

Schriften zum Strafrecht

Band 35

**Der Staatsanwalt
Ein Richter vor dem Richter?**

Untersuchungen zum § 153 a StPO

Von

Erhard Kausch



Duncker & Humblot · Berlin

ERHARD KAUSCH

Der Staatsanwalt - Ein Richter vor dem Richter ?

Schriften zum Strafrecht

Band 35

**Der Staatsanwalt
Ein Richter vor dem Richter?**

Untersuchungen zu § 153 a StPO

Von

Erhard Kausch



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04709 5

Dem Andenken meines Vaters

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist im Dezember 1978 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen worden. Später erschienene Literatur ist bis März 1980 eingearbeitet, der Text selbst nur an wenigen Stellen geändert bzw. ergänzt worden.

Herzlich danken möchte ich Herrn Prof. Dr. *Udo Ebert* für die Betreuung der Arbeit, für seine ständige Gesprächsbereitschaft, für vielfältige Anregungen und für seine immer produktive Kritik, die mir in mancher Sackgasse weiterhalfen, aber auch für die von ihm erfahrene Ermutigung. Mein herzlicher Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. *Otto Backes* für die vielen anregenden und sowohl durch Kritik wie Bestätigung weiterführenden Gespräche während des Entstehens der Arbeit.

Werther, im Juli 1980

Erhard Kausch

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
§ 1. § 153 a als Antwort auf das Problem der Bagatelldelinquenz. Abgrenzung des Themas	15
1. Der kriminalpolitische Hintergrund: die Bewältigung der Bagatelldelinquenz	18
a) Der Begriff des Bagatelldelikts	18
b) Bagatelldelinquenz als Massendelinquenz	19
c) Der grundsätzliche Lösungsansatz: Entkriminalisierung	23
2. Das Ungenügen des bis zum 31. 12. 1974 geltenden Rechts	26
3. Die Konzeption des EGStGB	27
4. Zur Vorgeschichte des § 153 a. Die Einstellung aufgrund von Leistungen des Beschuldigten ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage	31
a) Modalitäten und Verbreitung der Einstellung aufgrund von Leistungen des Beschuldigten	31
b) Die Argumente für und gegen die Zulässigkeit dieser Einstellungspraxis	36
5. Die Einwände gegen § 153 a. Abgrenzung des Themas	39
a) Zum Stand der Diskussion	39
b) Überblick über den Gang der Untersuchung	41
1. Teil	
Sanktionsverhängung und Richtervorbehalt	43
§ 2. § 153 a — nur ein Anwendungsfall des Opportunitätsprinzips?	45
1. Die rechtliche Einordnung des § 153 a in den Regierungsentwürfen und in der Literatur	45
a) Entwürfe	45
b) Literatur	48
2. Der Sanktionscharakter der Rechtsfolgen nach § 153 a	50
a) Die Auffassung, § 153 a enthalte keine Sanktionsfolgen	51
b) Der Zweck der Bewährungsaufgaben	53
c) Der Zweck der Rechtsfolgen des § 153 a	54
d) Die „Freiwilligkeit“ der Bewährungsaufgaben und der Auflagen nach § 153 a	56
3. Opportunitätsprinzip und Sanktionsverhängung	58

a) Keine Verbindung von Einstellung und Sanktion nach bisherigem Recht	59
b) Die aus dem Opportunitätsprinzip ableitbaren Befugnisse	61
c) § 153 a — keine rein prozessuale Lösung der Bagatelldelinquenz	63
4. Zusammenfassung und Folgerungen	65
§ 3. Richterliche Zustimmung als Rechtsprechung?	66
§ 4. Der Begriff der Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG	70
1. Dispositionsbefugnis des Gesetzgebers über den Aufgabenbereich der Rechtsprechung	70
2. Der materielle Inhalt des Rechtsprechungsbegriffs: Definitionsversuche	74
a) Die Stellung der rechtsprechenden Organe und die Modalitäten ihrer Entscheidungsfindung	77
b) Die Aufgaben der Rechtsprechung	78
c) Ergänzungen zu dieser Definition	79
d) Die Rechtskraft der rechtsprechenden Entscheidungen	80
e) Gemeinsame Mängel der Definitionen	81
§ 5. Der Umfang der Strafgerichtsbarkeit	84
1. Der problemgeschichtliche Hintergrund	84
2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	93
a) Die Lehre von einem qualitativen Unterschied zwischen dem Unrecht der Kriminaldelikte und dem der Ordnungswidrigkeiten	94
b) Die Schwere des Eingriffs als Kriterium	96
c) Die Anwendung dieses Maßstabes auf § 153 a	100

2. Teil

Die Konkretisierung der Strafgesetze als richterliche Aufgabe 104

§ 6. Der Anwendungsbereich des § 153 a	104
1. Geringe Schuld	104
2. Öffentliches Interesse	109
3. Die Anwendung des § 153 a in der Praxis	115
a) Der Anteil der Einstellungen nach § 153 a an den erledigten Strafverfahren	115
b) Die erfaßten Delikte	123
c) Die voraussichtliche Entwicklung	127
§ 7. Strafzumessung als Normkonkretisierung	133
1. Die Bedeutung der richterlichen Strafzumessung	135
a) Bildung von allgemeinen Regeln und Fallgruppen	135

b) Der Einfluß der Strafzumessung auf die Strafbarkeitsvoraussetzungen	137
2. § 153 a — Inhaltsbestimmung der Vergehenstatbestände durch Strafzumessung des Staatsanwalts	139
§ 8. Das Verhältnis von Richter und Gesetz	142
1. Die Ergebnisse der Methodendiskussion	143
2. Der Rückzug des Gesetzgebers	144
3. Verfassungsrechtliche Probleme aus der veränderten Stellung der Rechtsprechung	148
§ 9. Unbestimmte Normen im Strafrecht und der Bestimmtheitsgrundsatz	149
1. Weite Strafrahmen als Folge unbestimmter Strafbarkeitsvoraussetzungen	149
2. § 153 a — eine neue Qualität von Unbestimmtheit	152
3. Zur Realisierbarkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes	153
a) Methodische Schwierigkeiten	154
b) Schwierigkeiten aus der Regelungsmaterie	155
c) Unveränderte rechtsstaatliche Aktualität des Bestimmtheitsgrundsatzes	156
4. Prüfung von § 153 a an Art. 103 Abs. 2 GG	157
a) Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Deliktsfolgen ..	159
b) Geringere Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsfolgen, die den Täter begünstigen?	162
§ 10. Anforderungen, die sich aus dem Bestimmtheitsgebot und dem Gewaltenteilungsprinzip an das Verfahren der Normkonkretisierung im Strafrecht ergeben	165
1. Verfahren und Bestimmtheit	167
a) Rechtssicherheit	167
b) Gewährleistung gleichmäßiger Rechtsanwendung	174
c) Schutz vor Willkür	175
d) Schutz der Freiheit des Bürgers durch den „fragmentarischen Charakter“ des Strafrechts	178
2. Verfahren und Gewaltenteilung	179
a) Freiheitssicherung durch Machthemmung	180
b) Gewähr sachgerechter Aufgabenbewältigung	181
3. Ergebnis	184
4. Einwände und Konsequenzen	185
a) Sinnverkehrung des Bestimmtheitsgebotes?	185
b) Idealisierung der Rechtsprechung?	192
§ 11. Strafgesetzgebung durch Richtlinien	193
1. Die Verbreitung von Richtlinien	194
2. Der Regelungsgegenstand der Richtlinien	197
a) Ausgeschlossene Vergehenstatbestände	197

b) Ladendiebstahl	199
c) Schadensobergrenze für Vermögensdelikte	200
d) „Geringer Schaden“	200
e) Verkehrsdelikte	200
f) Ersttäter	201
g) Beweisschwierigkeiten	202
h) Rechtsfolgen	202
3. Zur Bewertung der Richtlinien	203
a) Die Inhalte der Richtlinien als Elemente einer materiellrechtlichen Lösung	203
b) Richtlinien als Experimentierfeld für Gesetzgebung?	205
c) Die Aktualität der Rechtsprechung des BGH zur Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung	206
d) Kriminalpolitik durch Richtlinienerlaß	207
e) Zusammenfassung	211
4. Gesetzliche Richtlinien als Ausweg?	212
§ 12. Art. 92 GG als Garant für eine konsistente Strafrechtsanwendung	215
§ 13. Die Einstellung nach § 170 Abs. 2 und nach § 153 — ebenfalls ein Akt der Rechtsprechung?	219
1. § 170 Abs. 2	219
2. § 153	222

3. Teil

Anklageprozeß und Sanktionsbefugnis der Staatsanwaltschaft 225

§ 14. Gestörte Aufgabenteilung zwischen Richter und Staatsanwalt durch eigene Sanktionsbefugnisse der Staatsanwaltschaft	225
1. Richterliche Aufgaben der Staatsanwaltschaft?	225
2. Die Funktion der Staatsanwaltschaft im Anklageprozeß	227
3. Partielle Wiederaufhebung der Trennung von Anklage- und Urteilsfunktion durch § 153 a	235
§ 15. Das Beispiel Japan	236

Schl u ß 240

§ 16. Zusammenfassung und rechtspolitischer Ausblick	240
1. Ergebnisse	240
2. Vorschläge zur Reform	242

Literaturverzeichnis	250
-----------------------------------	-----

Abkürzungen

AE, AT	Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil
AE-BJG	Alternativentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz
AE-GLD	Alternativentwurf, Entwurf eines Gesetzes gegen Landendiebstahl
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AV	Allgemeinverfügung bzw. Allgemeine Verfügung
BB	Der Betriebsberater
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
DAR	Deutsches Autorecht
DE-Rechtsmittelgesetz	Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Festschr.	Festschrift
FR	Frankfurter Rundschau
GA	Golddammers Archiv
GS	Der Gerichtssaal
JW	Juristische Wochenschrift
KJ	Kritische Justiz
KrimJ	Kriminologisches Journal
LehrK	Lehrkommentar
LK	Leipziger Kommentar
Losebl.	Loseblattausgabe
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
PR	Parlamentarischer Rat

Prot.	Protokolle
RdA	Recht der Arbeit
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RiStV	Richtlinien für das Strafverfahren
SA Strafrecht	Sonderausschuß für die Strafrechtsreform
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StVO	Entwurf einer Strafverfahrensordnung und einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung 1939
StVRG	Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Wahlp.	Wahlperiode
ZHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZJBl. Brit. Z.	Zentral-Justizblatt für die Britische Zone
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

§ 1. § 153 a als Antwort auf das Problem der Bagatellkriminalität. Abgrenzung des Themas

Der seit dem 1. 1. 1975 geltende § 153 a n. F.^{1, 2} fügt dem Instrumentarium, das den Organen der Strafrechtspflege als Reaktion auf Zuwiderhandlungen gegen strafrechtliche Normen zur Verfügung steht, ein neues Mittel hinzu. Bisher bestand, wenigstens dem Wortlaut des Gesetzes nach, bei Bagatellstraftaten generell³ nur die Alternative, entweder das Verfahren wegen Geringfügigkeit nach § 153 a. F. einzustellen, den Täter also gänzlich unbehelligt zu lassen oder sogleich mit dem vollen Gewicht des staatlichen Strafens, d. h. mit der Verurteilung zu einer Kriminalstrafe, zu reagieren.

Das neue Recht gestattet nunmehr einzustellen, ohne damit ganz auf eine Sanktion zu verzichten. Gemäß § 153 a n. F. kann nämlich bei geringer Schuld die Einstellung des Verfahrens wegen eines Vergehens mit bestimmten Auflagen und Weisungen verbunden werden, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. § 153 a bestimmt im einzelnen:

(1) Mit Zustimmung des für die Eröffnungen des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten auferlegen,

1. zur Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens eine bestimmte Leistung zu erbringen,
2. einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen,
3. sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen oder
4. Unterhaltungspflichten in einer bestimmten Höhe nachzukommen, wenn diese Auflagen und Weisungen geeignet sind, bei geringer Schuld das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. Zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen setzt die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten eine Frist, die in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 bis 3 höchstens 6 Monate, in den Fällen des Satzes 1 Nr. 4 höchstens 1 Jahr beträgt. Die Staatsanwaltschaft kann Auflagen und Weisungen nachträglich aufheben und die Frist einmal für die Dauer von 3 Monaten verlängern; mit Zustimmung des Beschuldigten kann sie auch Auflagen und Weisungen nachträglich auferlegen und ändern. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen, so kann die Tat nicht mehr als Vergehen verfolgt werden. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen nicht, so werden Leistungen, die er zu ihrer Erfüllung erbracht hat, nicht erstattet. § 153 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können, vorläufig einstellen und zugleich dem Angeschuldigten die in Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Auflagen und Weisungen erteilen. Abs. 1 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend. Die Entscheidung nach Satz 1 ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht anfechtbar.

(3) Während des Laufes der für die Erfüllung der Auflagen und Weisungen gesetzten Frist ruht die Verjährung.

Nach der amtlichen Begründung verfolgt die Neuregelung hauptsächlich zwei Ziele: Sie soll im gesamten Bereich der kleineren Kriminalität dadurch, daß ein Strafverfahren ohne Hauptverhandlung und Schuldspruch erledigt werden kann, zu einer „Strafung und Beschleunigung des Verfahrens“ und damit zu einer Entlastung der Strafverfolgungsorgane führen und diesen die Konzentration auf die mittlere und schwere Kriminalität ermöglichen⁴.

Neben diesen mehr an Kapazitätsproblemen der Justiz orientierten Zweck tritt ein weiterer, der sich aus den Veränderungen des materiellen Rechts ergibt. Durch den Wegfall der Übertretungen als Deliktskategorie sind eine Reihe von Bagatelldelikten, insbesondere der vormalige Mundraub nach § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB, zu Vergehen aufgewertet worden. Außerdem sind die Privilegierungstatbestände im Bereich der Vermögensdelikte entfallen. Das bedeutet aber nicht, daß der Gesetzgeber die Strafwürdigkeit dieser Delikte jetzt höher einschätzt. Vielmehr soll durch die Anwendung des § 153 a auf diese Fälle ein Ausgleich geschaffen werden⁵.

Im übrigen soll die Vorschrift überall dort Anwendung finden, wo „eine Einstellung nach § 153 nur deshalb nicht in Betracht kommt, weil es nicht verantwortet werden kann, den Täter ohne jede Sanktion von einer Bestrafung freizustellen“⁶.

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

² In die StPO eingefügt durch Art. 21 Nr. 44 des EGStGB 1974 vom 2. März 1974, BGBl. I, 469 (508).

³ Bei einigen Vorschriften war (und ist) ein Absehen von Strafe möglich, dessen Rechtfertigung sich aus dem Bagatelldeliktcharakter der Tat ergibt, so etwa bei den §§ 139 Abs. 1, 157 Abs. 1, 175 Abs. 2 StGB. Öfter noch spielt beim Absehen von Strafe allerdings der Rücktritt vom Versuch und der Gedanke der tätigen Reue eine Rolle. Zum Ganzen vgl. *Jescheck*, AT, S. 690. Zum Verhältnis von Absehen von Strafe und Geringfügigkeit, insbesondere zum Absehen von Strafe als Mittel der Tatbestandskorrektur und zur geschichtlichen Entwicklung dieses Prinzips vgl. *Krümpelmann*, Bagatelldelikte, S. 194 ff.

⁴ Entwurf EGStGB BT-Drucks. VI/3250, S. 283; 7/550, S. 287 f.; Entwurf 1. StVRG BT-Drucks. VI/3478, S. 43, 73; BT-Drucks. 7/551, S. 44, 69.

⁵ BT-Drucks. VI/3250, S. 236; 7/550, S. 189, 247; 7/551, S. 189 f., 247.

⁶ BT-Drucks. 7/550, S. 298.

§ 153 a ist also die Antwort des Gesetzgebers auf die Probleme, vor die sich die Strafverfolgungsorgane durch das massenhafte Auftreten von Bagatellkriminalität gestellt sehen. Der dazu gewählte Weg über das Prozeßrecht hat tief in das Gefüge der Strafprozeßordnung eingegriffen und unter der Hand einen neuen Verfahrenstyp geschaffen, in dem die Regeln für das Normalverfahren entweder überhaupt nicht mehr gelten oder abgewandelt sind⁷. Nach *Hanacks* — kritischer — Einschätzung hat es wahrscheinlich in den letzten 100 Jahren keine Neuregelung „von einer ähnlich grundsätzlichen Bedeutung für unser Strafverfahren gegeben“⁸. Diese Äußerung geschah vor den spektakulären Eingriffen, die sich formelles und materielles Strafrecht im Zuge der Terrorismusgesetzgebung haben gefallen lassen müssen. Obwohl diese Gesetzgebung in ihrer Gesamtheit durchaus Anlaß zu ähnlichen Feststellungen geben kann, wird die nachfolgende Arbeit zu zeigen versuchen, daß *Hanacks* Einschätzung des § 153 a auch heute noch ihre Berechtigung hat.

Die neue Vorschrift hat bereits vor ihrem Inkrafttreten im Schrifttum eine vielfältige und heftige Kritik erfahren, die seither nicht mehr verstummt ist. Diese richtete sich hauptsächlich gegen eine Ausweitung des Opportunitätsprinzips und gegen die Unzuträglichkeiten und Mißbrauchsmöglichkeiten, die pointiert durch das Schlagwort vom „Freikauf von Strafe“ zusammengefaßt werden. Vergleichsweise wenig Beachtung hat dagegen die Frage gefunden, inwieweit dem Staatsanwalt durch die Sanktionsmöglichkeiten, die ihm § 153 a eröffnet, und durch das damit verbundene Ermessen Aufgaben übertragen werden, die nur der Richter im Verfahren der Rechtsprechung wahrnehmen darf, ob also durch § 153 a Art. 92 GG und andere Verfassungsvorschriften verletzt werden. Das Hauptaugenmerk der folgenden Untersuchung wird daher darauf gerichtet sein, welche strukturellen Veränderungen des Strafverfahrens und des Verhältnisses von Richter und Staatsanwalt einerseits und von Rechtsprechung und Gesetzgebung andererseits die neue Vorschrift zur Folge hat.

Diese Fragen lassen sich jedoch nicht isoliert von ihrem kriminalpolitischen Hintergrund erörtern. Will man ein zutreffendes Bild von der Bedeutung des § 153 a gewinnen, so genügt es nicht, sich um seine dogmatische Einordnung in das System des Straf- und Strafprozeßrechts zu bemühen, sondern man muß die Vorschrift auch verstehen als den Versuch zur Lösung eines sozialen Problems, hier also des Problems der Bagatellkriminalität. Jede strafrechtliche Problemlösung hat dabei zwei Kriterien gerecht zu werden: Sie soll effektiv sein und

⁷ *Naucke*, Gutachten, D 28 f.; vgl. auch *Meyer-Göfner*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, § 153 a Rdnr. 1.

⁸ *Hanack*, Festschr. Gallas, S. 347.