Staatsschutzgericht erster Instanz zu errichten.<sup>113</sup> Auch wäre es möglich gewesen, an der erstinstanzlichen Rechtsprechung durch den BGH festzuhalten, aber gegen seine erstinstanzlichen Urteile in Staatsschutz-Strafsachen Rechtsmittel zu einem anderen Senat oder dem Großen Senat für Strafsachen zuzulassen.<sup>114</sup> Wie der Begründung des *Entwurfes eines Gesetzes zur allgemeinen Einführung eines zweiten Rechtszuges in Staatsschutz-Strafsachen* zu entnehmen ist, war sich der Gesetzgeber dieser Möglichkeiten durchaus bewusst. Dort heißt es wörtlich:

»In Betracht käme sonst nur die Errichtung eines erstinstanzlichen Bundesgerichtes für das Sondergebiet der Staatsschutz-Strafsachen (mit der Möglichkeit der Revision an den Bundesgerichtshof) oder die Schaffung eines Rechtsmittelzuges innerhalb des Bundesgerichtshofes.«<sup>115</sup>

Von der Errichtung besonderer Gerichte für Staatsschutz-Strafsachen wurde jedoch abgesehen, da die Sondergerichtsbarkeit für Staatsschutzsachen durch die Erfahrungen im nationalsozialistischen Deutschen Reich, insbesondere durch die Rechtsprechung des Volksgerichtshofs und der Sondergerichte, eine nachhaltige Diskreditierung erfahren hatte.<sup>116</sup> Auch waren die Länder nicht bereit, dem Bund die Errichtung weiterer, im Grundgesetz bis dahin nicht vorgesehener Gerichte zu gestatten.<sup>117</sup> Von der Möglichkeit der Einführung eines gerichtsweginternen Rechtszuges zu einem anderen Senat des BGH oder dem Großen Senat für Strafsachen wurde dagegen abgesehen, da befürchtet wurde, dass die Wahrnehmung der Tat- und Rechtsmittelgerichtsbarkeit durch ein und dasselbe Gericht bei der Bevölkerung den Eindruck der „Klüngelei“ hinterlassen und so zu einem Vertrauensverlust in die Strafrechtspflege führen

113 Vgl. *Wagner*, Staatsschutz-Strafsachen (Fn. 92), S. 645.

114 Vgl. *Dehler*, Denkschrift (Fn. 82), S. 6. Vgl. zu den Aufgaben den *Großen Senates* § 132 GVG. Theoretisch war zur damaligen Zeit auch ein Rechtsmittel zu dem *Obersten Bundesgericht* denkbar gewesen, dessen Errichtung Art. 92 GG i. d. F. vom 24. Mai 1949 noch bis 1968 im Grundgesetz vorgesehen hatte; dieser Verfassungsauftrag wurde jedoch niemals umgesetzt. Die dem Obersten Bundesgericht ursprünglich zugeordneten Aufgaben werden nunmehr durch den *Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* wahrgenommen, vgl. insofern das RsprEinhG.

115 BT-Drs. 5/4086, S. 6.

116 *Welp*, Die Strafgerichtsbarkeit des Bundes (Fn. 12), S. 3.

117 So auch *Backhaus*, Der gesetzliche Richter im Staatsschutzstrafrecht (Fn. 47), S. 60 und *Welp*, Die Strafgerichtsbarkeit des Bundes (Fn. 12), S. 3.

könnte.<sup>118</sup> Auch wurde befürchtet, dass ein gerichtsinterner Rechtszug dem Ansehen und der Autorität des BGH als dem obersten Gerichtshof schaden könnte, da seine Urteile so nicht mehr in allen Fällen in Rechtskraft erwachsen würden.<sup>119</sup> Bei einem Rechtsmittel zu dem Großen Senat für Strafsachen wurde zudem befürchtet, dass dieser hierdurch überfordert und überlastet werden und dadurch in der Wahrnehmung seiner eigentlichen Aufgaben eingeschränkt werden könnte.<sup>120</sup> Insofern erschien dem Gesetzgeber von 1969 die Einführung einer Organleihe bei den Ländern, auch wenn sie eine neue Ausübungsform zur Wahrnehmung der erstinstanzlichen Rechtsprechungskompetenz des Bundes darstellte, als die vorzugswürdigere Lösung.<sup>121</sup>

### E. Fazit

Die sog. Staatsschutz-OLG nehmen in allen Fällen, in denen die Strafverfolgung dem GBA obliegt, eine Gerichtsbarkeit des Bundes wahr und werden insofern funktionell als obere Bundesgerichte tätig. Ist das OLG dabei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit vorliegen oder sind diese nachträglich weggefallen, liegt nach hier vertretener Ansicht ein vorläufiges Verfahrenshindernis vor. Sofern also die Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit nicht (mehr) vorliegen, ist das Verfahren deshalb gem. § 206a Abs.1 bzw. § 260 Abs. 3 StPO (ggf. in analoger Anwendung) einzustellen, um der (nunmehr) zuständigen Landesstaatsanwaltschaft eine eigene Entscheidung über die Anklageerhebung zu ermöglichen. Nur so ist sichergestellt, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern und das Anklageprinzip hinreichend beachtet werden.

Bisher nicht eindeutig geklärt ist in der Literatur, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage der Bund seine Gerichtsbarkeit in Staatsschutz-Strafsachen wahrnimmt. Zuweilen wird zwar diesbezüglich auf Art. 96 Abs. 5 GG verwiesen, doch tatsächlich setzt jene Vorschrift eine bestehende Gerichtsbarkeit des Bundes voraus und gestattet diesem lediglich, diese Gerichtsbarkeit durch Gerichte der Länder auszuüben. Die wohl h. M. in der Literatur dagegen geht davon aus, dass der Bund aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz für die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG befugt ist, durch einfaches Bundesgesetz zu bestimmen, ob eine bestimmte Rechtsprechungsmaterie den Bundesgerichten oder Landesgerich-

118 Ähnl. wiedergegeben in *Dehler*, Denkschrift (Fn. 82), S. 7.

119 So wiedergegeben in *Dehler*, Denkschrift (Fn. 82), S. 6.

120 So der ehemalige Präsident des BGH *Weinkauff*, *Hermann* nach *Dehler*, Denkschrift (Fn. 82), S. 7. Nach dem heutigen Stand der Dinge kann die letzte Befürchtung wohl als unbegründet angesehen werden. Selbst wenn die Anzahl der Staatsschutz-Strafverfahren erheblich steigen sollte, gilt zu berücksichtigen, dass der Große Senat für Strafsachen nur äußerst selten zusammentritt, sodass Kapazitätsengpässe wohl kaum zu befürchten wären.

121 So die Bundesregierung in ihrer Erwiderung zu der Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 96), vgl. BT-Drs. 5/4085, S. 5.

ten zuzuordnen ist. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass aus der bloßen Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht zugleich auch seine Befugnis folgt, die Aufgaben, die aus diesen Gesetzen erwachsen, selbst wahrzunehmen. Nach hier vertretener Ansicht ist die Wahrnehmung der Staatsschutzgerichtsbarkeit durch den Bund daher auf eine *Rechtsprechungskompetenz kraft Natur der Sache* zurückzuführen. Die Rechtsprechungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Staatsschutz-Strafverfahrens folgt demnach aus der föderalen Notwendigkeit einer Strafverfolgungskompetenz des Zentralstaates, welche von dem Strafverfolgungswillen seiner Gliedstaaten unabhängig sein muss, damit eine effiziente Verfolgung der Delikte, die sich gegen seinen Bestand und seine Werte richten, gewährleistet ist.

Dass diese Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Zentralstaates nunmehr durch OLG ausgeübt wird, ist dem Bestreben geschuldet, auch die Staatsschutz-Strafverfahren um einen zweiten Rechtszug zu ergänzen. Traditionell oblag die Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Zentralstaates in aller Regel einem Zentralgericht, gegen dessen Entscheidungen keine Rechtsmittel zulässig waren. Doch bereits unmittelbar nach der Errichtung der Bundesrepublik wurden Stimmen laut, die auch im Staatsschutz-Strafverfahren die Einführung einer Rechtsmittelinstanz forderten. So wurden 1969 die Voraussetzungen geschaffen, um die erstinstanzliche Staatsschutz-Strafgerichtsbarkeit des Bundes auf Gerichte der Länder zu übertragen, welche die Gerichtsbarkeit des Bundes im Wege der Organleihe ausüben sollten. Seither wird die erstinstanzliche Strafgerichtsbarkeit des Bundes in Staatsschutz-Strafsachen durch die Staatsschutz-OLG der Länder ausgeübt, wohingegen der BGH auch in diesen Fällen nur noch eine Revisionsgerichtsbarkeit wahrnimmt.