

einheitliche Größe darstellt, welche unabhängig von Deliktsschwere und den prognostizierten Aufklärungschancen beurteilt werden muss.<sup>108</sup>

Im Ergebnis ist der relative Begriff des Anfangsverdachts abzulehnen. Gilt das Legalitätsprinzip, so kann die Einleitung eines förmlichen Strafverfahrens nicht unter Verweis auf prognostizierte mangelnde Aufklärungschancen abgelehnt werden. Allenfalls der Grad der Ermittlungsintensität und die Ermittlungsrichtung können sich nach den prognostizierten Aufklärungschancen richten.<sup>109</sup>

## II. Opportunitätsgeprägte Regelungen

Als normative Durchbrechung des Legalitätsprinzips steht der zuständigen Strafverfolgungsbehörde im Rahmen opportunitätsgeprägter Regelungen – trotz Vorliegen eines Anfangsverdachts und bestehender Verfahrensvoraussetzungen – ein Entscheidungsfreiraum hinsichtlich der Verfolgung von Straftaten zu.<sup>110</sup> Der Gesetzgeber überlässt hier der Strafverfolgungsbehörde die Entscheidung, ob sie einschreitet. Als Ausnahme von der Ermittlungspflicht betrifft dieser Entscheidungsspielraum die Frage des *ob* der Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens (Entschießungsermessens).<sup>111</sup>

### 1. Inhalt

Grundsätzlich geht der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass bei jeder begangenen Straftat ein – andere Interessen stets überwiegendes – öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Dieses Überwiegen des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses ist durch die Geltung des Legalitätsprinzips abstrakt-generell

108 LR-Beulke (26. Auflage, 2008), § 152 StPO Rn. 40; SK-Weßlau (4. Auflage, 2011), § 152 StPO Rn. 12; Deiters, Legalitätsprinzip und Normgeltung (2006), S. 116 ff., 156 m.w.N.

109 Weigend, Das “Opportunitätsprinzip” zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, 109 ZStW (1997), S. 103 Fn. 1: “Wie intensiv die Ermittlungen (bei knappen Ressourcen) mindestens sein müssen und nach welchen Gesichtspunkten ihre Intensität gesteuert werden kann, wird durch das Legalitätsprinzip nicht festgelegt; die Strafverfolgungsbehörden dürfen aber jedenfalls nicht pauschal von Aufklärungsbemühungen absehen, weil sie diese für wenig aussichtsreich halten.”

110 Zu den opportunitätsgeprägten Regelungen, vgl. LR-Beulke (26. Auflage, 2008), § 152 StPO Rn. 39 ff.; Meyer-Goßner (54. Auflage, 2011), § 152 StPO Rn. 7 f.

111 Nach KK-Schoreit (6. Auflage, 2008), § 152 StPO Rn. 25, kann von einem echten Wahlrecht zwischen Verfolgung und Nichtverfolgung, nicht ausgegangen werden, da bei einer solchen Entweder-Oder-Entscheidung nicht davon ausgegangen werden kann, dass beide Alternativen “gleich rechtmäßig” sein können.

formalisiert.<sup>112</sup> Bei den opportunitätsgeprägten Regelungen ist dieser Automatismus hingegen – aus unterschiedlichen Gründen – nicht gegeben, so dass jeweils im konkreten Einzelfall zu entscheiden ist, ob das öffentliche Strafverfolgungsinteresse überwiegt.

Vielmehr besteht bei den den opportunitätsgeprägten Regelungen zu Grunde liegenden Sachverhaltskonstellationen erfahrungsgemäß kein oder ein nur eingeschränktes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bzw. bei bestehenden Interessenkonflikten wird damit gerechnet, dass die gegen eine Strafverfolgung streitenden Interessen durchaus überwiegen (können). In diesen Fällen hat der Gesetzgeber von einer Vorab-Formalisierung des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses abgesehen. Stattdessen hat er die Abwägung der im konkreten Einzelfall widerstreitenden Interessen durch Eröffnung des Ermessens der Staatsanwaltschaft übertragen. Diese hat dafür Sorge zu tragen, dass der Strafanspruch in allen Fällen verwirklicht wird, in denen das öffentliche Interesse dies erfordert.<sup>113</sup> Die Anwendung der Opportunitätsvorschriften ist damit – wie Ermessensausübung auch sonst – einzelfallbezogenes Abwägen widerstreitender Interessen.<sup>114</sup>

Die konfligierenden Interessen sind regelmäßig verschiedenen Interessenträgern zuzuschreiben. Die im Einzelfall betroffenen Interessen müssen identifiziert, diskutiert, gewichtet und abgewogen werden. Daher handelt es sich bei der Ausübung des Ermessens in der Regel um einen multipolaren und komplexen Abwägungsvorgang.<sup>115</sup> Bei der Auflösung der Interessenkollisionen gilt: Von der Strafverfolgung ist abzusehen, wenn gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung einem auf Nichtverfolgung ausgerichteten öffentlichen Interesse insgesamt das größere Gewicht zukommt.

Im Sonderfall der sogenannten “soll”-Vorschriften ist der Entscheidungsfreiraum der Staatsanwaltschaft wiederum deutlich verengt: Der Gesetzgeber hat das Ermessen zwar eröffnet, gleichzeitig jedoch gewisse Gesichtspunkte bzw. das Vorliegen bestimmter Konstellationen vorgewichtet und damit vorgegeben, wie die Entscheidung im Regelfall auszusehen hat. Dem Staatsanwalt bleibt nur zu

112 Freilich muss dieses “formalisierte” öffentliche Interesse an der Strafverfolgung mit dem *tatsächlich* bestehenden öffentlichen Interesse im konkreten Einzelfall nicht zwingend übereinstimmen.

113 Faller, Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozess, in FS Maunz (1971), S. 72.

114 F.-Chr. Schroeder, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, in FS Peters (1974), S. 416 f.: Das Opportunitätsprinzip ist Abwägung zwischen dem Interesse der Strafverfolgung und anderen Interessen; Rieß, Legalitätsprinzip – Interessenabwägung – Verhältnismäßigkeit, in FS Dünnebier (1982), S. 152; Hofman, Abwägung im Recht (2007), S. 163; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2. Auflage, 2004), 4/52; Erb, Opportunität und Ermessen (1999), S. 24.

115 Weigend, Anklagepflicht und Ermessen (1978), S. 22: kompliziertes Gewebe von oft widerstreitenden – privaten und öffentlichen – Interessen.

entscheiden, ob in einem konkreten Einzelfall außerordentliche Gesichtspunkte vorliegen, die dazu führen, dass die Interessenabwägung ausnahmsweise gegen die vorgegebene Regelentscheidung spricht.

Mit der Ermessenseröffnung weist der Gesetzgeber damit der zuständigen Staatsanwaltschaft die Aufgabe zu, unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben und Zielvorstellungen eine adäquate und sachgerechte Rechtsfolge für den ihr konkret vorliegenden Einzelfall zu bestimmen. Der Gesetzgeber überträgt die Rechtskonkretisierung auf die Staatsanwaltschaft, weil diese in den einschlägigen Einzelfallkonstellationen dazu besser in der Lage ist.<sup>116</sup> So erfüllt die Staatsanwaltschaft im konkreten Einzelfall eine rechtspolitische Aufgabe, die – abstrakt-generell – normalerweise dem Gesetzgeber zusteht.<sup>117</sup> Damit unterscheiden sich Legalität und Opportunität nicht nur im Bestehen von Entscheidungsfreiräumen, sondern auch in der Instanz, die über die Frage der Strafverfolgung entscheidet: Beim Legalitätsprinzip ist dies der Gesetzgeber, bei den opportunitätsgeprägten Regelungen die Staatsanwaltschaft, die in manchen Fallkonstellationen, beispielsweise nach § 153a Abs. 1 StPO, mit Zustimmung des Gerichts entscheidet.

## 2. Begründung und Einteilung der Opportunitätsvorschriften

Die Frage nach Gründen und Zweck opportunitätsgeprägter Regelungen kann nur für jede Norm gesondert beantwortet werden. Der Bestand der gesetzlichen Nichtverfolgungsermächtigungen wurde im Laufe der Zeit ständig erweitert. Vorgesehen ist der Opportunitätsgedanke nach geltendem Recht hauptsächlich in den §§ 153 ff. StPO, er findet sich jedoch auch in den §§ 374, 413 ff. StPO, dem Jugendgerichtsgesetz oder dem Betäubungsmittelgesetz.

Gründe und Zweck opportunitätsgeprägter Regelungen sind meist im Bereich der Rationalität, Effektivität und Praktikabilität der Strafrechtspflege, mithin in justizökonomischen Erwägungen zu finden. Selektive Strafverfolgung ist danach erforderlich, um die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, wie sie in einem Rechtsstaat existieren muss, zu erhalten.<sup>118</sup> Andere Regelungen verfolgen hinge-

116 Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2. Auflage, 2004), 4/48; Keller, Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft, GA 1983, S. 505: “Sie [die Gesetzgebung] ermächtigt mit Ermessensvorschriften die Verwaltung, die Gesetze autonom zu konkretisieren.”

117 Heyden, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips (1961), S. 8.

118 Weigend, Das “Opportunitätsprinzip” zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, 109 ZStW (1997), S. 105.

gen besondere kriminalpolitische Zwecke. Die opportunitätsgeprägten Regelungen der § 153 ff. StPO können in folgende Kategorien unterteilt werden:<sup>119</sup>

Bei der Kategorie der Geringfügigkeitsfälle wird angenommen, dass das öffentliche Strafverfolgungsinteresse bei Bagatelldelikten entweder gar nicht besteht (§ 153 StPO) oder nur sehr gering ausgeprägt ist. Dementsprechend wird das öffentliche Interesse an der Nichtverfolgung – schon allein aus justizökonomischen Gesichtspunkten – regelmäßig überwiegen. Innerhalb dieser Fallgruppe lässt sich unterscheiden zwischen absoluter Geringfügigkeit (§§ 153, 153b StPO) und relativer Geringfügigkeit (§§ 154, 154a StPO). In Fällen des § 153a StPO findet hingegen eine Kompensation des durchaus vorhandenen öffentlichen Strafverfolgungsinteresses mit anderen – in der Regel: finanziellen – Mitteln statt.<sup>120</sup>

Auch bei der – für diese Arbeit relevanten – Kategorie der Auslandstaten wird davon ausgegangen, dass das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung im Inland gering ist und dementsprechend von einem Überwiegen des Nichtverfolgungsinteresses ausgegangen werden kann.<sup>121</sup> Daher ermöglicht § 153c Abs. 1 StPO eine prozessuale Korrektur der weiten Ausdehnung der deutschen Strafgewalt durch die strafanwendungsrechtlichen Normen der §§ 3 ff. StPO. Auch spielen hier justizökonomische Erwägungen eine Rolle, da Auslandstaten regelmäßig einen hohen Ermittlungsaufwand erfordern und damit Ressourcen binden, die anderweitig – beispielsweise zur Strafverfolgung rein innerstaatlicher Taten – eingesetzt werden könnten. Darüber hinaus kann das inländische Strafverfolgungsinteresse durch eine ausländische Strafverfolgung befriedigt bzw. erheblich reduziert werden, § 153c Abs. 2 StPO. Schließlich sind auch außenpolitische Interessen zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Kontext ebenfalls relevant sind Fälle eines “weichenden Strafverfolgungsinteresses”, das dann greift, wenn das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung mit anderen staatlichen, in der Regel außen- oder staatspoli-

119 Zur Einteilung der Opportunitätsregelungen LR-Beulke (26. Auflage, 2008), § 152 StPO Rn. 49 m.w.N.; Faller, Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozess, in FS Maunz (1971), S. 75 f.

120 BVerfG (2 BvR 1551/01), 5. November 2001: “Hauptregelungszweck [des § 153a Abs. 1 S. 1 StPO] ist die Kompensation des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Erfüllung von Auflagen und Weisungen.” In der Praxis werden hierüber regelmäßige Fälle gelöst, in denen sich die Sachverhaltsaufklärung als besonders komplex erweist, bspw. in Wirtschaftssachen; vgl. Deiters, Legalitätsprinzip und Normgeltung (2007), S. 9; Weigend, Das “Opportunitätsprinzip” zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, 109 ZStW (1997), S. 107.

121 Mitunter werden Fälle mit Auslandsbezug als Subkategorie der Geringfügigkeitsfälle erfasst, da davon ausgegangen wird, dass das öffentliche (inländische) Strafverfolgungsinteresse gering ist; vgl. Geppert, Das Opportunitätsprinzip, Jura 1986, S. 313.

tischen Interessen kollidiert.<sup>122</sup> Hierunter fallen insbesondere Fälle deliktsspezifischer Opportunität im Bereich des Staatsschutzstrafrechts (§ 153d StPO), aber auch sonstiger Opportunität (§ 153c Abs. 3 StPO).<sup>123</sup> In diesen Fällen kann zwar von einem regelmäßig sogar erheblichen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung ausgegangen werden, dennoch wird – zum Teil unter Anwendung des Notstandsgedankens – Opportunität eingeräumt, um die Auflösung der Interessenkollision zu ermöglichen, wenn die dem Strafverfolgungsinteresse gegenüberstehenden anderen staatspolitischen Interessen überwiegen.<sup>124</sup> Der entstandene Strafanspruch soll nicht um jeden Preis verwirklicht werden.

Nach der Regel-Ausnahme-Regelung des § 152 Abs. 2 StPO ist das Legalitätsprinzip nur dann durchbrochen, wenn die Nichtverfolgungsermächtigung ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist.<sup>125</sup> Erforderlich ist, dass sämtliche Tatbestandsmerkmale der den Entscheidungsspielraum eröffnenden Norm, die sog. Anlassmerkmale, vorliegen.<sup>126</sup> Daraus ergibt sich, dass der Sachverhalt – unter Umständen auch außerhalb eines förmlichen Ermittlungsverfahrens – mindestens soweit aufzuklären ist, dass beurteilt werden kann, ob die ermessenseröffnenden Tatbestandsmerkmale vorliegen.<sup>127</sup> Liegen einzelne dieser den Entscheidungsspielraum eröffnenden Voraussetzungen nicht vor, bleibt es bei der Geltung des Legalitätsprinzips und der daraus resultierenden Verfolgungspflicht.

122 Vgl. hierzu Müller/Wache, Straftaten gegen die äußere Sicherheit, in FS Rebmann (1989), S. 321 ff.

#### 4. Standort des Entscheidungsspielraums

In der Regel wird der Staatsanwaltschaft der Entscheidungsfreiraum gesetzestechnisch durch eine fakultative Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge mittels der Formulierung “*kann* von Verfolgung einer Tat absehen” eingeräumt. Während es sich bei den Anlassmerkmalen auf Tatbestandsseite um – mehr oder minder – bestimmte Rechtsbegriffe handelt, befindet sich der Entscheidungsspielraum auf Rechtsfolgenreite. Es handelt sich um klassisches Rechtsfolgeermessen.<sup>128</sup>

Unter den gemeinhin als Opportunitätsvorschriften charakterisierten Regelungen befinden sich jedoch auch Normen, die zusätzlich zu der auf Rechtsfolgenreite eingeräumten Möglichkeit (“*kann*”) des Absehens der Strafverfolgung, bereits auf Tatbestandsseite besonders konkretisierungsbedürftige, unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, beispielsweise die “geringe Schuld” in § 153 StPO oder der “schwerer Nachteil für die Bundesrepublik Deutschland” in § 153d StPO. Bei diesen Normen lässt sich dementsprechend ein weiterer, ausfüllungsbedürftiger Freiraum auf Tatbestandsseite identifizieren. Es handelt sich damit um sog. Koppelungsvorschriften oder Mischtatbestände.<sup>129</sup> Fließen im Rahmen der Konkretisierung der Anlassmerkmale im Tatbestand bereits alle entscheidungsleitenden Gesichtspunkte ein, so bleiben keine weiteren Erwägungen mehr übrig, die die Staatsanwaltschaft auf Rechtsfolgenreite der konkreten Entscheidung im Einzelfall zu Grunde legen könnte. Es wird von Identität des Argumentationshaushalts gesprochen.<sup>130</sup> In einem solchen Fall wird das auf Rechtsfolgenreite dem Wortlaut nach ermessenseröffnende “*kann*” bei Vorliegen der tatbestandlichen Anwendungsvoraussetzungen zum “*muss*”.<sup>131</sup>

128 LR-Beulke (26. Auflage, 2008), § 152 StPO Rn. 50.

129 Keller, Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft, GA 1983, S. 505: “Das erstere (wenn...) ist ein unbestimmter Rechtsbegriff als Tatbestand, das letztere (dann...) ist die Rechtsfolge [...], die ins Ermessen der Behörde gestellt ist; also eine der bekannten Koppelungen von unbestimmtem Rechtsbegriff im Tatbestand und Ermessen bei der Rechtsfolge.” Aus dem verwaltungsrechtlichen Schrifttum Ossenbühl, in Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (12. Auflage, 2002), § 10 Rn. 47 f.

130 Keller, Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft, GA 1983, S. 508.

131 F.-Chr. Schroeder, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, in FS Peters (1974), S. 418: “Die Formulierung ‘*kann*’ [in § 153 Abs. 2 StPO] ist insofern pleonastisch, als der Begriff ‘öffentliches Interesse’ bereits sämtliche von der Staatsanwaltschaft anzustellenden Erwägungen in sich aufnimmt und darüber hinausgehende Erwägungen nicht denkbar sind.” Vgl. auch Keller, Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft, GA 1983, S. 517; Beulke, Strafprozessrecht (10. Auflage, 2008), Rn. 334.

Wie diese Regelungen normtheoretisch zu qualifizieren sind, ist umstritten. Da das auf Rechtsfolgenseite ermessenseröffnende “kann” zum “muss” wird, als Rechtsfolge dementsprechend nur eine Handlungsalternative in Betracht kommt, scheidet nach klassischem Verständnis ein Rechtsfolgeermessen aus.<sup>132</sup> In Übereinstimmung mit der verwaltungsrechtlichen Diskussion wird zudem die Konstruktion eines sogenannten Tatbestandsermessens, bei dem das Ermessen den Tatbestand durchdringt – zumindest terminologisch – abgelehnt. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass durch den Grad der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe bei deren Konkretisierung ein weiterer Entscheidungsspielraum entsteht. Der die opportunitätsgeprägten Regelungen kennzeichnende Entscheidungsspielraum ist in diesen Fällen in den Tatbestand verlagert.<sup>133</sup> Der Unterschied zwischen einem solchen Spielraum auf Tatbestandsseite und klassischem Rechtsfolgeermessen verschwimmt weitestgehend. Im Ergebnis handelt es sich um eine unterschiedliche Formulierungstechnik des Gesetzgebers, der jedoch in beiden Fällen dasselbe Ziel verfolgt, nämlich der Staatsanwaltschaft einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich Verfolgung und Anklage einer Tat einzuräumen.<sup>134</sup> Der Standort des Entscheidungsspielraums ist in diesen Fällen im Grunde unerheblich und unter methodischen Gesichtspunkten austauschbar.<sup>135</sup>

In der vorliegenden Arbeit wird, der Einfachheit und Übersichtlichkeit halber, der Begriff des Ermessens – Verfolgungsermessen und Anklageermessen – übernommen, unabhängig vom Standort des Entscheidungsspielraums. Dieses Ermessen bezeichnet das Ausfüllen des Entscheidungsfreiraums, als entscheidendes Merkmal einer nach dem Opportunitätsgedanken organisierten Strafverfolgung.<sup>136</sup> Damit liegt bei allen opportunitätsgeprägten Regelungen, übereinstimmend mit der in der Literatur üblichen Formulierung, die Entscheidung über die Einleitung eines förmlichen Strafverfahrens “im Ermessen der Staatsanwaltschaft”.

132 Vgl. nur Ossenbühl, in Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (12. Auflage, 2002), § 10 Rn. 48.

133 LR-Beulke (26. Auflage, 2008), § 152 StPO Rn. 50 m.w.N. Vgl. auch Weigend, Anklagepflicht und Ermessen (1978), S. 20.

134 Krey/Pföhler, Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes – Schranken des internen und externen Weisungsrechts, NSZ 1985, S. 148 f.; F.-Chr. Schroeder, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, in FS Peters (1974), S. 418.

135 Für das Verwaltungsrecht vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2. Auflage, 2004), 4/48.

136 So auch Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers (2007), S. 144 Fn. 106: “Der Begriff des Ermessens wird in einem für Öffentlichrechtler unüblichen Sinne gebraucht. Er bezieht sich sowohl auf das Ermessen im eigentlichen Sinne, als auch auf einen der Staatsanwaltschaft bei der Anwendung bestimmter Begriffe zugestandenen Beurteilungsspielraum.”

## 5. Ermessensausübung und rechtliche Bindungen

Fraglich ist, inwieweit die Staatsanwaltschaft bei dem Ausfüllen des durch das Ermessen eröffneten Entscheidungsfreiraums rechtlichen Bindungen unterliegt.

In diesem Zusammenhang bleibt der Begriff des “Ermessens” rechtlich schwer fassbar. Im Kontext strafrechtlicher Opportunitätsvorschriften gilt dies umso mehr, als die Konkretisierung des Ermessensbegriffs im Wesentlichen im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Diskussion erfolgt. Auch wenn die verwaltungsrechtlichen Grundsätze nicht bis ins Detail auf das Gebiet des Strafprozessrechts übertragen werden können, so sind jedenfalls die Grundstrukturen doch weitestgehend identisch.<sup>137</sup> Allerdings dreht sich die Diskussion im Verwaltungsrecht fast ausschließlich um die gerichtliche Nachprüfbarkeit des Ermessens, mithin steht die *ex post* Kontrollperspektive im Vordergrund.<sup>138</sup> Bei den strafrechtlichen opportunitätsgeprägten Regelungen – und auch in der vorliegenden Untersuchung – steht hingegen das Wesen des Ermessens, das heißt die Besonderheiten der Ermessensausübung im Fokus.<sup>139</sup> Daher wird der Begriff des Ermessens in dieser Arbeit nicht – oder nur am Rande – mit Blick auf die Anfechtbarkeit bzw. Überprüfbarkeit der Ermessensentscheidung bestimmt. Im Zentrum der Überlegungen steht vielmehr die Frage der Entscheidungsherstellung.

### a. Keine rechtsfreien Entscheidungsspielräume

Einigkeit besteht darüber, dass es im modernen Rechtsstaat keine rechtsfreien Entscheidungsspielräume geben kann: Auch Ermessen bedeutet nicht, dass die Entscheidung “frei” im Sinne rechtlicher Bindungslosigkeit ist.<sup>140</sup> Vielmehr un-

137 Vgl. zu dieser Diskussion Döhring, Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht? (1999), S. 136 Fn. 575: “[...] kann auch die moderne Ermessenslehre aus dem Verwaltungsrecht auf den Strafprozess übertragen werden.”

138 Bei der *ex post* Kontrolle der Ermessensausübung geht es im Grunde um die Kompetenzverteilung zwischen Behörde und Gericht. Kritisch Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2. Auflage, 2004), 4/46: “Die Gerichtszentriertheit der Ermessenslehre im Verwaltungsrecht wird der Thematik nicht gerecht. Ermessen muss losgelöst von Frage der gerichtlichen Kontrolle untersucht werden.”

139 Vgl. Erb, Legalität und Opportunität (1999), S. 42 Fn. 51; Engisch, Karl Peters und der Ermessensbegriff, in FS Peters (1974), S. 26. Im Strafrecht wird das Ermessen neben dem hier relevanten Zusammenhang der Opportunitätsregelungen vor allem als Problem der richterlichen Strafzumessung erörtert; siehe nur Frisch, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung (1971); Warda, Dogmatische Grundlagen richterlichen Ermessens im Strafrecht (1962).

140 Weigend, Anklagepflicht und Ermessen (1978), S. 22; Schmidt-Jortzig, Möglichkeiten einer Aussetzung des strafverfolgerischen Legalitätsprinzips bei der Polizei, NJW 1989, S. 132; Erb, Legalität und Opportunität (1999), S. 25, 47; Fallers, Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß, in FS Maunz (1971), S. 81: “Die Strafverfolgungsbehörden sind im Rechts-



terliegt jede Ermessensausübung rechtlichen Schranken.<sup>141</sup> Da die Staatsanwaltschaft für den Gesetzgeber Rechtskonkretisierung im Einzelfall betreibt, ergeben sich die rechtlichen Grenzen dabei primär aus dem Sinn und Zweck des zur Ermessensausübung ermächtigenden Gesetzes.<sup>142</sup> Diese sind durch Auslegung zu ermitteln.<sup>143</sup> Demzufolge bedeutet Ermessen insbesondere nicht, dass die Behörde nach Willkür, das heißt ohne Gründe bzw. auf Grundlage sachfremder Erwägungen oder auch nur nach Belieben auf Grund individuell-subjektiven Für-Richtig-Haltens handeln darf.

## b. Grad und Maß rechtlicher Bindung

Grad und Maß der rechtlichen Bindung lassen sich anhand der Entscheidungsstruktur näher bestimmen. Der Vorgang der Entscheidungsfindung, ob ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird oder nicht, also Struktur und Ablauf der Interessenabwägung, kann gedanklich in mehrere Schritte unterteilt werden: Zunächst werden sämtliche entscheidungserheblichen Umstände festgestellt (Sach-

staat auch dann niemals völlig frei, wenn sie auf Grund gesetzlicher Bestimmungen nach ihrem Ermessen entscheiden dürfen, ob eine Strafverfolgung einzuleiten ist.”

- 141 Nach Krey/Pföhler, Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes – Schranken des internen und externen Weisungsrechts, NStZ 1985, S. 149, gilt die verwaltungsrechtliche Ermessensfehlerlehre auch im Strafrecht. So sei es rechtswidrig, wenn die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten werden (Ermessensüberschreitung) oder wenn von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist (Ermessensmissbrauch). Bei der Interessenabwägung handelt es sich demnach nicht um eine rechtsfreie Entscheidung, sondern eine Sachentscheidung, die in den rechtlichen Bahnen und in den Grenzen der Ermessens- bzw. Abwägungsfehlerlehre verlaufen muss.
- 142 Ossenbühl, in Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (12. Auflage, 2002), § 10 Rn. 13: Das Ermessen ist auszuüben nach dem Zweck der Ermächtigung; Keller, Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft, GA 1983, S. 518: “Das Ermessen muß sich an die vorhandenen gesetzlichen Maßstäbe halten, es soll diese *konkretisieren*.” (Hervorhebung im Original); Otte, Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, in Schlicher u.a. (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000), S. 148 f.: “Unbestimmtheit der Rechtsfolgenanordnung bedeutet einen Spielraum bezüglich der Entscheidung, ob überhaupt eine Rechtsfolge oder welche von mehreren möglichen Rechtsfolgen oder in welchem Ausmaß eine Rechtsfolge eintreten soll. Die Entscheidung des Normadressaten [...] ist nicht beliebig, denn die Norm dient, wie jede Rechtsnorm einem Zweck und gibt daher eine Richtung an oder legt, anders ausgedrückt, eine Tendenz fest.”
- 143 Eyermann-Rennert (13. Auflage, 2010), § 114 VwGO Rn. 21; Ossenbühl, in Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (12. Auflage, 2002), § 10 Rn. 14: “Die Ermittlung des Gesetzeszwecks einer Norm ist genau besehen ein Vorgang der Norminterpretation, der der Vorbereitung der Ermessensentscheidung dient.”

verhaltsermittlung). Danach werden die betroffenen Belange und Interessen gewichtet, zueinander in ein Verhältnis gesetzt und gegeneinander abgewogen.<sup>144</sup>

In einem ersten Schritt muss die Staatsanwaltschaft also alle im konkreten Fall entscheidungsrelevanten, objektiv vorliegenden Umstände sammeln. Diese Gesichtspunkte stellen die inhaltliche Grundlage für die eigentliche Entscheidung dar. Dabei müssen alle Gesichtspunkte ermittelt werden, die nach dem gesetzlichen Entscheidungsprogramm gefordert werden. Hierzu muss die Behörde den Zweck des Gesetzes zutreffend und vollständig erfassen, welcher das Spektrum der legitimerweise heranzuziehenden Kriterien bestimmt.<sup>145</sup> Wird ein wesentlicher Gesichtspunkt übersehen, so sind die Erwägungen unvollständig (Defizit).<sup>146</sup> Gleichzeitig dürfen jedoch nur zulässige, das heißt sachgerechte und dem Gesetzeszweck entsprechende Erwägungen aufgenommen werden.<sup>147</sup> Hierbei sind neben den Gesichtspunkten, die für das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung sprechen, auch alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die der Strafverfolgung möglicherweise widersprechenden Interessen zugeordnet werden können.<sup>148</sup> Welche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, lässt sich in erster Linie aus den Zielvorgaben der einschlägigen Norm entnehmen. Hinzu treten die Maßstäbe anderer Gesetze und auch die Vorgaben der Verfassung, die Grundrechte und das Gleichheitsgebot. Ebenfalls zu beachten sind die Zielvorgaben des internationalen Rechts.<sup>149</sup> Die Behörde darf sich also nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen (Missbrauch). Sachfremde Erwägungen liegen dabei nicht nur bei willkürlichem Handeln vor, sondern umfassen auch Absichten und Motive, die das Gesetz nicht billigt. Der Staatsanwaltschaft ist damit die Berücksichtigung rechtlich nicht anerkannter Kriterien ebenso untersagt wie die Nichtbeachtung allgemein für bedeutsam erachteter Gesichtspunkte.<sup>150</sup> Folglich lässt sich feststellen, dass jedenfalls im Rahmen der Ermittlung der entscheidungserheblichen Gesichtspunkte eine starke rechtliche Bindung besteht, die kaum Raum für individuelle Wertungen lässt. Das bedeutet, dass die relevanten entscheidungserheblichen Gesichtspunkte ungeachtet der Frage ihrer Gewichtung in

144 Vgl. Hofman, Abwägung im Recht (2007), S. 266: Mit der sog. "Waagenmetapher" kann die Abwägungsentscheidung als Vorgang beschrieben werden, bei dem die einzelnen Belange je nach ihrer Gewichtung als vorteilhaft oder schädlich auf die beiden Seiten einer Balkenwaage verteilt werden; die ihnen zugewiesenen Gewichte repräsentieren die Werteverhältnisse.

145 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2. Auflage, 2004), 4/50. Vgl. auch Eyermann-Rennert (13. Auflage, 2010), § 114 VwGO Rn. 21.

146 Vgl. Eyermann-Rennert (13. Auflage, 2010), § 114 VwGO Rn. 24.

147 Vgl. Eyermann-Rennert (13. Auflage, 2010), § 114 VwGO Rn. 20.

148 KK-Schoreit (6. Auflage, 2008), § 152 StPO Rn. 24.

149 Vgl. zur Ermessensausübung im Verwaltungsrecht Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2. Auflage, 2004), 4/49.

150 Erb, Legalität und Opportunität (1999), S. 50.

einer abstrakt-generellen Diskussion ermittelt werden können.<sup>151</sup> Es ist möglich, diejenigen Kriterien herauszuarbeiten, die im Rahmen der Entscheidungsfindung jedenfalls zu berücksichtigen sind bzw. nicht berücksichtigt werden dürfen.<sup>152</sup>

Im nächsten Schritt sind die anhand des Gesetzeszwecks ermittelten entscheidungslenkenden Gesichtspunkte zunächst abstrakt zu gewichten und sodann zueinander in ein Verhältnis zu setzen, das heißt gegeneinander abzuwägen.<sup>153</sup> Im Rahmen dieses Gewichtungs- und Abwägungsvorgangs stehen Wertungsspielräume offen.<sup>154</sup> Wie hoch die einzelnen Gesichtspunkte in Anschlag gebracht werden, unterliegt zu einem gewissen Grad der individuellen Auffassung des Entscheiders. Eine gewisse Objektivierbarkeit der Entscheidung erfolgt jedoch dadurch, dass dieser in seiner behördlichen Funktion agiert, er sich seines „beruflich vorgebildeten, an Amtserfahrung orientierten Sachverstand[es]“ bedient; die Pflichtmäßigkeit der Ermessensausübung ist an dieser Stelle zu verorten.<sup>155</sup>

In diesem Gewichtungs- und Abwägungsvorgang sind Wesen und Kern der Ermessensausübung zu sehen.<sup>156</sup> Die Bewertung und Gewichtung der Interessen im Einzelfall kann nur anhand der konkreten Sach- und Rechtslage und nicht abstrakt-generell im Vorfeld vorgenommen werden. Möglich ist es allenfalls, die individuellen Wertungsspielräume des Rechtsanwenders bei der Gewichtung der maßgeblichen Kriterien dadurch zu reduzieren, dass vorab festgelegt wird, ob und welchen – und unter Umständen unter welchen Voraussetzungen – einzelnen Gesichtspunkten im Kollisionsfall grundsätzlich der Vorrang gebührt, ohne hierdurch zugleich eine feste Hierarchie zu etablieren.<sup>157</sup> Wenn sich dem Gesetz eine dahingehend normative Vorzugsregel entnehmen lässt, ist die Behörde von Rechts wegen verpflichtet, dem gesetzlichen Belang höheres Gewicht beizulegen.<sup>158</sup>

151 Erb, Legalität und Opportunität (1999), S. 63.

152 Vgl. Eyermann-Rennert (13. Auflage, 2010), § 114 VwGO Rn. 21.

153 Abwägung im Rahmen der Ermessensausübung ist die Rangbestimmung zwischen den zuvor ermittelten Kriterien; vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2. Auflage, 2004), 4/50.

154 Hoffmann, Beurteilungsspielräume der Staatsanwaltschaft als prozessuales Prinzip – eine Schranke auch bei der Haftprüfung nach den §§ 121ff. StPO?, NStZ 2002, S. 566.

155 Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung (1964), S. 16 f.: „Und auch der bestehende Restraum subjektiver Wertungen ist objektiviert: Die Abwägung des Für und Wieder findet nicht nach einem rein individuell-subjektiven Entscheidungsmaßstab statt, sondern wird durch die Amtsträgereigenschaft, d.h. die Pflichtmäßigkeit und -gebundenheit objektiviert. Pflichtgemäßheit wird dort als Korrektiv relevant, wo Subjektivität bei der Ermessensausübung unvermeidlich ist, im ‘Innenraum’ der Ermessensausübung.“ Stern spricht insoweit von einer „Amtspflichtbindung der Ermessensausübung“, ebenda, S. 18.

156 Vgl. Ossenbühl, in Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (12. Auflage, 2002), § 10 Rn. 14.

157 Erb, Legalität und Opportunität (1999), S. 63 ff.

158 Eyermann-Rennert (13. Auflage, 2010), § 114 VwGO Rn. 21.

### III. Zusammenfassung

Im Unterschied zur Legalität zeichnet sich Opportunität durch das Vorliegen von Entscheidungsspielräumen aus. Mittels dieser Spielräume überlässt der Gesetzgeber den Strafverfolgungsbehörden die Rechtskonkretisierung im Einzelfall. Das Ausfüllen dieser Spielräume, das heißt die Ausübung des Verfolgungs- und Anklageermessens, erfolgt durch eine einzelfallbezogene Abwägung des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses mit widerstreitenden Interessen.

Die Ermessensentscheidung findet nicht im rechtsfreien Raum statt, sondern innerhalb eines normativen Rahmens. Um Grad und Maß der rechtlichen Bindung zu bestimmen, kann die Entscheidungsfindung in mehrere Schritte unterteilt werden: Zunächst werden die entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte ermittelt und den betroffenen Interessen zugeordnet. Hierbei ist die Staatsanwaltschaft engen rechtlichen Bindungen unterworfen. In einem zweiten Schritt sind diese Gesichtspunkte zu gewichten und die Belange gegeneinander abzuwägen. Im Rahmen der Abwägung stehen Wertungsspielräume offen, und es besteht Raum für individuelle Auffassungen und persönliches Für-Richtig-Halten. Der Wertungsspielraum muss jedoch „pflichtgemäß“ ausgefüllt werden und ist insofern objektiviert.

### C. Völkerrechtsverbrechen

Die formale Begriffsbestimmung der Völkerrechtsverbrechen bereitet keine Schwierigkeiten, ist weitestgehend unumstritten und kann an dieser Stelle dementsprechend kurz ausfallen. Der Versuch einer ausführlichen materiellen Begründung des Völkerstrafrechts erfolgt zu Beginn des Zweiten Teils der Arbeit.

## I. Völkerrechtliche Straftatbestände

Nach der heute gängigen Begriffsbestimmung handelt es sich bei den Völkerrechtsverbrechen um diejenigen völkerrechtlichen Normen, die eine individuelle Strafbarkeit unmittelbar nach Völkerrecht begründen.<sup>159</sup> Die Strafbarkeit des Verhaltens steht fest, ohne dass es – zumindest von Völkerrechts wegen – eines Eingreifens des staatlichen Gesetzgebers bedarf.<sup>160</sup> Die Völkerrechtsverbrechen treten damit als weitere Spur unmittelbar an den Einzelnen gerichteter, strafrechtlicher Normen eigenständig neben die staatlichen Straftatbestände.

159 Siehe nur Werle, Völkerstrafrecht (3. Auflage, 2012), Rn. 86 m.w.N.

160 Broomhall, *International Justice & the ICC* (2003), S. 10.