

B. Legalitäts- / Opportunitätsprinzip

I. Herkommen des Legalitätsprinzips	64
1. Vorgeschichte	64
2. Die Entwicklung zur Reichsstrafprozeßordnung	67
a) Diskussion	67
b) Formulierung des Legalitätsprinzips	68
3. Die Einfügung des Opportunitätsprinzips	70
4. Entwicklungstendenzen	77
a) Gegenläufige Linien	77
b) Entscheidungskompetenz	77
c) Innere Reichweite der Einstellungsnormen	78
d) Stärkung der Staatsanwaltschaft	79
II. Das Legalitätsprinzip	80
1. Legalitätsprinzip und Akkusation	80
a) Legalität als Prinzip	80
b) Die Legalitäten	82
c) Das kategorische Gesetz	83
d) Legalitätszuständigkeit	85
e) Prinzip und Normgestalt	86
f) Intension der Legalitätspflicht	86
g) Extension der Legalitätspflicht	87
h) Anklagemonopol	93
2. Legalitätsprinzip und Faktizität	95
a) Einschreiten	95
b) Staatsreichweite	95
c) Faktische Einschränkungen	96
aa) Absolute Limitierungen	96
bb) Wahrnehmungsmängel	96
cc) Relative Limitierungen	97
3. Impossibilium nulla obligatio	98
a) Der Satz des Celsus	98
b) Relative Unmöglichkeit	99
c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	100
4. Der Gedanke der Verfolgungsoptimierung	106
5. Legalitätsbindung und Verfolgungstaktik	114
a) Gewichtungen	114
b) Fallübergreifende Gewichtungen	116
c) Externe und interne Gewichtungen	118

6. Prognoseentscheidungen	123
a) Verdachtsgrade	123
b) Hermeneutischer Gesamtakt	125
7. Bestimmungswirkung des Legalitätsprinzips	129
a) Funktion	129
b) Regulative Idee	130
III. Das Opportunitätsprinzip	134
1. Die Opportunitätsvorschriften	134
a) Normbestand	134
b) Wortbedeutung	135
c) Normstruktur	138
aa) Kann-Formulierungen	138
bb) Verknüpfungen	139
cc) Unbestimmtheit	141
dd) Unbestimmbarkeit	142
ee) Unterschiedlicher Sprachgebrauch	143
ff) Geringe Schuld	144
gg) Öffentliches Interesse	150
2. Einschränkungen des Opportunitätsprinzips	168
a) Anlaß- und Entscheidungsmerkmale	168
b) Inhaltsbestimmungen	170
c) Willkürprinzip	174
d) Begründbarkeit	176
3. Verfahrenszeitpunkt der Opportunitätsentscheidung	177
IV. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip als Verhältnis	184
1. Interne Stellung der Abschußentscheidung im Staatshandeln	184
a) Prinzipienschwebung	184
b) Außenseite	184
c) Das Staatsinternum	186
aa) Grund und Grundsatz	186
bb) Ausnahmen	188
d) Latenz und Abschußentscheidung	190
2. Formelle Beziehung der Prinzipien	192
a) Verschränkung	192
b) Regel- / Ausnahmeverhältnis	193
c) Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff	197
aa) Strafrechtstradition	197
bb) Verwaltungsrecht	199
cc) Übertragbarkeit auf das Strafprozeßrecht	202

3. Entscheidungsfreiheit	204
a) Entkriminalisierung	204
b) Entscheidungsbindung	209
aa) Prozessuale Lösung	209
bb) Materiellrechtliche Lösung	214
c) Entscheidungspflicht	218
4. Das Verhältnis von Legalität und Opportunität und die Verfassung	220
a) Abhängigkeit	220
b) Rechtsstaat	220
aa) Rechtsstaatsprinzip und Legalität	220
bb) Justizgewährungspflicht	222
cc) Bestimmtheit des Staatshandelns	226
dd) Bindung an Gesetz und Recht	229
ee) Gewaltenteilungsprinzip	231
ff) Menschenwürde	236
aaa) Prinzip	236
bbb) Reichweite im Strafverfahrensrecht	238
ccc) Unschuldsvermutung	242
gg) Gleichheitsgrundsatz	249
aaa) Funktion	249
bbb) Allgemeinheit	250
ccc) Gleichheit und Opportunität	253
ddd) Vergleichsbasis	257
eee) Begnadigungsrecht	260
fff) Differenzierungsverbote	261
ggg) Keine Gleichheit im Unrecht	262
hhh) Willkürverbot	263
iii) Vertrauensschutz	267
jjj) Gleichbehandlungsanspruch	268
hh) Effizienz	272

C. Fehlerhaftigkeit und Prüfbarkeit der Abschlussscheidung

I. Die fehlerhafte Abschlussscheidung	276
1. Fehlermöglichkeiten	276
2. Verhaltensfehler	277
a) Verhaltensform	277
aa) Das Tun	277
bb) Das Unterlassen	278
b) Verhaltenswirkung	280
c) Einschätzungsfehler	283
3. Fehlergrund	283
4. Fehlerfolgen	284

II. Dienstaufsichtsbeschwerde	289
1. Überprüfungsverfahren innerhalb der Staatsanwaltschaft	289
a) Dienstaufsicht und Hierarchie	289
b) Bindende Vorentscheidungen	291
aa) Grenzen der Entscheidungsfreiheit	291
bb) § 170 II StPO	291
cc) § 153a StPO	293
dd) § 156 StPO	294
ee) § 175 StPO	296
ff) §§ 211, 174 II StPO	297
gg) §§ 153 ff. StPO	298
c) Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung	299
d) Grenzen des Weisungsrechts	306
aa) Grundsätze	306
bb) Begrenzung des Weisungsrechts	308
2. Dienstaufsichtsbeschwerde an den Justizminister	315
a) Gesetzeslage	315
b) Form und Umfang des ministeriellen Weisungsrechts	317
c) Praxis des Weisungsrechts	319
d) Weisungsrecht und Unabhängigkeit des Staatsanwalts	320
3. Dienstaufsicht und Klageerzwingungsverfahren	325
III. Gerichtliche Prüfungsverfahren	329
1. Klageerzwingungsverfahren	329
a) Regelungszweck	329
b) Klageberechtigung	331
aa) Der Verletzte	331
bb) Der Beschuldigte	334
c) Kompromißcharakter	334
aa) Der Antragsberechtigte	334
bb) Verletzungsdelikte	335
cc) Verfahrensstand	336
dd) Reichweite der Prüfungskompetenz	337
ee) Nachermittlungspflicht	341
d) Klageerzwingungsverfahren und Opportunität	345
aa) Gesetzeslage	345
bb) Ausklammerung der Opportunität	345
cc) Wortlaut	347
e) Formelle Normvoraussetzungen	351
2. Gerichtliche Zustimmungserfordernisse	354
a) Richterliche Mitwirkungen	354
b) Prüfbarkeit der Richterentscheidung	357

3. Das gerichtliche Zwischenverfahren	362
4. §§ 23 ff. EGGVG	365
a) Prozeß-materielle und prozeß-formelle Lage	365
b) Unmöglichkeit, die Anklage betreffend	366
c) Möglichkeit, die Einstellung betreffend	369
aa) Einstellung nach § 170 II StPO	369
bb) Einstellungen nach §§ 153 ff. StPO	369
5. Art. 19 IV GG	370
a) Rechtsweggarantie	370
b) Grundrechtsvoraussetzungen	371
c) Rechtsverletzung	372
6. Besonderheiten bei § 153a StPO	380
a) Außenwirkung	380
b) Anfechtbarkeit	382
c) Anfechtbarkeit durch den Verletzten	383
 D. Charakteristik der Staatsanwaltschaft in der Abschußentscheidung	
I. Zum Begriff der Staatsanwaltschaft	386
1. Der normative Befund	386
2. Staatsanwaltschaft und Gericht	387
a) Begriffliche Argumentation	387
b) Einzelne Kennzeichen	389
3. Staatsanwaltschaft und Verwaltung	397
II. Inquisitionsmaxime und Inquisitionsprozeß	401
1. Die formelle Einheit des Inquisitionsverfahrens	401
2. Inquisitionsmaxime	404
3. Objektivität und Staatssubjektivität	405
a) Materielle Inquisition	405
b) Strafrechtsverhältnis	408
c) Strafprozeßrechtsverhältnis	410
4. Parteigrundsatz	415
a) Parteibegriff	415
b) Parteibegriff und Vorverfahren	418
c) Dogmatische Strukturprinzipien	420
aa) Waffengleichheit	420
bb) Übergreifende Strafprozeßtheorien	423
Literaturverzeichnis	427
Stichwortverzeichnis	440

A. Formelle Charakteristik der Abschlußentscheidung

I. Gegenwärtige Regelung

1. Abschlußentscheidung und Vorverfahren

Die Abschlußentscheidung¹ der Staatsanwaltschaft beendet das Vorverfahren; das Vorverfahren ist das zur Vorbereitung der Abschlußentscheidung nötige Erkenntnisverfahren. Beide stehen prinzipiell in der Kompetenz der Staatsanwaltschaft².

Daß das Vorverfahren aufhören soll, ist der einzige durchgängige Inhalt sämtlicher Abschlußentscheidungen; im übrigen sind Form und Gehalt verschieden, je nachdem, ob das Gesamtverfahren ebenfalls als Hauptverfahren oder im Konventionalverfahren des § 153a StPO fortgesetzt oder beendet werden soll.

2. Abschlußentscheidung und Ermittlungsverfahren

Während sich die Bezeichnung "Vorverfahren" auf die bloß äußerliche Vorläufigkeit zu Späterem bezieht, zur Abschlußentscheidung oder zum weiteren Verfahren, bezeichnet "Ermittlungsverfahren" den Verfahrensinhalt. Oft in eins gesetzt³, sind beide Bezeichnungen auseinanderzuhalten: Versteht man "Ermittlungsverfahren" als Sachverhaltserforschung auf Grund eines Tatverdachts (§ 160 I StPO), ist das gesamte Strafverfahren bis zum rechtskräftigen Urteil Ermittlungsverfahren. Das Vorverfahren ist staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren vor dem gerichtlichen. Von Wichtigkeit für die Grundstruktur

¹ Üblicherweise werden die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft "Verfügungen" genannt: *Schlüchter*, S. 397. Davon wird hier abgesehen. Der Name "Verfügung" wird im Strafprozeßrecht undifferenziert verwandt (vgl. § 304 I StPO); das Unterscheidungsmerkmal zum Oberbegriff "Entscheidung" fehlt.

² Im Sinn des Gesetzes wird im Nachstehenden das *polizeiliche* Verfahren als Teil und Unterfall des staatsanwaltlichen behandelt (§§ 163 II StPO, 152 GVG).

³ *Roxin*, S. 241; *Schlüchter*, S. 375; *Fezer I*, S. 1 f.

des gegenwärtigen Strafverfahrens ist die Gleichheit im Gegenstand für Gericht und Staatsanwaltschaft. Das gerichtliche repetiert das staatsanwaltliche und umgekehrt nimmt dieses jenes vorweg. Der Unterschied liegt über die zeitliche und inhaltliche Reihenfolge hinaus nur im Förmlichen, erstens in der vorausgesetzten Stellung des Erkenntnissubjekts (Richter/Staatsanwalt), zweitens in der Förmlichkeit der Erkenntnisgewinnung (Hauptverhandlung).

3. Inhaltsbestimmungen

Die Abschußentscheidung kann drei Inhalte haben: Entweder wird das Gesamtverfahren fortgeführt (1) oder es wird beendet (2) oder es wird der Mittelweg des § 153a StPO eingeschlagen (3)⁴.

zu (1):

Soll das Gesamtverfahren *fortgeführt* werden, wird die Anklage beschlossen und durchgeführt. Das geschieht durch Einreichung der Klageschrift (§§ 199 II, 200 StPO), formell vereinfacht im beschleunigten Verfahren nach § 212 StPO, oder durch Antrag auf Erlass eines Strafbefehls (§§ 407, 408 I StPO), der seit 1987⁵ sogar nach Eröffnung des Hauptverfahrens, der Anklage nachfolgend, statthaft ist (§ 408a I StPO)⁶.

Die Anklagekompetenz ergibt sich aus § 152 I StPO im Zusammenwirken mit dem Officialprinzip⁷, wogegen das Akkusationsprinzip ausschließlich Bedeutung für das Gericht hat und zwar nur negative: ohne Anklage kein Gerichtsverfahren. Das Privatklageverfahren (§§ 374 f. StPO) ist für die Abschußentscheidung der Staatsanwaltschaft gerade ohne Bedeutung⁸.

zu (2):

Wird das Verfahren *beendet*, wird es entweder wegen fehlender Verurteilungswahrscheinlichkeit (§ 170 II StPO) oder aus anderen Gründen (§§ 153 -

⁴ Auf die Teileinstellungen, die zwischen a) und b) liegen, wird nicht eingegangen (§§ 154, 154a StPO).

⁵ G. v. 27. 1. 1987; BGBl I, S. 475.

⁶ LR-Meyer-Goßner (23.), Vor § 515, 7.

Auf die Initiierung von Sonderverfahren (Sicherungs-, Unterbringungs- selbständiges Einziehungsverfahren wird im folgenden Text nicht weiter eingegangen, auf das Jugendgerichts- und das Ordnungswidrigkeitenverfahren nur beispielhaft.

⁷ Bennecke/Beling, S. 215.

154e StPO) eingestellt oder der Berechtigte wird auf den Privatklageweg verwiesen⁹. Für den letzteren Fall gibt das Gesetz keine besondere Form; denn die sogenannte Verweisung beschließt nicht übers eigene Vorverfahren der Staatsanwaltschaft. War das Officialverfahren schon eingeleitet, wird es nach der Aufforderung an den Privaten analog § 170 II StPO eingestellt.

zu (3):

Zwischen Fortführung und Beendigung des Verfahrens steht § 153a StPO, dessen Anwendung das Vorverfahren insoweit beendet, als (noch) nicht angeklagt wird und es doch weiterführt, insoweit nicht sofort eingestellt wird¹⁰.

4. Entscheidungsverhältnisse

a) *Komplexität*. Das Urteil des Gerichts ist formell festgelegt und zwar unabhängig davon, ob verurteilt oder freigesprochen wird (§§ 260, 267 StPO). Eine solche Bestimmtheit fehlt der staatsanwaltlichen Entscheidung. Die geringere Förmlichkeit des Vorverfahrens ist nur einer der Gründe. Wie noch zu zeigen sein wird, ergeht die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts unter Umständen in verschiedenen Verfahrensstadien, teilweise nur vorläufig und häufig komplex.

Zeitlich können einzelne Opportunitätsentscheidungen¹¹ der Legalitätsalternative (§ 170 StPO) so vorausgehen, daß das Verfahren zu deren Feststellung noch nicht reif ist.

Sachlich ist die Abschlußentscheidung nicht unter das Schema rechtmäßig (+) / rechtswidrig (-) zu bringen. Sie überschreitet dieses insofern, als dann, wenn die Anklage rechters ist (+), auch die Opportunitätsentscheidung rechters sein kann (+), nur die Einstellung nach § 170 II StPO nicht (-). Ist dagegen die Einstellung nach § 170 II StPO rechters (+), wäre die Anklage rechtswidrig (-); die Opportunitätsentscheidung ist in diesem Fall nicht eindeutig zuordnungsfähig. Infolge des hypothetischen Zustands ihrer Voraussetzungen ist sie

⁸ Von § 172 II S. 3 StPO abgesehen, der einen zusätzlichen Ablehnungsgrund gibt.

⁹ Umkehrschluß aus §§ 376, 377 I StPO.

¹⁰ Zu bedenken ist ferner die Abschlußentscheidung sozusagen im Modus der Defizienz, wenn der Staatsanwalt das Vorverfahren bewußt oder unbewußt ohne Entscheidung beläßt. Die Verfahrensverschleppung gehört jedoch gerade nicht zur Abschlußentscheidung und kann hier ferngehalten werden.

¹¹ Ausnahmen u.U. nach §§ 154, 154a StPO.