

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 116

Legalität und Opportunität

**Gegensätzliche Prinzipien
der Anwendung von Strafrechtsnormen
im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher
und rechtspolitischer Überlegungen**

Von

Volker Erb



Duncker & Humblot · Berlin

VOLKER ERB

Legalität und Opportunität

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 116

Legalität und Opportunität

Gegensätzliche Prinzipien
der Anwendung von Strafrechtsnormen
im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher
und rechtspolitischer Überlegungen

Von

Volker Erb



Duncker & Humblot · Berlin

In die Reihe aufgenommen als Habilitationsschrift.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Erb, Volker:

**Legalität und Opportunität : gegensätzliche Prinzipien der
Anwendung von Strafrechtsnormen im Spiegel rechtstheoretischer,
rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen / von Volker**

**Erb. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999
(Strafrechtliche Abhandlungen ; Bd. 116)**

Zagl.: Mainz, Univ., Habil.-Schr., 1998

ISBN 3-428-09517-0

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-09517-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinem akademischen Lehrer

Justus Krümpelmann

Vorwort

Die Arbeit lag dem Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz im Wintersemester 1997/98 als Habilitationsschrift vor. Zu besonderem Dank verpflichtet bin ich meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Justus Krümpelmann, der meinen wissenschaftlichen Werdegang in großzügiger Weise förderte und mir stets mit Rat und Tat zur Seite stand. Ihm ist dieses Buch gewidmet. Herzlich danken möchte ich auch den Herren Professoren Dr. Ernst-Walter Hanack und Dr. Walter Perron für die wichtigen persönlichen und fachlichen Anregungen, die ich im Gespräch mit ihnen erfahren habe. Dank schulde ich ferner meinen Mainzer Assistentenkollegen, vor allem Frau Dr. Christa Bettendorf und Herrn Dr. Michael Ling, für die kollegiale Zusammenarbeit und eine Vielzahl fruchtbarer Diskussionen. Für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der „Strafrechtlichen Abhandlungen“ bin ich Herrn Professor Dr. Friedrich-Christian Schroeder und dem Verlag Duncker & Humblot verpflichtet.

Mainz, im August 1998

Volker Erb

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
I. Einführende Skizze der Kontroverse um Legalitäts- und Opportunitätsprinzip	21
1. Die Grundpositionen	21
2. Entwicklungstendenzen	22
II. Das ungeklärte Begriffsverständnis	23
III. Zur Konzeption der Untersuchung	25
1. Das Grundproblem von „Freiheit und Bindung des Rechtsanwenders“ als Ausgangspunkt der Betrachtung	25
2. Die Erstreckung der Begriffe auf den Tätigkeitsbereich sämtlicher Organe der Strafrechtspflege	26
3. Aufbau, Zielsetzung und Methodik vorliegender Abhandlung	27
<i>1. Kapitel: Legalität und Opportunität als unterschiedliche Kategorien der Rechtsanwendung</i>	29
I. Der Grad der Gesetzesbindung als Maß der Legalität?	29
1. Absolute Gesetzesbindung - striktes Legalitätsprinzip?	30
a) Die prinzipielle Unmöglichkeit absoluter Gesetzesbindung	31
b) Zusätzliche Auflockerungen der Gesetzesbindung durch die Realitäten des Strafverfahrens	31
c) Konsequenzen	34
2. Opportunität als „Prinzip“?	34
a) Allgemeine Bedenken	34
b) Das Opportunitätsprinzip nach Bohnert	35
c) Kritik	37
3. Legalität und Opportunität als rein quantitative Begriffe?	40
II. Ermessen als Kennzeichen des Opportunitätsprinzips	41
1. Der Ermessensbegriff im herkömmlichen Sinn	42
a) Die Entwicklung des Ermessensbegriffs im Verwaltungsrecht	42
aa) Der Ermessensbegriff im 19. Jahrhundert	42
bb) Zwischenzeitlicher Wandel der Grundlagen	43
cc) Die Kritik am „Rechtsfolgeermessen“	44

b)	Konsequenzen einer Übernahme des verwaltungsrechtlichen Ermessensbegriffs im Strafrecht	45
c)	Stellungnahme	47
aa)	Keine rechtsfreien Entscheidungsspielräume	47
bb)	Rechtsanwendung mit stark subjektiver Prägung der Entscheidungen	49
cc)	Kein Gegensatz zwischen rechtlicher Bindung und zweckorientiertem Handeln	50
d)	Abschied vom Ermessensbegriff?	51
aa)	Zwischenergebnis	51
bb)	Eine besondere Art von Rechtsanwendung?	51
2.	Versuch einer Neubestimmung des Ermessensbegriffs	52
a)	Ordnungsbegriffe und Klassenbegriffe	53
aa)	Allgemeines	53
bb)	Klassen- und Ordnungsbegriffe im Recht	54
cc)	Ordnungsbegriffe als Quelle erhöhter Unsicherheit	55
dd)	Unsicherheiten in der Handhabung von Ordnungsbegriffen als zentrales Kennzeichen des Ermessens?	57
b)	Der unbestimmte Rechtsbegriff als Anknüpfungspunkt abstrakter dogmatischer Überlegungen	58
c)	Das Fehlen entsprechender Strukturen bei Ermessensermächtigungen	60
d)	Atypische Konstellationen auch bei einer geringen Zahl abzuwägender Kriterien	62
3.	Das Verhältnis des hier vorgeschlagenen Ermessensverständnisses gegenüber der traditionellen Sichtweise	63
a)	Identität der angesprochenen Phänomene	63
b)	Keine Beliebigkeit der Ergebnisse	63
c)	Ansatzpunkte zur Stärkung der objektiven Richtigkeitsgewähr	65
4.	Die Grundlage der Unterscheidung zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip	66
5.	Legalität und Opportunität in der Konzeption des geltenden Rechts ...	67
a)	Legalität als Regelfall strafrechtlicher Gesetzeskonzeption	68
b)	Beispiele opportunitätsgeprägter Regelungen	69
aa)	Die Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153, 153 a StPO	69
bb)	Absehen von Strafe nach Ermessen des Gerichts	72
cc)	Absehen von Strafe gemäß § 60 StGB	72
dd)	Berücksichtigung der Möglichkeit des Absehens von Strafe vor der Hauptverhandlung gemäß § 153 b StPO	73

ee) Antragsdelikte, die bei „besonderem öffentlichem Interesse“ von Amts wegen zu verfolgen sind.....	74
ff) Nichtverfolgung von Auslandstaten nach § 153 c Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO sowie der Straftaten von Ausländern nach § 154 b Abs. 1 und 3 StPO	75
gg) Relative Geringfügigkeit von Taten oder Gesetzesverletzungen, §§ 153 c Abs. 1 Nr. 3, 1. Alt., 154, 154 a, 154 b Abs. 2 StPO	75
hh) Rechtskräftiger Freispruch im Ausland, § 153 c Abs. 1 Nr. 3, 2. Alt. StPO	76
ii) Die Gefahr eines „schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland“ oder „sonstige überwiegende öffentliche Interessen“	77
jj) Erweiterte Berücksichtigung der „tätigen Reue“ nach § 153 e StPO	78
kk) Opfer einer Nötigung oder Erpressung, § 154 c StPO	78
ll) Übernahme der Verfolgung von Privatklagedelikten durch die Staatsanwaltschaft, § 376 StPO	79
mm) Die Kronzeugenregelung	79
nn) Opportunitätsgeprägte Regelungen im Betäubungsmittelstrafrecht	79
c) Die verbleibende Reichweite des Legalitätsprinzips	80
aa) Die Auswirkungen der §§ 153, 153 a StPO	81
bb) Die Bedeutung sonstiger Opportunitätsvorschriften	83
III. Weitere Kriterien der Abgrenzung zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip	85
1. Keine strafbarkeitsbegründende Opportunität	85
2. Tatsächliche Grenzen der Strafverfolgung als Beschränkungen des Legalitätsprinzips?	86
a) Der angeblich „schlechte Zustand“ des Legalitätsprinzips in der Praxis	86
b) Entwertung der Begriffe	87
c) Die Gefahr polemischer Angriffe auf das Legalitätsprinzip	87
d) Einzelfallbezogenes Ermessen bei selektivem Vorgehen der Strafverfolgungsorgane	88
e) Die Bedeutung der Ermessensentscheidung über die Grenzen des „lohnenden“ Ermittlungsaufwands	91
3. Die zwei Dimensionen des Gegensatzes zwischen Legalität und Opportunität	92
2. Kapitel: Der rechtspolitische Widerstreit zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip	94

I. Die Verwirklichung des Rechtsstaatsgedankens	95
1. Die Gleichheit vor dem Gesetz	97
a) Kein Erfordernis schematischer Gleichbehandlung	97
b) Der Ausgleich von Härten	98
c) Tatsächliche Ungleichheiten	99
d) Die allgemeine Unauflösbarkeit des Gegensatzes zwischen Ega- lität und Einzelfallgerechtigkeit	101
e) Die verbleibende Bedeutung des Gleichheitssatzes für Legalität und Opportunität	102
2. Die Gewaltenteilung	104
3. Die gesetzliche Bestimmtheit der Strafgesetze	105
a) Die grundsätzliche Berechtigung einer Beschränkung des straf- rechtlichen Bestimmtheitsgebots auf täterbelastende Vorschriften .	106
aa) Die individuell-freiheitswahrende Komponente des nullum- crimen-Satzes	107
bb) Der objektiv-institutionelle Bedeutungsgehalt von Art. 103 Abs. 2 GG	108
b) Die Behandlung anderer Täter als Vergleichsmaßstab?	110
c) Keine Gleichsetzung der „täterbegünstigenden Wirkung“ von Normen mit formaler Beschränkung der Strafbarkeit	111
aa) Unumgängliche Lockerungen des Bestimmtheitsgebots bei strafbarkeitsbegrenzenden Normen	112
bb) Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und ihre Grenzen ...	113
cc) Beispiele einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Bestimm- theitsgebots bei Beschränkungen der Strafbarkeit durch unbe- stimmte Normen	116
dd) Keine allgemeinen Konsequenzen für das Opportunitätsprinzip	118
4. Das Legalitätsprinzip als „Kehrseite“ des nullum-crimen-Satzes?	118
a) Legalitätsprinzip und absolute Straftheorie	119
b) Die Justizgewährleistungspflicht	120
5. Die „Formalisierung“ der Strafverfolgung im Rechtsstaat	122
a) Die relative Schwäche einer allgemeinen Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip	124
b) Der Wandel des Rechtsstaatsgedankens	126
c) Die Einschätzung der Entwicklung im Schrifttum	127
d) Diskussion	128
aa) Die grundsätzliche Berechtigung des heutigen Rechtsstaats- verständnisses	129
(1) Vorbildrolle des Kaiserreichs?	129

(2) Der Schutz vor totalitären Entwicklungen	130
(3) Fazit	132
bb) Strafrechtliche Besonderheiten	134
(1) Die Bedeutung der strafrechtsbegrenzenden Wirkung des Legalitätsprinzips	136
(a) Die Unschärfe des Rechtsgutsbegriffs	138
(b) Die Fragwürdigkeit einer pauschalen Kritik an der Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes	139
(c) Konsequenzen	142
(2) Probleme einer Aufrechterhaltung rechtsstaatlich wün- schenswerter Bindungen	144
(3) Keine Ignorierung des verstärkten Strebens nach Einzel- fallgerechtigkeit durch das Strafrecht	146
6. Fazit der Überlegungen zur rechtsstaatlichen Bedeutung des Legali- täsprinzips	149
II. Kriminalpolitische Überlegungen	151
1. Die Sicherstellung der Generalprävention	151
a) Der Diskussionsstand	151
b) Kritik	153
aa) Die unsicheren Wirkungsmechanismen der Generalprävention	153
bb) Insbesondere: Die Undurchführbarkeit eines Konzepts der „optimalen Sanktionierungsrate“	154
2. Spezialpräventive Erfordernisse	157
III. Das Bedürfnis nach einer Entlastung der Justiz	158
1. Das Legitimationsproblem verfahrensökonomischer Überlegungen ...	160
a) Der Zielkonflikt zwischen Verfahrensökonomie und Einzelfall- gerechtigkeit	161
b) Insbesondere: Das Ausmaß der Arbeitersparnis als Ermessens- komponente	163
c) Überlegungen zur Überbrückung der Gegensätze	164
d) Der Verfahrensaufwand als dominierender Faktor der Ermessens- entscheidung	166
e) Die Konzentration des Verfahrensstoffs nach §§ 154, 154 a StPO	167
f) Das Problem der Massen-Bagatellkriminalität	168
g) Der Zwang zum Verzicht auf maximale Qualitätsstandards	170
2. Die Zurücknahme von Strafdrohungen als Alternative zur Entlastung der Justiz mit Hilfe des Opportunitätsprinzips	172
3. Grenzen der gesetzlichen Steuerbarkeit einer kapazitätsbezogenen Ausübung des Verfolgungsermessens	174

IV. Zusammenfassende Stellungnahme zur rechtspolitischen Alternative „Legalität oder Opportunität“	178
1. Das Spannungsverhältnis zwischen beiden Grundsätzen der Rechtsanwendung	178
2. Die Unmöglichkeit einer verbindlichen Schrankenbestimmung – Konsequenzen für das weitere Vorgehen	179
3. Kapitel: Materielle rechtliche und prozessuale Ausgestaltungsformen eines Kompromisses zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip ...	181
I. Konsequenzen der begrifflichen Trennung des Legalitätsprinzips vom staatsanwaltlichen Verfolgungszwang	181
1. Die Verschiebung des Grenzverlaufs zwischen Legalität und Opportunität	181
2. Die Sachgerechtigkeit des Perspektivenwechsels	183
II. Bestimmung der vorzugswürdigen Regelungsalternative	186
1. Die These vom materiellrechtlichen Charakter der Bagatellproblematik	187
a) Die Unmöglichkeit einer trennscharfen Abgrenzung zwischen materiellem und formellem Recht	188
b) Wechselwirkungen zwischen beiden Rechtsgebieten	190
c) Folgerungen für den Einwand der Systemwidrigkeit der „prozessualen Lösung“	192
2. Die rechtsstaatliche Überlegenheit der prozessualen Lösung	193
a) Die stärkere „Tatbezogenheit“ der materiellrechtlichen Lösung ...	194
b) Materielle rechtliche Lösung, prozessuale Lösung und strafrechtliches Bestimmtheitsgebot	196
aa) Grundsatz	196
bb) Unbedenkliche Opportunitätsvorschriften im StGB	198
3. Die kriminalpolitische Bedeutung der Regelungsalternative	199
4. Abschließende Stellungnahme	202
4. Kapitel: Reformüberlegungen	204
I. Einführung	204
1. „Entschärfung“ des Opportunitätsprinzips ohne dessen gleichzeitige Beseitigung?	204
2. Ansatzpunkte zur Erhöhung der Rechtssicherheit	205
3. Die Kollision mit verfahrensökonomischen Zielsetzungen	206
II. Erfordernis einer Steuerung durch Richtlinien	207

1. Prinzip und möglicher Inhalt der Richtlinien	207
a) Die relativ geringe Zahl maßgeblicher Gesichtspunkte in der Praxis	208
b) Möglichkeiten und Grenzen einer Berücksichtigung der Justizpraxis bei der Konzeption von Ermessensrichtlinien	210
c) Die Wahrung justizökonomischer Belange bei der Schaffung von Ermessensrichtlinien mit Regelvermutungen	213
d) Grenzen der Leistungsfähigkeit von Ermessensrichtlinien	214
2. Form ermessenslenkender Regelungen	215
a) Gesetzliche Regelungen	215
aa) Formelles Gesetz	215
bb) Rechtsverordnung	216
b) Ermessenssteuernde Richtlinien	217
aa) Die Realisierbarkeit entsprechender Maßnahmen	218
bb) Mittelbare Beeinflussung des richterlichen Einstellungsermessens	219
cc) Rückwirkung der Rechtsprechung auf die Ermessensmaßstäbe	219
III. Zuständigkeiten und Kontrolle	221
1. Die staatsanwaltliche Ermessensentscheidung als Ausgangspunkt	221
2. Notwendigkeit gerichtlicher Beteiligung	222
a) Ausschließliche Einstellungskompetenz der Gerichte?	222
b) Erfordernis richterlicher Kontrollen	224
3. Grundsätze der Ausgestaltung weitergehender gerichtlicher Kontrollmöglichkeiten de lege ferenda	225
a) Die Unpraktikabilität einer Regelung, die der Situation bei den nach dem Legalitätsprinzip getroffenen Entscheidungen entspricht	226
b) Das Konzept einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit	227
4. Vorschläge für eine effektivere Kontrolle des Einstellungsermessens	228
a) Richterliches Zustimmungserfordernis bei Einstellung im Ermittlungsverfahren	228
b) Eingeschränktes Klageerzwingungsverfahren	230
c) Die Möglichkeit eines gegen den Willen der Staatsanwaltschaft vom Gericht ausgesprochenen Verfolgungsverzichts bei gleichzeitiger Eröffnung eines Rechtsmittels für den Staatsanwalt	231
aa) Grundsatz	231
bb) Zuständigkeiten für die Überprüfung der tatrichterlichen Verfahrenseinstellung	233
d) Zusätzlicher Rechtsschutz für den Verletzten und den Beschuldigten?	235

aa) Rechtsmittel des Beschuldigten	235
bb) Rechtsmittel des Verletzten	237
5. Einbeziehung der Polizei in die Umsetzung des Opportunitätsprinzips?	238
IV. Probleme der sanktionsbehafteten Opportunitätsentscheidung	240
1. Praktische Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung	240
2. Rechtsstaatliche Probleme	241
a) Die Sanktionskompetenz des Staatsanwalts	242
b) Unzulässiger Druck auf den Beschuldigten, eine unter Verletzung der Unschuldsvormutung verhängte „Verdachtsstrafe“ zu akzeptieren?	245
3. Feste Anwendungsgrenzen für § 153 a StPO?	249
4. Behandlung der einschlägigen Fälle in einem besonderen Bagatellverfahren als Ergänzung oder Alternative zu § 153 a StPO?	252
5. Der Streit um die Registrierung der Verfahrenseinstellungen nach § 153 a StPO	255
V. Die Situation bei den §§ 154, 154 a StPO	257
1. Die Gefahr einer ausufernden Anwendung der Vorschriften	257
2. Berücksichtigung ausgeschiedener Delikte bei Strafzumessung und Beweiswürdigung	259
3. Die Bedeutung von § 154 StPO bei der Bewältigung von Tatserien nach Wegfall des Fortsetzungszusammenhangs	262
Schlußbetrachtung	265
Literaturverzeichnis	271
Sachregister	297

Verzeichnis der Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort; gleiche Fundstelle wie das vorangegangene Zitat desselben Autors
Abs.	Absatz
AE	Alternativ-Entwurf
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
bes.	besonders
Beschl.	Beschluß
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Einl.	Einleitung
einschr.	einschränkend, mit Einschränkungen
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch

EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GS	- in Verbindung mit Namen: Gedächtnisschrift - in Verbindung mit Band-, Jahres- und Seitenzahl: Der Gerichtssaal
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
jew.	jeweils
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
krit.	kritisch
KritJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lehrb.	Lehrbuch
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung)

RpflEntlG	Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege
Rspr.	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik, Vierteljahrszeitschrift für Rechts- und Verwaltungspolitik
S.	Seite
s.	siehe
SchwZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte
s.u.	siehe unten
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Der Strafverteidiger
u.	unten
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WaffG	Waffengesetz
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zutr.	zutreffend

Abkürzungen für Literaturtitel in den Fußnoten sind im Literaturverzeichnis beim jeweiligen Werk angeführt.

Einleitung

I. Einführende Skizze der Kontroverse um Legalitäts- und Opportunitätsprinzip

1. Die Grundpositionen

Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip waren schon vor Inkrafttreten der Reichsstrafprozeßordnung Gegenstand leidenschaftlich geführter Debatten,¹ und die rechtspolitische Diskussion um diese Begriffe kam bis heute nicht zum Erliegen. Bei den Befürwortern des Legalitätsprinzips stand zunächst das Bestreben im Vordergrund, politischen Einflußnahmen auf die Strafverfolgung vorzubeugen, d.h. ein Mißbrauch der Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft durch übergeordnete Stellen sollte dadurch verhindert werden, daß man die Staatsanwälte zur Verfolgung *aller* Straftaten gesetzlich verpflichtete.² Später wurde das Legalitätsprinzip dann als Gebot der Gerechtigkeit schlechthin und als elementarer rechtsstaatlicher Grundsatz aufgefaßt.³ Demgegenüber

¹ Vgl. die Verhandlungen des 2. Deutschen Juristentages (1861), Bd. II, S. 311 ff.

² Vgl. das Gutachten, das von *Groß* für den 2. Deutschen Juristentag erstellt hatte (Verh. 2. DJT Bd. I, S. 131 ff., 137) sowie den Diskussionsbeitrag von *Koch* (Verh. 2. DJT, Bd. II, S. 326 f.); ferner die Ausführungen von *Scherer* auf dem 29. Deutschen Juristentag (1908), Verh. 29. DJT, Bd. V, S. 855; *Lobe*, GS 96 (1928), 38 f.; *Hertz*, Geschichte, S. 29 ff.; entsprechende Bedenken noch bei *Niese*, SJZ 1950, Sp. 894.; *Wagner*, ZStW 75 (1963), S. 405 ff.; *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 96.; *Peters*, Lehrb., S. 167. Vor der Gefahr politischer Einflußnahmen auf die Strafverfolgung hat in jüngerer Zeit wieder der *Deutsche Richterbund* gewarnt, und zwar in einer Stellungnahme im Vorfeld der Verabschiedung des Rechtspflegeentlastungsgesetzes im Hinblick auf die dort vorgesehene und letztlich auch erfolgte Beschränkung des richterlichen Zustimmungserfordernisses bei Opportunitätsentscheidungen des Staatsanwalts, DRiZ 1991, 296.

³ *Binding*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1917, Sp. 504, verwendete die pathetische Bezeichnung „grandioser Ausdruck der Gerechtigkeit“ (*derselbe*, Abhandlungen, S. 185, räumte andererseits freilich ein, das Legalitätsprinzip könne „leicht zu einer Anwendung der Strafe über das Maß der notwendigen Rechtsbewahrung hinausführen, und die Nichtbeachtung des Grundsatzes: minima non curat praetor vermag des Staates Ansehen zu schädigen, die Strafe zu diskreditieren und das Volk zu erbittern.“); von *Hippel*, Strafprozeß, S. 338, befürchtete ohne das Legalitätsprinzip „Mißtrauen gegen die Gerechtigkeit der Rechtsanwendung“; nach *Willms*, JZ 1957, 465, handelt es sich um einen „der Marksteine, welche die Grenzlinie zwischen einer freiheitlichen Ordnung und einer totalitären Willkürherrschaft bezeichnen“; das BVerfG, NStZ 1982, 430, spricht vom Legalitätsprinzip als „Aktualisierung des Willkürverbotes“.

warnen die *Gegner* eines strikten Legalitätsprinzips einerseits vor der Gefahr, daß eine Verpflichtung zur umfassenden Strafverfolgung zu einer Überlastung der Staatsanwaltschaft führe und damit die Effizienz der Strafverfolgung gefährde,⁴ andererseits wenden sie sich seit eh und je gegen eine als unangemessen empfundene rigorose Verfolgung auch von „Kleinigkeiten“ nach dem Buchstaben des Strafgesetzes.⁵

2. Entwicklungstendenzen

Hinsichtlich der Entwicklung, die Legalitäts- und Opportunitätsprinzip vor dem Hintergrund dieser Kontroverse durchlaufen haben, geht die allgemeine Einschätzung dahin, daß ersteres mit seiner Verankerung in der Reichsstrafprozeßordnung eine Blüte erlebt habe, seither jedoch infolge der Einführung zahlreicher Ausnahmen vom Verfolgungszwang (insbesondere §§ 153 ff. StPO) einem Erosionsprozeß ausgesetzt sei, der es fraglich erscheinen lasse, ob heute überhaupt noch von seiner Geltung die Rede sein könne.⁶ Als Triebfeder dieser Veränderungen wird neben dem Verlangen der Praxis nach einfachen Erledigungsformen zur effizienten Bewältigung steigender Fallzahlen auch die zunehmende Ablösung der absoluten durch die relativen Straftheorien angesehen, die zu einer *Zweckorientierung* des Strafrechts geführt habe, nach der ein partieller Verzicht auf Strafverfolgung eher tragbar (unter Umständen sogar geboten) erscheint als auf der Grundlage eines strengen Vergeltungsdenkens.⁷ Infolge der unterschiedlichen Auffassungen zur rechtsstaatlichen Bedeutung des Legalitätsprinzips unterliegt die *Bewertung* dieser Entwicklung wiederum einer kontroversen Einschätzung: Während Kritiker den Beginn einer allumfassenden

⁴ So der Einwand des Abgeordneten *Gneist* in der ersten Lesung des Entwurfs der StPO in der Kommission des Reichstages 1875, in: *Hahn*, Materialien, S. 710; ähnliche Bedenken etwa bei *Aschrott*, Reform, S. 31; *Heyden*, Begriff, S. 103 ff.; *Serwe*, Kriminalistik 1970, S. 377; *Jeutter*, Sinn, S. 173 ff.

⁵ *K. Mittermaier*, GS 10 (1858), 291 ff.; *Glaser*, Strafverfolgung, S. 441 ff.; *von Tippleskirch*, Verh. 2. DJT, Bd. II, S. 321 ff.; *Kade*, Verh. 29. DJT, Bd. V, S. 858 f.; *Aschrott*, Reform, S. 31; *Heinitz*, Rittler-FS, S. 334 f.; *Cramer*, Maurach-FS, S. 493 ff.; *Mertes*, Legalitätsprinzip, S. 79 ff. (*Durchbrechungen* des Legalitätsprinzips als „Tribut an die Gerechtigkeit“).

⁶ Vgl. *Zipf*, Peters-FS (1974), S. 488 ff.; *Jung*, Straffreiheit, S. 49 ff.; *Weigend*, Anklagepflicht, S. 29 ff.; *Kapahnke*, Opportunität, S. 29; *Naucke*, Zustand, S. 155. *Baumann*, ZRP 1972, 273 ff., wollte einen „Grabgesang für das Legalitätsprinzip“ anstimmen; *Amb*s, Meyer-GS, S. 17, hält es für „glaubwürdiger“, ein „gebundenes Opportunitätsprinzip“ als Maxime unseres Strafverfahrens auszugeben. Einen radikalen „Abschied vom Legalitätsprinzip“ fordert indessen nur *Serwe*, Kriminalistik 1970, S. 377 ff.

⁷ *Zipf*, Peters-FS (1974), S. 495 f.; *Jeutter*, Sinn, S. 13 ff.; *Kapahnke*, Opportunität, S. 77; *Rieß*, NSTZ 1981, 4; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, S. 78; einen Zusammenhang zwischen den Straftheorien und der Frage einer unbedingten staatsanwaltlichen Pflicht zur Strafverfolgung bemerkte schon *Glaser*, Strafverfolgung, S. 441.

den Herrschaft des Zweckdenkens im Strafrecht zu erkennen glauben, die zugleich mit dem Verlust zentraler rechtsstaatlicher Garantien verbunden sei,⁸ halten andere die Situation für weit weniger dramatisch, da das Vordringen des Opportunitätsprinzips keineswegs die Zulassung willkürlichen Vorgehens der Strafverfolgungsorgane bedeute, so daß das rechtsstaatliche Gewicht des Gegensatzes zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nicht überschätzt werden dürfe.⁹

II. Das ungeklärte Begriffsverständnis

In dieser einführenden Skizze des Gegenstands vorliegender Untersuchung fehlt ein Punkt, den man vielleicht an erster Stelle erwartet hätten, nämlich die *Definition* der Begriffe „Legalitätsprinzip“ und „Opportunitätsprinzip“. Diese Unterlassung ist nicht etwa dadurch begründet, daß die Terminologie so eindeutig wäre, daß sie (jedenfalls für den juristisch gebildeten Leser) keiner Erläuterung bedürfte, sondern beruht auf der Erwägung, daß sich die Begriffe bei näherer Betrachtung im Gegenteil als so problematisch erweisen, daß ihre endgültige Festlegung im Rahmen der Einleitung überhaupt nicht möglich ist,¹⁰ und zwar trotz des Vorhandenseins der gängigen (und zumeist völlig unkritisch verwendeten) Definition, wonach „Legalitätsprinzip“ nichts anderes bedeutet als die unbedingte Pflicht der Staatsanwaltschaft,¹¹ bei hinreichendem Tatverdacht Ermittlungen aufzunehmen und gegebenenfalls Anklage zu erheben.¹² Die geringeren Schwierigkeiten resultieren dabei noch aus dem Umstand, daß der Verwendung des Begriffspaares „Legalität – Opportunität“ zur Kennzeichnung *staatsanwaltlicher (und polizeilicher) Handlungspflichten* ein erweitertes Begriffsverständnis gegenübersteht, das (über den Aufgabenbereich von Staatsanwaltschaft und Polizei hinausgehend) mit „Legalität“ die Verpflichtung aller

⁸ So *Callies*, NJW 1989, 1338 ff.; *Naucke*, JuS 1989, 862 ff.; *derselbe*, KritV 1993, 143 ff.; *Albrecht*, KritV 1993, 163 ff.

⁹ Vgl. *Schroeder*, Peters-FS (1974), S. 412 ff.; *Jung*, Straffreiheit, S. 60; *derselbe*, Legalitätsprinzip, S. 63; *Marquardt*, Entwicklung, S. 8 ff.

¹⁰ Vgl. insofern auch die Feststellung von *Gössel*, Dünnebier-FS, S. 121, wonach wir es mit „einer bemerkenswerten Uneinheitlichkeit der Meinungen über Herkunft, Bedeutung und auch Inhalt der Begriffe des Legalitätsprinzips und des dazu als gegensätzlich aufgefaßten Opportunitätsprinzips“ zu tun haben.

¹¹ Außerdem auch die Pflicht der Polizei zur umfassenden Wahrnehmung ihrer Ermittlungsaufgaben im Vorfeld der staatsanwaltlichen Tätigkeit.

¹² Vgl. BVerfG NStZ 1982, 430; *Hertz*, Geschichte, S. 1; *Niese*, SJZ 1950, Sp. 891; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar, Rdnr. 386; *Schürer*, Entwicklung, S. 14; *Weigend*, Anklagepflicht, S. 17; *Peters*, Lehrb., S. 171; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, S. 75 f.; *Müller/Wache*, Rebmann-FS, S. 321; LR/Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 27; KK/Pfeiffer, Einl. Rdnr. 5; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, § 152 Rdnr. 2.