Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht : ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?

Autor(en): **Sollberger, Jürg**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **108 (1989)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896328

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht

Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?

Referat von Dr. iur. JÜRG SOLLBERGER

Gerichtspräsident, Bern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 9

Abkürzungsverzeichnis 13

Vorwort 15

1. Teil

Die theoretische Ausgangslage 17

I. Einleitung 17

II. Theoretische Überlegungen 20
1. Zum Zweck von Strafrecht und Strafverfahren 20
2. Gedanken zum ultima-ratio-Charakter der Freiheitsstrafe . . . 21
3. Schuldstrafrecht und Opportunitätsüberlegungen 23
4. Die angemessene Sanktion 24

III. Begriff von Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip 27
1. Das Legalitätsprinzip 27
2. Die Elemente des Legalitätsprinzips 27
3. Der Begriff des Opportunitätsprinzips 29
4. Die Elemente der Definition 29
5. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip 30

IV. Das Problem des Bagatelldeliktes und seine Behandlung im materiellen Bundesrecht 31
1. Begriffsbestimmung 31
2. Die Behandlung der Bagatelldelikte im Schweizerischen Strafgesetzbuch 33
3. Die Behandlung von Verbrechen und Vergehen geringerer Schwere im geltenden Schweizerischen Recht 35
a) Allgemein 35
b) Die Öffnung des ordentlichen Strafrahmens wegen Geringfügigkeit 36
c) Die Straffreiheit aus Gründen der Geringfügigkeit 38
aa) Besondere Fälle der Betätigung von Reue 39
bb) Geringfügigkeit 39
4. Strafbefreiung und Verfolgungsverzicht nach Bestimmungen des Nebenstrafrechts des Bundes 40
a) Art. 100, Ziff. 1, Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Straßenverkehr vom 18. Dezember 1958 (mit Revision) 40
b) Art. 19a, Ziff. 2 und Ziff. 3 sowie Art. 19b des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. 10. 1951 (Revision vom 20. 3. 1975) 42

V. Die Einschränkung der Verfolgung durch Ermächtigungserfordernis und Eliminierung geringfügiger Übertretungen aus dem Kriminalrecht 44
1. Die Einschränkung der Verfolgung durch das Garantiegesetz 44
2. Die Einschränkung der Verfolgung durch das Verantwortlichkeitsgesetz 45
3. Die Ordnungswidrigkeit im Schweizerischen Recht. 46

VI. Das Einbringen von Opportunitätsüberlegungen über Strafzumessung und bedingten Strafvollzug. 47
1. Der bedingte Strafvollzug als Möglichkeit, aus Opportunitätsüberlegungen zumindest zurzeit, auf den Vollzug einer Sanktion zu verzichten 47
2. Strafzumessung und Opportunitätsüberlegungen 48

VII. Zur Diskussion im Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip in der Schweiz 49
1. Die Ausgangslage 49
2. Die verschiedenen Meinungen 51
3. Der gegenwärtige Stand der Diskussion. 54
4. Schlußfolgerungen und Grundlage für weitere Überlegungen 55
a) Das StGB. 55
b) Die Bestimmungen des 16. Titels des StGB 56
c) Der Bundesstrafprozeß 56
5. Verfahrensvorschriften für die Kantone im BStrP. 57

VIII. Das faktische Opportunitätsprinzip. 58

2. Teil

Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in den Strafprozeßordnungen der Kantone

I. Einleitung 63

II. Die Strafprozeßordnungen der Kantone 65

A. Strafprozeßordnungen, die das Legalitätsprinzip ausdrücklich oder dem Sinne nach für die Strafverfolgung vorsehen 65
1. Bern 65
2. Zürich. 66
3. Solothurn 68
4. Obwalden 69
5. Nidwalden 70
a) Das geltende Recht 70
b) Zur Revision 71
6. Thurgau 72
7. Graubünden 73
8. Wallis 74
9. Freiburg 76
10. St. Gallen 77
11. Zug 78
12. Tessin 78
13. Luzern 79
14. Appenzell I. Rh. 81
15. Glarus 82

B. Strafprozeßordnungen, die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vorgesehen haben . . . 83
1. Schwyz . . . 83
2. Basel-Land . . . 84
3. Uri . . . 85
4. Basel-Stadt . . . 87
5. Appenzell A. Rh. . . . 88
6. Schaffhausen . . . 90
7. Aargau . . . 93
C. Strafprozeßordnungen, die das Opportunitätsprinzip für die Strafverfolgungsbehörde vorsehen . . . 93
1. Jura . . . 93
2. Waadt . . . 95
3. Neuenburg . . . 96
4. Genf . . . 96

III. Zusammenfassung . . . 97

3. Teil
Ausländische Lösungsmodelle

I. Die materiellrechtliche Lösung nach § 42 öStGB . . . 99
1. Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat nach öStGB § 42 . . . 99
2. Zu den Wurzeln der Geringfügigkeitslösung nach § 42 . . . 100
3. Die Kriterien der Lösung gemäß § 42 öStGB . . . 101
aa) Die geringe Schuld des Täters . . . 101
bb) Die Folgen der Tat . . . 102
cc) Fehlendes Erfordernis der Sanktionierung aus spezialpräventiven Gründen . . . 102
dd) Die generalpräventive Notwendigkeit der Sanktion . . . 103
4. Zusammenfassung . . . 104

II. Die prozessuale Lösung nach § 153 ff. der Deutschen Strafprozeßordnung . . . 104
1. Einleitung . . . 104
2. Die Ausnahmen vom Verfolgungszwang . . . 106
A. Die Einstellung wegen Geringfügigkeit . . . 106
aa) Allgemeines . . . 106
bb) Die geringe Schuld . . . 106
cc) Das öffentliche Verfolgungsinteresse . . . 107
B. Die Einstellung nach Erfüllung von Auflagen . . . 108
C. Weitere Bestimmungen, die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip beinhalten . . . 110
3. Zusammenfassung . . . 114

4. Teil
Die Revision des StGB gemäß Bericht und Vorentwurf Schultz

I. Die Unterteilung der strafbaren Handlungen in Vergehen und Übertretungen . . . 115

II. Das Sanktionssystem des Vorentwurfs . . . 115

III. Die Strafbefreiung . . . 118

IV. Zusammenfassung . . . 119

5. Teil

Opportunität und Legalität in den verschiedenen Phasen des Strafverfahrens

A. Polizei im Spannungsfeld zwischen Verfolgungspflicht und Opportunität 121
I. Grundlagen 121
II. Allg. Überlegungen 121
III. Die Wirklichkeit des polizeilichen Alltags 126
1. Der Einsatz der polizeilichen Mittel 126
2. Polizeiliche Stellungnahmen zum Problembereich Legalitätsprinzip und Polizei 127
a) Der Polizeinotstand 127
b) Verzicht auf Verfolgung aus polizeitaktischen Gründen . . 128
c) Der Verzicht auf Verfolgung aus Gründen der (polizeilichen) Prozeßökonomie 129
d) Der Verzicht auf Verfolgung unter Berufung auf materiellrechtliche Bestimmungen 130
e) Das Problem der Dunkelziffer 131
IV. Zusammenfassung 132
B. Staatsanwaltschaft und Opportunität 132
C. Opportunitätserwägungen und urteilendes Gericht 136
I. Problemstellung 136
II. Entscheidungsermessen und Opportunitätsprinzip 137
1. Begriff 137
2. Die Beeinflussung des Ermessens durch sachfremde Momente 138
a) Einflüsse, die aus dem Verhalten des Angeschuldigten hervorgehen 138
b) Prozeßklima 138
c) Die Parteienvertreter 140
d) Die persönliche Lebenssituation des Richters 141
3. Folgerungen 142
D. Überlegungen zur Frage der Zuteilung von Entscheidungsermessen de lege ferenda 143

6. Teil

Kriminalpolitische Aufgabenstellung

I. Die Ausgangslage 145
II. Die Geringfügigkeit der Tat 146
1. Vorbemerkung 146
2. Versuch einer Gliederung der Bagatelldelikte 148
a) Die bereits durch den Gesetzgeber als Bagatellen qualifizierten Rechtsverstöße (echte Bagatellen) 148
b) Rechtsverstöße, die sich erst in der einzelfallbezogenen Wertung als Bagatellen erweisen (unechte Bagatellen) . . . 148
c) Rechtsverstöße, die sich im zeitlichen oder sachlichen Zusammenhange mit anderen Rechtsverstößen als Bagatellen erweisen (relative Bagatellen) 148

3. Lösungsvorschläge zur Bewältigung des Bagatellproblems . . 149
a) Der Bereich der echten Bagatellen 149
b) Das Problem der unechten (unselbständigen) Bagatellen . 152
c) Die justizförmige Bewältigung der relativen Bagatellen . . 157

III. Die Betroffenheit durch die eigene Tat 159

IV. Ein besonderes aktives Verhalten des Täters in Richtung Ausgleich des begangenen Unrechts 160

V. Zur Frage der Vereinheitlichung des Strafprozeßrechts und der Gerichtsorganisation 161

VI. Schlußthesen 166

Literaturverzeichnis

AESCHLIMANN, JÜRG. Das Bernische Strafverfahren, Vorlesungsskriptum 1986/87 (zit.: Strafverfahren).

– Bemerkungen zu neuen Entwicklungen und Tendenzen in der Strafjustiz, SJZ 84, 1988, S. 316 ff. (zit.: Bemerkungen).

ALBRECHT, PETER. Die Skepsis der Strafgerichte gegenüber der Rechtswissenschaft, ZStrR 102, 1985, S. 385 ff.

ARBEITSGRUPPE Dritte Welt, Exportinteressen gegen Muttermilch, der tödliche Fortschritt durch Babynahrung, Reinbeck bei Hamburg, 1976.

BACKES, OTTO. Kriminalpolitik ohne Legitimität, kritV 1986, S. 315 ff.

BÄNZIGER, FELIX. Das gemäßigte Opportunitätsprinzip in der Praxis des Kantons Appenzell A. Rh., ZStrR 99, 1982, S. 288 ff.

BAUMANN, JÜRGEN. Minima non curat praetor, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift Peters, Tübingen 1974.

BECKMANN, WOLFGANG. Das Bagatelldelikt und seine Behandlung im Strafgesetzbuch der Schweiz, Baden-Baden 1982.

BERNASCONI, PAOLO. Lehren aus den Strafverfahren Texon, Weißcredit und ähnlichen, ZStrR 98, 1981, S. 379 ff.

BRÜHLMEIER, BEAT. Aargauische Strafprozeßordnung, Aarau 1960.

BURCKHARDT, WALTER. Kommentar zur Bundesverfassung, Bern 1931.

CAVIN, PIERRE. Droit pénal fédéral et procédure cantonale, ZSR 65, 1946, S. 1a ff.

CLERC, FRANÇOIS. A propos des controverses en Suisse sur les principes de l'opportunité et la légalité des poursuites, ZStrR 63, 1948, S. 161 ff. (zit.: A propos).

– Initiation à la justice pénale en Suisse, Neuenburg, 1975 (zit.: Initiation).

– Opportunité ou légalité des poursuites, ZStrR 99, 1982, S. 276 ff. (zit.: Opportunité).

COMTESSE, FRÉDÉRIC-HENRI. Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kant. Strafprozeß, ZSR 65, 1946, S. 61a ff.

DRIENDL, JOHANNES. Staatsanwaltschaft und Strafverfolgung in der Schweiz, in Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, hrsg. von H. H. Jescheck und R. Leibinger, Baden-Baden 1979 (zit.: Staatsanwaltschaft).

– Empfiehlt es sich, die Bestimmung «mangelnde Strafwürdigkeit einer Tat» (ö. StrGB § 42) in das Schweizerische Strafgesetzbuch zu übernehmen?, ZStrR 97, 1980, S. 1 ff. (zit.: Strafwürdigkeit).

FALB, FRITZ. Das Bernische Strafverfahren, Vorlesungsskriptum 3. Aufl., Bern 1975.

GASSER, RUDOLF. Die Stellung des Fürsprechers zu Gericht und Behörden, in: Standesrechtlicher Lehrgang, hrsg. vom Bernischen Anwaltsverband, Bern 1986.

GERMANN, O.A. Zum strafprozeßrechtlichen Legalitätsprinzip, ZStrR 77, 1961, S. 1 ff.

GISEL-BUGNION, MONIQUE. Punir sans prison, quelques suggestions, Genf 1984.

GYGI, FRITZ. Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986.

HAUSER, ROBERT. Die Behandlung der Bagatellkriminalität in der Schweiz, ZStW 92, 1980, S. 295 ff. (zit.: Bagatellkriminalität).

– Kurzlehrbuch des Schweizerischen Strafprozeßrechtes, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a. Main 1984 (zit.: Kurzlehrbuch).

– Das schweizerische Strafprozeßrecht in der ZStrR, ZStrR 105, 1988, S. 87 ff. (zit.: Strafprozeßrecht).

HEDIGER, BERNHARD. Quantitative Betrachtungsweise im Strafrecht und ihre Anwendung im Rahmen des aargauischen Opportunitätsprinzips, Diss. Zürich 1974.

HEYDEN, FRANK. Begriff, Grundlagen und Verwirklichung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips, Diss. Zürich 1961.

HIRSCH, HANS JOACHIM. Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92, 1980, S. 218 ff.

IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1, Basel/Stuttgart 1976.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1978 (zit.: Lehrbuch).

– Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98, 1986, S. 1 ff. (zit.: Strafrechtsdogmatik).

KAISER, GÜNTHER. Kriminologie, eine Einführung in die Grundlagen, 7. Aufl., Heidelberg 1985 (zit.: Einführung).

– Aktuelle Ergebnisse kriminologischer Forschung, ZStrR 103, 1986, S. 1 ff. (zit.: Ergebnisse).

– Kriminologie, Ein Lehrbuch, Heidelberg/Karlsruhe 1980, Neuauflage 1988 (zit.: Lehrbuch).

KLEINKNECHT, THEODOR. Strafprozeßordnung, 37. Aufl., München 1985.

KRÜMPELMANN, JUSTUS. Die Bagatelldelikte, Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, Berlin 1966.

KÜHL, KRISTIAN. Unschuldsvermutung. Freispruch und Einstellung, Köln 1983.

KUNZ, KARL-LUDWIG. Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft, eine empirische Untersuchung in kriminalpolitischer Absicht, Königstein 1980 (zit.: Einstellung).

– Das strafrechtliche Bagatellprinzip, eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung, Berlin 1984 (zit.: Bagatellprinzip).

– Prävention und gerechte Zurechnung, Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung, ZStW 98, 1986, S. 823 ff. (zit.: Prävention).

– Die kurzfristige Freiheitsstrafe und die Möglichkeit ihres Ersatzes, eine kriminalpolitische Bilanz, ZStrR 103, 1986, S. 182 ff. (zit.: Freiheitsstrafe).

– Der kurzfristige Freiheitsentzug in der Schweiz: Intention und Aufwendung, Schweiz. Arbeitsgruppe für Kriminologie, Tagung 1987 (zit.: Freiheitsentzug).

– Vorbeugen statt verfolgen, Polizeiliche Prävention von Kriminalität – ein Konzept mit Zukunft?, Bern/Stuttgart 1987 (zit.: Vorbeugen).

LEVI, ROBERT. Schwerpunkte der strafprozessualen Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 102, 1985, S. 345 ff.

NOLL, PETER. Strafprozeßrecht, Vorlesungsskriptum, Zürich 1977.
PETER, MARKUS. Erste Erfahrungen mit dem BG über das Verwaltungsstrafrecht, ZStR 93, 1977, S. 353 ff.
PETERS, KARL. Strafprozeßrecht, 4. Aufl., Heidelberg 1985.
PFENNINGER, H. F. Legalität oder Opportunität im Schweizerischen Strafrecht, ZStrR 66, 1951, S. 125 ff. (zit.: Legalität).
– Der öffentliche Ankläger im Schweizerischen Strafverfahren, SJZ 58, 1962, S. 97 ff. und 113 ff. (zit.: Ankläger).
– Probleme des Schweizerischen Strafprozeßrechts, Ausgewählte Aufsätze, Zürich 1966 (zit.: Probleme).
PIETH, MARK. Strafverteidigung – wozu?, Basel/Frankfurt a. Main 1986.
PIQUEREZ, GÉRARD. Traité de procédure pénale bernoise et jurassienne, Neuenburg 1983 (zit.: Traité).
– Précis de procédure pénale Suisse, Lausanne 1987 (zit.: Précis).
PONCET, DOMINIQUE. Le nouveau code de procédure pénale Genevois annoté, Genf 1978.
REHBERG, JÖRG. Der Zürcher Strafprozeß in Revision, SJZ 83, 1987, S. 230 ff.
REIWALD, PAUL. Die Gesellschaft und ihre Verbrecher, Zürich 1948.
RIKLIN, FRANZ. Zur Diskussion über die kurzen Freiheitsstrafen und die Alternativen im europäischen Ausland, Der Strafvollzug in der Schweiz, Nr. 3, 1985, S. 122 ff.
ROTHENFLUH, WALTER. Die Dauer des Strafprozesses, ZStrR 100, 1983, S. 366 ff.
ROXIN, KLAUS. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, ZStrR 104, 1987, S. 356 ff.
SCHÖCH, HEINZ. Neuere Entwicklung in der Strafverfahrensforschung, ZStrR 98, 1981, S. 293 ff.
SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift Peters, Tübingen 1974.
SCHULTZ, HANS. Strafrecht, Kriminologie und Strafrechtsreform, ZBJV 94, 1985, S. 249 ff. (zit.: Strafrecht).
– Die strafrechtliche Rechtsprechung zum Straßenverkehrsrecht 1968–1972, Bern 1974 (zit.: Rechtsprechung).
– Rechtseinheit ohne Einheit des Rechts, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift Peters, Tübingen 1974, S. 429 ff. (zit.: Rechtseinheit).
– Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer, in: Festschrift für Henkel, Berlin 1974, S. 239 ff. (zit.: Dunkelziffer).
– Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. 1 und 2, 4. Aufl., Bern 1982 (zit.: Einführung).
– Strafprozeß und Strafprozeßreform in der Schweiz, in: Gesamtreform des Strafverfahrens, 1986, S. 36 ff. (zit.: Strafprozeß).
– Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Straßenverkehr vom 19. Dezember 1958, Bern 1964 (zit.: Strafbestimmungen).
– Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987 (zit.: Bericht).
SOLLBERGER, JÜRG. Das Dilemma des Richters beim Strafen, ZBJV 116, 1980, S. 361 ff. (zit.: Dilemma).
– Strafrechtsreform, ein aktuelles Thema, ZStrR 102, 1985, S. 370 ff. (zit.: Strafrechtsreform).
SPECKERT, XAVER. Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip, Diss. Zürich 1951.

STEIGER, H. Die Bernische Staatsanwaltschaft, Diss. Bern 1951.
STRATENWERTH, GÜNTHER. Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg/Karlsruhe 1977.
STREBEL, J. Vom Richter und seinem Amte, ZBJV 89, 1953, S. 137 ff.
TREYVAUD, DOMINIQUE. Légalité ou opportunité de la procédure pénale, Diss. Lausanne 1961.
Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1946, ZSR 65, 1946, S. 367 a ff.
WAIBLINGER, MAX. Das Strafverfahren des Kantons Bern, Langenthal, 1937 (zit.: Strafverfahren).
– Zur Frage der Vereinheitlichung des Schweizerischen Strafprozeßrechtes, ZStrR 67, 1952, S. 217 ff. (zit.: Vereinheitlichung).
– Die Bedeutung des Grundsatzes «nullum crimen sine lege» für die Anwendung und Fortentwicklung des Schweizerischen Strafrechts, ZBJV 91bis, 1955, S. 212 ff. (zit.: Bedeutung).
WEIGEND, THOMAS. Anklagepflicht und Ermessen, Die Stellung des Staatsanwaltes zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht, Baden-Baden 1978.

Abkürzungen

Abs.	Absatz
a. a. O.	am angeführten Ort
a. M.	anderer Meinung
ANAG	BG vom 26. 3. 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer
AT	Allgemeiner Teil des Gesetzbuches
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BetMG	BG vom 3. 10. 1951 über die Betäubungsmittel
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BStrP	BG vom 15. 6. 1934 über die Bundesstrafrechtspflege
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung
CPP	Code de procédure pénale/Codice di procedura penale
Diss.	Dissertation
DStPO	Deutsche Strafprozeßordnung
EG	Einführungsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. 11. 1950
FN	Fußnote
g. M.	gleicher Meinung
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GR	Großer Rat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
kritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtwissenschaft, München
KV	Kantonsverfassung
LP	Legalitätsprinzip
mat.	materiell
OG	Organisationsgesetz
OP	Opportunitätsprinzip
öStGB	österreichisches Strafgesetzbuch
RA	Richteramt
RN	Randnote
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Strafgesetzbuch vom 21. 12. 1937
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverfahren
SVG	BG vom 19. 12. 1958 über den Straßenverkehr
URA	Untersuchungsrichteramt

V	Verordnung
VE	Vorentwurf
VE Schultz	Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buchs «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweiz. Strafgesetzbuches von Prof. Hans Schultz, Bern 1987
VRV	V vom 13. 11. 1962 über die Straßenverkehrsregeln
VStrR	BG vom 22. 3. 1974 über das Verwaltungsstrafrecht
VZV	V vom 27. 10. 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Straßenverkehr
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Vorwort

«Laßt ab von der Vorstellung, daß Gerechtigkeit und Justiz ein und dasselbe sind oder zu sein haben. Sie können es nicht sein. Es liegt außerhalb menschlicher und irdischer Möglichkeit. Sie verhalten sich zueinander wie die Symbole des Glaubens zur religiösen Übung. Du kannst mit dem Symbol nicht leben, doch in der strengen und gewissenhaften Übung, das ewige Symbol über sich zu wissen, das ... wie soll ich sagen, das absolviert. Eine solche Absolution ist natürlich notwendig, daß man sich mit ihr beruhigt, ist gleichfalls notwendig.»

JAKOB WASSERMANN
(Der Fall Maurizius, Carl Posen Verlag Zürich 1944, S. 583)

Diese Aussage, formuliert von Oberstaatsanwalt von Andergast, jedem Leser des großen Romans von Jakob Wassermann an den Kopf geworfen, hat mich wahrscheinlich damals, als ich sie, jung an Jahren und voller Idealismus, erstmals gelesen habe, ebenso getroffen, wie sie den jungen Etzel von Andergast bestürzt und betroffen gemacht hat.

Der Fall Maurizius, die Geschichte eines Vater-Sohn-Konflikts und eines Justizirrtums, hat mich durch meine gymnasiale und universitäre Zeit begleitet, und er hat mich auch heute noch nicht losgelassen. Wenn auch die Hoffnung, die ideale, gerechte Gesellschaft könnte geschaffen werden, inzwischen beim vom täglichen Entscheidungsdruck gejagten Richter einer leisen Resignation gewichen ist, blieb doch der Glaube erhalten, es sollte möglich sein, in kleinen Schritten Veränderungen und Verbesserungen zu erreichen. Die hier vorgelegte Arbeit ist ein Versuch, zu Veränderungen und Verbesserungen beizutragen. Hinterfragen vermeintlicher Gegebenheiten mag in der Ruhe stören. Darauf zu verzichten würde jedoch heißen, auf ein wertvolles Gut, das uns geschenkt worden ist, zu verzichten, auf die Fähigkeit nämlich, nachdenken und mit unseren Gedanken Dinge bewegen zu können.

1. Teil

Die theoretische Ausgangslage

I. Einleitung

Der Strafrichter, der seine Arbeit nicht bloß als Pflichtübung versteht, sondern sich auch Gedanken darüber macht, ob das, was er von Gesetzes wegen zu tun gezwungen ist, mit seinen persönlichen Überzeugungen in Übereinstimmung gebracht werden kann, wird sich vor ein Dilemma[1] gestellt sehen. Trotz ausgebauter Sanktionspalette, der Möglichkeit der Strafmilderung und des bedingten Strafvollzuges wird es für den Strafrechtspraktiker unter dem geltenden materiellen und, etwa im Kanton Bern auch formellen Recht immer wieder Situationen geben, in denen *das Suchen nach angemessenen Reaktionen auf normwidriges Verhalten im Einzelfall,* gerade im Bereich der geringfügigen Rechtsverstöße, *erfolglos* bleiben muß.

Wenn ein Strafrechtspraktiker die Gelegenheit erhält, seine Gedanken zum Problembereich des Opportunitätsprinzips im Strafrecht (oder Strafverfahren, der Auftrag wurde hier für den Referenten weit gefaßt) zu formulieren, und wenn gleichzeitig ein Vertreter der Lehre sich an die Bewältigung des gleichen Stoffes macht, dann soll sicher nicht der alte Zwist zwischen Lehre und Praxis[2] Gelegenheit zu einer Neuauflage erhalten. Vielmehr sollte bei der Bearbeitung dieser für die Strafrechtsreform eminent wichtigen Frage die Chance genutzt werden, Lehre und Praxis einander näherzubringen, gegenseitiges Verstehen zu ermöglichen und die bestehenden Gräben wenn nicht zuzuschütten, so doch mit tragfähigen Brücken in Form gegenseitiger Hilfeleistung zu überwinden.

Für den Praktiker wird es darum gehen, die Ansatzpunkte aufzuzeigen, an denen in der täglichen Arbeit Gedanken zur Frage der Legalität oder Opportunität im Strafrecht und im

[1] J. SOLLBERGER, Dilemma, S. 361 ff.
[2] P. ALBRECHT, S. 385.

Prozeß aufkommen mögen. Andererseits wird der Vertreter der Lehre über die grundsätzlichen Fragen, die das gestellte Thema aufwirft, Überlegungen anstellen und diese Überlegungen an den Gegebenheiten des geltenden Rechts messen.

Daß dabei gerade ein Berner Praktiker zum Zuge kommen soll, wird kaum von ungefähr sein, ist doch der bernische Strafprozeß ein Verfahren, das in allen seinen Phasen wesentlich vom *formellen Legalitätsprinzip* geprägt wird. Die beinahe gläubige Hinwendung zu Ermittlungs- und Anklage*pflicht* drückt sich nicht nur im Prozeßrecht aus, erkennbar wird diese Neigung bereits an der rein personellen Ausgestaltung der Bernischen Gerichtsorganisation. Gut ausgebaute Einheit von Stadt- und Kantonspolizei, acht ordentliche, drei auf Drogendelikte spezialisierte sowie fünf auf «white collar crimes» eingeschossene Untersuchungsrichter hatten 1987 941 Strafuntersuchungen [3] zu führen. Demgegenüber galt es für nur 5 Einzelrichter in Strafsachen 24 128 neu im Amtsbezirk Bern eingeleitete Verfahren aus dem Bereich geringfügiger Normverletzungen zu bewältigen [4], wobei den urteilenden Strafeinzelrichtern (Polizeirichter) die Verfolgungspflicht nicht nur theoretisch vorgeschrieben ist.

Wenngleich natürlich offensichtlich ist, daß ein einziges Verfahren aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität mehr Ermittlungsarbeit mit sich bringen kann als entsprechende Urteilsarbeit für mehrere hundert Anzeigen auf dem Gebiet des Straßenverkehrs, fällt doch auf, daß für Ermittlung, Untersuchung und Überweisung weit größere personelle Reserven zur Verfügung stehen als für die Beurteilung geringfügiger Rechtsverstöße. Das zwingt zur schnellen und meist oberflächlichen Erledigung der Bagatellkriminalität. Dem Problem der angemessenen Reaktion wird ausgewichen. Was heute gemäß Gesetz und Praxis in diesem Bereich geschieht, erscheint richtig, sinnvoll. Es gilt auch in diesem Bereich streng, aber gerecht zu richten, Hinterfragen ist nicht erwünscht, da störend.

Die Arbeit als Strafrichter in diesem Umfeld ist nicht problemlos. Auch wenn die tägliche Arbeitslast dazu zwingt, vorwärts zu machen, die große Linie einzuhalten und weitgehend dem Erledigungsprinzip zu huldigen, bleibt doch in manchem Einzelfall ein schlechtes Gefühl zurück. Die Summe dieser

[3] Zuzüglich die auf den Amtsbezirk Bern entfallenden Verfahren aus den gesamthaft 115 Drogenstrafverfahren und 6 Wirtschaftsstrafverfahren.

[4] Bericht über die Staatsverwaltung des Kantons Bern für das Jahr 1987, S. 52 ff.

negativen Eindrücke läßt sich in drei Bereiche zusammenfassen, die, so ist zu erwarten, später eingehend untersucht werden müssen.

a) Da ist einmal die Frage des Verhältnisses zwischen Rechtsverstoß und Justizaufwand. Auch wenn der bernische Strafprozeß mit dem Strafmandat[5] und dem Urteil ohne Hauptverhandlung[6] zwei Institute kennt, die für die Beurteilung geringfügiger Delikte einen angemessenen Aufwand sicherstellen, drängt sich doch in vielen Fällen die Frage auf, was denn die öffentliche Ordnung mehr störe, die Normverletzung oder deren justizmäßige Bewältigung.

b) Aus langjähriger praktischer Tätigkeit ist die Gewißheit gewachsen, daß kurze Freiheitsstrafen viel zu häufig ausgesprochen werden. Auch der Anteil der unbedingt ausgesprochenen kurzen Strafen erscheint zu hoch. Dieser Eindruck wurde durch eine punktuelle Erhebung[7] bestätigt.

c) Letztlich wurde oftmals vergeblich nach Sanktionen gesucht, die der besonderen Situation gerecht werden konnten. Das Fehlen einer Möglichkeit, überhaupt auf Sanktionen verzichten zu können, wurde zudem als besonders stoßend empfunden.

Diese drei Problemkreise, Verhältnismäßigkeit der justizmäßigen Bewältigung, die *kurzen* Freiheitsstrafen und das Fehlen von Alternativsanktionen sowie einer Möglichkeit des Sanktionsverzichts bewegen dazu, nach Auswegen zu suchen. Daß dabei ein Blick über Kantons- und Landesgrenzen zu einem Wunsch nach Übernahme dort vorhandener Institute und Prinzipien führen kann, ergibt sich zwangsläufig.

Das Bemühen dieser Arbeit ist es, diese mehr im emotionalen Bereich vorhandenen Ansätze zu überdenken, eine Bestandesaufnahme vorzunehmen und die andernorts vorhandenen Institute auf ihre Tauglichkeit und Übertragbarkeit auf hiesige Verhältnisse zu überprüfen. Damit ist auch der Bezug zum Opportunitätsprinzip hergestellt.

[5] Strafbefehl, Art. 219 ff. Bern. Strafverfahren.
[6] Art. 227 Bern. StV.
[7] J. SOLLBERGER, Strafrechtsreform, S. 377.

II. Theoretische Überlegungen

1. Zum Zweck von Strafrecht und Strafverfahren

Dem Strafrechtspraktiker fällt es schwer, sich mit Strafrechtstheorien auseinanderzusetzen. Er wird mit Blick auf seine tägliche Praxis SCHULTZ zustimmen können, wenn dieser betont, das Strafrecht brauche gar nicht besonders begründet zu werden.[8] Der Gesetzgeber, der die Durchsetzung wesentlicher Rechtsnormen will, muß, wenn er die Durchsetzung nicht direkt erreichen kann, was in den wenigsten Fällen möglich ist, die betreffende Norm mit einer Strafandrohung versehen, wobei die Strafe zum Ersatzzwang wird. Mit dieser Androhung soll erreicht werden, daß die Norm ernstgenommen und eingehalten wird. Wenn also der Strafrechtspraktiker wirkt, dann tut er dies, um dazu beizutragen, daß die Rechtsordnung, die sich eine Gemeinschaft selbst gegeben hat, im Interesse der Friedenssicherung innerhalb dieser Gemeinschaft eingehalten wird.

Aufgabe des Strafrechts ist die symbolische Bekräftigung der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung, Rechtsverletzungen durch staatliche Sanktion zu ahnden und den Täter nach Verdienst verantwortlich zu machen[9].

Damit ist aber einmal die wesentliche Frage angesprochen, welche Rechtsnorm so wichtig sei, daß sie nach Ersatzzwang, also nach Strafandrohung verlangt oder wann auf eine Normverletzung anders und minder schwer als mit Strafe angemessen zu reagieren ist. Anschließend stellt sich die Frage nach der Art der Sanktionsandrohung, die sich gemessen an der Bedeutung der Norm, die geschützt werden soll, rechtfertigt. Daß gerade hier Wandlungen in der Auffassung eintreten können, braucht nicht am vielleicht entlegenen Beispiel des Sexualstrafrechts verdeutlicht zu werden. Das Strafrecht insgesamt ist in ständigem Wandel, und das ist keineswegs ein schlechtes Zeichen. *Ius criminalis semper est reformandum.*

Das Strafverfahrensrecht und die Bestimmungen über die Organisation der Strafverfolgungs- und Urteilsbehörden müssen grundsätzlich der Zielsetzung des mat. Rechts untergeordnet werden. Verfahrensvorschriften haben vor allem den Zweck, geeignete Wege zur Umsetzung des mat. Strafrechts

[8] H. SCHULTZ, Einführung, Bd. I, S. 46.
[9] H. H. JESCHEK, Strafrechtsdogmatik, S. 27.

anzubieten. Dabei haben die Verfahrensvorschriften gewisse Grundsätze zu beachten, gewisse Vorgaben umzusetzen. Ein Verfahren muß so ausgestaltet sein, daß Verfahrensaufwand und Verfahrensumfang in einem angemessenen Verhältnis zur jeweiligen Normverletzung stehen. Dabei sind die Bedürfnisse des Angeschuldigten, aber auch des Verletzten zu respektieren. Ein Verfahren soll so gestaltet sein, daß der Eingriff in die persönlichen Rechte der Parteien nicht mehr Schaden denn Nutzen bringt. Raschheit des Verfahrens ist verlangt, wobei diese Raschheit nicht zu Lasten der Rechte der Parteien gehen darf. Das Verfahren muß aber auch Möglichkeiten bieten, den Ausgleich zwischen den Parteien zu finden. Die Wiederherstellung der Rechtsordnung kann durchaus ohne Sanktion erreicht werden. Damit stellt sich die grundsätzliche Frage, ob nicht Möglichkeiten gegeben sein müßten, um die erfolgte Aussöhnung angemessen zu berücksichtigen, um aus Opportunitätsgründen auf eine Sanktion auch dort zu verzichten, wo dieser Verzicht für den Normfall nicht vorgesehen ist.

2. *Gedanken zum Ultima-ratio-Charakter der Freiheitsstrafe*

Bemühungen müssen dahin gehen, die Schwelle zur Strafbarkeit von Normverletzungen zumindest zu überprüfen, und dabei dem Ultima-ratio-Charakter des Strafrechts Rechnung zu tragen. Das Strafrecht als schärfste Waffe sozialer Verteidigung[10] darf erst zuletzt eingesetzt werden. Es sind allenfalls für den Betroffenen günstigere Mittel zu wählen, zum anderen ist aber auch dem Sanktionskatalog des Strafrechts ein besonderes Augenmerk zu schenken und insbesondere die kurze Freiheitsstrafe soweit möglich zu verdrängen. Dies scheint heute die in der Lehre doch vorherrschende Auffassung zu sein[11]. Diese ideale Zielsetzung kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, *daß es in einigen Fällen einfach nicht gelingen wird, Ideallösungen zu finden und anzubieten.* Solange es eine menschliche Gesellschaft gibt, wird es Verletzungen der Normen, die sich diese Gesellschaft auferlegt hat, geben. Qualität und Quantität der

[10] K. L. KUNZ, Bagatellprinzip, S. 308.

[11] K. L. KUNZ, Freiheitsstrafe, S. 182. Danach hat die Schweiz als eine von wenigen westeuropäischen Nationen auf eine gesetzliche Zurückdrängung kurzfristigen Freiheitsentzuges zugunsten ambulanter Sanktionen verzichtet. Die kriminalpolitische Angemessenheit dieses Entscheids müsste neu überdacht werden.

Reaktion auf diese Normverletzungen sind wandelbar wie die Auffassung zu Fragen des Zusammenlebens in der Gesellschaft auch. Ferner wird es immer Bereiche geben, wo Sanktionen, gleich welcher Art, keinen Erfolg haben können. Die ideale Vorstellung, der Strafvollzug werde (re)sozialisierend auf Rechtsbrecher wirken, hat sich als wenig begründet erwiesen, ebenso die, es könne durch sozialtherapeutische Behandlung ein durchschlagender Erfolg erzielt werden [12]. Letztlich wird es immer Fälle geben, in denen das Aussprechen einer Sanktion im Wissen darum geschieht, daß der Erfolg, nämlich die Wiedereingliederung des Rechtsbrechers in die Gesellschaft und seine Aussöhnung mit den Rechtsnormen dieser Gesellschaft, nicht erreicht werden kann, wo Sanktionen nur noch Strafcharakter haben, vergeltend, Übel zufügend. Der Täter, der rücksichtslos unschuldige Opfer in Kauf nimmt, um sein Ziel, die Erbeutung eines Geldbetrages, erreichen zu können, wird in der Regel, wohl seiner Sozialgefährlichkeit wegen, lange und sicher aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden müssen. Der Einbrecher, der mehrfach bestraft, therapiert und in seinem sozialen Umfeld betreut worden ist, dennoch immer wieder, eines zeitlich und auch sonst beschränkten Wohlstandes wegen, sich an fremdem Gut vergeht, wird den Strafvollzug nur als Übelszufügung erleben können, wobei diese Übelzufügung bereits bei Begehung des erneuten Einbruches auch vom Täter selbst erwartet worden ist [13].

Diese in konkreten Einzelfällen düstere Perspektive darf aber nicht dazu verleiten, jedes Bemühen um Verwirklichung des Ultima-Charakters von Strafrecht und Freiheitsstrafe als erfolgloses Bemühen abzutun und zu unterlassen. Abgesehen davon, daß das Wissensdefizit um die Wirksamkeit einzelner Sanktionen beachtlich und kaum kurzfristig behebbar ist, ist zu betonen, daß jene Fälle, in denen kaum Aussicht auf baldige und befriedigende Lösungen bestehen, die zwar spektakulären, aber doch eher seltenen Ausnahmen bilden. Bereits ein Hinweis auf die Verurteiltenstatistik bestätigt dies. 67 % aller im Jahre 1986 im Eidg. Strafregister aufgeführten Sanktionen waren

[12] KUNZ, a.a.O., S. 198, mit Literaturhinweisen, ebenso G. KAISER, Einführung, S. 152.

[13] So betont auch JESCHEK, (Strafrechtsdogmatik, S. 22), daß die Freiheitsstrafe aus Gründen der Generalprävention bei schweren, insbesondere Gewaltverbrechen, bei wiederholter Rückfälligkeit auch schon im Bereich der mittleren Kriminalität sowie als Ersatzsanktion beim Versagen von Alternativen unverzichtbar sei.

Verurteilungen zu Freiheitsstrafen. Von diesen 40 172 Verurteilungen zu Freiheitsstrafen entfielen 36 715 (oder 92 %) auf Strafen von bis zu 6 Monaten. Mit Sicherheit befinden sich unter diesen 36 715 Fällen solche, in denen die ausgesprochene Sanktion zumindest aus spezialpräventiven Überlegungen nicht begründet werden kann, und insbesondere nicht mit dem Hinweis darauf zu rechtfertigen ist, es sei eben keine andere geeignete Sanktion zur Verfügung gewesen[14]. Gerade hier hat eine Reform anzusetzen, und hier hat sie auch, ungeachtet der Problematik des schweren, nicht lösbaren Konflikts in besonderen Ausnahmefällen, Alternativen zur Verfügung.

3. Schuldstrafrecht und Opportunitätsüberlegungen

Wenn auch in neuerer Zeit versucht wird, die Grundsätze des Schuldstrafrechts in Zweifel zu ziehen und nach neuen Lehrsätzen zur Bewältigung abweichenden Verhaltens gesucht wird[15], ist doch die herrschende Meinung auch heute noch die, daß ohne Schuldstrafrecht nicht auszukommen ist[16]. Nach herkömmlicher Auffassung soll der eine Sanktion auf sich nehmen müssen, der gegen eine Strafrechtsnorm verstoßen hat, obwohl es in seiner Macht gestanden hätte, sich regelkonform zu verhalten. Sein Verhalten muß ihm vorgeworfen werden können, weil er das Vorgehen frei gewählt hat; darum ist es auch sittlich verpönt[17]. Wenn nun aber Vorwerfbarkeit vorliegt, ist der Staat berechtigt und verpflichtet, durch Übelzufügung Vergeltung zu üben. Die Strafe hat also schuldvergeltend zu sein, sie soll einen Ausgleich schaffen zum verpönten, sozialschädlichen Verhal-

[14] Das Problem der relativ hohen Zahl der Freiheitstrafen wird allerdings dadurch entschärft, daß etwa im Vergleich zu Deutschland ein besonders hoher Prozentsatz an Strafaussetzungen und ebenso eine besonders niedere Widerrufsquote festgestellt werden können (JESCHEK, Strafrechtsdogmatik, S. 23, mit Verweisen).

[15] Nachweise bei G. STRATENWERTH, S. 7 und K. L. KUNZ, Prävention, S. 823.

[16] H. SCHULTZ, Einführung, S. 179 ff. und Bericht, S. 116 ff. G. STRATENWERTH, S. 42, K. ROXIN, S. 376.

[17] Nach ROXIN (ZStrR 104, S. 369) ist die Schuldfähigkeit die Fähigkeit zur Selbststeuerung psychischer Antriebe und die daraus resultierende normative Ansprechbarkeit eines Menschen in einer bestimmten Situation. Schuldhaft handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig strafrechtliches Unrecht verwirklicht, obwohl er in der entsprechenden Entscheidungslage normativ ansprechbar war.

ten. Immer mehr setzt sich aber die Auffassung durch, daß jedenfalls die staatliche Reaktion auf eine Gesetzesverletzung nicht strenger ausfallen dürfe, als im Verhältnis zur Tatschuld erforderlich ist. Ist eine mildere Sanktion für den Täter ausreichend, dann darf die Reaktion auch durchaus milder ausfallen [18]. Hier liegt die Berührung zum Opportunitätsprinzip. Im Gegensatz zum Legalitätsprinzip, das die Justizbehörde verpflichtet, bei Rechtsbruch zu reagieren, ermächtigt das Opportunitätsprinzip zum Reaktionsverzicht. Spezialpräventive Überlegungen in Verbindung mit Fragen des Schuldstrafrechts und des Opportunitätsprinzips führen zum Ergebnis, daß jedenfalls dort von einer staatlichen Sanktion abgesehen werden darf, wo dies unter Berücksichtigung der Tatschuld [19] und der auf den Täter bezogenen Notwendigkeit einer Sanktion nicht erforderlich erscheint.

4. *Die angemessene Sanktion*

Eine augenfällige Problematik ergibt sich für die Justiz in bezug auf die *Qualität der Sanktion,* die bei Rechtsverstößen ausgesprochen werden muß. Ob jemand wegen Führens eines Mofas ohne Haftpflichtversicherung [20] oder wegen vorsätzlicher Tötung zur Beurteilung steht, in beiden Fällen ist der Richter gezwungen, die qualitativ gleichwertige Sanktion auszusprechen, den Freiheitsentzug. Allfällige Unterschiede, die vielleicht einmal zwischen Zuchthausvollzug und Haftvollzug bestanden haben mögen, sind längst verwischt worden. Der Freiheitsentzug in den zwar sauberen, aber engen Zellen eines Bezirksgefängnisses mit beschränkten Arbeitsmöglichkeiten, kaum vorhandenen Möglichkeiten zur sinnvollen Gestaltung der Randzeiten, fehlenden Spazierhöfen usw. steht heute sogar weit schlechter da [21], als derjenige in den neu konzipierten

[18] H. SCHULTZ, Bericht, S. 117.

[19] K. L. KUNZ, Bagatellprinzip, S. 311.

[20] Nach Art. 145 Ziff. 4 VZV wird mit *Haft und mit Buße* bestraft, wer ein Motorfahrrad führt, für das die vorgeschriebene Haftpflichtversicherung nicht besteht.

[21] HAUSER, Bagatellkriminalität, S. 303, ist dagegen der Meinung, der Vollzug von Kurzstrafen in Form von Haft anstatt von Gefängnis stelle eine erhebliche Erleichterung dar, weil der Inhaftierte im Haftvollzug die von ihm selbst bestimmte Arbeit verrichten könne, im Gegensatz zum Gefängnisvollzug, wo der Verurteilte die ihm zugewiesene Arbeit zu übernehmen habe.

Vollzugsanstalten. Es mag vielleicht daran liegen, daß sich Aussenstehende kaum Vorstellungen darüber machen können, was es heißt, Freiheitsentzug erdulden zu müssen. Schon der bloße Gedanke an einen engen Raum ohne offene Fenster und ohne Türklinke an der einzigen Tür sollte eigentlich jedermann erschauern lassen. Daß bei diesen Gedanken der Grundsatz der Freiheitsstrafe als ultima ratio dominant werden müßte, scheint einzuleuchten, und dennoch wird immer wieder und immer neu auch für Rechtsverstöße, die das Normensystem unserer Gesellschaft kaum ernstlich gefährden können, nach der Freiheitsstrafe als angemessener Sanktion verlangt[22]. Dies begünstigt eine gesetzgeberische Tendenz, die primär und fast ausschließlich auf die Freiheitsstrafe setzt. Der Richter muß eine Freiheitsstrafe aussprechen, wenn sie ihm zwingend durch den Gesetzgeber vorgegeben ist. Im Rahmen seines Ermessens wird er die erforderlichen Korrekturen *bei der Strafhöhe* vornehmen, also zu einer *kurzen* Strafdauer tendieren. Statistisch schlägt sich dies in einer Konzentration auf Freiheitsstrafen zwischen 1 und 30 Tagen nieder[23]. Der Richter wird aber auch nach neuen Wegen suchen, um von dieser stoßenden Situation wegzukommen. Daß durch eine extrem hohe Anforderung an die Beweisqualität gelegentlich ein Freispruch oder eine Aufhebung herbeigezwängt wird, mag verdeutlichen, wie wenig befriedigend die gesetzliche Situation besonders in Kantonen, die in ihren Verfahrensvorschriften streng nach dem formalen Legali-

[22] Nach HAUSER, Bagatellkriminalität S. 299, zeitigten Verurteilungen zu kurzfristigen Freiheitsstrafen gerade in überblickbaren Verhältnissen einen heilsamen Abschreckungs- und Warnungseffekt. Betont wird dabei ebenfalls die Übereinstimmung mit der Grundströmung bei der Bevölkerung, die in einer Freiheitsstrafe eine angemessene und wirksame staatliche Reaktion auf begangenes Unrecht sehe.

[23] KUNZ, Freiheitsstrafe, S. 201, unterscheidet in drei klar abgrenzbare Phasen des Hafterlebens. Die erste Phase wird geprägt von den deprimierenden Eindrücken der tristen Realität des Strafvollzugs. Die zweite Phase führt zu einer zunehmenden Abstumpfung und Gewöhnung und die dritte Phase verinnerlicht die künstlichen Lebensbedingungen der Strafanstalt und entfremdet zunehmend von der Außenwelt. Diese Dreiphasenüberlegung führt dazu, Gewicht der kurzen Freiheitsstrafe auf die erste Phase zu legen, sie muß also so kurz wie möglich und so hart wie nötig sein. Dieses Konzept bedarf allerdings nach KUNZ der empirischen Überprüfung und Abklärung. M. E. steht die «short sharp shock»-Strafe im Gegensatz zum humanen Strafvollzug. Es ist nicht einzusehen, wieso die Brot- und Wasserphilosophie bei sozial angepaßten Deliquenten wieder zum Zuge kommen soll. Dagegen wäre die Arbeitsleistung, die auch für die «Weißen-Kragen-Täter» schmutzige Hände bringen könnte, eine echte, wirkungsvolle und zugleich humane Alternative.

tätsprinzip vorgehen, ist. Hier sollte der Untersuchungs- und Überweisungsbehörde ebenso wie dem urteilenden Richter eine Möglichkeit gegeben sein, ohne Rechtsbeugung die Sanktion zu wählen, die tatsächlich in einem Verhältnis zur begangenen Normverletzung, dem angerichteten Schaden und dem Interesse an einer Verurteilung, steht. Unter bestimmten Voraussetzungen sollte auf jegliche Sanktion verzichtet werden können.

Denn soll die kurze Freiheitsstrafe ver- oder mindestens zurückgedrängt werden, dann ergibt sich die zwingende Notwendigkeit, neben alternativen Sanktionsformen auch die Möglichkeiten zu haben, im Bagatellbereich aus Opportunitätsüberlegungen auf Sanktionen überhaupt verzichten zu können[24]. Eine Strafrechtsreform muß daher sicher auch bei der Bewältigung des Bagatellproblems nach Alternativen zu den geltenden Bestimmungen suchen und sich zu Opportunitätsbestimmungen auch im materiellen Recht hinwenden.

Dabei sind Überlegungen zur Bagatelle und solche, die ihre Wurzeln im Opportunitätsdenken haben, kaum streng zu trennen. Bagatellen dürfen nicht zu unverhältnismäßigem Verfahren führen. Es geht darum, daß der justizmäßige Aufwand generell in einem angemessenen Verhältnis zur gegebenen Geringfügigkeit der Tat stehen muß. Opportunitätsüberlegungen gehen ebenso dahin, geringfügiges Unrecht auch geringfügig (wenn überhaupt) zu ahnden, wobei hier die Besonderheiten des Einzelfalles mehr im Vordergrund stehen als bei generellen Bagatellüberlegungen.

[24] BAUMANN, S. 8 ff., fordert, daß einmal die Zahl der Tatbestände im Strafrecht entscheidend zu reduzieren sei, zudem die Strafrechtsschwelle angehoben, und nach neuen Reaktionen auf normwidriges Verhalten gesucht werden müsse. Die Wiederholung des Legalitätsprinzips müsse so einhergehen mit einer Freistellung der minima im materiell-rechtlichen Bereich von Strafbarkeit.

III. Begriff von Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip[25]

Legalitäts- und Opportunitätsprinzip sind Begriffe aus dem Strafrechtsverfahrensrecht und gelten als Prozeßprinzipien bezw. Verfahrensgrundsätze oder Prozeßmaximen[26].

1. Das Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip enthält die Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörde, bei Vorliegen des genügenden Tatverdachtes und der im betreffenden Verfahrensstadium erforderlichen Prozeßvoraussetzungen die Strafverfolgung zu eröffnen, fortzuführen und schließlich Anklage zu erheben. Die Umschreibung als «Verfolgungspflicht»[27] kann als Zusammenfassung des Begriffs verstanden werden, was jedoch besser mit dem Ausdruck «Ermittlungs- und Anklagepflicht»[28] erfolgen dürfte.

2. Die Elemente des Legalitätsprinzips

Nach der oben umschriebenen Definition sind folgende Elemente auseinanderzuhalten:

a) Die Verfolgungs- und Anklagepflicht richtet sich an ein bestimmtes staatliches Organ, nämlich die Strafverfolgungsbehörde. Das Legalitätsprinzip in diesem prozessualen Sinne (im Gegensatz zum materiell- oder staatsrechtlichen Legalitätsprinzip, das in Art. 1 StGB enthalten ist) richtet sich also aus-

[25] Zur Geschichte von Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip vgl. eingehend XAVER SPECKERT, Zur Definition vgl. ausführlich HEYDEN , S. 3 ff.

[26] Zur grundsätzlichen Kritik an der bisherigen Definition von Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip vgl. FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, S. 411 ff. Nach Schroeder ist das Legalitätsprinzip zu einer bloßen Zuständigkeitsfrage entmaterialisiert worden. Demgegenüber hat sich der Gegensatz zwischen Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip gewandelt in die Frage, ob bei gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten sei oder ob neben fehlbaren Verbrechensmerkmalen und Verfolgungsvoraussetzungen noch weitere Gründe für die Nichtverfolgung berücksichtigt werden könnten oder gegebenenfalls sogar müßten.

[27] SCHROEDER, S. 414.

[28] K. PETERS, S. 171.

schließlich an diejenigen Organe der Strafjustiz, die mit der Eröffnung, Weiterverfolgung und Anklageerhebung befaßt sind. Daraus ergibt sich auch, daß das Legalitätsprinzip zwar wohl seine Auswirkungen für die Organe der gerichtlichen Polizei haben kann, sich begrifflich jedoch nicht an diese richtet. Ebenso ist der urteilende Richter nur insoweit vom LP betroffen, als er selber untersuchungsrichterliche und überweisende Funktionen ausübt. Als Strafverfolgungsbehörde können hingegen auch mehrere Organe miteinander angesprochen sein, was beispielsweise für den bernischen Strafprozeß zutrifft[29].

b) Es muß ein ausreichender Tatverdacht vorhanden sein, damit die Verpflichtung zum Tätigwerden besteht. Tatverdacht bedeutet das Vorliegen eines Verdachtes, bezogen auf eine strafbare Handlung, wobei strafbare Handlung hier als tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und zurechenbares Verhalten[30] verstanden wird. Der Verdacht muß sich demnach auf die Tatbestandsmäßigkeit, die Rechtswidrigkeit und die Zurechenbarkeit, nicht jedoch auf das Verschulden als Vorwerfbarkeit beziehen. Fehlt eines dieser Momente, liegt keine strafbare Handlung vor, und es besteht keine Verfolgungspflicht. Solange der Tatverdacht besteht, ist die Verfolgungsbehörde verpflichtet, die Beweissichtung und Beweissammlung voranzutreiben. Hat sich der Verdacht derart verdichtet, daß eine Verurteilung als wahrscheinlich erscheint, ist Anklage zu erheben, bzw. die Überweisung an das urteilende Gericht vorzunehmen. Entfällt der Verdacht, sind die Ermittlungen einzustellen, und das Verfahren ist nach den im betreffenden Prozeß geltenden Vorschriften abzuschließen. Bleibt der Verdacht zwar bestehen, erscheint jedoch eine Verurteilung wegen einer ungünstigen Beweislage als unwahrscheinlich, hat ein Abschluß des Verfahrens zu erfolgen, wobei hier ein Ermessensentscheid vorliegt, der jedoch nicht durch Opportunitätsüberlegungen bestimmt, sondern rein prozeßtechnischer Natur ist.

c) Es müssen zudem die im betreffenden Verfahrensstadium erforderlichen Prozeßvoraussetzungen vorliegen. Als Prozeßvoraussetzung sind in diesem Zusammenhang der Strafantrag[31] (ungeachtet, ob der Strafantrag als obj. Strafbarkeitsbe-

[29] Zum bern. Strafprozeß vgl. unter S. 65 ff.
[30] H. SCHULTZ, Einführung, S. 144, sowie ausführlich HEYDEN, S. 3 ff.
[31] H. SCHULTZ, Einführung, S. 237.

dingung des mat. Rechts anzusehen ist) und die Ermächtigung anzusehen, als negative Prozeßvoraussetzung und damit Prozeßhindernis die Verjährung, die Amnestie sowie die bereits bestehende Rechtshängigkeit. Fällt eine Prozeßvoraussetzung weg oder tritt im Laufe des Verfahrens ein Prozeßhindernis ein, so ist das Verfahren durch einen Prozeßentscheid zum Abschluß zu bringen.

d) Die Strafverfolgungsbehörde hat bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß a–c zu handeln. Die Strafverfolgung erfaßt grundsätzlich alle Phasen eines Verfahrens, von der Entgegennahme der Anzeige bis zur letztinstanzlichen Rechtsmittelerklärung. Von Bedeutung ist im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip jedoch nur die Entgegennahme von Anzeige, der Entscheid über Eröffnung und Fortführung der Untersuchung und die Anklageerhebung bzw. Überweisung des Verfahrens an das urteilende Gericht.

Das Legalitätsprinzip als Strafverfolgungsprinzip will erreichen, daß unter dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung alle strafbaren Handlungen durch den Richter beurteilt werden können. Nur wenn die Verfolgungs- und Anklagepflicht während der ganzen Dauer des Verfahrens besteht, kann von einer Verwirklichung des Legalitätsprinzips gesprochen werden [32].

3. Der Begriff des Opportunitätsprinzips

Unter der Herrschaft des Opportunitätsprinzips fällt bei Vorliegen des ausreichenden Tatverdachts und der im betreffenden Verfahrensstadium erforderlichen Prozeßvoraussetzungen die unbedingte Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörde auf Eröffnung und Fortsetzung des Verfahrens sowie Anklageerhebung dahin und wird ersetzt durch das freie Ermessen. Die Strafverfolgungsbehörden haben also nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden, ob sie die Strafverfolgung aufnehmen und weiterführen oder Anklage erheben wollen [33].

4. Die Elemente der Definition

a) Nach dem Opportunitätsprinzip hat ein oder haben mehrere Staatsorgane das Recht, aber nicht die Pflicht, die Strafverfol-

[32] HEYDEN, S. 7.
[33] HEYDEN, S. 7, O. A. GERMANN, S. 9.

gung einzuleiten und voranzutreiben, bzw. Anklage zu erheben. Die Voraussetzungen sind die gleichen wie beim Legalitätsprinzip, nämlich Verdacht auf eine strafbare Handlung und Vorliegen der im betreffenden Verfahrensstadium erforderlichen Prozeßvoraussetzungen. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann haben die Strafverfolgungsbehörden nach freiem Ermessen zu entscheiden, was im betreffenden Verfahrensstadium zu geschehen hat. Freies Ermessen bedeutet hier Entscheidung kraft eigener, nicht aus dem positiven Recht abgeleiteten Wertung.

b) Eine Einschränkung erfolgt bei Geltung des integralen Opportunitätsprinzips nur in zweifacher Hinsicht:

aa) einmal muß ein ausreichender Verdacht bestehen, daß eine strafbare Handlung überhaupt begangen worden ist, und die Tat muß als beweisbar erscheinen, denn nur dann kann nach freiem Ermessen entschieden werden, ob verfolgt werden soll oder nicht.

bb) Eine Einschränkung erfolgt zudem durch die allgemeine inhaltliche Schranke jeden Ermessens des sich aus Art. 4 BV ergebenden Willkürverbots[34]. Liegen weitergehende Einschränkungen im positiven Recht vor, wie etwa die Umschreibung, daß eine Einstellung erfolgen kann, wenn Verschulden und Folgen der Tat gering sind, oder erfolgt eine Beschränkung auf bestimmte Deliktsgruppen, stellt sich die Frage, ob da noch von einem OP als Verfolgungsprinzip gesprochen werden kann. Abgesehen davon, daß die Umschreibung im positiven Recht bald einmal so eng sein kann, daß von einem freien Ermessen nicht mehr die Rede ist, ergibt ein Blick auf die Ursprünge des Opportunitätsprinzips den Hinweis darauf, daß eine Einschränkung des Ermessens in irgendeiner Richtung dem Opportunitätsprinzip ein wesentliches Element entzieht[35].

5. *Ausnahmen vom Legalitätsprinzip*

Sehen Bestimmungen des Strafverfahrensrechtes vor, daß unter bestimmten Voraussetzungen in Einzelfällen auf eine Verfolgung und Anklage verzichtet werden kann, dann ist damit nicht das Opportunitätsprinzip als Verfolgungsgrundsatz in die

[34] Vgl. unten S. 137.
[35] A. M. HEYDEN, S. 8.

betreffende Verfahrensordnung aufgenommen [36]. Vielmehr gilt weiterhin das Legalitätsprinzip, das jedoch in einem oder mehreren Fällen durch Ausnahmen durchbrochen wird, ohne daß der Grundsatz der Verfolgungspflicht entfallen würde [37].

IV. Das Problem des Bagatelldeliktes und seine Behandlung im materiellen Bundesrecht

1. Begriffsbestimmung

Der Strafrechtspraktiker, gleichgültig welche Spruchkompetenz ihm zusteht, sieht sich immer wieder mit Tatbeständen konfrontiert, die ihm als Bagatellen erscheinen. Als Bagatelle empfindet er eine geringfügige Tat, geringfügig für sich allein betrachtet oder geringfügig im Zusammenhang mit anderen Taten. Diese Geringfügigkeit kann sich sowohl auf die Art der Rechtsgutverletzung beziehen als auch auf die Schwere dieser Verletzung. Als Bagatelle empfindet er das Mißachten eines Rotlichts ebenso wie die Wegnahme einer billigen Kaufhausware oder die Sachbeschädigung, begangen anläßlich eines schweren Einbruchs. Im Zusammenhange mit der Bagatelle stellt sich nicht nur die Frage, wie sie zu definieren wäre, sondern insbesondere auch die, wie ihr sanktionsbezogen zu begegnen ist, und gerade hier zeigt sich in der Praxis sehr häufig, daß das im Gesetz vorgesehene Lösungsangebot dem entsprechenden Fall nicht gerecht zu werden vermag. Der Richter sehnt sich daher nach der Möglichkeit, nach Opportunitätsüberlegungen handeln zu können, womit der Zusammenhang zwischen Bagatellen und Opportunitätsprinzip gegeben ist.

Die wissenschaftliche Diskussion hat recht eigentlich eingesetzt mit der grundlegenden Arbeit von KRÜMPELMANN [38]. Auch wenn heute die Darlegungen von KRÜMPELMANN nicht mehr unbestritten sind [39], sind sie nach wie vor wegweisend [40], und es

[36] HEYDEN, S. 8.

[37] A. M. KARL PETERS, S. 171, mit dem Hinweis, Ausnahmen von Legalitätsprinzip würden üblicherweise unter der Bezeichnung Opportunitätsprinzip zusammengefaßt.

[38] JUSTUS KRÜMPELMANN.

[39] Vgl. dazu insbesondere KUNZ, Bagatellprinzip, S. 16 und WOLFGANG BECKMANN, S. 32 ff.

[40] KUNZ, Bagatellprinzip, S. 16.

kommt ihr das Verdienst zu, die Möglichkeiten und Grenzen einer Ableitung des Bagatellbegriffs aus dem positiven Recht nachgewiesen zu haben[41]. KRÜMPELMANN unterscheidet zwischen selbständigen, leichten Delikten einerseits und unselbständigen, leichten Delikten andererseits. Eine selbständige Bagatelle liegt dann vor, wenn die Tat einen Übertretungstatbestand verwirklicht. Von einem unselbständigen, leichten Delikt muß dann gesprochen werden, wenn die Tat nicht den für die Merkmale des Tatbestandes typischen erheblichen Unrechtsgrad erreicht[42]. Diese Definition orientiert sich demnach ausschließlich am System und Funktionszusammenhang der Straftaten, und hier setzt denn auch die Kritik an dieser Definition an[43]. In der Tat vermag die Definition von KRÜMPELMANN gerade im Schweizerischen Recht durchaus eine Richtlinie zu geben, ist das StGB doch, wie noch zu zeigen sein wird[44], weitgehend auf der Fiktion aufgebaut, daß Übertretungen Bagatellen und Bagatellen Übertretungen sind. Es bleibt jedoch eine Zone der Ungenauigkeit[45] zurück, die es auszufüllen gilt. Diese Ungenauigkeit bleibt insbesondere dort bestehen, wo es darum geht, im Zusammenhang mit Strafzumessungsüberlegungen den Bezug zur Bagatelle herzustellen. Aus diesen Überlegungen ergibt sich folgendes: Die Bagatelle hat zwei Komponenten. Einmal diejenige der Einordnung in das Straftatensystem, zum andern aber auch diejenige der Behandlung im Einzelfall, bezogen auf Tatunrecht, Tatschuld und Sanktionsbedürftigkeit. Am Gesetzgeber ist es, die Tat aufgrund ihres typischen Unrechtsgehalts in das Straftatensystem einzuteilen und die Bagatelle als solche zu kennzeichnen. Aufgabe der Justiz dagegen muß es sein, einzelfallbezogene Korrekturen an dieser grundsätzlichen Einteilung, die der Gesetzgeber vorgenommen hat, anzubringen[46]. KUNZ seinerseits[47] definiert die Bagatellen als Straftaten, wenn wir uns entschlossen haben, auf sie anders

[41] BECKMANN, S. 31.
[42] KRÜMPELMANN, S. 57.
[43] KUNZ, Bagatellprinzip, S. 16.
[44] Vgl. unten S. 33 ff.
[45] KRÜMPELMANN, S. 123.
[46] Vgl. dazu BECKMANN, der die Bagatelle definiert als Straftat, die nicht oder nur abgeschwächt sanktioniert werden soll, weil entweder geringes Tatunrecht und damit geringe Tatschuld eine milde Bestrafung erforderlich machen oder weil die Tat als kriminalpolitisch unerheblich eingesetzt wird, so daß nur ein verminderter Sanktionsbedarf vorliegt, S. 37.
[47] Bagatellprinzip, S. 309.

und milder als durch Verhängung von Kriminalstrafe zu reagieren. Aufgrund dieser Definition unterscheidet KUNZ Bagatelldelikte in Funktionszusammenhang des Straftatensystems (diese sind durch die Geringfügigkeit des materiellen Unrechtsgehalts eines formell strafrechtswidrigen Verhaltens gekennzeichnet) und Bagatelldelikte im Zumessungszusammenhang (hier geht es um eine umfassende Strafbedürftigkeitsbeurteilung aller tat- und täterbezogenen Umstände unter dem leitenden Interesse der ergebnisbezogenen sachrichtigen Behandlung geringfügiger Fälle).

Es ließe sich vereinfacht auch formulieren, Aufgabe des Gesetzgebers sei es, eine Grobunterscheidung in Bagatelldelikte und andere Delikte vorzunehmen, Aufgabe der Justiz dagegen sei es, die Feinabstimmung vorzunehmen, weil ja die Grenzen zwischen Bagatellen und Nichtbagatellen fließend sind. Erst diese Feinabstimmung, die die Justiz vorzunehmen hat, erlaubt es, eine bestimmte Tat allenfalls auch im Zusammenhang mit andern Taten richtig zu werten, also z. B. die Sachbeschädigung im Tatzusammenhang mit dem qualifizierten Diebstahl als Bagatelle zu erkennen. Auf Einzelheiten wird später noch einzugehen sein. Behalten wir aber vorerst die Unterscheidung in selbständige und unselbständige Bagatellen, bzw. in echte und unechte Bagatellen, wie sie BECKMANN nennt[48], im Auge.

2. Die Behandlung der Bagatelldelikte im Schweizerischen Strafgesetzbuch[49]

Die inneren Bezüge zwischen Opportunitätsprinzip einerseits und der Bagatellen andererseits legen es nahe, bei einer Untersuchung des Opportunitätsprinzips im Strafrecht auch die Frage der Behandlung der Bagatellen im Schweiz. Strafgesetzbuch näher zu betrachten. In wenigen Jahren wird das StGB in seinen Grundgedanken 100 Jahre alt werden. Betrachtet man die Entwicklung, die sich in den letzten Jahren im Bereich des Kriminalrechts abgezeichnet hat, dann wird man erst recht ermessen können, welch unerhörte Leistung im Jahre 1893 bzw. 1894 erbracht wurde, als STOOSS seinen Vorentwurf vorlegte. Alles, was das Strafgesetzbuch noch heute zu einem zeitgemä-

[48] BECKMANN, S. 28, unter Hinweis auf eine andere Terminologie.

[49] Vgl. dazu eingehend BECKMANN, Der Systematik von BECKMANN wird hier weitgehend gefolgt.

ßen Gesetz macht, war damals bereits im Vorentwurf enthalten: ein besonderes Jugendstrafrecht, der bedingte Aufschub des Strafvollzuges bei kurzen Freiheitsstrafen, ein ausgebautes System sichernder Maßnahmen mit Ansätzen des dualistisch-vikarierenden Systems[50]. Trotz dieses Respekts vor der epochemachenden Leistung scheint die Zeit gekommen, Überlegungen anzustellen, in welcher Weise auf den Grundlagen dieses Vorentwurfes und des späteren Strafgesetzbuches die Entwicklung weiter vorangetrieben werden kann. Gerade im Bereich von Opportunität und Bagatellen wird eine Anpassung der gesetzlichen Bestimmungen kaum zu umgehen sein. Der Vorentwurf STOOSS und das spätere Strafgesetzbuch basieren im Bereich des Bagatellkonzepts auf der Vorstellung, daß eine Unterscheidung in leichte und erhebliche Deliktsformen tatbeständlich möglich sei. Die Grenzziehung zwischen Erheblichkeit einerseits und Geringfügigkeit andererseits erfolgte durch die Gegenüberstellung von Verbrechen (später Verbrechen und Vergehen) einerseits und Übertretungen andererseits. Das Problem der Bagatellkriminalität sollte mit den Mitteln eines voll ausgebauten Übertretungsstrafrechts gelöst werden. Sowohl im allgemeinen Teil wie auch in den besonderen Vorschriften hat dieses Konzept seinen Niederschlag gefunden. Es ist davon auszugehen, daß schon damals Übertretungen ohne Ausnahme als leichtere Fälle strafwürdigen Unrechts, bei denen sich eine mildere Bestrafung rechtfertigte, angesehen wurden. Bemerkenswert ist, daß im Rahmen der Diskussion der zweiten Kommission, die ihre Arbeiten 1916 abgeschlossen hatte, CALAME eine interessante Anregung machte. Seine Anregung ging dahin, bei jenen Übertretungen, die geringfügigere Fälle von Vergehen erfassen, auf eigenständige Tatbestände zu verzichten und dafür im ersten Buch eine allg. Vorschrift zu schaffen, die «geringfügige» Vergehen als Übertretung allein mit Buße oder Haft bedroht[51]. Damit wurde auf eine Schwäche des Systems von STOOSS hingewiesen, die darin besteht, daß Bagatellvarianten erheblicher Deliktsformen im Wege einer tatbeständlichen Ausgrenzung in das Übertretungsstrafrecht übergeführt werden müssen[52]. Eine solche Lösung ist nicht in der Lage, Veränderungen, die sich im Laufe der Zeit ergeben können, aufzufangen. Die allg. Bewertung von Delikten kann

[50] SCHULTZ, Einführung, S. 64/65.
[51] BECKMANN, S. 71.
[52] BECKMANN, S. 72.

sich im Verlaufe der Zeit verändern, und es können sich auch neue Kriminalitätsformen zeigen. Das Bagatellkonzept des StGB darzustellen, bedeutet auch gleichzeitig, das System zu kritisieren. Zwar wurde richtig erkannt, daß es leichtere Fälle strafwürdigen Unrechts, die auch eine mildere Bestrafung rechtfertigen würden, geben müsse, die Auffassung jedoch, es sei möglich, diese leichteren Fälle im besondern Teil allesamt zu normieren, hat sich als falsch erwiesen. Es hat sich im Gegenteil gezeigt, daß auch solche Tatbestände, die vom typischen Unrechtsgehalt her in die Kategorie der nicht leichten Fälle gehören, also begrifflich Verbrechen oder Vergehen sind, Formen aufweisen können, die aufgrund ihres Unrechtgehaltes durchaus in den Bagatellbereich fallen. Zwar enthält das Strafgesetzbuch ausführliche Bestimmungen über die Behandlung der echten Bagatelldelikte [53] und diese Bestimmungen des allg. Teils des StGB wirken auf das umfangreiche eidgenössische und kantonale Nebenstrafrecht. Die Einheitlichkeit findet jedoch dort ein Ende, wo es darum geht, dieses Bagatellkonzept in die Tat umzusetzen, nämlich im kantonalen Prozeß [54].

3. Die Behandlung von Verbrechen und Vergehen geringerer Schwere im geltenden schweizerischen Recht

a) Allgemein

Das StGB kennt nur in geringem Umfange Varianten minderer Schwere von Vergehen oder Verbrechen. Zudem wurde beim wohl wichtigsten Bereich, in welchem Bagatellvarianten denkbar sind, nämlich im Bereich der Vermögensdelikte durch die enge Umschreibung des subjektiven Tatbestandes (zusätzlich durch die noch engere Interpretation der Praxis) die Anwendung an sich vorhandener Bestimmungen auf ein Minimum reduziert, abweichende kant. Praxis vorbehalten [55].

Damit bleibt die Sanktionenfolge für geringfügige Verstöße (Haft und Buße) im wesentlichen beschränkt auf den Bereich selbständiger Verletzungshandlungen geringfügigen Charakters, wobei diese Delikte im StGB und in erheblichem Umfange im Nebenstrafrecht (dort oftmals als Gefährdungstatbestände: SVG) vorhanden sind.

[53] Art. 101 ff. StGB, mit Haft oder Buße als angedrohter Höchststrafe.
[54] vgl. unten S. 63 ff.
[55] BECKMANN, S. 102 f.

Die Erwartung, es könnte durch eine abschließende Aufzählung aller denkbaren Bagatellvarianten mit gleichzeitiger Überführung in das Übertretungsstrafrecht das Bagatellproblem gelöst werden, konnte nicht erfüllt werden [56], was zur Folge hat, daß sich in der Praxis eine große Zahl leichter Delikte ergeben, die zwar vom Unrechtsgehalt als leicht erscheinen, von der Einreihung in den Tatbestandskatalog des StGB her jedoch als erhebliche Delikte bestraft werden müssen. Diese unechten Bagatellen können, da nicht dem Übertretungsstrafrecht zugeordnet, von Ausnahmefällen abgesehen, nicht den Sanktionsfolgen der Übertretungen unterstellt werden.

Tatbestände, in welchen das StGB selbst einen leichten oder besonders leichten Fall vorsieht, sind im Gesetz nicht besonders zahlreich.

b) Die Öffnung des ordentlichen Strafrahmens wegen Geringfügigkeit [57]

aa) Unter bestimmten, im Gesetz abschließend umschriebenen und dem Analogieverbot unterstehenden Voraussetzungen kann der ordentliche Strafrahmen nach unten durchbrochen werden. Dadurch werden gewisse Bagatellformen von Tatbeständen wegen der verminderten Sanktionsfolgen angemessener sanktioniert werden können. Die Strafmilderungsgründe sind abschließend in Art. 64 StGB aufgezählt, die herabgesetzten Strafsätze finden sich in Art. 65 StGB [58]. In allen Fällen, die sich in der abschließenden Aufzählung von Art. 64 finden, liegt es im Ermessen des Richters, ob er diese an sich mögliche Strafmilderung vornehmen will oder nicht.

Ergänzt werden die Fälle, in welchen gemäß Art. 64 StGB eine Strafmilderung vorgesehen ist, durch die Fälle des unvollendeten Versuchs (Art. 21 Abs. 1 StGB), des vollendeten Versuchs (Art. 22 Abs. 2 StGB) und der Gehilfenschaft (Art. 25 StGB). Auch in diesen Fällen stehen die reduzierten Strafsätze von Art. 65 StGB zur Verfügung.

Aus dem Katalog der ordentlichen Strafmilderungsgründe (achtenswerte Beweggründe, Handeln unter Drohung oder in schwerer Bedrängnis, ernstliche Versuchung oder Provoka-

[56] HAUSER, Bagatellkriminalität, S. 301, ist allerdings der Meinung, es gebe gute Gründe dafür, die Bagatellen so zu behandeln, wie sie heute im schweizerischen StGB behandelt werden.

[57] BECKMANN, S. 119 ff.

[58] Für Übertretungen in Art. 107 StGB.

tion, aufrichtige Reue, Schadenersatz im zumutbaren Rahmen und großer Zeitabstand zwischen Tatbegehung und Beurteilungszeitpunkt, verbunden mit Wohlverhalten), ergibt sich, daß es hier nicht um Fälle der geringen Schuld oder der kriminalpolitischen Unerheblichkeit einer Tat geht. Vielmehr ist einmal das Verhalten nach der Tat anvisiert, und vor allem werden besondere Umstände erfaßt, die in allen Deliktsbereichen als Schuldmilderung erscheinen und damit eine herabgesetzte Sanktionsfolge rechtfertigen[58a]. In der Praxis spielen jedoch die Fälle von Art. 64 StGB dennoch eine nicht unbedeutende Rolle, gerade im Bagatellbereich. Dadurch, daß es möglich wird, anstelle einer kurzen Freiheitsstrafe auf Buße zu erkennen, wird durch den Richter oftmals in Mißachtung des Analogieverbots und unter Strapazierung der gesetzlichen Umschreibung über Art. 64 StGB eine Strafmilderung angenommen. Ein solch typischer Fall findet sich im Nebenstrafrecht des Bundes. Gemäß BG über den Militärpflichtersatz[59] ist mit Haft bis zu 10 Tagen zu bestrafen, wer den Militärpflichtersatz trotz vorgängiger Mahnung schuldhaft nicht innert einer angesetzten Nachfrist bezahlt[60]. Die fristgerechte Bezahlung des Betrages wird häufig von solchen Personen unterlassen, die sich ohnehin mit Vorschriften schwer tun, und es müßte von daher auch der bedingte Strafvollzug verweigert werden. Die Bezahlung des Betrages, und sei es auch erst durch Hinterlegung im Urteilstermin, wird als Betätigung aufrichtiger Reue gewertet, was die Ausfällung einer geringen Buße (was weit schuldadäquater erscheint) möglich macht.

Im Bereich der Vermögensdelikte mit geringem Unrechtsgehalt gibt Art. 64 StGB auch dem findigen Richter jedoch wenig Gelegenheit, dem minderen Unrechtsgehalt entsprechend, eine angemessene Sanktion auszusprechen.

bb) Neben der ordentlichen Strafmilderung ist in bestimmten Fällen eine Strafmilderung nach freiem Ermessen möglich. Im Gegensatz zu Art. 64 StGB gibt es hier Fälle, da von dieser Strafmilderung durch den Richter nicht nur Gebrauch gemacht werden kann, sondern Gebrauch gemacht werden muß[61].

[58a] BECKMANN, S. 122.
[59] BG vom 12. 6. 1959, SR. 661.
[60] Art. 42 BG über den Militärpflichtersatz.
[61] Notwehrexzeß (Art. 33 Abs. 2 Satz 1), selbstverschuldeter Notstand oder Zumutbarkeit der Preisgabe des gefährdeten Gutes, für den Betroffenen wie für den Notstandshelfer (Art. 34 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2).

Fakultative Milderung ist möglich bei verminderter Zurechnungsfähigkeit (Art. 11 StGB), Rechtsirrtum (Art. 20 StGB) betätigter Reue nach vollendetem Versuch (Art. 22 Abs. 2), bei untauglichem Versuch (Art. 23) sowie bei bestimmten Tatbeständen des besonderen Teils[62].

Auch hier zeigt sich, daß diese Aufzählung der Strafmilderungsgründe zur Korrektur des Strafrahmens bei unechten Bagatellen wenig hergibt. Immerhin hat die erstinstanzliche Praxis eine Möglichkeit gefunden, gerade bei Ladendiebstählen von einer Freiheitsstrafe aus Opportunitätsüberlegungen Umgang nehmen zu können. Die Tatsache der Begehung eines kleinen Diebstahls löst bei Täterinnen und Tätern oftmals eine Krise aus, die eine ärztliche Behandlung erforderlich macht. Es mag sein, daß diese Persönlichkeitskrise bereits vor Tatbegehung bestanden hat, und daß die Tat aus dieser Krise heraus zu erklären ist, was bei entsprechender fachärztlicher Abklärung die Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit durch den Richter erlauben würde. Die Begutachtung in solchen Fällen wird jedoch in der Regel als unverhältnismäßig empfunden und bereits gestützt auf ein ärztliches Zeugnis, das die gegenwärtige Behandlung und für den Tatzeitpunkt eine angespannte persönliche Situation bestätigt, eine Strafmilderung nach Art. 66 StGB vorgenommen und eine Buße ausgesprochen.

Auch auf diese Weise versucht der Richter, die ihm vom Gesetz her versagte Möglichkeit, bei Bagatellvarianten bestimmter Tatbestände auf Buße zu erkennen, aufzufangen, was wohl rechtswidrig erscheinen mag, aber sicher im Einzelfall weit angemessener sein dürfte, als wenn die gesetzlich vorgesehene Sanktionsform ausgesprochen worden wäre.

c) Die Straffreiheit aus Gründen der Geringfügigkeit[63]

Der Allgemeine Teil des StGB kennt keine Bestimmung, die generell bei besonders leichten Spielarten von Delikten die Strafbefreiung vorsehen würde. Dennoch gibt es Delikte, die wegen ihrer Geringfügigkeit oder wegen fehlender spezialpräventiver Notwendigkeit den Strafverzicht als einzig mögliche Reaktion fordern. Das StGB kennt den Strafverzicht in der Form des Umgangnehmens von Strafe in eng umschriebenen

[62] Art. 120 Ziff. 3, Art. 123 Ziff. 1, Art. 308 Abs. 1 + 2 StGB.
[63] BECKMANN, S. 124 ff.

Fällen. Daneben stehen die Antragsdelikte zur Verfügung, wobei hier der Strafverzicht vom Entscheid des Geschädigten bzw. Antragsberechtigten abhängig ist und damit zu einem opferbezogenen Strafverzicht wird.

Die Regelung des Strafverzichts im materiellen Recht des Bundes muß als sehr zurückhaltend bezeichnet werden[64]. Abgesehen von zwei Bestimmungen aus dem Nebenstrafrecht des Bundes (SVG 100 Ziff. 1 Abs. 1 und BetMG 19a Abs. 2 und 19b), finden sich Bestimmungen, die ein Umgangnehmen von Bestrafung bei gleichzeitiger Schuldigsprechung erlauben, sowohl im AT wie auch im BT, und sie haben ihre Begründung in recht unterschiedlichen Momenten.

aa) Besondere Fälle der Betätigung von Reue

Bei Rücktritt vom unvollendeten Versuch (Art. 21 Abs. 2), Berichtigung der falschen Anschuldigung, der falschen Anzeige oder der falschen Aussage vor Gericht (Art. 308, Abs. 1 StGB), kann neben freier Milderung auch der Strafverzicht erfolgen.

bb) Geringfügigkeit

Einzig bei Irreführung der Rechtspflege (Art. 304 Ziff. 2 StGB) kennt das StGB den besonders leichten Fall, der eine fakultative Strafbefreiung als Rechtsfolge vorsieht.

Abgesehen davon, daß die Entwendung aus Not (Art. 138 Abs. 1 StGB) in der Praxis weitgehend unbekannt ist, erscheint hier nicht Geringfügigkeit als Ansatzpunkt, sondern vielmehr die Ausnahmelage, in der sich der Täter befunden hat, wobei die Geringfügigkeit immerhin Voraussetzung dazu ist, daß überhaupt eine Entwendung und nicht ein Diebstahl angenommen werden kann.

Schwerer einzuordnen sind schließlich noch der Strafverzicht bei untauglichem Versuch aus Unverstand[65], wobei hier der Bezug auch in der Person des Täters liegen dürfte und eine weitere Besonderheit, der Strafverzicht bei Rechtsirrtum aus zureichenden Gründen (Art. 20), wo es im Ermessen des Richters liegt, ob er bloß von einer Strafmilderung gem. Art. 66 oder aber von einer Strafbefreiung Gebrauch machen will.

Damit sind die Möglichkeiten der Strafbefreiung nach StGB abschließend aufgezählt. Das Fehlen der materiellen Vorkehren für besonders leichte Fälle ist sicher einer der Hauptgründe

[64] BECKMANN, S. 126, verwendet den Ausdruck «engherzig».
[65] Art. 23 Abs. 2 StGB, in der Praxis zumeist mit eher tragikomischen Fällen.

dafür, daß in der Schweiz eine Verlagerung auf die Ebene des Prozeßrechtes erfolgt ist. Die Regelung des Verfolgungsprinzips in den kant. Verfahrensvorschriften gewinnt so an Bedeutung, bewirkt aber auch, daß Vorteile eines flexibel gestalteten Verfolgungsermessens mit einem Einbruch in die Rechtsgleichheit teuer erkauft werden müssen. Formales und faktisches[66] Opportunitätsprinzip bewirken eine kaum mehr tolerierbare unterschiedliche Behandlung der Bagatelldelikte in der Schweiz[67]. Eine Abhilfe außerhalb einer Reform des materiellen Bundesrechts wird kaum geschaffen werden können.

4. Strafbefreiung und Verfolgungsverzicht nach Bestimmungen des Nebenstrafrechts des Bundes

a) Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr vom 18. Dezember 1958 (mit Revisionen).

Nach Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG kann in besonders leichten Fällen (von strafbaren Handlungen nach SVG-Bestimmungen) von einer Bestrafung Umgang genommen werden. Obwohl diese Bestimmung im Zusammenhang mit der Feststellung des Gesetzes steht, daß, sofern nicht anders bestimmt, auch fahrlässige Handlungen strafbar seien (Art. 100 Ziff. 1 Abs. 1 SVG), herrscht heute die einhellige Auffassung vor, daß der besonders leichte Fall auch bei vorsätzlich begangenen Verstößen gegen Bestimmungen des SVG zu einer Strafbefreiung führen kann[68].

Der unbestimmte Rechtsbegriff des leichten Falles bedarf einer Konkretisierung im Einzelfall. Diese Konkretisierung ist durch den Richter vorzunehmen, der zum Erlaß des Endurteils zuständig ist, allenfalls durch die gem. Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB zur Beurteilung von Übertretungen zuständig erklärte Verwaltungsbehörde. Die im Gesetz gewählte Formulierung setzt voraus, daß die Begehung der strafbaren Handlung festgestellt wurde, was nur der mit der Sache befaßte urteilende Richter tun kann[69].

[66] Vgl. unten S. 58 ff.
[67] BECKMANN, S. 155.
[68] H. SCHULTZ, Strafbestimmungen, S. 91.
[69] SCHULTZ, Strafbestimmungen, S. 95, mit Hinweisen auf andere Meinungen.

Obwohl aus der Gesetzessystematik hervorgeht, daß die Bestimmung an sich auch auf Vergehen nach SVG[70] bezogen werden könnte, hat sich in der Praxis eine Rechtsprechung entwickelt, die eine Annahme des besonders leichten Falles nur bei Übertretungen zuläßt, dies, obwohl die Formulierung im Gesetzestext und insbesondere der Verzicht auf eine kasuistische Umschreibung darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber den Richter nicht allzu streng binden, sondern ihm die Möglichkeit, die besonderen Eigenheiten eines einzelnen Falles berücksichtigen zu können, einräumen wollte. Aber allein schon die Tatsache, daß das SVG bestimmte Widerhandlungen in die Kategorie der Vergehen eingereiht hat, veranlaßt zum zwingenden Schluß, daß solche Verstöße jedenfalls nicht als besonders leicht, sondern im Gegenteil als besonders schwer anzusehen sind[71].

Auch der Gesetzeswortlaut, der von einem besonders leichten Fall spricht, verlangt eine richterliche Zurückhaltung bei der Anwendung von Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG. Insbesondere hat sich die bundesgerichtliche Praxis und mit ihr die Praxis der meisten kantonalen Gerichte in einer Richtung entwickelt, die das Anlegen eines besonders strengen Maßstabes erkennen läßt. Allein die Gewißheit, daß eine Verkehrsregelverletzung sich auf gar keinen Fall zu einer konkreten Gefährdung entwikkeln kann, rechtfertigt es, den Übertreter von Strafe zu befreien. Damit ist auch gesagt, daß sich eine stark tatbezogene Rechtsprechung entwickelt hat. Die Betonung der Bedeutung der einzelnen Verkehrsregeln, verbunden mit dem Hinweis auf deren Wichtigkeit[72], schränkt den Anwendungsbereich weiter ein, und tatsächlich erfolgt denn auch eine Strafbefreiung nur dort, wo selbst das Aussprechen auch nur einer geringen Buße störend wäre. Damit ist eine Einschränkung des richterlichen Ermessens in mehrfacher Hinsicht erfolgt: zulässig ist nur eine zurückhaltende Anwendung der Strafbefreiung nach Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG. Eine Verurteilung selbst zu einer geringen Buße muß stoßend sein. Die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes muß der besonderen Umstände wegen als nicht strafwürdig erscheinen. Andererseits darf eine Anwendung von Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG nicht dazu dienen, die gesetzlichen Strafdrohungen zu entwerten oder auch nur abzuschwächen.

[70] Bspw. Art. 91 Abs. 1 SVG.
[71] SCHULTZ, Strafbestimmungen, S. 93.
[72] BGE 105 IV 208.

Vergehen können zudem nur ganz selten, wenn überhaupt, als besonders leichte Fälle angesehen werden[73]. Ob ein besonders leichter Fall vorliegt ist Rechtsfrage. Damit steht dem BG eine Kognition darüber, ob ein solcher besonders leichter Fall vorliege, zu, und auch das eingeräumte richterliche Ermessen unterliegt der Überprüfung durch das Bundesgericht[74].

Trotz der umschriebenen, durch das Bundesgericht vorgegebenen engen Fassung des Anwendungsbereichs dieser Strafbefreiungsmöglichkeit ist anzunehmen, daß in erster Instanz dieser Strafbefreiungsgrund häufig zur Anwendung kommt, und zwar auch in Fällen, die nach der höchstrichterlichen Praxis nicht mehr den Kriterien des besonders leichten Falles genügen würden. Es ist ein «faktisches Opportunitätsprinzip» entwickelt worden, das sich jedoch nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann, auch wenn von einem echten prozessualen Opportunitätsprinzip[75] gesprochen wird. Weder Polizei noch Strafverfolgungsbehörden können sich auf die in Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG vorgesehene Straflosigkeit berufen, liegt doch ein Strafausschließungsgrund des materiellen Rechts vor. Der Hinweis auf den besonders leichten Fall führt bereits bei der Polizei dazu, daß zahlreiche Übertretungen, die an sich festgestellt werden, gar nicht zur Verzeigung gelangen[76]. Auch die Strafverfolgungsbehörde verzichtet auf eine Eröffnung des Verfahrens oder auf die Überweisung unter Hinweis auf Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG.

b) Art. 19a Ziff. 2 und Ziff. 3 sowie Art. 19b des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. 10. 1951 (Revision vom 20. 3. 1975)

In den leichten Fällen des unbefugten Betäubungsmittelkonsums oder der Vorbereitung des eigenen Konsums kann das

[73] H. SCHULTZ, Rechtsprechung, S. 195, sowie Entscheid StrK des bern. Obergerichts vom 10. 11. 1978 in ZBJV 118, 1982, S. 416.

[74] SCHULTZ, Strafbestimmungen, S. 98.

[75] SCHULTZ, Strafbestimmungen, S. 96.

[76] Stellungnahme Kapo Bern: «Demgegenüber sieht aber beispielsweise das SVG mit seinen Nebenerlassen nicht bloß für die Polizei (!), sondern auch für den Richter (Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2) Möglichkeiten zur Anwendung des Opportunitätsprinzips vor ... Anläßlich von Fachtagungen auf dem Gebiet Straßenverkehr (z. B. in der ACVS) wird seitens des EJPD immer wieder ausgeführt, das SVG sei ein ‹Opportunitätsgesetz›, das der Polizei einen erheblichen Ermessensspielraum zubillige».

Verfahren eingestellt oder von einer Strafe abgesehen und eine Verwarnung ausgesprochen werden. Ebenfalls bei der Unterziehung unter eine ärztlich beaufsichtigte Betreuung kann von einer Strafverfolgung abgesehen werden. Diese ist allerdings wieder aufzunehmen, wenn sich der Täter der Betreuung oder Behandlung entzieht. Ergänzt werden diese beiden Bestimmungen durch Art. 19b BetMG, der als nicht strafbar erklärt, wer den eigenen Konsum vorbereitet oder Betäubungsmittel zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums unentgeltlich abgibt, sofern es sich um geringfügige Mengen handelt. Die sich teilweise gegenseitig überschneidenden Tatbestände sehen vor, dass schon die Strafverfolgungsbehörde von Verfolgung absehen kann und stellen gleichzeitig auch Strafbefreiungsgründe dar. Die gesetzliche Formulierung ist aber derart eng (leichter Fall des unbefugten Konsums und geringfügige Mengen beim Gemeinsamkonsum), daß auch ohne strenge Praxis der Anwendungsbereich beschränkt bleibt. Der unbestimmte Rechtsbegriff[77] überläßt dem Sachrichter zwar ein weites Ermessen. Um zu beurteilen, ob ein Fall leicht sei, ist die Gesamtheit der objektiven und subjektiven Umstände des einzelnen Falles in Betracht zu ziehen[78]. Durch die Feststellung, Art. 19a Ziff. 1 sei die Grundsatz-, dagegen 19a Ziff. 2 BetMG die Ausnahmebestimmung, wird betont, daß auch nach der Revision des BetMG der vorsätzliche Konsum grundsätzlich strafbar bleibt. Die Strafe hat hier nicht generell «Ultima-ratio-Charakter», sondern stellt auch für gewöhnliche Konsumhandlungen den Normfall dar. Damit wird der Ermessensspielraum klein, selbst wenn sich der leichte Fall nicht ausschließlich auf Personen bezieht, die ein Betäubungsmittel zufällig oder versuchsweise konsumiert haben. Es bleibt eben doch beim einmaligen Mitrauchen weicher Drogen. Art. 19b hat neben der Bestimmung von Art. 19a Ziff. 2 kaum Platz und dient bestenfalls der Verdeutlichung.

Immerhin stellen diese Bestimmungen bundesrechtliche Vorschriften dar, die bereits der Strafverfolgungsbehörde die Möglichkeit geben, von einer Verfahrenseröffnung oder Weiterverfolgung abzusehen, dies unter der Voraussetzung, daß es sich um einen leichten Fall bzw. um geringfügige Mengen handle. Bei weiterer Interpretation ließe sich hier das Opportunitätsprinzip als Strafverfolgungsprinzip sehen.

[77] Der sich mit demjenigen in Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG deckt.
[78] BGE 103 IV 278, 106 IV 78.

Geringfügige Bagatellen können also von der Verfolgung ausgenommen werden. In Art. 19a Ziff. 3 BetMG gibt es einen Ansatz zum Verzicht auf Strafverfolgung aus spezialpräventiven Überlegungen. Wer sich bereits einer Behandlung unterzieht, braucht keine Sanktion strafrechtlicher Art.

V. Die Einschränkung der Verfolgung durch Ermächtigungserfordernis und Eliminierung geringfügiger Übertretungen aus dem Kriminalrecht

1. Die Einschränkung der Verfolgung durch das Garantiegesetz

Durch die Bestimmungen des Garantiegesetzes [79] wird während der Session die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Verbrechen oder Vergehen, welche Mitglieder des National- und Ständerates begangen haben und die sich nicht auf ihre amtliche Stellung beziehen, nur mit der Zustimmung des Rates, dem der Betreffende angehört oder mit schriftlicher Zustimmung des Betroffenen selber als zulässig erklärt (Art. 1 Garantiegesetz). Die gleichen Bestimmungen gelten während der Amtsdauer oder Ausführung des Auftrages für die Mitglieder des Bundesrates und den Bundeskanzler sowie eidg. Repräsentanten und Komissäre, wobei der Bundesrat hier die Zustimmung erteilen muß. Für Mitglieder des Bundesgerichts ist diejenige des Gesamtgerichts erforderlich (Art. 4 Abs. 1 und 2 Garantiegesetz). Die weitere Gültigkeit des Garantiegesetzes wurde in Art. 366 Abs. 1 StGB ausdrücklich festgehalten, der zudem in Abs. 2 lit. b die Kantone als berechtigt erklärt, Bestimmungen zu erlassen, die die Strafverfolgung der Mitglieder oberster kant. Vollziehungs- und Gerichtsbehörden wegen Verbrechen oder Vergehen im Amt von der Zustimmung einer nicht richterlichen Behörde abhängig machen [80].

In diesen Fällen ist vor Eröffnung des Verfahrens die Zustimmung eines politischen Gremiums einzuholen, sofern nicht der Betroffene selber den Weg für die Einleitung des Verfahrens

[79] BG über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft vom 26. März 1934, SR 170.21

[80] Kanton Bern: Zuständigkeit des GR für die Zustimmung zur Verfolgung von Regierungsräten, Ober- und Verwaltungsrichtern in Art. 44 des Beamtengesetzes, sowie in Art. 30 der KV für die Mitglieder des GR.

freimacht. Zwar werden bei dem Entscheid darüber, ob die Zustimmung erteilt werden soll oder nicht, Zweckmäßigkeitsüberlegungen maßgebend sein. Dennoch kann nicht von einem Fall der Anwendung des Opportunitätsprinzips gesprochen werden, weil nicht die Strafverfolgungsbehörden, sondern politische Instanzen – das Bundesgericht als Gesamtgericht ist hier nicht richterliche Behörde – von einem Entscheidungsermessen Gebrauch machen.

Nur bei Verweigerung der Zustimmung des Bundesrates bzw. des Bundesgerichts besteht eine Beschwerdemöglichkeit, und zwar an die Bundesversammlung (Art. 5).

2. Die Einschränkung der Verfolgung durch das Verantwortlichkeitsgesetz

Die Strafverfolgung gegen Mitglieder des National- und Ständerates sowie von den durch die Bundesversammlung gewählten Behördemitgliedern und Magistratspersonen (also auch des Bundesrates) für strafbare Handlungen, die sich auf ihre amtliche Tätigkeit oder Stellung beziehen, bedarf einer Ermächtigung der eidgenössischen Räte. Die eidg. Räte haben in einem solchen Fall vorgängig Kommissionen zu bestellen, die die Frage zu prüfen und nach Einholung einer Stellungnahme des Betroffenen Antrag zu stellen haben [81]. Eine Ermächtigung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes bedarf es für die Strafverfolgung von Beamten wegen strafbarer Handlungen, die sich auf deren amtliche Tätigkeit und Stellung beziehen, ausgenommen bleiben dabei die Widerhandlungen im Strassenverkehr. Die Ermessensbefugnis des EJPD ist jedoch dadurch eingeschränkt, daß die Ermächtigung bei Vorliegen des genügenden Tatverdachtes und der gesetzlichen (Prozeß) Voraussetzungen nur in leichten Fällen verweigert werden darf und sofern eine disziplinarische Maßnahme als ausreichend erscheint (Art. 15 Abs. 1 und 3 Ermächtigungsgesetz). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Falle der Verweigerung der Ermächtigung zur Verfahrenseröffnung gegen einen Beamten ist zulässig (Art. 15 Abs. 5). Auch im Falle des Ermächtigungsgesetzes steht einer politischen Behörde eine Ermessensentscheidung zu, und auch hier ist es nicht die Strafverfolgungsbehörde, die von

[81] Art. 14 Abs. 1 und 2 des BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamte vom 14. März 1958.

einem freien Ermessen (das zudem im Falle der Beamten durch die Beschränkung auf leichte Fälle eingeengt ist) Gebrauch machen kann[82].

3. Die Ordnungswidrigkeit im Schweizerischen Recht

Im Gegensatz zu Deutschland, das mit dem Gesetz von 1968 ein Ordnungswidrigkeitengesetz geschaffen hat, kennt das schweizerische Strafrecht die Ordnungswidrigkeit als leichtes Delikt außerhalb des Kriminalrechts nicht. Für das Bemühen, bei leichten Fällen von Rechtsverstößen einen neuen Deliktsbegriff zu schaffen und damit zu einer qualitativen Unterscheidung des Unrechts minderer Schwere zu kommen, haben sich in der Schweiz verschiedene Autoren[83] eingesetzt. Die Erkenntnis, daß es sich hier jedoch nur um einen graduellen Unterschied handeln könne, hat sich seit 1968 auch in Deutschland durchgesetzt, und es ist mit SCHULTZ[84] die Ordnungswidrigkeit als Spielart der Übertretung zu sehen.

Daß es sich bei den Ordnungswidrigkeiten gem. VStrR um besonders leichte Übertretungen handelt, und damit der im schweizerischen Strafrecht konsequent durchgesetzte Grundsatz des einheitlichen Unrechts- und Deliktsbegriffs auch im BG vom 22. 3. 1974 über das Verwaltungsstrafrecht[85] nicht durchbrochen wird, wird in der Literatur bestätigt[86]. Für die Ordnungswidrigkeiten, die unter diesem Begriff im VStrR[87] erwähnt werden, gelten verschiedene Sonderregelungen (Anstiftung und Gehilfenschaft sind gem. Art. 5 nicht strafbar, eine Umwandlung der Ordnungsbuße in Haft ist gem. Art. 10 Abs. 1 und 2 VStrR ausgeschlossen). Dadurch ergibt sich, daß diese leichten Fälle der Übertretungen nicht ohne weiteres dem allgemeinen Teil des StGB unterworfen sind. Zudem sind sie prozessual anders zu behandeln.

Erwähnt wird das VStrR auch, weil sich in ihm Bestimmungen finden lassen, die eine Strafbefreiung vorsehen. Die in Art. 17 Ziff. 3 enthaltene Strafbefreiungsmöglichkeit bei Be-

[82] für die Kantone in Art. 366 Abs. 2 lit a StGB.
[83] NOLL, GERMANN, GRAVEN, zit. bei BECKMANN, S. 87.
[84] SCHULTZ, Einführung, S. 33.
[85] SR 313. O.
[86] M. PETER, S. 356.
[87] Art. 3.

günstigung nahestehender Personen[88] steht dabei weniger im Vordergrund als die in Art. 13 vorgesehene Strafbefreiung bei Selbstanzeige einer Hinterziehung. Dabei sind Anzeige aus eigenem Antrieb, Lieferung der erforderlichen Unterlagen zur Festlegung der Leistungspflicht und fehlende Vorbelastung durch bereits früher erfolgte Selbstanzeige in der nämlichen Sache erforderlich. Im Falle der tätigen Reue, die sich einmal durch die Meldung, dann aber auch durch die aktive Mithilfe bei der Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes, der hier in der Festlegung einer Leistungspflicht besteht, manifestiert, haben die Sanktionsfolgen auszubleiben.

VI. Das Einbringen von Opportunitätsüberlegungen über Strafzumessung und bedingten Strafvollzug

1. Der bedingte Strafvollzug als Möglichkeit, aus Opportunitätsüberlegungen zumindest zurzeit auf den Vollzug einer Sanktion zu verzichten

Strafaussetzung zur Bewährung oder bedingter Strafvollzug ist ein kriminalpolitisch bedeutsames Sankionsmittel der Gegenwart[89]. Es handelt sich hier um eine Art spezialpräventiver Exklave des Strafsystems, die sich der quantitativen Ordnung der Hauptstrafe entzieht[90]. Die Strafe kann nach StGB 41 dann aufgeschoben werden, wenn die Person des Täters erwarten läßt, er werde dadurch von weitern Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Zudem muß ein durch die Tat entstandener Schaden, soweit zumutbar, ersetzt worden sein. KAISER bezeichnet den bedingten Strafvollzug als eine Art Kriminalsanktion eigener Art, wenn nicht gar als eine dritte Spur des Sanktionssystems[91]. Allerdings ist für den bedingten Strafvollzug erforderlich, daß überhaupt eine Sanktion in Form einer Freiheitsstrafe von bestimmter Dauer ausgesprochen worden ist.

Der Gesetzgeber hat aber auch dadurch, daß er den bedingten Strafvollzug nur bei einer Strafe von bestimmter Höchstdauer zuläßt, deutlich gemacht, daß das in der Strafe umge-

[88] Analog StGB, Art. 305 Abs. 2.
[89] GÜNTHER KAISER, Lehrbuch, S. 932.
[90] BECKMANN, S. 111, SCHULTZ, Einführung, Bd. 2, S. 97, bezeichnet den bedingten Strafvollzug als besondere Möglichkeit der Durchführung einer Sanktion.
[91] G. KAISER, Lehrbuch, S. 932.

setzte Tatunrecht von einer bestimmten Quantität an den bedingten Strafvollzug nicht mehr erlaubt. Dennoch bildet der Strafaufschub für den Richter eine wesentliche Möglichkeit, Opportunitätsüberlegungen einzubringen und die Tatsache, daß eine ausgesprochen hohe Zahl von Freiheitsstrafen mit Gewährung des bedingten Strafvollzuges verbunden sind, vermag die hohe Zahl der kurzfristigen Freiheitsstrafen zu relativieren (insbesondere bei den Freiheitsstrafen bis zu 3 Monaten Dauer)[92]. Durch eine sinnvolle Auswahl von Weisungen kann der Straftäter zudem vor erneuter Delinquenz abgehalten werden, zumindest wirksamer, als dies eine vollzogene kurze Freiheitsstrafe tun könnte. Dieses Abhalten vor erneuter Delinquenz ist die eigentliche Aufgabe der bedingten Verurteilung, welche damit eine ausgesprochen präventive Komponente hat[93]. In der Praxis wird allerdings eine Weisung im Zusammenhange mit dem bedingten Strafvollzug sehr selten ausgesprochen. Die richterliche Zurückhaltung mag ihren Ursprung darin haben, daß bei der Einschätzung der Prognose bereits derartig weit gegangen wird, daß zu befürchten ist, zusätzliche Weisungen würden die Gefahr eines Versagens und damit der Notwendigkeit des Widerrufs des bedingten Strafvollzuges, nur noch unnötig erhöhen.

Auch wenn, wie erwähnt, Zweckmäßigkeitsüberlegungen das richterliche Ermessen in diesem Fall maßgebend beeinflussen, so gehört der bedingte Strafvollzug systematisch doch nicht in den Bereich des Opportunitätsprinzips. Die verwandtschaftliche Nähe zum Opportunitätsprinzip erklärt sich vor allem daraus, daß in beiden Fällen vorwiegend spezialpräventive Überlegungen den Entscheid des Richters in der einen oder andern Richtung beeinflussen.

2. *Strafzumessung und Opportunitätsüberlegungen*

Art. 63 des StGB enthält die Vorgaben, nach denen der Richter die Strafe zuzumessen hat. Nach der heute noch gültigen Fassung von Art. 63 ist die Strafe dem Tatverschulden anzumessen, d. h., es ist nach dem Wortlaut des Art. 63 nicht zulässig, das

[92] H. H. JESCHEK, Strafrechtsdogmatik, S. 23.

[93] SCHULTZ, Einführung, Bd. 2, S. 96, unter Hinweis auf BGE 91 IV 60 und 98 IV 160, sowie R. HAUSER, Bagatellkriminalität, S. 300, der unter Berufung auf erfahrene Praktiker auf die wertvolle spezialpräventive Wirkung jeder aufgeschobenen Freiheitsstrafe hinweist.

Strafmaß, das sich durch die Tatschuld ergibt, aus spezialpräventiven Gründen zu unterschreiten. Bei der Strafzumessung hat der Richter zudem Vorleben, Beweggründe und persönliche Verhältnisse des Verurteilten zu berücksichtigen. Das richterliche Ermessen ist auch hier durch das Willkürverbot einerseits und das Gebot der rechtsgleichen Behandlung andererseits begrenzt. Daß gerade bei der Strafzumessung in zahlreichen Fällen Opportunitätsüberlegungen schließlich das Strafmaß bestimmen, ist zu betonen. Der Zusammenhang mit Art. 41 StGB ist offensichtlich. Obwohl systematisch falsch, wird das Gericht bei der Frage der Strafzumessung vorerst Überlegungen anstellen, ob der bedingte Strafvollzug grundsätzlich gewährt werden solle oder nicht. Geht der Entscheid in Richtung Verweigerung des bedingten Strafvollzugs, dann besteht keine Veranlassung, das Strafmaß in irgendeiner andern Weise als der durch Art. 63 vorgegebenen zu bestimmen. Kommt jedoch das Gericht zum Schluß, daß aus spezialpräventiven Gründen durchaus der bedingte Strafvollzug zu gewähren wäre, dann wird die Frage des Strafmaßes von diesem Vorentscheid abhängen. Liegt die Tatschuld so, daß quantitativ eine Strafe ausgesprochen werden müßte, die über 18 Monate liegt, wird das Gericht aus diesen Überlegungen heraus das Gebot, das in Art. 63 StGB enthalten ist, verletzen und die Strafe derart ansetzen, daß der bedingte Strafvollzug noch ausgesprochen werden kann. Und es wird dann letztlich von der Staatsanwaltschaft abhängen, ob sie diese im Einzelfall zwar willkürliche, aber immerhin zugunsten des Angeschuldigten getroffene Entscheidung akzeptieren oder sie durch eine obere Gerichtsinstanz überprüfen lassen will. Dabei wird wohl die Frage entscheidend sein, wie groß die Differenz zwischen der tatsächlich ausgesprochenen Strafe einerseits und der der Quantität des Tatverschuldens andererseits angemessenen Strafe ausgefallen ist. Diese wohl von allen Gerichten geübte Praxis ist, zumindest de lege lata, unzulässig.

VII. Zur Diskussion um Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip in der Schweiz

1. Die Ausgangslage

Mit der sich für die Schweiz geziemenden Verspätung, die allerdings auch damit zusammenhängt, daß vor 1942 das Problem praktisch keine Bedeutung gehabt hat, setzte auch hierzu-

lande eine heftige Diskussion um die vermeintlich antithetische Frage Opportunitätsprinzip oder Legalitätsprinzip ein.

Was die Diskussion in der Schweiz besonders anzuheizen vermochte, war die Tatsache, daß Art. 64bis BV dem Bund zwar die Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiet des Strafrechts zuteilt, die Organisation der Gerichte und das gerichtliche Verfahren «wie bis anhin» jedoch den Kantonen überläßt. Damit war die Diskussion dem rein strafrechtlichen und kriminalpolitischen Bereich entzogen und wurde von den Strafrechtlern vorwiegend unter dem Gesichtspunkt geführt, in welchem Umfange der Bundesgesetzgeber das Bundesrecht verwirklicht haben wolle, was, je nach dem, eine entsprechende Verpflichtung der Kantone auf Anwendung des Strafrechts ergäbe. Endgültig ausgelöst wurde die Kontroverse durch die zwei Referate von CAVIN und COMTESSE am Schweizerischen Juristentag in Neuenburg 1946[94]. In der anschließenden Diskussion um die zuvor publizierten Auffassungen des Lausanner und des Zürcher Strafrechtlers äußerten sich zahlreiche namhafte Strafjuristen und vertraten recht kontroverse Auffassungen, an denen in der Regel auch in späteren Publikationen festgehalten wurde[95]. Das BG selber hatte sich zur Frage bis heute nie abschließend zu äußern. Auch der neueste Entscheid dazu, der in der Rechtsprechung unseres höchsten Gerichts zu finden ist, zeichnet sich durch Zurückhaltung aus und begnügt sich weitgehend mit dem Hinweis, daß die Polizei unter allen Umständen das Legalitätsprinzip zu befolgen habe. Sie sei deshalb verpflichtet «ausgenommen bei absoluten Bagatellübertretungen (z. B. im Straßenverkehr) und offensichtlich unhaltbaren oder trölerischen Strafanzeigen» auch bei unsicherer Beweislage und/oder Überlastung die Ermittlungen an die Hand zu nehmen, weiterzuverfolgen und die Sache an die zuständige Behörde weiterzuleiten[96].

Offengelassen wird jedoch die Frage, welche der zitierten Lehrmeinungen die richtige sei. Immerhin wird doch deutlich zum Ausdruck gebracht, daß eine «Einstellung» einen formellen Entscheid der zuständigen Behörde erforderlich mache.

Diese Zurückhaltung mag ihren Grund auch darin haben, daß zumindest bis vor wenigen Jahren die Frage Opportunitäts-

[94] ZSR 65, 1946, S. 9a ff. und 68a ff.
[95] ZSR 65, 1946, S. 374a ff.
[96] BGE 109 IV 50.

prinzip oder Legalitätsprinzip, je nach Region, unterschiedlich gehandhabt wurde und damit auch eine starke politische Komponente erhalten hatte. Das veranlaßte denn auch SPECKERT[97] im Zusammenhang mit dem Hinweis auf die Auffassungen von COMTESSE und PFENNINGER, die eine Einschränkung des Legalitätsprinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips als rechtswidrig bezeichnen, zu der Bemerkung, die Argumente der Vertreter der gegenteiligen Auffassung mangelten der begrifflichen Begründung und stützten sich statt dessen auf politische Erwägungen.

2. *Die verschiedenen Meinungen*

Es lassen sich grundsätzlich drei verschiedene Auffassungen erkennen:

- Das Bundesrecht verpflichtet die Kantone auf das Legalitätsprinzip.
- Die Frage Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip wurde bewußt mit Rücksicht auf die verschiedenartigen kantonalen Systeme nicht beantwortet und damit der Entscheidung der Kantone überlassen.
- Aus bundesrechtlichen Bestimmungen ergibt sich, daß die Kantone für die Frage der Verfolgung von Verbrechen und Vergehen an das Legalitätsprinzip gebunden sind, für den Bereich der Übertretungen werde den Kantonen jedoch die freie Wahl des Verfolgungsprinzips überlassen.

a) Die Vertreter der Auffassung «Bundesrecht verlangt die Verfolgungspflicht»[98] stützen sich weitgehend auf Art. 1 StGB und Art. 4 BV. In Verbindung mit der Struktur des Verbrechenskatalogs des StGB, der den Tatbestand umschreibt und die Notwendigkeit der Bestrafung festhalte, verlange Art. 1 StGB, daß bestraft werde, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedrohe. Die Gleichheit aller Gesetzesuntertanen vor dem Gesetz fordere zudem, daß für die Schweiz nur das Legalitätsprinzip in Frage kommen könne[99]. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip würden ausdrücklich erwähnt[100],

[97] SPECKERT, S. 33.
[98] COMTESSE, PFENNINGER.
[99] COMTESSE, S. 69a ff., PFENNINGER, S. 387a sowie derselbe, Legalität, S. 148 ff.
[100] Art. 302 StGB sowie die leichten Fälle nach MStGB.

was wiederum beweise, daß im übrigen das Legalitätsprinzip zu gelten habe. Auch aus dem Bundesstrafprozeß, der für bestimmte Fälle gar ausdrücklich das Legalitätsprinzip stipuliere (BStrP 18 in Verb. mit 254), lasse sich keine Hinwendung zum Opportunitätsprinzip im strafprozessualen Bereich herauslesen. Maßgebend sei damit, daß die Straftatbestände des StGB Bundesrecht seien, der Strafanspruch aus ihnen dem Bund zustehe und damit jeder Veränderung durch kantonales Recht entzogen seien.

Differenzierter erscheint die von WAIBLINGER vertretene Auffassung[101]. Aus der Tatsache, daß das StGB selber Ausnahmen vom Opportunitätsprinzip enthalte, in der Weise, daß in gewissen Fällen die Härte des Gesetzes gemildert werde und daß Art. 302 StGB eine ausdrückliche Ausnahme vom Legalitätsprinzip enthalte, wird geschlossen, daß das Bundesrecht (BStrP und StGB) grundsätzlich auf dem Boden des Legalitätsprinzips stehe, was den Kantonen ein kantonalrechtliches Opportunitätsprinzip nicht erlaube. Auch aus Art. 64bis BV ergebe sich kein anderer Schluß. Die Strafgerichtsbarkeit der Kantone sei eine originäre, aus BV 64bis abzuleitende Gerichtshoheit, und nicht eine vom Bund an die Kantone delegierte Gerichtsbarkeit. Das bedeute aber bloß, daß die staatliche Aufgabe der Strafverfolgung der Verwirklichung des einheitlichen schweizerischen Strafrechts zwischen Bund und Kantonen aufgeteilt sei. Diese Teilung der Gerichtshoheit erlaube jedoch den Schluß nicht, den Kantonen würde auch zustehen, selber zu befinden, ob sie sich für das Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip in der Strafverfolgung entschließen wollten. Trotz dem Verbleib eines Teils der Gerichtshoheit bei den Kantonen, stehe es diesen nicht zu, in ihren Prozeßgesetzen das materielle Bundesrecht abzuändern, das grundsätzlich das Legalitätsprinzip als Verfolgungsprinzip verankert habe.

b) Die Auffassung, es sei den Kantonen überlassen, sich für Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip zu entscheiden, gründet sich teilweise auf politische Überlegungen. Bereits in der Diskussion 1946 waren aber die Bestimmungen des BStrP zur Begründung des Standpunktes, das Bundesrecht lasse das Opportunitätsprinzip zu, beigezogen worden. CAVIN und LEUCH[102] haben unter Hinweis auf Art. 254 und 258 BStrP

[101] ZStrR 67, 1952, S. 229 ff.
[102] ZSR 65, 1946, S. 16a und 395a ff.

geschlossen, daß eine bundesrechtliche Verfolgungspflicht nur in den Fällen von Art. 254 BStrP (bei Delegationsstrafsachen muß ein Verfahren bis zum Urteil oder Einstellungsbeschluß durchgeführt werden) und Art. 258 BStrP (bei Widerhandlungen gegen Bundesgesetze, die dem Bund ein besonderes Oberaufsichtsrecht übertragen, obliegt den Kantonen die unbedingte Pflicht zur Einleitung und Durchführung des Verfahrens) bestehe. In diesen Fällen habe die Bundesbehörde bereits die Opportunität geprüft, nicht jedoch in den Strafsachen, die nach Gesetz durch die Kantone verfolgt und beurteilt werden. Art. 247 BStrP, der die Strafverfolgungspflicht der kantonalen Behörden in Strafsachen (sowohl in Delegationsstrafsachen wie auch in Strafsachen, die bereits von Gesetzes wegen von den kantonalen Behörden zu verfolgen und zu beurteilen sind) ausdrücklich vorsieht, habe demnach nicht den Sinn, daß die Kantone bei allen Bundesstrafsachen zur Verfolgung verpflichtet seien, wenn die gesetzliche Voraussetzung vorliege.

Würde Art. 247 eine Strafverfolgungspflicht der Kantone begründen, dann müßte die Möglichkeit bestehen, daß Verletzter oder Bundesanwalt zur Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine «ordonnance de classement» greifen könnten. Diese Möglichkeit fehle nun aber gerade. WAIBLINGER [103] weist demgegenüber auf Art. 260 und 270 Abs. 6 BStrP hin, die dem Bundesanwalt die Möglichkeit der Einlegung des kantonalen Rechtsmittels bzw. der eidg. Nichtigkeitsbeschwerde für die nach periodischem Bundesratsbeschluß einsendungspflichtigen Fälle (Art. 285 BStrP) gebe. Im Gegensatz zu CAVIN ist WAIBLINGER der Meinung, es handle sich hier keineswegs um seltene und praktisch bedeutungslose Fälle.

1961 setzt sich erneut GERMANN mit den Argumenten WAIBLINGERS auseinander und bezeichnet Art. 247 BStrP als bloße Kompetenzbestimmung [104].

Jahre später [105] weist CLERC zutreffend darauf hin, daß das Opportunitätsprinzip in der Schweiz Boden gutgemacht und in zahlreichen neueren Prozeßordnungen Eingang gefunden habe. Dem Opportunitätsprinzip sei seiner «souplesse» wegen, die eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles erlaube, der Vorzug zu geben. Gleichzeitig wird auch der Verzicht

[103] ZStrR 67, 1952, S. 232 ff.
[104] ZStrR 77, 1961, S. 18 ff.
[105] ZStrR 99, 1982, S. 276.

auf eine gesetzliche Umschreibung von Opportunitätsgrundsätzen das Wort geredet, weil der Gesetzgeber nicht in der Lage sei, alle möglichen Einzelfälle abzudecken.

c) Ursprünglich auch GERMANN[106] dann aber vor allem WAIBLINGER[107] berufen sich auf Art. 367 StGB, der vorsieht, daß die Kantone die bundesrechtlichen Übertretungen nach den Vorschriften zu behandeln haben, welche der betreffende Kanton für Übertretungen vorgesehen habe. Soweit die betreffende Prozeßordnung ein summarisches Verfahren kenne, ist nach diesem Verfahren vorzugehen. Das summarische Verfahren durchbricht Verfahrensgrundsätze, die das Bundesrecht für das ordentliche Verfahren vorschreibt. Aus diesem Umstand schließt WAIBLINGER, daß für diese Verfahren demnach eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips dem Bundesrecht nicht widerspreche.

3. Der gegenwärtige Stand der Diskussion

Die Diskussion hat, wie sich schon aus der Darstellung der Meinungsentwicklung ergibt, an Heftigkeit verloren. Mit dem Abflauen der Diskussion der formalrechtlichen Aspekte haben gleichzeitig andere Aspekte die Oberhand erhalten. In der gesamten Auseinandersetzung verdient jedoch die Schlußfolgerung von WAIBLINGER[108] besondere Beachtung. Wenn, und soweit ein Bedürfnis bestehe, die Härten des Legalitätsprinzips zu mildern, dann solle die Lockerung auf eidg. Boden erfolgen, und zwar dadurch, daß im Allgemeinen Teil des StGB oder bei einzelnen Tatbeständen des besonderen Teils weitere Bestimmungen aufgenommen würden, die es ermöglichten, in bestimmten genau umschriebenen Fällen von Bestrafung Umgang zu nehmen.

Zu einer ähnlichen Schlußfolgerung kommt letztlich auch der Autor zahlreicher Neufassungen entsprechender Bestimmungen in revidierten Prozeßordnungen, ROBERT HAUSER[109]. Ausgehend von der Feststellung, daß das Legalitätsprinzip im Strafprozeß grundsätzlich gelten müsse, werden Ausnahmen

[106] ZSR 65, 1946, S. 403a ff.
[107] ZStrR 67, 1952, S. 234.
[108] ZStrR 67, 1952, S. 237.
[109] R. HAUSER, Kurzlehrbuch, S. 131.

im Sinne der Opportunität als gerechtfertigt bezeichnet[110]. Verlangt wird jedoch die genaue Fixierung der Ausnahmen vom Verfolgungszwang durch den Gesetzgeber selber, dies im Interesse der rechtsstaatlich erforderlichen Rechtssicherheit. Dagegen wird eingeräumt, daß die nicht näher umschriebene Anwendung der Opportunität über den Vorteil der größeren Flexibilität verfüge, eine Feststellung, die insbesondere auch bei CLERC[111] zu finden ist.

Das Bundesgericht hat in seinem neusten, bereits erwähnten Entscheid um Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip[112] eine Haltung eingenommen, die erwarten läßt, daß zumindest für die Verfolgungs- und Urteilsbehörde (nicht jedoch für die Polizei) eine Durchbrechung des Verfolgungszwanges durch das Opportunitätsprinzip (besser: Ausnahmen vom Legalitätsprinzip) nicht von vorneherein de lege lata als unzulässig bezeichnet würde.

4. Schlußfolgerungen und Grundlage für die weiteren Überlegungen

a) Das StGB

Aus Art. 1 StGB kann zweifelsfrei nicht geschlossen werden, Bundesrecht würde für die Kantone zwingend das Legalitätsprinzip vorschreiben. Das in Art. 1 enthaltene materielle Legalitätsprinzip[113] hat nichts mit dem prozessualen Legalitätsprinzip zu tun. Schon eher begründbar wäre eine Verpflichtung der Kantone auf das Legalitätsprinzip aus der Tatsache, daß das sich auf Art. 64bis BV stützende materielle Bundesrecht im besonderen Teil Straftatbestände aufstellt und diese mit einer konkreten Sanktionsandrohung verbindet, im Allgemeinen Teil auf die Aufnahme einer Opportunitätsnorm verzichtet und zudem in ganz bestimmten, genau umschriebenen Fällen vorsieht, daß von Bestrafung Umgang genommen oder milder

[110] R. HAUSER, Bagatellkriminalität, S. 306 weist darauf hin, daß in der neueren Literatur zunehmend Zweifel an der Richtigkeit eines uneingeschränkten Verfolgungszwangs geäußert worden sind. Dabei wird vorwiegend auf schweizerische Autoren verwiesen (S. 306 N. 14).

[111] ZStrR 99, 1982, S. 285, ähnlich G. PIQUEREZ, Précis, S. 156.

[112] BGE 109 IV 50.

[113] Vgl. dazu SCHULTZ, Einführung, S. 52ff., sowie zum Grundsatz «nullum crimen sine lege» WAIBLINGER, Bedeutung, S. 212ff.

sanktioniert werden kann[114]. Ob der Einwand begründet ist, aus diesen Überlegungen lasse sich darum nicht auf eine Verpflichtung der Kantone auf das Legalitätsprinzip schließen, weil die Verfolgungsverpflichtung nicht ins materielle, sondern ins formelle Recht gehöre[115], soll offen bleiben. Der Gesetzgeber hat die Frage selbst bisher weder diskutiert noch beantwortet[116], und eine Auflösung dieses Glaubensstreites könnte allenfalls nur durch den Gesetzgeber erfolgen. In welcher Weise er dies tun kann, wird noch zu zeigen sein.

b) Die Bestimmungen des 16. Titels des StGB

Im Bereich der Tatbestände, die sich auf die Störung der Beziehungen zum Ausland beziehen, ist eine Ermächtigung des Bundesrates (Art. 302 Abs. 1 StGB) erforderlich. Ist die Ermächtigung einmal erteilt, dann besteht für die zuständige Verfolgungsbehörde das Legalitätsprinzip. Der Ermächtigungsentscheid liegt zeitlich vor dem Tätigwerden der Justiz, ist ein politischer Entscheid und steht auch einer politischen Behörde zu. Über die Beziehungen zum Ausland hat eine politische Behörde zu entscheiden, die im Falle eines Straftatbestandes sich nicht primär von strafrechtlichen, sondern von politischen Überlegungen leiten lassen wird.

c) Der Bundesstrafprozeß[117]

Art. 105 BStrP stellt das Gegenstück zu Art. 302 StGB dar. Die Verfolgung ist abhängig von der Ermächtigung des Bundesrates. Ist die Ermächtigung erteilt, dann hat die Verfolgungsbehörde zu verfolgen, ein Grundsatz, der für den Bundesstrafprozeß ausdrücklich in Art. 125 festgehalten ist. Bei hinreichenden Verdachtsgründen hat die Bundesanwaltschaft Klage zu erheben, der Rücktritt von der Verfolgung, wie er in Art. 120 BStrP vorgesehen ist, ist nur möglich bei Wegfall hinreichender Verdachtsgründe. Wenn auch gegen diesen Einstellungsentscheid des Bundesanwaltes keine Rekursmöglichkeit gegeben ist, wird dadurch das für den Bundesstrafprozeß herrschende Legalitätsprinzip nicht durchbrochen. Die grundsätzliche Kontroverse drehte sich ja auch nicht um diesen Problemkreis, viel-

[114] Vgl. S. 35 ff.
[115] CLERC, Opportunité, S. 280, G. PIQUEREZ, Précis, S. 158.
[116] CLERC, Opportunité, S. 277.
[117] Dazu eingehend HEYDEN, S. 94 ff.

mehr wurden Bestimmungen des BStrP herangezogen, um die Frage beantworten zu können, ob auch für die Kantone in ihren Verfahren das Legalitätsprinzip zu gelten habe.

Wenn auch die unterschiedliche Argumentation [118] zu fesseln vermag, zur Lösung der Frage hat sie dennoch nicht beigetragen. Zwar bestimmen die Art. 254 BStrP für den Fall, daß eine Strafsache einem Kanton durch den Bundesrat überwiesen worden ist, und Art. 258 BStrP für Widerhandlungen gegen Bundesgesetze, die dem Bund ein besonderes Oberaufsichtsrecht übertragen, eine unbedingte Verfolgungspflicht der kantonalen Verfolgungsbehörde. Ob dagegen Art. 247 BStrP die Verfolgungspflicht in gleicher Weise auch für delegierte den originär den Kantonen zustehende Verfahren vorsehe, blieb kontrovers. Bedenkenswert auch in diesem Zusammenhange bleiben die Überlegungen von CLERC [119]. In einem Lande mit einer unabhängigen Justiz und verantwortungsbewußten Justizmagistraten erscheine eine Furcht vor der Opportunität im Strafrecht unbegründet.

5. *Verfahrensvorschriften für die Kantone im BStrP*

Bereits heute sind wichtige prozessuale Grundsätze für die kantonalen Verfahren im Bundesstrafprozeß verankert (Art. 248 ff. BStrP), so die freie Beweiswürdigung, die Verpflichtung, das Urteil den Parteien mündlich oder schriftlich zu eröffnen, bei mündlicher Eröffnung im Verhandlungsprotokoll zu vermerken, wann diese Eröffnung erfolgt ist, und der in jedem Fall erforderliche Hinweis auf Rechtsmittelfristen und Behörden, an die eine Entscheidung weitergezogen werden kann. Aus Art. 251 BStrP ergibt sich der Anspruch der Parteien auf unentgeltliche, schriftliche Ausfertigung des Entscheids, die allerdings anzubegehren ist.

Zu ergänzen wäre, daß sich auch aus der Rückwirkung materiellen Bundesrechts [120] prozessuale Vorschriften für die Kantone ergeben.

[118] WAIBLINGER, Vereinheitlichung, S. 231 ff., und GERMANN, S. 18 ff.

[119] Opportunité, S. 286.

[120] Nach Art. 13 StGB ist bei Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten eine Untersuchung anzuordnen, ebenso Art. 42 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 und 3, im Bereich des Jugendstrafrechts Art. 83 und 90.

Das Bundesgericht hat zudem in den letzten Jahren vermehrt strafprozessuale Fragen entschieden[121]. Schwergewichtig wurden dabei die Rechte des Angeschuldigten behandelt. Auf diese Weise erfolgte eine massive Beeinflussung nicht nur des prozessualen Geschehens, sondern auch des positiven Rechts der Kantone. Die Frage, ob die Kantone dem Legalitätsprinzip verpflichtet seien, hat das höchste Gericht, wie erwähnt, nur zögernd angegangen, jedenfalls aber nicht beantwortet.

VIII. Das faktische Opportunitätsprinzip

Nur der Strafrechtspraktiker weiß, wie häufig und in welcher Verkleidung ein faktisches Opportunitätsprinzip auftreten kann[122]. Hinter dem faktischen Opportunitätsprinzip steht regelmäßig ein Zweckdenken. Aus mancherlei Gründen kann es tunlich erscheinen, auf die Weiterverfolgung, Anklageerhebung und Verurteilung zu verzichten. Die Gründe sind in der Regel die gleichen, die auch beim prozessualen Opportunitätsprinzip zum Tragen kommen. Das faktische Opportunitätsprinzip unterscheidet sich vom Opportunitätsprinzip dadurch, daß es keine rechtliche Grundlage hat, was nicht heißt, daß es nicht stattfindet. Die Schwierigkeit für das jeweilige Organ der Strafjustiz besteht darin, dem aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen erfolgten Verzicht auf Verfolgung oder Verurteilung eine Form zu geben, die der entsprechende Prozeß im betreffenden Verfahrensstadium vorsieht. Daß das im Bereich des Verfolgensverfahrens, das weniger öffentlicher Betrachtung ausgesetzt ist, eher und leichter möglich ist, als im Urteilsverfahren, liegt auf der Hand. Dennoch wird die dominante Methode die der Behauptung der fehlenden Beweisbarkeit sein. Die Dunkelziffer in diesem Bereich des faktischen Opportunitätsprinzips ist erheblich. Der Strafrechtspraktiker wird jedoch aus seiner Tätigkeit mit zahlreichen Beispielen aufwarten können.

1) Auf einer mit Signalanlagen gesicherten Kreuzung kommt es zu einem Zusammenstoß zwischen einem Personenwagen und einem Lastwagen. Der Personenwagen wird gesteuert durch eine junge Frau, im Wagen befinden sich ihre zwei klei-

[121] LEVI, S. 345 ff.
[122] Vgl. dazu J. DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 397 ff.

nen Kinder. Das eine Kind wird beim Unfall getötet, das andere erleidet schwerste Verletzungen.

Die junge Frau ihrerseits wird nur leicht verletzt. Die Ampel hat im Unfallzeitpunkt normal funktioniert, eines der beiden Fahrzeuge muß die Ampel bei Rotlicht überfahren haben. Aufgrund der Beweislage wird die junge Frau dem urteilenden Richter wegen fahrlässiger Tötung und grober Verkehrsregelverletzung überwiesen. Die Frau wird neben dem traumatischen Unfallerlebnis eine Verurteilung kaum mehr verarbeiten können. Die Lösung des Konfliktes konnte nur unbefriedigend über die Entkräftung der Beweiskraft der Zeugenaussage erfolgen. In welcher Weise dies erfolgt ist, bleibt im angesprochenen Dunkelfeld verborgen [123].

2) Am 6. 8. 1988 behändigte Frau B., geb. 1959, in einem Selbstbedienungsladen in Bern einen Haarfestiger zum Handelspreis von Fr. 5.90. Frau B. ist wegen Diebstahls und Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mehrfach vorbestraft. Obwohl der Haarfestiger zurückgenommen werden konnte und die Firma nicht mehr geschädigt ist, wurde Strafanzeige wegen Diebstahls eingereicht. Die arbeitslose Frau B. leidet an Aids im ausgebrochenen Stadium. Sie wird dauernd von der Fürsorge unterstützt. Mit der Begründung, ein Haarfestiger gehöre heutzutage zum notwendigen Bedarf einer Frau, und wenn jemand einen solchen nicht kaufen könne, dann handle diese Person in Not, wird der Anzeige keine Folge gegeben [124].

3) Im Rahmen einer Tagung einer Elternvereinigung drogenabhängiger Jugendlicher äußerte ein Mitarbeiter einer Beratungsstelle für Drogenabhängige, es sei in Bern möglich, ein Lokal öffentlich zur Verfügung zu stellen, wo Drogenabhängige spritzen könnten. Diese Äußerung wird in einer Zürcher Zeitung publiziert und führt zu einer Anzeige gegen den betreffenden Mitarbeiter wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Ziff. 1 BetMG). Das Verfahren wird aufgehoben mit der Begründung, durch die Publikation in einer Zeitung sei die Äußerung auch einem breiteren Publikum zwar zugänglich gemacht worden, es könne jedoch mit größter Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass diese Zeitung in Bern von Drogengefährdeten oder Drogenabhängigen gele-

[123] Akten Nr. 419/77 RA VIII Bern.
[124] Akten Nr. 2324/88, URA Bern.

sen würde. Schon eher bestehen diese Möglichkeiten für die Drogengefährdeten im Raume Zürich. Für diese würde sich aber die Reise nach Bern nicht lohnen [125].

4) Ein anderer Mitarbeiter dieser Drogenberatungsstelle hatte anläßlich eines Interviews in Radio DRS 3 auf diesen Raum, in dem Drogenabhängige auch spritzen könnten, hingewiesen. Auch in diesem Falle ist Art. 19 Ziff. 1 Abs. 8 BetMG offensichtlich erfüllt, weil eine öffentliche Gelegenheit zum Konsum von Betäubungsmitteln bekanntgegeben wurde (vgl. BGE 104 IV 295). Nur mit der Begründung, die Sendung sei zu einem Zeitpunkt ausgestrahlt worden, da sich die meisten Drogenabhängigen auf der Gasse befunden hätten, womit ihnen die Sendung gar nicht zugänglich gewesen sei, kann eine Umgehung einer Überweisung erreicht werden [126].

5) In einer Sommernacht 1987 wurden Gebäude, die dem Kanton Bern gehören, von verschiedenen Musikgruppen und zahlreichen Zuhörern besetzt und zu einem Musiktreff umfunktioniert. Die Kantonale Liegenschaftsverwaltung reichte eine Strafanzeige gegen alle Personen ein, die sich in der betreffenden Nacht in dem Gebäude aufgehalten hatten. Die Polizei hatte sich bei der Veranstaltung zurückgehalten und keine Personenkontrolle vorgenommen. Hingegen hatte am folgenden Tag ein einzelner die Liegenschaft wieder aufgesucht, um einen zurückgelassenen Gegenstand abzuholen. Er war von der Polizei angehalten und kontrolliert worden. Obwohl die Voraussetzungen für eine Strafverfolgung ohne Zweifel gegeben waren, begründete der zuständige Untersuchungsrichter, den Antrag auf Nichteröffnung wie folgt: «Es wäre nun höchst unbillig, nachdem ein Festbesucher mehr oder weniger zufällig bekannt geworden ist, nur diesen einen strafrechtlich zu verfolgen» [127].

6) In einem Getränke- und Raucherwarengeschäft erschien eine jüngere Frau, erkundigte sich beim Geschäftsinhaber, ob sie allenfalls auf Kredit etwas einkaufen könne, da sie zurzeit etwas knapp bei Kasse sei, und als dies bejaht wurde, erstand sie unter Angabe eines falschen Namens und einer falschen Adresse

[125] Akten Nr. 75/87 URA Bern.
[126] Akten Nr. 75/87 URA Bern.
[127] Akten u. T. Nr. 7072/87 URA Bern.

Waren im Werte von Fr. 50.–. Obwohl die polizeilichen Ermittlungen in der Folge ergaben, daß die Frau auch in anderen Geschäften ähnlich vorgegangen war, wurde der Anzeige keine Folge gegeben, mit der Begründung, der Geschäftsinhaber sei nicht irregeführt worden, weil er ja z. B. mit einem Blick ins Telefonbuch hätte überprüfen können, ob die Angaben der unbekannten Dame stimmen würden. Auf eine Abklärung der weiteren, von der Polizei erwähnten Fälle wurde verzichtet [128].

7) An einem Bankschalter erschien eine Frau, die einen verwirrten Eindruck hinterließ, und versuchte eine offensichtlich gefälschte Hundertfrankennote einzutauschen. Über die Herkunft der Geldnote machte sie anschließend wenig glaubhafte Angaben. Obwohl in einem ärztlichen Bericht die Frage der Zurechnungsfähigkeit nur unvollständig beantwortet worden war, wurde das Verfahren aufgehoben. Aus der Tatsache, daß die Frau versucht habe, ihre Kopie an einem Bankschalter einzutauschen, müsse geschlossen werden, es habe völlige Zurechnungsunfähigkeit bestanden [129].

8) Ein unverheiratetes Elternpaar stellte Strafanzeige gegen die Großeltern seines gemeinsamen Kindes, weil diese ihm das Kind vorenthalten hätten. Erfaßt wurde in der Anzeige durch Strafantrag die Zeit vom 1. bis 11. Dezember. Im Sinne einer sofortigen Maßnahme hatte der Präsident der zuständigen erstinstanzlichen Vormundschaftsbehörde das Kind den Großeltern zur Erziehung zugewiesen. Dieser Entscheid datierte vom 6. Dezember. Bereits vorher hatten die Großeltern das Kind aus der Wohnung ohne Einwilligung der Eltern weggeholt. Obwohl also formell zumindest bis zum 6. Dezember die Mutter die Obhut über das Kind hatte und dementsprechend auch antragsberechtigt war, wurde der Anzeige keine Folge gegeben. Aus den gesamten Unterlagen könne entnommen werden, daß die Mutter sich völlig unfähig erwiesen habe, das Kind zu betreuen, mit dem Vater des Kindes in ständigem Zwist gelebt hätte und zudem auch aus gesundheitlichen Gründen klinisch hätte behandelt werden müssen [130].

[128] Akten Nr. 1960/87 URA Bern.
[129] Akten Nr. 1176/87 URA Bern.
[130] Akten Nr. 592/87 URA Bern.

2. Teil

Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in den Strafprozeßordnungen der Kantone

I. Einleitung

Die Frage, ob von Bundesrechts wegen den Kantonen die Befolgung des Legalitätsprinzips derart vorgeschrieben wäre, daß diese ihre Verfahrensvorschriften entsprechend auszurichten hätten, ist zumindest in früheren Jahren[1] recht lebhaft diskutiert worden. Übereinstimmung besteht darin, daß im Bereich der Bundesstrafsachen, die an die Kantone zur weiteren Verfolgung delegiert worden sind, das Legalitätsprinzip, also die Verfolgungspflicht durch Bundesrecht vorgeschrieben ist[2]. Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob auch für den Bereich der originären Strafgerichtsbarkeit der Kantone das Legalitätsprinzip grundsätzlich zu gelten habe.

Aus bundesgerichtlichen Entscheidungen konnte bisher noch keine Antwort auf diese Frage, die vor allem die Lehre interessiert hat[3], entnommen werden. Neben dem bereits erwähnten Entscheid des Kassationshofs[4] hat auch die staatsrechtliche Kammer in Urteilserwägungen vom 8. 11. 1967[5] den Problembereich berührt. Auch dieser Entscheid enthält eine kurze Zusammenfassung der Diskussion um Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip, aber auch das Verfassungsgericht verzichtet auf eine abschließende Stellungnahme. Immerhin sind dem Entscheid aber auch keine Hinweise zu entnehmen, aus welchen auf eine Ablehnung der Möglichkeit, daß die Kantone in ihren Prozeßvorschriften das Opportunitätsprinzip oder zumindest Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vorsehen könnten, geschlossen werden könnte.

[1] Vgl. vorne S. 49 ff.
[2] Vgl. HAUSER, Strafprozeßrecht, S. 129.
[3] Vgl. vorne S. 51 ff.
[4] BGE 109 IV 46, vgl. vorne S. 24.
[5] Zitiert in SJZ 64 (1968), S. 371.

Gleichwohl wird dem Entscheid des Kassationshofs[6] entnommen werden müssen, daß nach Meinung des höchsten Strafgerichts Ausnahmen vom Legalitätsprinzip einer genauen Umschreibung bedürften.

Ungeachtet der rechtsstaatlichen Frage hat sich jedoch in den letzten Jahren und Jahrzehnten in unserem Lande eine Entwicklung angebahnt, die sich in etwa mit derjenigen in Deutschland vor der Emmingerschen Reform vergleichen läßt. Daß die Durchsetzung des Legalitätsprinzips in Einzelfällen Härten mit sich bringen kann, ist ebenso erkannt worden wie die Tatsache, daß ungeachtet der gesetzlichen Umschreibung des Verfolgungsprinzips in der Praxis längst ein gewisses faktisches Opportunitätsprinzip angewandt worden ist[7]. Zwar hat sich die Zahl der Kantone, die das Opportunitätsprinzip in ihre Strafverfolgungsbestimmungen aufgenommen haben, zumindest auf dem Papier nicht erhöht[8], dagegen ist die Zahl derjenigen Prozeßordnungen, die durch einzelne Bestimmungen das Legalitätsprinzip durchbrochen und damit eine Art «gemäßigtes» Opportunitätsprinzip eingeführt haben, angestiegen. Zudem ist auch in den eigentlichen Hochburgen des Legalitätsprinzips, den Kantonen Zürich und Bern, die Diskussion in Bewegung geraten, und bezüglich der im Kanton Zürich geltenden Verfolgungsgrundsätze bestehen heute sogar unterschiedliche Auffassungen[9]. Reformvorschläge, die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vorsehen, wurden zumindest erarbeitet, liegen aber zur Zeit irgendwo auf einem Tisch oder in einer Schublade in Zürich und Bern.

HEYDEN hat in seiner Dissertation ebenso wie TREYVAUD[10] eine umfassende Darstellung der rechtlichen Gegebenheiten in den einzelnen Kantonen gegeben. Seit diesem Zeitpunkt sind jedoch zahlreiche Änderungen in den verschiedenen Strafprozeßordnungen vorgenommen worden, und es erscheint auch im Zusammenhang mit dieser Arbeit angezeigt, auf den gegenwärtigen Stand der Dinge einzutreten. Für Prozeßordnungen, die seit 1961 keine Revision erfahren haben, muß jedoch eine kurze Zusammenfassung mit Hinweisen auf HEYDEN und TREYVAUD genügen. Verarbeitet wurden insbesondere auch die teilweise

[6] 109 IV 49.
[7] Vgl. dazu DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 329 ff., insbes. S. 397 ff.
[8] Vgl. hingegen nachfolgend C. 1, S. 93 den Kanton Jura betreffend.
[9] Vgl. S. 66 ff.
[10] Beide Arbeiten stammen aus dem Jahre 1961.

sehr aufschlußreichen Hinweise der jeweiligen kantonalen Strafverfolgungsbehörden.

II. Die Strafprozeßordnungen der Kantone

A. Strafprozeßordnungen, die das Legalitätsprinzip ausdrücklich oder dem Sinne nach für die Strafverfolgung vorsehen

1. Bern

Das Bernische Gesetz über das Strafverfahren vom 20. Mai 1928 ist eindeutig geprägt durch das Legalitätsprinzip, das zwar nicht eindeutig als Verfolgungsprinzip im Gesetz enthalten ist, sich jedoch zweifelsfrei aus den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen ergibt. Dabei dürfte die Berufung auf Art. 1 Abs. 3 StV, eine Bestimmung, die an sich das Offizialprinzip umschreibt, weniger überzeugend wirken, als der Hinweis auf Art. 86 und 184 StV [11].

Für den Untersuchungsrichter gilt sowohl für die Eröffnung der Strafverfolgung wie auch für das Überweisungsstadium das Legalitätsprinzip. Ist die angezeigte, gemeldete oder dem UR in seiner amtlichen Stellung zur Kenntnis gelangte Handlung mit Strafe bedroht und liegen die Prozeßvoraussetzungen vor, so muß die Strafverfolgung eröffnet werden [12]. Nach abgeschlossener Voruntersuchung hat bei Vorliegen einer strafbaren Handlung und hinreichendem Tatverdacht die Überweisung zu erfolgen. Einer Nichteröffnung [13] resp. Aufhebung [14] hat der Staatsanwalt zuzustimmen. Gleiches gilt für die durch den Einzelrichter [15] durchgeführte gekürzte Voruntersuchung. Bei Uneinigkeit zwischen UR und Bezirksprokurator entscheidet die Anklagekammer [16]. Die Anklagekammer ist zudem Anklagebehörde in den mit lebenslänglichem Zuchthaus oder mit

[11] Vgl. dazu WAIBLINGER, Strafverfahren, S. 2 ebenso F. FALB, S. 42, sowie J. AESCHLIMANN, Strafverfahren, S. 172 ff. Für AESCHLIMANN ergibt sich das Legalitätsprinzip aus Art. 1 Abs. 3 und 71 Abs. 1 StrV. Aus Art. 71 Abs. 1 wird insbesondere ein striktes Legalitätsprinzip für die Polizei abgeleitet, ebenso G. PIQUEREZ, Traité, Art. 492, S. 336 f.

[12] Art. 86.

[13] Art. 84.

[14] Art. 184 Abs. 2.

[15] GOG Art. 46/StrV Art. 31.

[16] Art. 185 Abs. 2.

Zuchthaus von bestimmter Mindestdauer bedrohten Fällen[17]. Das Legalitätsprinzip ist in der Bernischen Strafprozeßordnung in ausgesprochener Weise garantiert. Untersuchungsrichter und Staatsanwalt müssen zusammenwirken, Nichteröffnungs- und Aufhebungsbeschlüsse sind zu begründen[18], der Privatkläger kann gegen den Beschluß auf Nichtfolgegebung rekurrieren[19], gegen Aufhebungsbeschlüsse zudem auch der Angeschuldigte und Dritte, sofern sie durch Maßnahmen[20] beschwert sind. Rekursinstanz ist in beiden Fällen die Anklagekammer.

Daß dieses strenge und konsequent gesetzlich ausgebildete Legalitätsprinzip in der Praxis zu Konflikten führen muß, wurde dargetan.

Die Bemühungen, auch im Bernischen Strafprozeß die Härten des Legalitätsprinzips zu mildern, haben in den Vorschlägen der Arbeitsgruppe Revision Strafverfahren, die unter der Leitung von Prof. H. SCHULTZ steht, ihren Niederschlag gefunden. Letztlich ist allerdings nur eine Minimallösung zustande gekommen, die die Hürde der parlamentarischen Beratung erst noch nehmen muß. Immerhin sieht der Vorschlag vor, daß von der Verfolgung abgesehen werden kann, wenn die Tat für die zu erwartende Gesamtstrafe oder Maßnahme nicht ins Gewicht fällt, auf eine Zusatzstrafe nach Art. 68 Ziff. 2 StGB verzichtet werden kann oder wenn die Tat von einer Behörde des Auslandes verfolgt wird oder diese sich bereit erklärt hat, die Verfolgung einzuleiten. Der Vorschlag ist also die in andern Kantonen (UR, AR, SH) bereits Gesetz gewordene Ausnahmeregelung, reduziert um den wichtigen Fall der nicht sanktionsbedürftigen Übertretungen.

2. *Zürich*[21]

Für den Kanton Zürich gilt nach herrschender Meinung nach wie vor ausdrücklich das Legalitätsprinzip[22]. Nach Art. 41 der KV obliegt der Staatsanwaltschaft die Pflicht, die strafbaren

[17] Art. 192 ff.
[18] Art. 84 Abs. 4, resp. 199.
[19] Art. 84 Abs. 5.
[20] Art. 28 EG zu StGB.
[21] Gesetz betreffend die Strafprozeßordnung vom 4. Mai 1919.
[22] Vgl. HAUSER/HAUSER, Kommentar zum alten GVG, S. 266, sowie HEYDEN, S. 93, der sich mit seiner Auffassung auf KV Art. 41 stützt.

Handlungen im Namen des Staates zu verfolgen. Nach HAUSER[23] fehlt es zwar an einer entsprechenden Norm im Gesetz, das Legalitätsprinzip gelte jedoch. In einem alten Entscheid vom 3. 1. 1952 hat das Zürcher Kassationsgericht festgestellt, daß das zürcherische Recht für den Richter keine Grundlagen für das Opportunitätsprinzip habe (was allerdings erstaunlich wäre, ist das Opportunitätsprinzip ja ein Verfolgungsprinzip, das sich an die Verfolgungsbehörde und nicht an die urteilenden Gerichte richtet), ob dasselbe für die Verfolgungsbehörde zu gelten habe, wurde jedoch offengelassen[24]. Aus einer sehr kurzen Stellungnahme der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich an den Verfasser vom 8. 9. 1988 kann entnommen werden, daß sich die Staatsanwaltschaft ebenfalls der Meinung von HAUSER anschließt. Anderer Meinung ist NOLL[25], der unter Verweis auf die Bestimmungen von § 38 und 39 der StPO für den Kanton Zürich auf die Geltung eines gemäßigten Opportunitätsprinzips schließt. Offensichtlich auf die Meinung NOLL stützt sich auch das Polizeikommando des Kantons Zürich, das in einer Stellungnahme vom 26. 9. 1988 unter Verweis auf die bei NOLL zitierten Gesetzesbestimmungen ein gemäßigtes Oportunitätsprinzip annimmt, das es den Untersuchungsbehörden erlaube, Verfahren mittels begründeter Verfügung einzustellen.

In einer Vorlage, die 1982 der Justizdirektion des Kantons Zürich unterbreitet wurde, wurden Vorschläge für eine neue Strafprozeßordnung und eine Teilrevision des GVG gemacht[26]. Beide Gesetze stammen bereits aus dem zweiten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts. Im von HAUSER mitgeprägten Vorschlag war auch die Einführung eines gemäßigten Opportunitätsprinzips vorgesehen, was ja unnötig gewesen wäre, wenn ein solches im Gesetz bereits enthalten gewesen wäre. Der zum Antrag der Justizdirektion gewordene Revisionsvorschlag der Expertenkommission wurde jedoch durch die Regierung ad acta gelegt.

Maßgebend dürfte die Meinung derjenigen Behörde sein, die sich praktisch mit dem Problem auseinanderzusetzen hat, und das ist zweifelsohne die Staatsanwaltschaft, deren Auffassung oben festgehalten worden ist.

[23] Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Zürich 1978, S. 266.
[24] Publ. in Blätter für Zürcherische Rechtsprechung 51, 1952, S. 381.
[25] Strafprozeßrecht, S. 17.
[26] Vgl. im einzelnen REHBERG, S. 230 ff.

Unbestritten ist, daß für die Polizei die Anzeigepflicht gilt. Bereits § 21 Abs. 1 der StPO und insbesondere § 2 des Dienstreglementes der Kantonspolizei vom 8. 3. 1951 enthalten die Verpflichtung der Polizei, jeden Rechtsbruch ohne Ansehen der Person zu verzeigen. Diese Anzeigepflicht gehört auch zum Inhalt des Gelübdes[27], das die Polizeibeamten abzulegen haben.

3. Solothurn

In der Strafprozeßordnung vom 7. Juni 1970 fehlt eine Aussage zum geltenden Verfolgungsprinzip. Aus den einzelnen Bestimmungen ergibt sich jedoch zweifelsfrei das Legalitätsprinzip als prozessuales Verfolgungsprinzip[28]. Für die Polizei ist die Anzeigepflicht in § 75 enthalten. Nur bei offensichtlicher Grundlosigkeit kann der Untersuchungsrichter einer Anzeige keine Folge geben[29], wobei auch gegen diesen Beschluß die Beschwerde an das Obergericht möglich ist[30]. Auch gegen den nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens gefällten Entscheid des Untersuchungsrichters, wegen fehlenden Anlasses zur Eröffnung einer Voruntersuchung das Verfahren einzustellen[31], ist eine Beschwerde möglich. Zur Beschwerde in beiden Fällen sind Anzeiger und Antragsteller legitimiert. Unter der Voraussetzung, daß die Anzeige sich auf eine Straftat bezieht, zu deren Beurteilung das Kriminalgericht[32] oder erstinstanzlich das Obergericht zuständig ist, steht auch dem Staatsanwalt[33] das Beschwerderecht zu.

Nach durchgeführter Voruntersuchung kann der Untersuchungsrichter dem Gericht in Amtsgerichtsfällen die Einstellung beantragen[34]. Die Einstellung ist nur möglich aus tatsäch-

[27] § 15 der VO zum Gesetz betreffend das Kantonspolizeikorps vom 8. 5. 1974.
[28] So auch SCHULTZ/EICHENBERGER: Gutachten Februar 1984 über Fragen einer Strafverfolgung des früheren Rektors der Höheren Wirtschafts- und Verwaltungsschule in Olten, S. 38.
[29] § 80.
[30] § 81 und 204.
[31] § 85.
[32] Durch Art. 90 Abs. 1 lit. h der neuen Verfassung des Kantons Solothurn vom 15. 1. 1986, in Kraft seit 1. 1. 1988, wurde das bisherige Schwurgericht durch das Kriminalgericht abgelöst.
[33] §§ 81 Abs. 2 und 85 Abs. 1 letzter Satz.
[34] § 97.

lichen oder rechtlichen Gründen. Mit dieser Formulierung bleibt für Opportunitätsüberlegungen kein Raum. In den Fällen vor Kriminalgericht oder Obergericht stellt der Staatsanwalt den Einstellungsantrag[35]. Mit dem Verweis auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen in § 98 Abs. 2 und 3 gilt auch hier, daß eine Einstellung nur aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen möglich ist. Antragsberechtigt ist auch der Präsident des Kriminal- resp. Obergerichts. Zuständig zum Entscheid sind Kriminal- resp. Obergericht. Eine Beschwerde ist möglich gegen den Beschluß des Amtsgerichts, und zwar durch den Staatsanwalt und den Verletzten, in Kostenfragen bleibt nur der Rekurs[36] offen. Ein Rechtsmittel gegen den Einstellungsbeschluß des Kriminal- oder Obergerichts ist nicht vorgesehen.

Auch für den Einzelrichter gelten die Bestimmungen von § 97 ff. sinngemäß. Der Amtsgerichtspräsident ist bei Einsprache gegen eine Strafverfügung in Übertretungsstrafsachen als Einzelrichter eingesetzt[37].

4. *Obwalden*

Die VO über die Strafrechtspflege (Strafprozeßverordnung) vom 9. März 1973 enthält keine ausdrücklichen Vorschriften zum Verfolgungsprinzip. Festgehalten ist jedoch das Offizialprinzip, und aus den einzelnen Vorschriften der StPO muß entnommen werden, daß das Legalitätsprinzip zu gelten hat. Der Verhörrichter hat die Untersuchung zu eröffnen, sobald durch glaubwürdige Anzeige, Strafantrag oder Strafklage eine zu verfolgende strafbare Handlung ihm zur Kenntnis gebracht wird[38]. Nur bei offensichtlicher Grundlosigkeit kann Nichteintreten beschlossen werden (ebenso bei Fehlen der Prozeßvoraussetzungen)[39]. Nach Durchführung der Untersuchung kann das Verfahren eingestellt werden, wenn der Richter den Angeschuldigten mangels Tatbestand, mangels Beweis, wegen Verjährung oder aus einem anderen Grund freisprechen würde[40].

[35] § 102, 103.
[36] § 198 ff.
[37] § 12, lit b GO.
[38] Art. 27.
[39] Art. 28 StPO.
[40] Art. 94.

Zuständig zu diesem Einstellungsbeschluß ist die Strafkommission[41]. Gegen den Einstellungsbeschluß kann Beschwerde gem. Art. 134 Abs. 1 lit. c durch den Angeschuldigten, den Straf- und Zivilkläger sowie durch jeden unmittelbar Betroffenen erhoben werden[42].

Eine strikte Verfolgungspflicht gilt insbesondere für die Polizei, die nach Art. 17 des Dienstreglements zur Anzeige verpflichtet ist, wenn ihr während der Dienstzeit ein von Amtes wegen zu verfolgendes strafbares Verhalten bekannt wird. Auch im Kanton Obwalden wird gegenwärtig eine Totalrevision der StPO vorbereitet. Diese Arbeiten, die durch Justizfunktionäre des Kantons selbst ausgeführt werden, stehen jedoch erst im Anfangsstadium. Es ist jedoch nicht vorgesehen, Ausnahmen vom Legalitätsprinzip in die revidierte Prozeßordnung aufzunehmen[43].

5. *Nidwalden*

a) Das geltende Recht

Obwohl die geltende Strafprozeßordnung erst zwölf Jahre alt ist, steht bereits wiederum eine Revision bevor. Diese Revision ist jedoch zwingend, kannte doch bis anhin das Strafgericht keine öffentliche Verhandlung, und der Angeschuldigte konnte sich zum Antrag der Staatsanwaltschaft nicht äußern[44].

In der noch geltenden Ordnung ist für alle Verfolgungsbehörden das Legalitätsprinzip festgehalten, für die Polizei in § 80 Abs. 2 und 82 Abs. 1. Der Verhörrichter hat bei hinreichendem Tatverdacht die Strafuntersuchung zu eröffnen[45] und kann nach durchgeführter Untersuchung mangels zureichender Gründe für eine weitere Strafverfolgung, wegen Todes des Angeschuldigten, wegen Rückzug des Antrages, wegen Verjährung oder wegen schon erfolgter Beurteilung die Einstellung des Verfahrens bei der Strafabteilung des Strafgerichts beantragen[46]. Im Einstellungsantrag ist das Ergebnis der Untersu-

[41] Art. 93.
[42] Art. 135.
[43] Gemäß Mitteilung von Dr. G. Cotter, Verhörrichter und Mitglied der Revisionskommission.
[44] §§ 100 Abs. 1, sowie 96 Abs. 2 StPO vom 3. Juli 1976, vgl. dazu EMRK Art. 6 Ziff. 1.
[45] § 85.
[46] § 94 Ziff. 3.

chung und der Einstellungsgrund festzuhalten[47]. Die StPO enthält in § 11 das Offizialprinzip, äußert sich jedoch nicht zum Verfolgungsprinzip. Aus der Erwähnung des Offizialprinzips in Verbindung mit der Formulierung in § 94 Ziff. 3 muß jedoch geschlossen werden, daß eine Einstellung nur wegen Wegfalls des Tatverdachts resp. ungenügender Beweislage möglich ist. Gegen den Einstellungsbeschluß können die Prozeßparteien an die Strafabteilung des Kantonsgerichts rekurrieren[48], wegen Verfahrensmängel und bezüglich der Regelung der Kosten ist der Rekurs nicht zulässig, und es muß hier die Kassationsbeschwerde erhoben werden[49].

b) Zur Revision

Der vorgelegte Revisionsentwurf 4 vom 13. 6. 1988 ist bereits modifiziert worden, und weitere Korrekturen sind zu erwarten[50]. Im vorliegenden Vorentwurf ist das Opportunitätsprinzip nicht nur als Verfolgungsmaxime im Text als Marginale erwähnt. Auch für das gerichtliche Verfahren ist eine Verfahrensbeendingung aus Opportunitätsgründen vorgesehen. Untersuchungs- und Gerichtsinstanzen, allerdings nicht die Polizei, für die in § 96 VE die Ermittlungspflicht ausdrücklich erwähnt wird, können aus Gründen der Prozeßökonomie in bestimmten Fällen auf die Verfolgung verzichten. Ebenso kann die Staatsanwaltschaft beim Gericht die Einstellung beantragen, und sie ist nicht gezwungen, in jedem Falle Anklage zu erheben, auch wenn der Verhörrichter eine Untersuchung zur Anklageerhebung überweist[51].

Der Verfolgungsverzicht ist möglich bei geringem Verschulden des Täters und geringen Tatfolgen oder wenn die Tatfolgen ausschließlich den Täter treffen. Ebenso kann auf die Verfolgung der Tat verzichtet werden, wenn diese für die zu erwartende Gesamtstrafe oder Maßnahme nicht ins Gewicht fällt. Der dritte Ausnahmefall vom Verfolgungsprinzip, das im übrigen sinngemäß zu gelten hat, ist derjenige der Zusatzstrafe nach Art. 68 Ziff. 2 StGB. Gegen einen Einstellungsbeschluß

[47] § 98 Ziff. 3.
[48] § 131.
[49] §§ 132 Abs. 2 in Verb. mit 136.
[50] Hinweis von Staatsanwalt Weber vom 29. 9. 1988, der insbesondere die mögliche Streichung des Rechtsmittels der Appellation gegen den Einstellungsbeschluß erwähnt.
[51] § 9 Abs. 1 und 124 Abs. 1 Ziff. 5 VE.

durch den Verhörrichter, der in seinem Beschluß den Grund für die Einstellung bekanntzugeben hat, können die Parteien an das Obergericht appellieren. Nach Überweisung der Akten an die Staatsanwaltschaft kann diese ihrerseits dem Gericht die Einstellung des Verfahrens beantragen[52]. Das Urteil des Gerichts lautet denn auch auf Freispruch, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens. Damit wird offensichtlich auf § 9 VE (OP) Bezug genommen. Die Parteien können an das Obergericht auch gegen Einstellungsentscheide des Gerichts appellieren[53].

6. *Thurgau*

§ 28 des Gesetzes über die Strafrechtspflege vom 30. Juni 1970 legt für alle zuständigen Behörden die Verfolgungspflicht bezüglich aller strafbaren Handlungen fest. Mit den Vorbehalten für Antragsdelikte, das Privatstrafverfahren bei Ehrverletzungen, das speziell in den § 180–186 geregelt ist und den Ermächtigungsvorbehalt bei der Verfolgung von strafbaren Handlungen von Behördemitgliedern und Beamten nach Maßgabe des Verantwortlichkeitsgesetzes, wird verdeutlicht, daß grundsätzlich das Legalitätsprinzip Geltung hat. Ausnahmen von diesem finden sich nicht.

Für die Angehörigen des Polizeikorps gilt für alle strafbaren Handlungen die Anzeigepflicht (§ 78).

Ergeben sich durch Anzeige, Strafantrag oder auf anderem Wege Anhaltspunkte für strafbare Handlungen, dann hat das Bezirksamt die notwendigen polizeilichen Ermittlungen und Maßnahmen zu verfügen[54]. Ergibt das Ermittlungsverfahren genügend Anhaltspunkte für eine strafbare Handlung, dann haben Bezirksamt oder Staatsanwalt eine Strafuntersuchung zu eröffnen[55]. Liegen nach Abschluß dieser Untersuchung zureichende Gründe für eine Überweisung vor, so hat diese zu erfolgen[56]. Vorbehalten bleibt das Strafverfügungsverfahren, das

[52] § 124 Abs. 1 Ziff. 5 VE.
[53] § 150 VE.
[54] § 80.
[55] § 82.
[56] § 147.

das Bezirksamt in den Fällen des § 11[57] und denjenigen des § 12[58] durchzuführen hat. Das Gesetz sieht also nicht nur für echte Bagatellen (Übertretungen), sondern auch für bestimmte Arten von Verbrechen und Vergehen ein vereinfachtes Verfahren vor und findet so für minder strafwürdiges Verhalten ein prozeßökonomisches Verfahren, das bezüglich Verhältnismäßigkeit ein Gegenstück zum konsequent durchgesetzten Legalitätsprinzip darstellt. Denn nur beim Fehlen zureichender Gründe für eine weitere Strafverfolgung[59] kann die Untersuchung eingestellt werden. Daß es sich dabei nur um das Fehlen einer strafbaren Handlung oder eines genügenden Tatverdachts handeln kann, ergibt sich aus dem Zusammenhang, insbesondere zu § 146.

Die für das Gericht vorgesehene Möglichkeit der Einstellung (§ 159 Abs. 2) beschränkt sich auf die Fälle fehlender Prozeßvoraussetzungen. Gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft steht auch dem Geschädigten die Beschwerde zu[60].

7. *Graubünden*

Das Gesetz über die Strafrechtspflege vom 8. 6. 1958 wurde am 7. 4. 1974 teilrevidiert. Auch in der revidierten Fassung kennt die bündnerische StPO das Opportunitätsprinzip nicht. Auch wenn das Legalitätsprinzip nicht ausdrücklich erwähnt ist, ergibt es sich zweifelsfrei aus dem Zusammenhang der verschiedenen Verfahrensbestimmungen. Die Strafverfolgung ist von den damit beauftragten Organen von Amtes wegen aufzunehmen, soweit das Gesetz keine Ausnahme vorsieht[61]. Die Durchführung einer Untersuchung darf vom Staatsanwalt nur abgelehnt werden, wenn sich eine Strafanzeige zum vornherein als offenbar grundlos erweist[62]. Eine Einstellung der Untersuchung durch den Untersuchungsrichter ist nur zulässig, wenn das Vorliegen eines Straftatbestandes nicht genügend dargetan oder die Verfolgungsverjährung eingetreten oder der Angeschuldigte gestorben ist[63].

[57] Übertretungen des eidg. und kant. Rechts.
[58] Ladendiebstahl mit Deliktsbetrag von höchstens Fr. 100.–, die Fälle von SVG Art. 96 Ziff. 2 und 3, sowie 97 sowie Vergehen gegen Art. 23 ANAG.
[59] § 142.
[60] § 144.
[61] Art. 66 StPO.
[62] Art. 81 StPO.
[63] Art. 82 StPO.

Die Einstellungsverfügung des Untersuchungsrichters wird erst mit der Genehmigung des Staatsanwaltes[64] rechtsgültig. Sowohl Ablehnungsverfügung des Staatsanwaltes wie vom Staatsanwalt genehmigte Einstellungsverfügung des Untersuchungsrichters können vom Angeschuldigten und dem Geschädigten mittels Beschwerde bei der Beschwerdekammer des Kantonsgerichts angefochten werden[65].

8. Wallis

Die Strafprozeßordnung des Kantons Wallis vom 22. 2. 1962 enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung über das geltende Verfolgungsprinzip. Aus den einzelnen Vorschriften für Polizei[66] und Instruktionsrichter[67] geht aber mit aller Deutlichkeit hervor, daß das Legalitätsprinzip zu gelten hat. Die Polizei hat nach strafbaren Handlungen zu fahnden, die von Amtes wegen verfolgt werden. Der Instruktionsrichter hat die Strafbarkeit einer angezeigten Tat und das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der öffentlichen Klage zu prüfen. Liegt eine strafbare Handlung vor und sind die Prozeßvoraussetzungen gegeben, dann hat er die Verfolgung zu verfügen. Die Weigerung, einer Anzeige Folge zu geben, ist zu begründen und dem Urheber der Klage zu eröffnen. Staatsanwalt und Geschädigten stehen die Beschwerde offen[68]. Im Untersuchungsverfahren gilt für den Instruktionsrichter eine strenge Verfolgungspflicht[69]. Der Instruktionsrichter hat das Verfahren auf alle strafbaren Handlungen auszudehnen, die unter sich im Zusammenhange stehen[70]. Liegen nach Abschluß der Untersuchung genügend Beweise für Tatbegehung und Täter vor, ist das Verfahren ins Beurteilungsstadium zu überführen[71]. Eine Einstellung ist nur bei ungenügender Beweislage oder Fehlens einer strafbaren Handlung möglich[72], und dies sowohl für Verbrechen und Vergehen wie auch für Übertretungen. Gegen Einstellungsver-

[64] Art. 82 Abs. 2 StPO.
[65] Art. 138 und 139 StPO.
[66] Art. 37 StPO.
[67] Art. 42 ff. StPO.
[68] Art. 46 StPO.
[69] Art. 51 Ziff. 1 StPO.
[70] Art. 52 StPO.
[71] Art. 112 und 113 StPO.
[72] Argumentum e contrario aus Art. 112 Ziff. 1 lit. a und 113 Ziff. 1 lit. a StPO.

fügungen bei Übertretungen und Antragsdelikten steht der Zivilpartei die Berufung offen[73]. In der Praxis umstritten ist die Frage, ob bei Verbrechen und Vergehen die von Amtes wegen verfolgt werden, allen Parteien die Berufungsmöglichkeit gegen einen Einstellungsentscheid zustehe. Mit dem Argument, die Staatsanwaltschaft habe als Vertreterin des öffentlichen Amtes dafür zu sorgen, daß bei einem Einstellungsverfahren der Strafanspruch des Staates gewahrt bleibe, wurde teil- und zeitweise die Berufung der Zivilpartei abgelehnt. In neuerer Zeit wurde die Zivilpartei jedoch wiederum zugelassen. Gegen einen Entscheid, der jedoch die Legitimation der Zivilpartei verneint hatte, wurde in neuster Zeit die bundesgerichtliche Entscheidung angerufen. Die entsprechende staatsrechtliche Beschwerde wurde abgewiesen, die Begründung dieses Entscheides liegt zurzeit noch nicht vor.

Die StPO spricht in ihrer geltenden Formulierung noch vom Instruktionsrichter. Bedingt durch neueste bundesgerichtliche Entscheidungen sah sich auch der Kanton Wallis gezwungen, Strukturänderungen bei der Gerichtsorganisation vorzunehmen. Anstelle der früheren Instruktionsrichter sind heute die Untersuchungsrichter in Strafsachen für die Strafverfolgung zuständig[74].

Für Polizeiübertretungen, Entwendungen gemäß Art. 138 StPO, sofern der Wert der entwendeten Sache Fr. 20.– nicht übersteigt, fahrlässige Tierquälerei, Übertretungen des Wirtshausverbots, bestimmte Übertretungen des kantonalen Gesetzes betreffend die Übertretung von Polizeivorschriften und weiterer kantonaler Spezialgesetze sowie Reglemente der Gemeinden gilt ein uneingeschränkter Verfolgungszwang für Beamte der Polizei und Polizeigericht[75].

Im Kanton Wallis ist eine Strafprozeßreform im Gange, die allerdings noch in ihren Anfängen steckt. Ausgelöst wurde diese Reform ohne Zweifel durch die bundesgerichtlichen Entscheidungen im Zusammenhange mit Art. 58 BV und Art. 6 EMRK. Ob das in der alten StPO enthaltene Legalitätsprinzip

[73] Art. 112 Ziff. 1 lit. b StPO.

[74] Dekret des Großen Rates des Kantons Wallis vom 26. 7. 1987 zur provisorischen Regelung der Untersuchung und Entscheidung in Strafsachen, ergänzt durch Reglement vom 30. 11. 1987 und Direktiven vom 23. 12. 1987, beides durch das Walliser Kantonsgericht erlassen.

[75] Art. 216 und 232 StPO. Zur Festlegung der Zuständigkeit für Übertretungen vgl. Art. 11 ff. StPO.

im Rahmen der Strafprozeßreform eingeschränkt oder gemildert wird, kann zurzeit nicht beantwortet werden[76].

9. *Freiburg*[77]

Der freiburgische Strafprozeß ist durch das Legalitätsprinzip geprägt. Die Staatsanwaltschaft hat für die Verfolgung der Offizialdelikte zu sorgen[78] und den Gang der Untersuchung zu überwachen[79]. Auf eine Einleitung der Strafverfolgung kann nur verzichtet werden, wenn keine strafbare Handlung vorliegt.

Lehnt der Untersuchungsrichter es ab, einer Anzeige Folge zu leisten, so steht dem Anzeigenden das Recht zu, den Entscheid an die Anklagekammer weiterzuleiten[80].

Die Untersuchung findet ihren Abschluss durch eine Einstellungsverfügung[81], durch den Erlaß eines Strafbefehls[82], durch die Überweisung an den Strafrichter[83] oder durch eine Überweisung an die Anklagekammer, welche ihrerseits die Ergänzung der Untersuchung, die Einstellung des Verfahrens oder die Überweisung des Beschuldigten vor das zuständige Gericht anordnet[84]. Auch für die Untersuchung, deren Zweck es ist, zu erforschen, ob, durch wen und unter welchen Umständen eine Straftat begangen wurde[85], und die durch den Untersuchungsrichter bei Vorliegen eines Verbrechensfalles zu eröffnen und Anklagekammer und Staatsanwaltschaft zu melden ist[86], gilt demnach das Legalitätsprinzip, ebenso wie für die Anklagebehörde, die bei Vorliegen des Tatbestandes einer Straftat den Beschuldigten an das zuständige Gericht zu überweisen hat[87]. Anklagebehörde ist die Anklagekammer des Kantonsgerichts, also eine gerichtliche Behörde[88].

[76] Stellungnahme von Herrn Staatsanwalt Antonioli vom 31. 8. 1988.
[77] Strafprozeßordnung für den Kanton Freiburg vom 11. Mai 1927 (mit Abänderungen).
[78] Art. 10 Ziff. 1 StPO.
[79] Art. 10 Ziff. 2 StPO.
[80] Art. 16 Ziff. 2 StPO.
[81] Art. 23 Ziff. 2 StPO.
[82] Art. 44 StPO.
[83] Art. 24bis Ziff. 1 und 2 StPO.
[84] Art. 23 StPO.
[85] Art. 17 Ziff. 1 StPO.
[86] Art. 18 StPO.
[87] Art. 23 Ziff. 3 StPO.
[88] Für Einzelheiten vgl. HEYDEN S. 61.

Aufgrund der zur Zeit vorliegenden Informationen über den Stand der nun eingeleiteten Revisionsarbeiten ist auch für die StPO des Kantons Freiburg ein Abweichen vom Legalitätsprinzip zu erwarten. In einem ersten Revisionsentwurf aus der Feder von Prof. Riklin war vorerst ein von Ausnahmen durchbrochenes Legalitätsprinzip vorgesehen. Nach Auskunft des Präsidenten der beratenden Kommission, Herrn Schoellenweid, wird jedoch neu nun ein integrales Oppurtunitätsprinzip diskutiert und der Verfolgungsentscheid der Staatsanwaltschaft übertragen. Das Oppurtinitätsprinzip soll im Gesetzestext anhand von Beispielen umschrieben werden.

10. St. Gallen

Im Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons St. Gallen vom 9. 8. 1954 ist in Art. 8 Abs. 3 das Legalitätsprinzip ausdrücklich festgehalten. Der Staatsanwalt hat darauf zu achten, daß weder ein Schuldiger der Strafe entgeht, noch ein Schuldloser verfolgt wird. Aus dieser Bestimmung in Art. 8 Abs. 3 ergibt sich auch für den Untersuchungsrichter, der von der Staatsanwaltschaft abhängig ist, die Verpflichtung, bei Vorliegen einer strafbaren Handlung die Strafverfolgung zu eröffnen. Ein Verfahren kann nach durchgeführter Voruntersuchung nur aufgehoben werden, wenn es am Tatbestand mangelt, der Beweis ungenügend ist oder wegen Verjährung oder wenn aus einem anderen Grunde freigesprochen würde[89]. Eine Besonderheit in Art. 10 Abs. 2 StPO veranlaßte HEYDEN (S. 90 f.) die Strafprozeßordnung des Kantons St. Gallen in die Kategorie der gemischten Systeme einzuteilen. In der Tat kann nach dieser Bestimmung die Anklagekammer darüber entscheiden, ob ein Verfahren gegen Beamte oder Behördemitglieder wegen strafbarer Handlungen ihre Amtsführung betreffend zu eröffnen sei oder nicht[90].

Diese Kompetenz der Anklagekammer ist deutlich zu unterscheiden von den Ermächtigungsfällen, in denen einer politi-

[89] Art. 124 Abs. 1.

[90] Diese Regelung bezweckt nach Auffassung von Herrn Staatsanwalt Dr. FALLER, Beamte vor leichtfertiger Verwicklung in Strafverfahren zu schützen. Für die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen einen Beamten oder ein Behördemitglied gelten die gleichen Voraussetzungen wie für Privatpersonen (Art. 53 Abs. 1 StPO).

schen Behörde die Kompetenz zusteht, über die Eröffnung eines Verfahrens zu entscheiden[91].

11. Zug[92]

Obwohl das Marginale von § 1 des Gesetzes ausdrücklich Legalitätsprinzip lautet, ist im Text des betreffenden Artikels nicht das Legalitätsprinzip, sondern das Offizialprinzip statuiert. Dennoch ergibt sich aus den übrigen Bestimmungen des Gesetzes, daß tatsächlich das Legalitätsprinzip für das Strafverfahren des Kantons Zug zu gelten hat. Beamte sind verpflichtet, strafbare Handlungen anzuzeigen[93]. Wird einer Anzeige keine Folge geleistet,[94] besteht ein Beschwerderecht an die Justizkommission für Anzeiger und Privatkläger. Bei der Justizkommission handelt es sich um eine richterliche Behörde[95]. Auch für den Fall des Entscheids über die Anklageerhebung fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesetz. Dennoch wird auch hier das Legalitätsprinzip anzunehmen sein. Sollte für die Anklage das Opportunitätsprinzip gelten, dann müßte dies ausdrücklich gerade in bezug auf das Marginale von § 1 erwähnt sein. Für die Staatsanwaltschaft besteht keine Möglichkeit, die Einstellung eines Strafverfahrens zu verfügen. Dieser Entscheid ist dem Verhörrichter vorbehalten[96]. Gemäß § 37 StPO ist der Staatsanwalt gesetzlich verpflichtet, aufgrund der ihm überwiesenen Untersuchungsakten einen Strafantrag an das Strafgericht, an das Jugendgericht oder an das Polizeirichteramt zu stellen, in welchem er sich u. a. über die Freisprechung oder Verurteilung des Angeklagten auszusprechen hat[97].

12. Tessin[98]

Gemäß Art. 18 des CPP besteht für alle Behörden, mithin also insbesondere auch für die Polizei, Anzeigepflicht. Bei begrün-

[91] Für Einzelheiten vgl. bei HEYDEN S. 90 ff.
[92] Strafprozeßordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940.
[93] § 6 Abs. 1 StPO.
[94] § 7 Abs. 1 StPO.
[95] OG Art. 13.
[96] § 34 Abs. 1 StPO.
[97] Für Einzelheiten vgl. HEYDEN, S. 71 ff.
[98] Codic di procedura penale vom 10. Juli 1941.

detem Tatverdacht hat der Staatsanwalt Anklage zu erheben oder eine Voruntersuchung zu eröffnen. Andernfalls, also bei ungenügendem Tatverdacht, ist das Verfahren einzustellen[99]. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich das Legalitätsprinzip[100]. Obwohl für die Überweisung nach durchgeführter Voruntersuchung nicht ausdrücklich festgehalten, wird das Legalitätsprinzip auch für dieses Stadium des Verfahrens anzunehmen sein[101].

Auch im Kanton Tessin ist gegenwärtig eine Revision des Strafverfahrens im Gange[102]. Die auf einen Vorentwurf von Prof. H. SCHULTZ zurückgehenden Revisionsvorschläge enthalten keine Änderung im Bereich des Verfolgungsprinzips. Vorbehältlich allfälliger Änderungen im Verlaufe der parlamentarischen Diskussion wird also der Kanton Tessin weiterhin zum Kreise der Kantone mit Legalitätsprinzip gehören, dies trotz massiver Belastung der Verfolgungsbehörden mit sehr umfangreichen und aufwendigen Verfahren aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität[103].

13. Luzern[104]

Ohne daß die StPO das Legalitätsprinzip ausdrücklich anerkennen würde, ergibt es sich doch zweifelsfrei aus verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen. Polizei, Untersuchungsbehörde und Staatsanwalt sind verpflichtet, strafbare Handlungen, die ihnen in ihrer amtlichen Stellung bekannt werden, unverzüglich anzuzeigen[105]. Die Polizei hat in solchen Fällen beim Amtsstatthalter eine Anzeige einzureichen. Nur wenn eine angezeigte Handlung nicht mit Strafe bedroht ist oder die Voraussetzungen der Strafverfolgung fehlen, kann der Amtsstatthalter der Anzeige keine Folge geben[106]. Gegen den Entscheid des Amtsstatthalters kann der Privatkläger beim Staatsanwalt Rekurs einlegen[107]. Nach Schluß der Untersuchung hat

[99] Art. 142 ff. CPP.
[100] Vgl. HEYDEN, S. 68.
[101] Vgl. HEYDEN, S. 68 lit. d.
[102] Botschaft vom 11. 3. 1987.
[103] Vgl. dazu P. BERNASCONI, S. 379 ff., insbes. S. 413/414.
[104] Gesetz über die Strafprozeßordnung vom 3. Juni 1957.
[105] § 51 StPO.
[106] § 59 Abs. 3 StPO.
[107] § 59 Abs. 3 StPO.

der Amtsstatthalter diese mit einem begründeten Erkenntnis abzuschließen, wobei dieses Erkenntnis den Parteien, den Geschädigten, soweit sie ein Interesse daran haben, oder deren Vertretern in der Regel schriftlich mitzuteilen ist[108]. Die Untersuchung wird eingestellt, wenn keine strafbare Handlung vorliegt oder wenn es am zureichenden Beweis fehlt. Bestehen jedoch hinreichende Anhaltspunkte für eine strafbare Handlung, so überweist der Amtsstatthalter den Fall dem zuständigen Gericht[109]. Gegen die Überweisung kann der Angeschuldigte beim Staatsanwalt rekurrieren[110], der Entscheid des Staatsanwaltes ist jedoch für den Angeschuldigten endgültig, soweit an der Überweisung festgehalten wird. Dem Privatkläger steht das Rekursrecht bei Einstellung der Untersuchung ebenfalls zu[111].

Sehr weitgehend ist die Möglichkeit des Amtsstatthalters, die Untersuchung mittels Strafverfügung abzuschließen[112]. Mit einer solchen Strafverfügung können Urteile mit bis zu höchstens 3 Monaten Freiheitsstrafe, bis Fr. 3000.– Buße, Wirtshausverbot oder Maßnahmen nach Art. 57–61 StGB ausgefällt werden[113]. Ein solches schriftliches Urteil bedarf, sofern es auf Freiheitsstrafe allein oder in Verbindung mit einer andern Strafe oder Maßnahme lautet, der schriftlichen Annahmeerklärung des Angeschuldigten[114]. Vorgängige Bereinigung des Zivilpunktes ist nicht Voraussetzung der Erledigung mittels Strafverfügung[115].

Durch diese Möglichkeit der einfachen Erledigung von Verfahren, deren Gegenstand geringfügige Delikte sind, wird ein Ausgleich zum strengen Legalitätsprinzip geschaffen[116].

Mit einer Gesetzesrevision sollen nun neu Ausnahmen vom Legalitätsprinzip in das Verfahrensrecht aufgenommen werden. Nach der Botschaft des Regierungsrates an den Großen Rat vom 11. September 1987 soll «mit dem Opportunitätsprinzip ... das Ermessen der Untersuchungsorgane erweitert werden, unter gewissen Voraussetzungen auf eine Strafverfolgung

[108] § 124 Abs. 1 + 2 StPO.
[109] §§ 125 und 126 StPO.
[110] § 135 StPO, der Rekurs ist auch möglich mit dem Antrag auf Überweisung an ein anderes Gericht.
[111] §§ 137 und 138 StPO.
[112] §§ 126 und 131 ff. StPO.
[113] § 131 in der Fassung vom 23. 11. 1982.
[114] § 133 StPO.
[115] § 134 resp. 5bis StPO:
[116] Für Einzelheiten vgl. HEYDEN, S. 62 ff.

zu verzichten». § 1bis (neu) der StPO enthält denn auch Ausnahmen vom Verfolgungszwang, wobei insbesondere die Möglichkeit, auf eine Strafverfolgung dann verzichten zu können, wenn Verschulden des Täters und Tatfolgen gering sind, den Luzerner Strafprozeß nahe an das Opportunitätsprinzip heranführt. Ausnahmen sind ebenfalls vorgesehen für Mehrfachtäter, Zusatzstrafen und Verfolgung der Tat durch eine Behörde des Auslandes. Ob allerdings diese doch weitgehenden Ausnahmen die parlamentarischen Beratungen überstehen werden, muß nach Meinung der Luzerner Staatsanwaltschaft eher bezweifelt werden.

14. Appenzell I. Rh.

Das vom 27. April 1986 stammende neue Gesetz über die Strafprozeßordnung enthält ein klares Bekenntnis zum Legalitätsprinzip. Liegt eine Straftat vor und erachtet die Kriminalkommission als Überweisungsbehörde[117] die Tat als erwiesen oder in hohem Masse als wahrscheinlich, beschließt sie die Überweisung an das Gericht[118]. Eine Aufhebung kann nur erfolgen, wenn keine Straftat vorliegt, die Tat oder Täterschaft nicht nachweisbar ist, oder eine Verfolgung aus prozessualen Gründen nicht möglich ist[119].

Gegen Einstellungsbeschlüsse der Kriminalkommission ist die Beschwerde an die Standeskommission möglich[120]. Die Beschwerde steht denjenigen Personen zu, denen der Einstellungsentscheid eröffnet worden ist[121], also dem Angeschuldigten, dem Geschädigten, sofern er sich am Verfahren beteiligt und denjenigen Personen, die von der Verfügung betroffen sind.

Eine Einstellung nach Erlaß eines Strafbefehls[122] ist durch die Kriminalkommission aus den gleichen Gründen[123], wie sie in Art. 84 Abs. 1 umschrieben sind, noch möglich. Das Beschwerderecht[124] bleibt auch hier vorbehalten.

[117] Art. 5 Abs. 2 lit. a.
[118] Art. 88.
[119] Art. 84 Abs. 1.
[120] Art. 136 lit. b.
[121] Art. 85 Abs. 2.
[122] Art. 110.
[123] Argumentum e contrario aus Art. 112 Abs. 4.
[124] Art. 136 lit. b.

Die Verfolgungsgrundsätze, die für die Kriminalkommission gelten, haben auch für den Untersuchungsrichter [125] Gültigkeit. Die Polizei untersteht ebenfalls einem strikten Verfolgungszwang [126].

Art. 167 regelt die parlamentarische Immunität und teilt die Ermächtigungsbefugnis dem Großen Rat zu.

15. Glarus

Ohne daß die Strafprozeßordnung des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965 das Legalitätsprinzip ausdrücklich erwähnt, gilt es jedenfalls uneingeschränkt für alle Verfahren, die wegen Verbrechen oder Vergehen geführt werden. Eine Einstellung des Verfahrens durch das Verhöramt ist nur im Falle, daß die Anzeige als grundlos oder unglaubwürdig erscheint, kein strafrechtliches Verhalten vorliegt, die Unschuld des Angeschuldigten feststeht, die Belastungstatsachen für eine Anklageerhebung nicht ausreichen sowie bei Fehlen der Prozeßvoraussetzungen möglich [127]. Gegen den Einstellungsbeschluß kann der Beschwerte und die Staatsanwaltschaft die Beschwerde beim Präsidenten des Kriminalgerichtes erheben [128].

Nach Schluß der Untersuchung kann die Staatsanwaltschaft dem zuständigen Gericht [129], und dieses auch gegen den Antrag des Staatsanwalts [130], den Prozeß fallen lassen, wenn es an einer strafbaren Handlung fehlt, oder wenn die Unschuld, die Unzurechnungsfähigkeit oder Straflosigkeit der Person, gegen welche die Untersuchung gerichtet war, anzunehmen ist. Gegen den entsprechenden Entscheid ist die Berufung an das Obergericht [131] durch Staatsanwaltschaft, Angeschuldigten, Geschädigten und Anzeiger [132] möglich.

Die Anzeigepflicht der Polizei besteht nicht nur für Verbrechen und Vergehen, sondern wird ausdrücklich auch für Übertretungen erwähnt, die Pflicht zur Weiterleitung der Anzeige bei

[125] Art. 81 Abs. 1.
[126] Art. 80 Abs. 1.
[127] Art. 86.
[128] Art. 86d.
[129] Art. 89.
[130] Art. 101.
[131] Art. 94 und 102.
[132] Art. 95.

Übertretungen besteht auch für das Verhöramt[133]. Betrachtet der Einzelrichter, an den die Anzeige zu überweisen ist, einen Straftatbestand zwar als objektiv erfüllt, den Verzeigten jedoch als subjektiv nicht strafbar, so nimmt er von einer Bestrafung Umgang[134].

Aus dieser Formulierung könnte die Kompetenz des urteilenden Richters herausgelesen werden, im Falle fehlender Strafbedürftigkeit bei Übertretungen auf eine Sanktion zu verzichten. Nach Meinung der Staatsanwaltschaft des Kantons Glarus[135] geht jedoch weder aus den Materialien noch aus dem Sinn, dem Wortlaut oder der bisherigen Praxis hervor, daß dem Einzelrichter eine solche Kompetenz, aus Opportunitätsgründen auf Sanktionen zu verzichten, zustehen würde. Es wäre nach Meinung der Staatsanwaltschaft wenig konsequent, dem Einzelrichter eine solche Kompetenz einzuräumen, sie aber dem Polizeigericht, welches auf Einsprache hin, mit welchen Strafverfügungen angefochten werden, Rekurse zu entscheiden hat, vorzuenthalten. Das Ermessen des Einzelrichters nach Art. 190 StPO gründe zumindest weitgehend im materiellen Recht[136].

Gegen einen auf Art. 190 StPO abgestützten Einstellungsbeschluß kann der private Anzeiger nur rekurrieren, wenn er mit Kosten belastet worden ist. Amtspersonen steht das Rekursrecht an das Polizeigericht generell zu[137].

B. Strafprozeßordnungen, die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip vorgesehen haben

1. Schwyz

Die Strafprozeßordnung des Kantons Schwyz vom 28. 8. 1974 legt in § 73 grundsätzlich das Legalitätsprinzip als Strafverfolgungsprinzip fest. Liegen genügend Verdachtsgründe gegen einen Angeschuldigten vor, so ist Anklage zu erheben. Dieses Legalitätsprinzip wird jedoch für bestimmte Fälle durchbro-

[133] Art. 186.
[134] Art. 190.
[135] Mitgeteilt in einer Stellungnahme vom 2. 9. 1988.
[136] Hinweis auf Art. 10ff. StGB und 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG.
[137] Art. 191 StPO.

chen. Nach § 76 kann von einer Anklage abgesehen werden, wenn eine nach Art. 68 Ziff. 2 StGB auszufällende Zusatzstrafe neben der bereits ausgesprochenen Strafe nicht «ins Gewicht» fällt und wenn die auszusprechende Strafe die Minimalfrist einer angeordneten Verwahrung (Art. § 42 StGB) nicht übersteigt. Diese Bestimmung gilt sowohl für Verbrechen und Vergehen wie auch für Übertretungen[138].

Nach § 4 ist die Ermächtigung einer politischen Behörde (Kantonsrat) zur Verfolgung von Mitgliedern des Kantons- und Regierungsrates wegen Äußerungen in den Verhandlungen des Kantonsrats erforderlich.

Zurzeit ist eine Revision der VO über den Strafprozeß im Gange, wobei jedoch die oben zitierten Paragraphen nicht betroffen sind.

2. *Basel-Land*[139]

Die basellandschaftliche Strafprozeßordnung gehört zu einer der älteren in der Schweiz. Sie hat jedoch im Laufe der Jahre zahlreiche Revisonen erfahren, die am Grundsatz der Gültigkeit des Legalitätsprinzips nichts geändert haben. § 10 der Strafprozeßordnung enthält das Offizialprinzip, und in § 11 wird ausdrücklich festgehalten, daß die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, die Klage zu erheben, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Verfolgungspflicht ist wegleitend für das ganze Verfahren bei Verbrechen und Vergehen bis zum Abschluß der Untersuchung. In einer 1980 in Kraft getretenen neuen Bestimmung[140] ist festgehalten, daß die Staatsanwaltschaft Anklage bei Verbrechen und Vergehen allerdings grundsätzlich nur dann zu erheben hat, wenn die konkrete Strafe einen Monat Gefängnis, einen Monat Haft und/oder

[138] § 106 mit Verweis auf die Bestimmungen des I. und II. Teils. Gemäß Mitteilung von Herrn Staatsanwalt Bösch wird von der Möglichkeit, wonach gem. § 76 Abs. 1 lit. a StPO von einer Anklage abgesehen werden kann, wenn die nach Art. 68 Ziff. 2 StGB auszusprechende Strafe neben der wegen einer andern Tat rechtskräftig erkannten Strafe nicht ins Gewicht fällt, häufig Gebrauch gemacht. Dies besonders bei Serientätern, wenn hinterher weitere Fälle bekannt werden, was bei Einbrechern, die sich auf unbewohnte und abgelegene Ferienhäuser spezialisiert haben, häufig der Fall ist.

[139] Gesetz betreffend die Strafprozeßordnung vom 30. Oktober 1941.

[140] § 4 Abs. 3 StPO.

Buße übersteigen soll. Ist dies nicht der Fall, so beantragt sie der Überweisungsbehörde den Erlaß eines bedingten Strafbefehls. Nach Prüfung der eingegangenen Akten erhebt die Staatsanwaltschaft Anklage an das zuständige Gericht (Überweisung) oder stellt zuhanden der Überweisungsbehörde Antrag auf Einstellung des Verfahrens oder auf Erlaß eines Strafbefehls [141]. Erachtet die Überweisungsbehörde den Einstellungsantrag für nicht begründet, weist sie die Staatsanwaltschaft an, entweder auf Erlaß eines Strafbefehls anzutragen oder Anklage zu erheben [142]. Für die Staatsanwaltschaft gilt also bis zur Anklageerhebung das Legalitätsprinzip, für die Phase der Beschlußfassung durch die Überweisungsbehörde fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung [143]. Mit HEYDEN [144] wird jedoch geschlossen werden können, daß die Bestimmung in § 11 mittelbar auch für die Überweisungsbehörde zu gelten und daß diese somit ihren Entscheid im Sinne des Legalitätsprinzips zu treffen hat. Gegen die Einstellung ist die Beschwerde an die Polizeikammer des Obergerichts möglich für die Staatsanwaltschaft oder für den Verletzten, wenn diese dartun wollen, es habe eine Überweisung an das Gericht stattzufinden [145]. Auch bei Übertretungen gilt das Legalitätsprinzip insbesondere für die Polizei [146].

Übertretungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts sind auch durch Verwaltungsbehörden anzuzeigen. Die zuständige Verwaltungsbehörde kann jedoch im Sinne einer Ausnahme vom Legalitätsprinzip von einer Verzeigung Umgang nehmen, wenn das Verschulden des Täters besonders gering ist oder die Folgen der Tat ganz unbedeutend sind. Die Verwarnung ist in einem solchen Falle zulässig [147].

3. Uri

In der Strafprozeßordnung vom 29. April 1980 wird in Art. 8 grundsätzlich der Verfolgungszwang für die jeweils zuständige

[141] § 107 Abs. 3 StPO.
[142] § 107 Abs. 4 StPO.
[143] § 110 StPO.
[144] S. 88.
[145] § 111 Ziff. 2 StPO.
[146] § 201 Abs. 3 StPO.
[147] § 201 Abs. 3 und 4 StPO.

Behörde festgelegt. Die StPO sieht jedoch vor[148], daß auf Verfolgung und Bestrafung verzichtet werden darf, wenn bei Übertretungen das Verschulden des Täters und die Tatfolgen gering sind, die Tat für die zu erwartende Gesamtstrafe oder Maßnahme nicht ins Gewicht fällt, von einer Zusatzstrafe nach Art. 68 Ziff. 2 StGB abgesehen werden kann oder eine Behörde des Auslands die Tat verfolgt oder sich bereit erklärt, die Verfolgung einzuleiten.

Weder die Polizei noch der Verhörrichter haben jedoch das Recht, von diesen Ausnahmen vom Legalitätsprinzip Gebrauch zu machen.

Polizeibeamte, denen im Amte ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine Übertretung bekannt wird, sind zur Anzeige verpflichtet[149]. Ergeben sich durch Anzeigen, Strafantrag oder auf anderem Wege Anhaltspunkte für eine strafbare Handlung, hat die Polizei die Ermittlungen an die Hand zu nehmen[150] und anschliessend Bericht zu erstatten[151]. Wenn keine weiteren Abklärungen nötig sind, ist dem Staatsanwalt zu berichten, sind weitere Abklärungen erforderlich, ist der Verhörrichter zur Entgegennahme des Berichts zuständig.

Der Verhörrichter (Untersuchungsrichter) ist bei Vorliegen eines mit Strafe bedrohten Verhaltens des Angezeigten und bei Vorliegen der Voraussetzungen der Strafverfolgung zur Eröffnung der Untersuchung verpflichtet[152]. Nach durchgeführter Untersuchung überweist er die Akten dem Staatsanwalt[153]. Den Akten ist ein Schlußbericht beizugeben[154]. Der Staatsanwalt kann die Akten zur Ergänzung zurückweisen, das Verfahren einstellen, einen Strafbefehl erlassen oder Anklage erheben[155]. In gleicher Weise verfährt er, wenn ihm die Akten von der Polizei direkt überwiesen worden sind[156]. Eine Einstellung ist aus den in Art. 9 erwähnten Gründen möglich. Gegen den Einstellungsbeschluß kann der Zivilkläger nur sofern und soweit ihm Kosten überbunden worden sind rekurrieren[157].

[148] Art. 9.
[149] Art. 142 Abs. 1.
[150] Art. 145 Abs. 1.
[151] Art. 146.
[152] Art. 147.1.
[153] Art. 155.
[154] Art. 154.
[155] Art. 156.
[156] Art. 146.
[157] Art. 205 Ziff. 4 und 210 Ziff. 18.

Der Staatsanwalt kann auch nach Anklageerhebung bis zum Beginn der Hauptverhandlung eine Einstellungsverfügung erlassen und damit die Strafverfolgung endgültig fallen lassen [158].

Da nach Art. 9 bei Vorliegen der angeführten Ausnahmen vom Verfolgungszwang auch auf Bestrafung verzichtet werden kann, steht auch dem urteilenden Gericht die Möglichkeit zu, aus den angeführten Opportunitätsgründen auf Bestrafung zu verzichten, dies auch bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Anordnung einer Sanktion. Der Entscheid des Gerichts ist durch Berufung an das Obergericht weiterziehbar [159], für den Zivilkläger nur soweit die Voraussetzungen der Berufung nach der Zivilprozeßordnung erfüllt sind [160].

Von den Ausnahmen vom Legalitätsprinzip können somit die Staatsanwaltschaft und das Landgericht, sinngemäss auch das Obergericht [161], Gebrauch machen. Im Bereich der Übertretungen liegen die gesetzlichen Möglichkeiten nahe beim Opportunitätsprinzip.

4. *Basel-Stadt* [162]

Die Strafprozeßordnung des Kantons Basel-Stadt ist die älteste Strafprozeßordnung der deutschsprachigen Schweiz, die grundsätzlich zwar am Legalitätsprinzip festhält, von diesem Legalitätsprinzip jedoch Ausnahmen im Gesetz selbst vorsieht. Die Staatsanwaltschaft ist gemäß § 4 Abs. 2, 2. Satz verpflichtet, die Klage zu erheben, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Dieser Grundsatz der Verfolgungspflicht wird jedoch in zwei bestimmten Fällen durchbrochen. Nach der neuen Fassung von § 5 von 1976 kann die Staatsanwaltschaft auf eine Ausdehnung des Ermittlungsverfahrens auf neu bekanntgewordene Handlungen verzichten, wenn bereits ein Ermittlungsverfahren hängig ist, das voraussichtlich zu einer Anklage führt, und wenn die weiteren Handlungen neben der zur Anklage gelangenden nicht ins Gewicht fallen. Ist bereits das Hauptverfahren eröffnet worden, so bedarf es zu diesem

[158] Art. 169.
[159] Art. 219.
[160] Art. 205 Ziff. 4.
[161] Art. 229.
[162] Gesetz vom 15. Oktober 1931.

Verzicht die Zustimmung des zuständigen Strafgerichtspräsidenten oder des Gerichts. Von der Durchführung eines Ermittlungsverfahrens darf ebenfalls Umgang genommen werden, wenn der Angeschuldigte aufgrund einer andern Tat schon verurteilt ist, neben der die neu entdeckte nicht ins Gewicht fällt. Diese Bestimmung beinhaltet zwei verschiedene Fälle, nämlich einmal den Fall von Art. 68 Ziff. 2 StPO, daneben aber auch den Fall der Begehung einer Tat nach Verurteilung. Gegen den Beschluß der Staatsanwaltschaft kann bei der Überweisungsbehörde Rekurs erhoben werden, nicht jedoch wenn das Gericht der Einstellung zugestimmt hat.

Für die Polizei gilt auch bei Übertretungen das strikte Legalitätsprinzip [163].

In den nicht der Staatsanwaltschaft vorbehaltenen Fällen [164] haben die amtlichen Verzeigungen von Übertretungen durch die Verwaltungsbehörden zu erfolgen. Diese sind verpflichtet, die ihnen bekanntgewordenen Übertretungen dem Polizeirichter zu verzeigen [165]. Von einer Verzeigung kann dagegen Umgang genommen werden, wenn das Verschulden des Täters besonders gering ist, und die Folgen der Tat ganz unbedeutend sind. In einem solchen Falle ist auch eine Verwarnung des Fehlbaren zulässig, ausgenommen bleiben Antragsdelikte [166].

Auch im Kanton Basel-Stadt ist eine Revision der StPO im Gange. Mit der Ausarbeitung eines Entwurfs wurde neu Prof. Dubs beauftragt. Der Stand der Revisionsarbeiten läßt gültige Schlüsse über die künftige Verfolgungsmaxime noch nicht zu.

5. *Appenzell A. Rh.*

Zwar wird im Gesetz über den Strafprozeß vom 30. April 1978 in Art. 19 grundsätzlich für alle zuständigen Behörden der Verfolgungszwang festgelegt. Gemäß Art. 20 StPO kann jedoch auf die Verfolgung oder die Bestrafung verzichtet werden, einmal bei Übertretungen, wenn das Verschulden des Täters und die Tatfolgen gering sind, dann in Fällen, da die Tat für die zu erwartende Gesamtstrafe oder Massnahme nicht ins Gewicht fällt, weiter wenn von einer Zusatzstrafe gem. Art. 68

[163] § 211 StPO.
[164] § 215 Abs. 2 StPO.
[165] § 216 Abs. 1 StPO.
[166] Für Einzelheiten vgl. HEYDEN, S. 83 ff.

Ziff. 2 StGB abgesehen werden kann, und schließlich, wenn die Tat von einer Behörde des Auslands verfolgt wird oder diese sich bereit erklärt hat, die Verfolgung einzuleiten. Mit der gewählten Formulierung ist das Einbringen von Opportunitätsüberlegungen nicht auf das Untersuchungsverfahren beschränkt. Auch das befaßte Gericht kann das Verfahren ohne materielles Urteil abschließen und einen Beschluß gem. Art. 175 Abs. 3 StPO fällen. Im vermutlicherweise bisher einzigen Fall, da das urteilende Gericht von Art. 20 StPO Gebrauch gemacht hat, wurde jedoch ein Urteil mit Schuldspruch und Umgangnehmen von Bestrafung ausgesprochen. Rechtsmittel gegen dieses Urteil war dann konsequenterweise auch die Appellation[167] und nicht der Rekurs[168]. Im Gegensatz zum Einstellungsbeschluß, der nur soweit nötig zu begründen wäre, ist ein solches Urteil umfassend zu begründen. Im Gegensatz zum Einstellungsentscheid, gegen den der Geschädigte rekurrieren kann[169], steht diesem gegen ein formelles Urteil, das auf Schuldigsprechung mit Umgangnehmen von Bestrafung lautet, kein Rechtsmittel zu, da eine Legitimation nur bei Freispruch resp. bezüglich Zivil- und Kostenspruch gegeben ist[170].

Die Verfolgungspflicht ist für die Polizei, das Verhöramt und die Staatsanwaltschaft festgelegt[171]. Das Verhöramt kann jedoch das Verfahren nicht an die Hand nehmen oder eine bereits eingeleitete Strafverfolgung nicht weiterführen, wenn die Voraussetzungen von Art. 20 StPO erfüllt sind[172]. Der Beschluß unterliegt der Genehmigung durch den Staatsanwalt. Diesem steht an sich auch die Möglichkeit offen, im Gegensatz zur Überweisungsverfügung des Verhöramtes eine Einstellung zu verfügen. In der Praxis erfolgt eine solche Einstellungsverfügung mit Rücksicht auf die Rekursmöglichkeit an die Justizdirektion[173] kaum, sondern es wird ein gerichtlicher Entscheid in der Sache vorgezogen.

In einem Entscheid hat das Obergericht verdeutlicht, wie es das Moment der Geringfügigkeit interpretiert. Mit Hinweis auf von Hippel und die Meinung des historischen Gesetzgebers wird festgehalten, daß Übertretungen dann unter Art. 20 Ziff. 1

[167] Art. 212 ff. StPO.
[168] Art. 204 ff. StPO.
[169] Art. 198 Ziff. 5 und 204 StPO.
[170] Art. 198 Ziff. 5 StPO.
[171] Art. 140 StPO.
[172] Art. 153 StPO.
[173] Art. 204 Ziff. 2 StPO.

StPO fallen, wenn sie gemessen am Regelfall als geringfügig erscheinen, was insbesondere bei Bußen, die im Ordnungsbußenverfahren durch die Polizei erhoben werden können [174], von erheblicher Bedeutung ist und den Widerspruch zwischen Art. 20 Ziff. 1 und Art. 184 StPO, in welchem von geringfügigen Übertretungen die Rede ist, löst [175].

Eine interessante und im Zusammenhang mit grundsätzlichen Überlegungen zur Frage von Verfolgungsverzicht und Unschuldsvermutung [176] stehende Bestimmung enthält Art. 173 StPO. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht beschließen, daß über die Schuld einerseits und die Ausfällung von Strafen und Maßnahmen andererseits getrennt verhandelt und beraten wird. Dem Schutz des Angeklagten vor öffentlicher Erörterung der persönlichen Verhältnisse sowie dem Interesse einer unvoreingenommenen Beweiswürdigung dient die Bestimmung in Art. 173 Abs. 2 StPO, wonach die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten im Falle der Verurteilung im ersten Verfahrensteil erst im zweiten Verfahrensteil zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden. Dieses Schuldinterlokut im Verfahren des Kantons Appenzell A. Rh. stellt nicht nur für die schweizerische Verfahrensrechtsszene in dieser klaren formellen Ausgestaltung eine Ausnahme dar [177].

6. *Schaffhausen*

Am 1. September 1988 wurde die neuste Strafprozeßordnung der Schweiz, diejenige des Kantons Schaffhausen (15. Dezember 1986), in Kraft gesetzt. Die Verfolgungspflicht wird für Strafverfolgungsbehörde und Gericht ausdrücklich festgelegt [178]. Diese Verfolgungspflicht wird jedoch in erheblichem Umfange durchbrochen. Sofern nach den Umständen eine

[174] Art. 184 StPO.

[175] Vgl. zur Bedeutung von Art. 20 StPO, insbesondere F. BÄNZIGER, S. 287 ff. Die ergänzenden Hinweise stammen ebenfalls von Staatsanwalt Dr. Bänziger.

[176] Vgl. unten S. 153.

[177] Ähnlich Art. 156 Abs. 3 Ziff. 1 der StPO SG, sowie § 250 StPO ZH, jedoch ohne die Einschränkung, daß die persönlichen Verhältnisse erst im zweiten Verfahrensteil erörtert werden sollen. Zum Schuldinterlokut vgl. SCHÖCH, Neuere Entwicklungen in der Strafverfahrensforschung, ZStrR 98 (1981), S. 304.

[178] Art. 57 StPO.

Verurteilung oder Bestrafung des Täters im öffentlichen Interesse (Generalprävention) nicht geboten erscheint, insbesondere wenn sie aus spezialpräventiven Gründen (Abhaltung des Beschuldigten von strafbaren Handlungen) oder generalpräventiven Überlegungen (andere Personen vor strafbaren Handlungen abzuhalten) nicht erforderlich ist, darf auf die Verfolgung in folgenden Fällen verzichtet werden:

- bei geringem Tatunrecht, geringem Verschulden und geringen Tatfolgen (kumulativ) resp. wenn die Tatfolgen ausschließlich den Täter treffen;
- wenn gestützt auf materielles Recht bei einer Verurteilung von Strafe abzusehen oder Umgang zu nehmen wäre;
- wenn eine nicht ins Gewicht fallende Zusatzstrafe auszufällen wäre;
- wenn die Tat neben anderen, dem Beschuldigten zur Last gelegten Straftaten im Hinblick auf die zu erwartende Gesamtstrafe oder Maßnahme offensichtlich ohne Bedeutung wäre [179],
- sowie wenn eine im Ausland verbüßte Strafe anzurechnen wäre, die der zu erwartenden Strafe mindestens gleichkommt oder wenn eine Strafverfolgung der nämlichen Tat wegen auf Ersuchen der Schweiz im Ausland bereits erfolgt ist.

Dieser umfassende Katalog erfährt seine Eingrenzung einmal durch den Vorbehalt der spezialpräventiven Sanktionsbedürftigkeit, zudem dadurch, daß das Gebot der Allgemeinabschreckung dem Verfolgungsverzicht entgegenstehen kann, und weiter durch den Hinweis, daß die Parteirechte des Geschädigten gewahrt bleiben müssen und auf dessen Interesse angemessen Rücksicht zu nehmen ist [180].

Sowohl im Ermittlungsverfahren [181] wie auch im Vorverfahren (Voruntersuchung) [182] kann der Untersuchungsrichter bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. Art. 58 auf die Verfolgung verzichten. Nach der Voruntersuchung ist dieser Verzichtsentscheid zu begründen und bedarf der Genehmigung durch den Staatsanwalt. Gegen die Einstellungsverfügung ist eine Einsprache an die Staatsanwaltschaft durch den Angeschuldigten, den Geschädigten und andere durch die Einstellungsverfügung

[179] Eine Bestimmung, die starke Ähnlichkeit zu § 154 der DStPO hat.
[180] Art. 58 Abs. 2 StPO.
[181] Art. 214 StPO.
[182] Art. 225 StPO.

unmittelbar betroffene Person möglich, wobei der Staatsanwalt diese Einsprache endgültig entscheidet, sofern diese Entscheide nicht verfahrensabschließend sind. Bestätigt der Staatsanwalt dagegen die Einstellungsentscheidung als solche sowie die damit verbundene Anordnung über Kosten- und Entschädigungsfolgen, so unterliegen Einstellungs- und Kostenentscheid der Beschwerde gem. Art. 327 ff. StPO an das Obergericht [183].

Beantragt der Untersuchungsrichter die Überweisung [184], so kann der Staatsanwalt vor der Anklageerhebung die Einstellung nach Prüfung der Akten dennoch verfügen. Eine Einsprache ist auch hier möglich und wird durch den Staatsanwalt selbst entschieden. Im Falle einer Bestätigung des eigenen Entscheides, ist auch hier die Beschwerde an das Obergericht möglich. Dieses auch dem Angeschuldigten zustehende Einsprache- und Beschwerderecht steht im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 4 der Kantonsverfassung Schaffhausens. Nach dieser Bestimmung ist jeder in eine strafrechtliche Untersuchung Gezogene schuldig oder nicht schuldig zu erklären, sofern er sich nicht mit der von kompetenter Stelle verfügten einfachen Aufhebung der Untersuchung begnügt. Die im Zusammenhang mit der Strafprozeßreform geplante Einschränkung dieser Verfassungsvorschrift scheiterte in der parlamentarischen Beratung. Der Angeschuldigte hat demnach im Kanton Schaffhausen auch weiterhin Anspruch auf materielle Beurteilung, sei es in Form der Beurteilung durch das Gericht, sei es in Form der in Art. 230 Abs. 2 StPO vorgesehenen Möglichkeit der Einstellung mit ausdrücklicher Feststellung der Nichtschuld des Angeschuldigten durch den Staatsanwalt. Damit kann im konkreten Fall die Anwendung des Opportunitätsprinzips durch den Angeschuldigten verhindert werden [185].

Diese Bestimmung ist außerordentlich bemerkenswert, setzt sie doch die Unschuldsvermutung zu Lasten des Opportunitätsprinzips konsequent um.

Mit Zustimmung des Angeschuldigten, dem also auch hier das Recht auf materielle Beurteilung zusteht, und des Staatsanwalts kann auch der Gerichtspräsident im Rahmen der Vorbereitung der Hauptverhandlung nach Art. 58 StPO auf weitere Strafverfolgung verzichten. Gegen diese, den Parteien zu eröff-

[183] Vgl. insbesondere Art. 230 Abs. 3 StPO.
[184] Art. 231 StPO.
[185] Mitgeteilt von Herrn Staatsanwalt B. Weibel, 29. 9. 1988.

nende Entscheidung, ist Beschwerde an das Obergericht möglich[186].

Die erst kurze Zeit rechtswirksame neue Strafprozeßordnung enthält Anlehnungen an § 42 des OeStGB sowie solche an § 153 ff. der DStPO. Es dürfte interessant sein, die sich in Schaffhausen aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen entwickelnde Rechtsprechung zu verfolgen.

7. Aargau

§ 24 der Aargauischen Strafprozeßordnung vom 11. 11. 1958 enthält eine generelle Ausnahme vom Legalitätsprinzip. Tatbestände, bei welchen sich die Weiterverfolgung wegen der Geringfügigkeit des Verschuldens und der Tatfolgen nicht rechtfertigt, sind vom Verfolgungszwang ausgenommen. Mit dieser Formulierung ist festgehalten, daß sich dieser Verfolgungsverzicht nicht auf Übertretungen beschränkt, sondern auch für Verbrechen oder Vergehen zum Tragen kommen kann. Diese Ausweitung veranlaßt HEYDEN[187] zur Bemerkung, die Regelung der Aargauischen StPO sei bundesrechtswidrig.

Nach § 137 ist allein der Staatsanwalt zuständig zur Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen. Den Gerichten fehlt die Kompetenz zur Opportunitäts-Einstellung[188]. Gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft[189] ist die Beschwerde an das Obergericht[190] möglich. Legimitiert sind der private Anzeiger, der Geschädigte oder der Verletzte sowie jedermann, der durch die Tat betroffen wurde[191].

C. Strafprozeßordnungen, die das Opportunitätsprinzip für die Strafverfolgungsbehörde vorsehen

1. Jura

Im Code de procédure pénale vom 9. November 1978 hat der Kanton Jura, der sich ja vor die Aufgabe gestellt sah, innert

[186] Art. 329 Abs. 2 StPO.
[187] A. a. O. S. 82.
[188] Vgl. HEDIGER, S. 213, sowie BEAT BRÜHLMEIER, S. 45.
[189] § 138 StPO.
[190] §§ 141 und 213 StPO.
[191] § 141 StPO, für Einzelheiten vgl. insbesondere HEDIGER, sowie HEYDEN, S. 81 ff.

kürzester Zeit eine umfassende kantonale Gesetzgebung zu schaffen, grundsätzlich für den Bereich des Strafprozesses die Bestimmungen des Bernischen Strafverfahrens übernommen. Mit der Übernahme und Übersetzung dieser Bestimmungen wäre eigentlich auch das für den Kanton Bern geltende strikte Legalitätsprinzip übernommen worden. Aus einer relativ geringfügigen Abänderung wird jedoch durch die zuständigen Instanzen im Kanton Jura das Prinzip der «opportunité des poursuites pénales» angenommen.

Art. 81 des CPP, der Art. 84 des Bern. StrV entspricht, hält in Ergänzung zum bernischen Gesetzestext fest, daß eine Nichtfolgegebung auch beantragt werden könne, wenn eine Strafverfolgung «manifestement innopportune» erscheine.

In einem Entscheid der Anklagekammer des Kantonsgerichts Jura vom 13. 3. 1985 wird zur Frage, welches Verfolgungsprinzip zu gelten habe, grundsätzlich Stellung bezogen. Zwar wird festgestellt, daß das Opportunitätsprinzip nur gerade in der Bestimmung von Art. 81 des CPP, also einzig im Kapitel über die Eröffnung des Verfahrens enthalten sei. Eine analoge Bestimmung fehle für die Überweisung[192]. Dennoch folgt das Gericht der Auffassung von PIQUEREZ[193] und erklärt das Opportunitätsprinzip auch für das Stadium der Überweisung als anwendbar. Diese Auffassung wird mit einer einleuchtenden Begründung vertreten. Unter Hinweis auf das französische Opportunitätsprinzip wird festgehalten, daß der jurassische Untersuchungsrichter anders als der Staatsanwalt des französischen Rechts, der ein Verfahren, ist es einmal eröffnet, nicht mehr stoppen könne, beim Eröffnungsentscheid nur über eine ungenügende Kenntnis der Fakten verfüge. Diese, vor allem auch subjektiven Fakten erhalte der Untersuchungsrichter erst im Laufe der Voruntersuchung, und daher sei es angezeigt, das Opportunitätsprinzip auch für bereits eröffnete Verfahren gelten zu lassen. «Le principe de l'opportunité des poursuites peut s'appliquer jusqu'au stade du renvoi».

Aus dem Entscheid der Anklagekammer geht auch hervor, daß das Opportunitätsprinzip sowohl für Übertretungen, wie auch für Vergehen und Verbrechen zur Anwendung kommen kann, ging es doch im zu beurteilenden Verfahren um den Tatbestand der Unzucht mit einem Kind.

[192] Art. 189 und 190 CPP.

[193] Traité de procédure pénale bernoise et jurassienne, Bd. 1, S. 337 ff.

Durch extensive Auslegung von Art. 81 CPP hat damit die Jurassische Anklagekammer ein Opportunitätsprinzip geschaffen, das zwar wegen der Mitwirkung von Untersuchungsrichter und Staatsanwalt eine Kontrolle erfährt und zudem dem Rekurs an die Anklagekammer unterliegt [194], den Kanton Jura aber dennoch in die Reihe der Kantone mit dem Opportunitätsprinzip als Verfolgungsprinzip treten läßt [195].

2. *Waadt*

Bis zu Beginn der Verhandlungen vor dem urteilenden Gericht kann gem. Art. 53 des Code de procédure pénale (CPP) vom 12. September 1967 der Generalprokurator durch eine «ordonnance de classement» dem Verfahren ein Ende bereiten. Aus der Formulierung «ordonnance de classement» muß angenommen werden, daß dem Generalprokurator die Möglichkeit offen steht, aus reinen Opportunitätsgründen auf eine Fortsetzung des Verfahrens zu verzichten. Gegen diese Entscheidung gibt es kein Rechtsmittel. Das Opportunitätsprinzip findet also während der ganzen Dauer der Strafverfolgung Anwendung, ist jedoch in dieser Anwendung auf die Person des Generalprokurators beschränkt. Demgegenüber gilt für die gerichtliche Polizei das Legalitätsprinzip [196] und auch für den Untersuchungsrichter hat das Legalitätsprinzip zu gelten [197]. Zwar kann der Untersuchungsrichter mit einem begründeten Entscheid, den er dem Kläger oder Anzeiger zuzustellen hat, die Behandlung einer Anzeige verweigern [198]. Der Entscheid ist ebenfalls dem «Ministère public» zuzustellen. Diesem, sowie dem Kläger, steht aber ein Rekursrecht an die Anklagekammer zu [199]. Aus der Tatsache, daß die Entscheidung des Untersuchungsrichters zu begründen ist und zudem ein ausgebautes Rekurs-

[194] Art. 38 CPP bezeichnet den Privatkläger als plaignant, und diesem steht der Rekurs gem. Art. 81 Abs. 5 CPP bei Nichteröffnung sowie gem. Art. 192 Abs. 1 bei Aufhebung zu.

[195] Die Hinweise auf die Praxis im Kanton Jura stammen von Herrn Generalprokurator Steullet, der in einer dokumentierten Stellungnahme vom 2. 9. 1988 ebenfalls das Opportunitätsprinzip als geltendes Verfolgungsprinzip im Kanton Jura bezeichnet hat.

[196] Art. 167 CPP.

[197] Art. 172 ff. CPP.

[198] Ordonnance de refus de suivre, Art. 176 CPP.

[199] Art. 296 CPP.

recht zur Verfügung steht, muß angenommen werden, daß für den Untersuchungsrichter das Opportunitätsprinzip nicht gilt. Es bleibt damit in der Anwendung auf die Person des Generalprokurators beschränkt[200].

3. *Neuenburg*

In der Strafprozeßordnung des Kantons Neuenburg vom 19. April 1945, deren Autor CLERC ist, ist in Art. 8 der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit der «Ordonnance de classement» eingeräumt. Wenn der Staatsanwalt aufgrund der ihm bekannten Tatsachen eine Strafverfolgung nicht als gerechtfertigt ansieht, kann er die Einstellung verfügen. Er hat seinen Entscheid der Zivilpartei mitzuteilen, die ihrerseits ein Rekursrecht an die Anklagekammer hat. Daß die Einstellung aus Gründen der Opportunität nach Art. 8 der Neuenburgerischen Strafprozeßordnung möglich sein soll, hat CLERC in SJZ 41 (1945), S. 365 verdeutlicht. Art. 8 bezieht sich auf die Einleitung der Strafverfolgung, nicht jedoch auf den Entscheid über die Anklageerhebung. Bei der Anklageerhebung gilt im Gegensatz zu der Strafverfolgungseröffnung das Legalitätsprinzip. Eine Einstellung des Verfahrens nach durchgeführter Voruntersuchung ist nur mehr möglich, wenn sich dies aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen rechtfertigt. Die Einstellung erfolgt denn auch in der Form der «ordonnance de non lieu» (Art. 177).

4. *Genf*

Im Kanton Genf steht einzig dem Generalprokurator und seinen Substituten das Recht zu, aus Gründen der Opportunität auf die Strafverfolgung zu verzichten[201]. Sowohl bei der Einleitung des Strafverfahrens[202], wie auch nach durchgeführter Untersuchung[203] gilt für den Generalprokurator ein uneingeschränktes Opportunitätsprinzip im eigentlichen, engen Sinne der Definition. Ein Rekurs gegen die Entscheidung des Generalprokurators ist in Art. 190 Abs. 2 CPP an die Anklagekam-

[200] Für Einzelheiten vgl. HEYDEN, S. 80 und insbesondere TREYVAUD, S. 106 ff.
[201] Art. 116 und 198 Abs. 1 des Code de procédure pénale vom 29. 9. 1977, vgl. dazu D. PONCET.
[202] Art. 116 CPP.
[203] Art. 198 CPP.

mer vorgesehen. Zwar sind solche «ordonnance de classement» Außenstehenden kaum zugänglich. In einer Stellungnahme vom 24. 7. 1988 hat jedoch der Genfer Generalprokurator CORBOZ verdeutlicht, in welcher Weise das Opportunitätsprinzip bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Genf verstanden wird:

> «Il n'existe pas non plus des directives à l'intention des magistrats du Parquet. D'ailleurs, l'intérêt du principe de l'opportunité réside précisement dans sa souplesse, qui permet de prendre en considération des cas particuliers – que le législateur n'a pas pu envisager dans une norm générale et abstraite – dans lesquels il apparaît que la poursuite pénale n'est pas opportune. Il n'existe donc aucune norme contraignante qui énumérait les cas dans lesquels un classement en opportunité est admissible. En revanche, les magistrats du Parquet se réunissent régulièrement pour examiner en commun les cas difficiles et il se dégage, sous la direction du Procureur général, une pratique qui, au travers des cas d'espèce, tend à assurer une égalité de traitement des justiciables.»

III. Zusammenfassung

Die Betrachtung der einzelnen Strafprozeßordnungen hat eine große Vielfalt ergeben, die zwar vielleicht nicht als Ergebnis besonders origineller rechtsschöpferischer Leistungen[204] gewertet werden kann, aber insbesondere die Schwierigkeit einer allfälligen Vereinheitlichung unterstreicht.

Die Zusammenstellung der gesetzlichen Bestimmungen sagt nichts darüber aus, wie in der Praxis diese Bestimmungen zum Verfolgungsprinzip tatsächlich gehandhabt werden[205]. In einer aus dem Jahre 1979 stammenden Untersuchung von DRIENDL[206] wird versucht, dieser Frage nachzugehen.

Sieht man einmal von der, bedingt durch eine sehr zurückhaltende Informationspraxis, ungenügenden Kenntnis der Praxis der Genfer Generalprokuratur ab, ergibt sich aus einer Würdigung der Praxis der Kantone Aargau, Waadt und Neuenburg, daß hier nur in *den* Fällen eine Opportunitäts-Einstellung erfolgt, bei welchen auch in Kantonen mit mehr oder weniger striktem Legalitätsprinzip eine Verfahrenseinstellung oder Verfahrensaufhebung erfolgen würde. Der Unterschied besteht allerdings darin, daß die Kantone mit Opportunitätsprinzip oder mit Ausnahme vom Legalitätsprinzip diese Einstellung auch tatsächlich als das bezeichnen dürfen, was sie ist, nämlich

[204] Vgl. NOLL, S. 23.
[205] Zur Praxis der Kantone vgl. auch HAUSER, Bagatellkriminalität, S. 307.
[206] Staatsanwaltschaft, S. 334 ff.

eine Einstellung aus Opportunitätsüberlegungen[207]. Demgegenüber müssen sich die Behörden der Kantone mit Legalitätsprinzip darum bemühen, ein Gefäß, das an sich für andere Zwecke bestimmt ist, contra legem so umzugestalten, daß Opportunitätsüberlegungen darin versteckt werden können[208].

Die bisher vorliegenden Untersuchungen[209] weisen klar darauf hin, daß sowohl im Aargau[210], wie auch in der Waadt[211] und in Neuenburg[212] sich die Staatsanwaltschaften bei der Anwendung des Opportunitätsprinzips äußerst zurückgehalten haben.

Demgegenüber ergibt sich aus der Praxis der Bernischen Untersuchungs- und Strafeinzelrichter, daß aus den genau gleichen Gründen eine Keinefolgegebung oder Verfahrensaufhebung erfolgt, die in der Kasuistik der Kantone AG, VD und NE als Einstellungen aus Opportunitätsgründen zu finden sind.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß mit Ausnahme von Genf[213], wo ein erheblicher Teil der Anzeigen mit «ordonnance de classement» erledigt wid[214], in der Schweiz, zumindest jedoch in den Kantonen mit vergleichbarer sozialer Struktur, ungeachtet des jeweils geltenden Verfolgungsprinzips, eine weitgehende Übereinstimmung in der praktischen Handhabung der Verfolgung zu finden ist.

Das Legalitätsprinzip ist offensichtlich in der ganzen Schweiz in der Praxis zumindest der Strafverfolgungsbehörden[215] dominant. Einzig Genf macht hier eine deutliche Ausnahme und ist eher mit andern Ländern[216], denn mit anderen schweizerischen Kantonen zu vergleichen.

[207] Betroffenheit durch die Tat, geringe Tatschuld, geringer Taterfolg, unverhältnismäßiger Justizaufwand usw.

[208] Vgl. DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 408.

[209] DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 398 ff.

[210] Vgl. HEDIGER, S. 221 ff.

[211] DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 406, für die Zeit von 1942 bis 1951 auch BJP 1951, S. 93 ff.

[212] DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 408.

[213] Vgl. dazu eingehend DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 410 ff.

[214] Die Zahl von 80 % wird von DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 412 erwähnt, wobei jedoch von der Annahme ausgegangen wird, daß in dieser Zahl auch die Einstellungen enthalten sind, die mangels Tatbestand resp. mangels Beweises erfolgt sind.

[215] Bezüglich Polizei vergleiche nachfolgend S. 121 ff. sowie DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 397. Nach DRIENDL wird die strikte Verfolgungspflicht, die für praktisch alle Polizeikorps gesetzlich vorgeschrieben ist, durch eine Gegenstrategie der Polizei unterlaufen.

[216] Bspw. Niederlande, DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 415.

3. Teil

Ausländische Lösungsmodelle

I. Die materiellrechtliche Lösung nach § 42 öStGB

1. Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat nach öStGB § 42[1]

Eine nähere Betrachtung der Lösung im österreichischen Recht[2] drängt sich darum auf, weil diese als Modell auch für eine entsprechende Lösung im schweizerischen Recht zur Diskussion steht[3].

Die im öster. Recht gewählte materiellrechtliche Lösung[4]

[1] Wortlaut von § 42 (in der Fassung von 1987): «Ist die von Amtes wegen zu verfolgende Tat nur mit Geldstrafe, mit nicht mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe oder mit einer solchen Freiheitsstrafe und Geldstrafe bedroht, so ist die Tat nicht strafbar, wenn
1. die Schuld des Täters gering ist;
2. die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat, oder, sofern sich der Täter zumindest ernstlich darum bemüht hat, die Folgen der Tat im wesentlichen beseitigt, gutgemacht oder sonst ausgeglichen worden sind und
3. eine Bestrafung nicht geboten ist, um den Täter von strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.»

[2] Vgl. dazu insbesondere JOHANNES DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 1 ff., an dessen Überlegungen sich nachfolgende Darstellung anlehnt.

[3] Vgl. HAUSER, Bagatellkriminalität, S. 307, und SCHULTZ, Bericht, S. 132 ff., bes. 137.

[4] Der österreichische Strafprozeß richtet sich nach dem Legalitätsprinzip. Nach BERTEL, Grundriß des österreichischen Strafprozeßrechtes, Wien 1984, S. 17, kennt die öStPO das Opportunitätsprinzip nicht. Er weist jedoch darauf hin, daß eine gleichmäßige Verfolgung aller bekannt gewordener Delikte gar nicht möglich wäre aus dem Gebot der Konzentration der Verfolgungsbehörde auf wesentliche Rechtsverstöße. Ein Verbot dieser faktischen Beschränkung sei auch im Gesetz gar nicht möglich. Nach § 34 der öStPO ist der Staatsanwaltschaft denn auch nur verboten, sich beim Entscheid über Anklageerhebung von unsachlichen Gesichtspunkten leiten zu lassen. Schließlich wird das Fazit gezogen, Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip würden eng beisammen liegen. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip sind im öStPO jedoch vorhanden (Mehrfachtäter, Auslandtaten).

könnte sich für die Schweiz insbesondere darum aufdrängen, weil der Weg über die prozessuale Regelung kaum begehbar, und, wie zu zeigen sein wird, kaum wünschbar erscheint. § 42 öStGB hat zudem den Vorteil, daß er Gedanken enthält, die sich in verschiedenen kantonalen Prozeßvorschriften bereits heute finden lassen (so AG § 24 StPO, AR § 20 StPO). Die materiellrechtliche Lösung verläßt zwar begriffsgemäß den Bereich des Opportunitätsprinzips als Verfolgungsprinzip, enthält aber dennoch wesentliche Komponenten des OP, insbesondere aber den dem Opportunitätsprinzip schließlich zugrundeliegenden Gedanken der fallangemessenen Reaktion, so daß eine nähere Betrachtung dieses Lösungsversuches auch in dieser Arbeit gerechtfertigt erscheint. Die am 1.1.1975 in Kraft getretene Bestimmung wurde, kritische Einwände[5] berücksichtigend, 1987 teilweise revidiert.

2. *Zu den Wurzeln der Geringfügigkeitslösung nach § 42*

Ausgehend von der Minima-Diskussion der Jahrhundertwende finden sich in den Strafzumessungsvorschriften der Strafmilderung nach freiem Ermessen (StGB 66, VE Stoss 50) und der besonders leichten Fälle (§ 83 des dt. Vorentwurfs von 1909) die Ansätze zu der späteren Fassung im materiellen Strafrecht Österreichs. Der besonders leichte Fall nach dem dt. VE von 1909 liegt dann vor, wenn die «rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind, und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so daß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde»[6]. Diese Formulierung enthält bereits alle wesentlichen Momente, die auch heute bei materiellrechtlichen Lösungen von Bedeutung sind, mit Ausnahme des Gesichtspunktes der Spezialprävention[7]. Die Schaffung einer Bestimmung im Allgemeinen Teil wurde hier einer Korrektur einzelner Tatbestände im besonderen Teil vorgezogen. Letztlich wurde auch darauf verzichtet, das Institut der Strafbefreiung mit einem Katalog enumerativ aufgeführter Tatbe-

[5] Vgl. DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 26.

[6] Die Bemühungen um eine materiellrechtliche Lösung der Minima-Problematik in Deutschland haben mit dem Vorentwurf von 1909 begonnen, vgl. BAUMANN, S. 6ff.

[7] Vgl. dagegen VE SCHULTZ Art. 54, der den Gedanken der Spezialprävention nicht erwähnt.

stände zu verknüpfen. Dagegen wurde zusätzlich das Moment der Spezialprävention in den schlußendlich bereinigten Text aufgenommen.

3. Die Kriterien der Lösung gemäß § 42 öStGB

a) Die Einschränkung bezüglich der Strafandrohung des einzelnen Tatbestandes dadurch, daß § 42 nur zur Anwendung kommen kann, wenn die von Amtes wegen zu verfolgende Tat nur mit Geldstrafe, mit einer Freiheitsstafe von neu nicht mehr als drei Jahren oder mit Geldstrafe und Freiheitsstrafe von höchstens 3 Jahren kumulativ bedroht ist, ergibt eine Einschränkung, die bei einer analogen Übernahme für schweizerische Verhältnisse gerade die besonders anvisierten Tatbestände (Diebstahl, Betrug, Veruntreuung etc.) nicht mehr erfassen würde. Eine praktische Beschränkung auf echte Bagatellen ist die Folge dieser sehr restriktiven Lösung.

b) Neben dieser Beschränkung findet sich das Erschwernis, daß die weiteren Voraussetzungen kumulativ gegeben sein müssen, was bei Fehlen auch nur einer Voraussetzung die Anwendung von § 42 verunmöglicht. Die durch Festlegung von verschiedenen Voraussetzungen erfolgte normative Fassung der Anwendungskriterien schafft zudem auch die Voraussetzung, um das Institut angreifen und aushöhlen zu können[7a].

aa) Die geringe Schuld des Täters

Die quantitative Erfassung der Schuld wirft erhebliche Fragen auf[8]. Soll der Grad der Schuld allein von Strafzumessungskriterien her bestimmt werden, so daß die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung und die besonderen Schärfungs- und Milderungsgründe[9] mitspielen können? Soll der Schuldgrad vom Ausmaß des Abweichens der konkreten Schuld im Einzelfall von der in der Strafdrohung typisierten abhängig gemacht werden? Oder soll der Begriff der Geringfügigkeit vom fraglichen Lebensbereich her bestimmt werden? In der Praxis hat sich herausgebildet, daß in den Begriff der geringen Schuld der

[7a] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 13.
[8] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 14ff.
[9] Resp. Erschwerungs- und Milderungsgründe nach öStGB 32–34.

Unrechtsgehalt der Tat miteinbezogen wird. Demzufolge wird geringe Schuld insbesondere verneint, wenn erhöhte deliktische Intensität, planmäßiges Vorgehen, besondere Gefährlichkeit der Tat oder besondere Hilflosigkeit des Opfers gegeben sind. Dennoch bleibt die Frage, ob wegen geringer Schuld die Strafwürdigkeit fehle, letztlich eine Wertungsfrage[9a].

bb) Die Folgen der Tat[10]

Nur wenn die negative Auswirkung der Tat ein derartiges Ausmaß erreicht hat, daß die Strafe als einschneidende Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis dazu steht, ist die Verhängung einer Strafsanktion gerechtfertigt.

Die Notwendigkeit der Bestrafung wird derart an den sozialen Folgen gemessen, die die Tat nach sich gezogen hat. Dabei geht es vorwiegend um den abstrakten sozialen Störwert der Tat, was verhindert, daß die im Einzelfall vorliegenden Momente berücksichtigt werden können. Dieser Umstand wird zu Recht bemängelt[11].

Die Einführung starrer Wertgrenzen etwa bei Vermögensdelikten ist die unerwünschte Folge dieses abstrakten Sozialschadensbegriffes. Dadurch, daß einzig die abstrakten Tatfolgen als Maßstab für die Angemessenheit einer Sanktion berücksichtigt werden, wird bewirkt, daß zwar die Verletzungsintensität, nicht jedoch die Angriffsintensität erfaßt werden kann, was insbesondere bei Vorsatzdelikten als unzureichend erscheint.

cc) Fehlendes Erfordernis der Sanktionierung aus spezialpräventiven Gründen[12]

Das Einbeziehen spezialpräventiver Überlegungen löst die im öStGB § 54 enthaltene Strafbefreiung von der eigentlichen Geringfügigkeitslösung. Bei dieser soll auf Bestrafung einzig der Geringfügigkeit von Tat und Verschulden wegen verzichtet werden können. Mit dem zusätzlichen Erfordernis des Fehlens der Sanktionsbedürftigkeit aus spezialpräventiven Gründen kann nun aber der innere Gehalt der aus Entkriminalisierungsgründen geschaffenen Norm ausgehölt werden. Mit dem lako-

[9a] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 16.
[10] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 16 ff.
[11] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 17.
[12] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 18 ff.

nischen Satz, die Strafe sei in concreto notwendig, kann einer oftmals schwierigen Aufgabe ausgewichen werden.

dd) Die generalpräventive Notwendigkeit der Sanktion
Durch die Aufnahme der Merkmale der Generalprävention wurde versucht, der Vermutung, Bestimmungen, die einen Strafverzicht vorsehen würden, könnten die allgemeine Überzeugung von der Verbindlichkeit des Strafrechts und der einzelnen Strafnorm erschüttern, entgegenzutreten[13]. Die Bereiche, die es demzufolge aus generalpräventiven Gründen erforderlich erscheinen lassen, eine Sanktion trotz geringem Verschulden und geringen Tatfolgen auszusprechen, sind einige. Bei einer hohen Zuwachsrate bestimmter Deliktsarten ist die Versuchung groß, das generalpräventive Erfordernis der Bestrafung anzunehmen[13a]. Bei einem großen Dunkelfeld mag die Tendenz bestehen, die wenigen bekannten Taten aus den gleichen Gründen der Bestrafung zuzuführen. Und auch bei Massendelikten kann durchaus ein Konflikt zwischen einem generalpräventiven Strafbedürfnis und dem spezialpräventiv vertretbaren Sanktionsverzicht entstehen[13b].

c) Durch die Revision von 1987 wurde die Bestimmung fallen gelassen, wonach die Bagatellisierungsentscheidung dem urteilenden Gericht vorbehalten geblieben ist. Damit rückt § 42 öStGB in die Nähe des Opportunitätsprinzips, steht es nun ja den verfolgenden Behörden zu, bei Vorliegen der umschriebenen Voraussetzung auf die Verfolgung zu verzichten. Allerdings liegt es gleichzeitig auch an den aufgeführten Kriterien, daß von einem freien Ermessen, wie es das Opportunitätsprinzip voraussetzt, nicht gesprochen werden kann. Die Tatsache, daß nun auch in der Phase der Verfolgung § 42 zum Tragen kommen kann[14], verstärkt aber auch einen Mangel, der der österreichischen Lösung innewohnt. Die Anwendung von § 42 ist möglich bei bloßem Tatverdacht, ein förmlicher Schuldnachweis ist nicht erforderlich. Damit wird die Unschuldsvermutung verletzt, was auch von KUNZ[15] gerügt wird.

[13] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 20 ff.
[13a] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 22.
[13b] DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 23.
[14] Was vor der Revision insbesondere gefordert worden ist, vlg. dazu DRIENDL, Strafwüdigkeit, S. 26 mit Hinweisen.
[15] KUNZ, Bagatellprinzip, S. 339.

4. Zusammenfassung

Die auch nach der Revision von 1987 restriktive Fassung der Bagatellisierungsbestimmung im österreichischen Recht macht die Bestimmung wohl, soweit sie als materiellrechtliche Grundlage gewertet wird, zu einer durchaus akzeptablen Vorlage für das schweizerische Recht. Neben dem oben erwähnten Mangel der Verletzung der Unschuldsvermutung erscheinen jedoch zudem weitere Einschränkungen überflüssig oder gar störend und verhindern die Umsetzung des Geringfügigkeitsgedankens in die Praxis[16].

Die Beschränkung der Anwendbarkeit auf Delikte mit geringer Strafandrohung (bei einer Übertragung auf die Ebene der Schweizerischen Gesetzgebung ließe sich dies allerdings leicht korrigieren), macht das Instrument ebenso stumpf wie die Aufnahme von Überlegungen spezial- und generalpräventiver Art.[17]. Die Generalprävention wohnt ja dem Strafrecht und seiner Verwirklichung bereits inne[18] und es erscheint nicht gerechtfertigt, am einzelnen Täter ein Exempel zu statuieren. Der Täter würde dadurch für mögliche andere Täter büssen müssen, was mit seiner Menschenwürde nicht vereinbar ist. Durch die Aufnahme spezialpräventiver Überlegungen zusätzlich zum Erfordernis des geringen Verschuldens wird übersehen, daß auf die Strafe verzichtet werden soll, einzig der Geringfügigkeit von Tat und Schuld wegen. Und letztlich müßte wohl auch die Frage aufgeworfen werden, ob auf das Einbringen des Begriffs der Tatfolgen nicht verzichtet und dafür andererseits der Begriff der geringen Schuld durch denjenigen des geringen Unrechts ersetzt werden sollte.

II. Die prozessuale Lösung nach § 153 ff. der deutschen Strafprozeßordnung[19]

1. Einleitung

Abgesehen von einigen wenigen Fällen des besondern Teils des deutschen Strafgesetzbuches, in welchen auf eine Strafe verzichtet werden kann (von Strafe absehen kann das Gericht, z. B.

[16] So auch DRIENDL, Strafwürdigkeit, S. 13 ff.
[17] Vgl. dazu auch HIRSCH, S. 239.
[18] SCHULTZ VE S. 137.
[19] Vgl. dazu KLEINKNECHT, S. 523 ff. und KARL PETERS, S. 171 ff.

in den Fällen der § 83 a, 84. IV + V, 85. III, 86. IV etc., StGB)[20], ist die Lösung des Opportunitätsproblems nach deutschem Recht eine prozessuale Lösung. Die deutsche Strafprozeßordnung, die im Gegensatz zu den meisten schweizerischen Prozeßordnungen von Bund und Kantonen die Prozeßprinzipien klar umschreibt[21], bekennt sich denn auch in § 152.2 klar zum Legalitätsprinzip. Die Staatsanwaltschaft ist, sofern das nicht gesetzlich anders verankert ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbarer Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Diese Umschreibung ist denn auch klar die Definition des Legalitätsprinzips, also der Verfolgungsverpflichtung bei Vorliegen einer strafbaren Handlung und bei Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen.

Die Diskussion in Deutschland hat jedoch immer mehr dazu geführt, daß in Erkenntnis der Schwächen des Legalitätsprinzips im Laufe der Jahre entsprechende Korrekturen vorgenommen worden sind. Mit der Feststellung, daß die deutsche Strafprozeßordnung in § 152.2 das Legalitätsprinzip als Verfolgungsmaxime festhält[22], ist zugleich auch festgehalten, daß die deutsche Strafprozeßordnung das Opportunitätsprinzip nicht kennt. Die im § 153 ff. festgehaltenen Bestimmungen sind einzig Ausnahmen von diesem Legalitätsprinzip, und auch wenn alle diese Bestimmungen zusammen genommen werden, ergibt sich daraus noch nicht, daß die deutsche Strafprozeßordnung unter dem Opportunitätsprinzip stehen würde, dem Prinzip also, das der Verfolgungsbehörde die Entscheidung überläßt, ob sie im Falle des Vorliegens einer strafbaren Handlung und der Prozeßvoraussetzungen zur Verfolgung schreiten wolle oder nicht. Diese Überlegung wird dadurch bestätigt, daß die einzelnen Ausnahmen vom Vorliegen von ganz konkreten Wertungs- und Beurteilungskriterien abhängig gemacht werden. Schon diese Einschränkung durch bestimmte Wertungs- und Beurteilungskriterien belegen, daß von einem Opportunitätsprinzip im eigentlichen Sinne nicht gesprochen werden kann. Daß in der Literatur trotzdem auch in solchen Fällen der Ausnahme vom Legalitätsprinzip vom Opportunitätsprinzip gesprochen wird[23],

[20] Vgl. bei KLEINKNECHT, S. 548.
[21] § 151 «Das Anklageprinzip» und § 152.1 «Das Offizialprinzip».
[22] LÖWE-ROSENBERG, 1978, N 8 zu § 152, KLEINKNECHT, S. 523, RN 2 zu § 152.
[23] Vgl. PETERS, Strafprozeß, 1985, S. 171, sowie LÖWE-ROSENBERG N 25 zu § 152.

ändert daran nichts, es sei denn, es würde die Definition des Opportunitätsprinzips grundsätzlich anders verstanden. Die Konzeption der deutschen Strafprozeßordnung ist die Folge der Diskussion um das Legalitätsprinzip, an dem grundsätzlich festgehalten, dessen Schwächen aber mit Ausnahmen vom Legalitätsprinzip beseitigt werden sollen. Auch wenn die Staatsanwaltschaft gemäß § 153. c. 1 allein und im freien Ermessen darüber entscheiden kann, ob bestimmte Auslandstraftaten verfolgt werden sollen oder nicht, ist damit ebenso das Opportunitätsprinzip nicht verwirklicht, weil eine Eingrenzung ganz konkret auf diese Auslandtaten, zudem nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen, vorgenommen worden ist[24].

2. Die Ausnahmen vom Verfolgungszwang

A. Die Einstellung wegen Geringfügigkeit

aa) Allgemeines

In § 153.1 finden sich die Voraussetzungen, unter welchen die Staatsanwaltschaft bei Geringfügigkeit auf die Verfolgung verzichten kann. Beschränkt ist dieser Verfolgungsverzicht auf Vergehen nach deutschem Recht, wobei nur in dem Fall, da sich das Vergehen gegen fremdes Vermögen richtet, und nicht eine Strafe von bestimmter Mindesthöhe vorgesehen ist, sowie wenn nur geringer Schaden verursacht worden ist, die Zustimmung des zuständigen Gerichts für den Verfolgungsverzicht nicht erforderlich ist[25]. Die Einstellung wegen Geringfügigkeit ist eine Kannvorschrift, beim Vorliegen der in § 153 umschriebenen Voraussetzungen ist die Staatsanwaltschaft also nicht verpflichtet, von der Verfolgung abzusehen. Damit ein solcher Verfolgungsverzicht erfolgen kann, muß zudem die Schuld des Täters gering sein, und es darf kein öffentliches Interesse an der Verfolgung bestehen.

bb) Die geringe Schuld

Mit der Festlegung, daß die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre, ist gesagt, daß eine Einstellung wegen Geringfügig-

[24] a. M. KLEINKNECHT, S. 525, RN 8.
[25] KLEINKNECHT, S. 528f., RN 1.

keit dann nicht in Frage kommt, wenn nach dem jeweiligen Stand der Ermittlungen die Tat nicht strafbar, oder nicht verfolgbar ist, oder wenn die Schuld des Beschuldigten fehlt. Andererseits genügt die Wahrscheinlichkeit einer Schuld, ein Schuldnachweis ist nicht erforderlich. Diese Wahrscheinlichkeit liegt vor, wenn ein Freispruch im Hauptverfahren als unwahrscheinlich zu bezeichnen ist[26]. Für diesen Fall muß die Schuld jedoch als gering bezeichnet werden können. Mit dieser Umschreibung ergibt sich, daß die Staatsanwaltschaft eine gewisse Prognose stellen muß, eine Prognose, die sich abstützen sollte auf ein gewisses Maß an Beweisführung. Ist die Beweisführung soweit gediehen, daß die Prognose gestellt werden kann, dann kann die weitere Ermittlung abgebrochen werden. Mit dieser Beschränkung wird das Bedürfnis nach «Durchermittlung» des Falles im Interesse der Wahrheitsfindung zugunsten des Bedürfnisses nach rascher Erledigung geringfügiger Fälle im Interesse von Arbeitsökonomie und prozessualer Verhältnismäßigkeit vernachlässigt. Von einer geringen Schuld kann dann gesprochen werden, wenn sie im Vergleich mit Taten gleicher Art nicht unerheblich unter dem Durchschnitt liegt. Die angemessene Strafe müßte im untersten Bereich des in Betracht kommenden Strafrahmens anzusiedeln sein. Dabei sind zu berücksichtigen die Art der Tatausführung, verschuldete Auswirkungen der Tat, das Maß der Pflichtwidrigkeit und andere, die Größe der Schuld des Täters betreffende Gesichtspunkte[27].

cc) Das öffentliche Verfolgungsinteresse

Selbst bei Vorliegen einer geringen Schuld kann wegen öffentlichen Interesses trotzdem die Tat weiterverfolgt werden. Dieses Interesse kann bestimmt sein aus Gründen der Spezialprävention, wie aus solchen der Generalprävention oder zur Verhinderung weiteren[28] Schadens. Bei geringfügigen Vermögensvergehen kann die Staatsanwaltschaft von einer weiteren Verfolgung absehen, ohne daß dazu die Zustimmung des zuständigen Gerichts erforderlich ist. Voraussetzung ist jedoch, daß nur ein geringer Schaden vorliegt. Ob geringer Schaden vorliegt, wird allein nach objektiven Kriterien beurteilt. Die Praxis hat hier eine Wertgrenze bei ca. DM 50.– entwickelt, wobei unabhängig

[26] Kleinknecht, S. 529, RN 3.
[27] Kleinknecht, S. 529, RN 4.
[28] Kleinknecht, S. 530, RN 7.

vom jeweiligen Währungsstand in etwa auf das Kriterium eines Netto-Tagesverdienstes eines durchschnittlichen Arbeiters abgestellt wird [29].

In Fällen, in denen eine Überweisung an das Gericht bereits erfolgt ist, kann dieses Gericht aus den gleichen Gründen von einer weiteren Verfolgung absehen, erforderlich ist dabei allerdings die Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten. Aus dieser Formulierung ergibt sich auch, daß die Zustimmung des Angeschuldigten in den Fällen, da die Angelegenheit noch in der Kompetenz der Staatsanwaltschaft liegt, also im Verfolgungsstadium, nicht erforderlich ist [30].

B. Die Einstellung nach Erfüllung von Auflagen

Eine interessante, aber in ihren Auswirkungen nicht unbestrittene Ergänzung zu § 153 findet sich in § 153 a. Mit Zustimmung des zuständigen Gerichts kann die Staatsanwaltschaft vorläufig auf die Erhebung der öffentlichen Klage verzichten und dabei zugleich dem Angeschuldigten gewisse Leistungen auferlegen. Diese Leistungen bestehen in einer Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens durch eine bestimmte Leistung, die Bezahlung eines bestimmten Geldbetrages zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder allenfalls auch der Staatskasse oder sonst einer gemeinnützigen Leistung, oder die Erfüllung einer Unterhaltspflicht in einer bestimmten Höhe. Voraussetzung ist auch hier das Vorliegen einer Schuld im unteren Bereich; weiter muß durch diese Leistung das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung beseitigt werden. Kerngedanke dieser Bestimmung ist der Versuch, Kriminalsanktionen im Bereich der kleineren Kriminalität zugunsten von Alternativen zu verdrängen [31]. Werden die Bedingungen innert der gesetzten Frist erfüllt, dann ist eine weitere Verfolgung als Vergehen nicht mehr möglich. Ist die Leistung (auch in einer allfällig angesetzten Nachfrist) nicht erfüllt, dann entfällt das Verfolgungshindernis und das Verfahren kann fortgesetzt werden. Die Einstellung ist also hier eine zweiphasige [32]. Wie bei § 153 ist

[29] KLEINKNECHT, S. 531, RN 16.
[30] KLEINKNECHT, S. 531, RN 13.
[31] KLEINKNECHT, S. 537, RN 2.
[32] KLEINKNECHT, S. 537, RN 3.

eine solche Einstellung nur bei Vergehen möglich (nicht also bei Verbrechen), vorausgesetzt ist zudem, wie bei § 153, ein geringes Verschulden. Hingegen ist das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung an sich gegeben. Dieses öffentliche Interesse wird erst durch die Leistung des Angeschuldigten beseitigt[33]. Damit ist auch gesagt, daß das Interesse nur so groß sein kann, daß es durch eine Leistung überhaupt zu beseitigen ist. Wie bei § 153 ist auch hier die Zustimmung des Gerichts in den Fällen der geringfügigen Vermögensdelikte nicht erforderlich[34]. Ebenso wie bei § 153 kann auch das Gericht nach erfolgter Klageerhebung das Verfahren vorläufig einstellen und zugleich die Auflagen und Weisungen erteilen, wie sie in § 153a enthalten sind. Hier ist ebenfalls die Zustimmung von Angeschuldigtem und Staatsanwaltschaft erforderlich.

So begrüßenswert das Bemühen um Zurückdrängen der Kriminalsanktionen zugunsten alternativer Leistung *an sich* ist, so fragwürdig ist doch der hier eingeschlagene Weg. Einmal ist wie bei § 153 auch hier die *Vermutung* der Tatbegehung anstelle der Überzeugung hinreichend, was bedeutet, daß unter bestimmten Umständen ein Angeschuldigter zu einer Leistung verpflichtet werden kann, obschon die Tat von ihm nicht begangen worden ist. § 153a dStPO beinhaltet *Sanktionierung auf Verdacht!* Das ist ein Novum gegenüber § 153. Weitere Bedenken gegen § 153a ergeben sich aus dem fehlenden Erfordernis der Entscheidungsbegründung, dem Fehlen von Präzisierungen zu Auflage und Auflagegrenze sowie der fehlenden Rechtsmittelkontrolle. Zwar ist im Gegensatz zu § 153 auch in den Fällen, da noch keine Anklageerhebung erfolgt ist, die Zustimmung des Beschuldigten erforderlich, denn dort, wo er nicht bereit ist, eine entsprechende Leistung zu erbringen, muß ja das Verfahren ohnehin fortgesetzt werden, d. h. erst mit der Anerkennung der Leistungspflicht durch den Angeschuldigten, kann § 153a seine Wirkung entfalten[35]. Dennoch wird auch hier der Angeschuldigte eine Rechnung anstellen müssen, und das Verurteilungsrisiko in Verhältnis zu der Leistung setzen. Ebenso bedeutungsvoll ist der zweite Mangel, der diesem Institut innewohnt, nämlich die Möglichkeit des *Straffreikaufs*. Das Fehlen einer Rechtsmittelkontrolle, das Fehlen von Umschreibungen, die die Präzisierung der Bagatellisierungsvoraussetzungen

[33] KLEINKNECHT, S. 538, RN 8.
[34] KLEINKNECHT, S. 539, RN 9.
[35] KLEINKNECHT, S. 539, RN 10.

zungen ermöglichen würden und auch das Fehlen von Vorschriften bezüglich Schadens- und Auflagegrenzen bilden ebenso Gegenstand der Kritik. Zudem wird in der Literatur bemängelt, daß eine Begründung des Einstellungsentscheides nicht erforderlich ist[36].

Diese generellen Bedenken werden demgegenüber insbesondere von PETERS[37] nicht geteilt.

C. Weitere Bestimmungen, die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip beinhalten

aa) Ist im Gesetz die Möglichkeit des Absehens von Strafe vorgesehen, dann kann bereits die Staatsanwaltschaft nach § 153 b auf die öffentliche Klageerhebung verzichten. Dieser

[36] Zur Kritik an § 153 und insbesondere § 153 a: HANS JOACHIM HIRSCH, S. 218 ff., insbesondere S. 250 ff. HIRSCH bemängelt, daß das Motiv des Gesetzgebers zum Erlaß der Bestimmungen vor allem ein justizökonomisches gewesen und ohne Mitwirkung der Wissenschaft zustande gekommen sei. Große Unklarheiten und ungleiche Handhabung in der Praxis seien die Folgen eines verfehlten verfahrensrechtlichen Konzepts. Kritisiert wird § 153 a als Freikaufverfahren, und die Rolle der Staatsanwaltschaft im Rahmen dieser Bestimmung wird als im Widerspruch zu ihrer eigentlichen Funktion als Anklagebehörde stehend bezeichnet. Ebenso KUNZ, Bagatellprinzip, insbesondere S. 328 ff. Nach KUNZ kann auch bei einer Reform der geltenden Bestimmungen (Zustimmung von Angeschuldigtem und Gericht, Rechtsmittelkontrolle, Entscheidungsbegründung, Präzisierung der Auflagegrenzen) die aus justizökonomischer Sicht bedeutungsvolle staatsanwaltschaftliche Bagatellisierungskompetenz nur mit einer Einbuße an formeller und materieller Rechtsstaatlichkeit erkauft werden. Folgerichtig wird dann auch eine materiellrechtliche allgemeine Bagatellisierungsvorschrift in einem vereinfachten gerichtlichen Verfahren vorgeschlagen.
KUNZ, Einstellung, S. 104, hat allerdings im Rahmen seiner empirischen Untersuchung festgestellt, daß sich die Vorschrift als weit unproblematischer erwiesen habe, als zu erwarten war. Die Befürchtung, § 153 a könnte zu einem Freikaufverfahren mit Strafcharakter werden, haben sich nicht bestätigt, und die Staatsanwaltschaft habe den Anwendungsbereich nicht unsachgemäß ausgeweitet. Dennoch hat KUNZ schon damals die Kritik an der Bestimmung als nicht entkräftet bezeichnet und de lege ferenda eine betragsmäßige Begrenzung der gesetzlich zulässigen Geldauflage gefordert. Bezüglich Richtlinien der Staatsanwaltschaften dagegen BACKES, S. 320, der die Meinung vertritt, soweit die Staatsanwaltschaften durch Richtlinien und Verfügungen generalisierte Anwendungsmaßstäbe für die Strafbestimmungen des materiellen Rechts aufstellen, würden sie als Gesetzgeber vor dem Gesetzgeber fungieren.

[37] S. 173.

Verzicht ist nach § 153c auch für Auslandtaten möglich. Nur dem Generalbundesanwalt steht gemäß § 153d die Befugnis zu, auf die Verfolgung bestimmter politischer Straftaten zu verzichten. Ebenso hat der Generalbundesanwalt die Möglichkeit in Fällen tätiger Reue bei Staatsschutzdelikten unter bestimmten Voraussetzungen nicht zu verfolgen (§ 153e). Die letztgenannten Ausnahmen vom Legalitätsprinzip lassen, auch wenn sie einen besonders aktuellen Bezug haben, Erinnerungen an das klassische Opportunitätsprinzip französischer Herkunft wach werden.

bb) Von besonderem Interesse gerade unter dem Gesichtspunkt der Rechtsvergleichung aus schweizerischer Sicht ist § 154 der StPO. Gemäß § 154 kann die Staatsanwaltschaft (§ 154 I) und in einem späteren Teil des Verfahrens auch das Gericht (§ 154 II) auf eine Verfolgung der Tat verzichten, wenn die Sanktion, die wegen dieser Tat ausgesprochen werden müßte, neben einer Sanktion, die wegen anderer Taten rechtskräftig verhängt worden oder wegen anderer Taten zu erwarten ist, nicht beträchtlich ins Gewicht fallen würde (§ 154 I Ziff. 1). Darüber hinaus ist dieser Verfolgungsverzicht auch möglich, wenn zu erwarten ist, daß ein Urteil wegen dieser Tat in angemessener Frist nicht erfolgen wird, und gegen den Beschuldigten bereits eine Sanktion rechtskräftig verhängt worden oder wegen einer anderen Tat zu erwarten ist, und wenn diese ausgesprochene oder noch zu erwartende Sanktion zur Einwirkung auf den Täter und zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend erscheint (§ 154 I Ziff. 2). Beabsichtigt ist mit dieser Vorschrift eine Verfahrensbeschleunigung und Verfahrensvereinfachung. Dabei dürfen aber die materiell-rechtlichen Strafzwecke in ihrem Kern nicht tangiert und nicht wesentlich beeinträchtigt werden [38]. Diese Überlegung ist bedeutsam und müßte auch für bereits bestehende oder allenfalls noch zu schaffende Bestimmungen im Prozeßrecht der Kantone wegleitend sein. Entscheidend ist ja gerade bei diesen für Mehrfachtäter bestimmten, auf Verfahrensbeschleunigung ausgerichteten Ausnahmebestimmungen zum Legalitätsprinzip, daß der materiell-rechtliche Strafzweck nicht entscheidend tangiert und die Verwirklichung des materiellen Bundesrechts nicht durch prozessuale Bestim-

[38] KLEINKNECHT, S. 556, RN 1.

mungen in Frage gestellt wird. Die schwerpunktmäßige Konzentration des Verfahrens ermöglicht nicht nur eine Straffung und Beschleunigung des Verfahrens, sondern garantiert dadurch, daß der Eintritt der Verjährung gerade etwa in besonders umfangreichen Verfahren aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität verhindert werden kann, die Durchsetzung des materiellen Rechts[39].

Sinnvoll sind diese Bestimmungen insbesondere eben auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft bereits in einem sehr frühen Verfahrensstadium von der Möglichkeit des Verfolgungsverzichts Gebrauch macht und wenn dies im Sinne einer Konzentration auf verschuldensmäßig ins Gewicht fallende Taten geschieht. Dabei ist es vertretbar bei einer Vielzahl von Taten, wie das im Bereich der Wirtschaftskriminalität die Regel ist, im Hinblick auf die Rechtsfolgen schwerster oder mehrerer schwerer Taten, auf die Verfolgung mehrerer anderer minderschwerer Taten zu verzichten[40]. Die für die Tat oder die Taten, auf deren Verfolgung verzichtet werden soll, zu erwartende Sanktion darf nicht beträchtlich ins Gewicht fallen. Ob das durch den Strafverfolgungsverzicht entfallende Sanktionsausmaß im Vergleich zu dem bereits rechtskräftig ausgesprochenen oder noch zu erwartenden beträchtlich ins Gewicht falle, muß im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt werden. Die Formulierung, daß das zu erwartende Sanktionsausmaß nicht beträchtlich ins Gewicht fallen dürfe, besagt immerhin, daß nicht nur Fälle einbezogen werden können, in denen praktisch keine Sanktion ausgesprochen werden müßte. Maßgebend ist die *relative* Geringfügigkeit im Vergleich zur Haupttat[41]. Die Einstellung nach § 154 ist eine vorläufige. Die Staatsanwaltschaft kann die Ermittlung jederzeit wieder aufnehmen, insbesondere dann, wenn sich die Vermutung über den Ablauf und das Ergebnis eines andern Verfahrens als unrichtig erwiesen hat. Wenn allerdings das Verfahren mit Rücksicht auf eine zu erwartende Sanktion vorläufig eingestellt worden ist, dann kann nur binnen einer 3-Monats-Frist nach Rechtskraft des entsprechenden Urteils das Verfahren wieder aufgenommen werden. Der Strafverfolgungsverzicht gemäß § 154 I Ziff. 1 und Ziff. 2 ist allerdings abhängig davon, daß zur Einwirkung

[39] Vgl. dazu zutreffend W. ROTHENFLUH, S. 379 ff.
[40] KLEINKNECHT, S. 556, RN 5.
[41] KLEINKNECHT, S. 557, RN 7.

auf den Täter nicht die Summe aller Rechtsfolgen erforderlich ist, und daß durch den Verfolgungsverzicht die Verteidigung der Rechtsordnung nicht leiden darf. Damit ist das generalpräventive Moment ins Spiel gebracht. Obwohl nur in Abs. 1 Ziff. 2 ausdrücklich enthalten, gilt diese Einschränkung generell bei § 154.

Ergänzt wird § 154 durch die Bestimmungen in § 154a. Auch diese Bestimmung dient der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens und gestattet eine Beschränkung der sonst allgemein geltenden umfassenden Kognitionspflicht[42]. Der Verzicht auf Strafverfolgung ist möglich für einzelne, abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Tat begangen worden sind.

dd) Die auch in der Schweiz diskutierte Möglichkeit des Verfolgungsverzichtes bei Nötigung oder Erpressung[43] wird in § 154c erwähnt. Auf die Verfolgung der Tat, deretwegen die Nötigung oder die Erpressung überhaupt erst möglich wurde, kann verzichtet werden, wenn nicht wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerläßlich erscheint.

ee) Dem Mißbrauch der Strafjustiz zur Abklärung vorwiegend zivilrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Fragen soll durch die Bestimmung in § 154d entgegengetreten werden[44]. Der abschließende § 154e, der für die Fälle der falschen Verdächtigung oder Beleidigung eine vorläufige Verfahrenseinstellung vorsieht, solange wegen der angezeigten oder behaupteten Handlung ein Straf- oder ein Disziplinarverfahren im Gange ist, fällt für rechtsvergleichende Überlegungen weniger ins Gewicht.

[42] Kleinknecht, S. 561, RN 1.
[43] Heyden, S. 109.
[44] Kleinknecht, S. 567, RN 1.

3. *Zusammenfassung*

Wird vor allem gegen die Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft, die sich aus § 153 und § 153a StPO ergeben, teilweise heftige Kritik geübt[45], fehlt es an einer solchen Kritik an den übrigen Ausnahmen von der Verfolgungspflicht, wie sie in den §§ 153b ff. enthalten sind.

Dieser Verzicht auf Kritik kann nicht überraschen, stehen doch diese Bestimmungen, die dahin gehen, die justizförmige und zeitgerechte Bewältigung der anfallenden Verfahren zu ermöglichen, keine Bedenken rechtsstaatlicher Art entgegen. Diese Bestimmungen sind auch als Diskussionsgrundlage im Rahmen einer Überdenkung der Gesetzgebung in Bund und Kantonen geeignet. Bereits finden sich analoge Bestimmungen in verschiedenen kantonalen Prozeßordnungen[46], und im Zusammenhange mit Revisionsarbeiten stehen solche Bestimmungen zur Diskussion.

[45] Vgl. vorne FN 36 sowie HIRSCH, S. 250. Nach HIRSCH hat die verfahrensrechtliche Lösung in der Praxis zu großen Unklarheiten und dementsprechend auch zu ungleicher Handhabung geführt. Ebenso BACKES, S. 340: Die Bestimmungen im § 153 ff. führen zu einer Rücknahme von Kontrolle durch Entkriminalisierung. Und weiter: Die Staatsanwaltschaft inthronisiert sich selbst als Gesetzgeber und überläßt die Ermittlung und Ahndung der Kleinkriminalität mehr und mehr der Polizei (oder Diversionsstellen) und scheide somit lautlos als Herrin des Ermittlungsverfahrens aus.

[46] Einstellung, wenn ein Absehen von Strafe nach materiellem Recht möglich ist: SH/Auslandtaten: SH, AR, UR/Mehrfachtäter: SH, AR, UR, BS.

4. Teil

Die Revision des StGB gemäß Bericht und Vorentwurf Schultz [1]

I. Die Unterteilung der strafbaren Handlungen in Vergehen und Übertretungen

Im Gegensatz zu Lösungen in andern Ländern [2] verzichtet der Vorentwurf darauf, die Übertretungen aus dem StGB herauszunehmen und in ein besonderes Gesetz zu verweisen. Die leichte Art der strafbaren Handlung, also die echte (oder selbständige) Bagatelle bleibt nach dem Vorentwurf im Strafgesetzbuch, wobei diese Vorstöße geringer Schwere, die nur einer gelinden Ahndung bedürfen, in einem einfachen Verfahren verfolgt werden können [3]. Art. 367 StGB bleibt nach wie vor in Kraft. Neu ist nach dem Vorentwurf, daß darauf verzichtet wird, für Übertretungen die Freiheitsstrafe anzudrohen, dies allerdings unter Vorbehalt der Umwandlungsstrafe. Übertretungen sind neu einzig mit Buße, Fahrverbot oder gemeinnütziger Arbeit bedrohte Taten [4]. Demgegenüber hält der Vorentwurf in Art. 9 neu fest, daß Vergehen, die mit Freiheitsstrafen bedrohten Taten seien. Durch den Verzicht auf die Unterscheidung in Gefängnis und Zuchthausstrafe entfällt auch die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen und an dieser Differenzierung wird, da praktisch bedeutungslos, nicht mehr festgehalten [5].

II. Das Sanktionssystem des Vorentwurfs

Neben dem bereits erwähnten Verzicht auf die Unterscheidung in Gefängnis- und Zuchthausstrafe und Schaffung einer Freiheitsstrafe von einer Strafdauer von mindestens 6, eventuell 3

[1] Vgl. SCHULTZ, Bericht.
[2] Vgl. vorne S. 46.
[3] S. 242 Bericht.
[4] Art. 99 VE.
[5] Vgl. SCHULTZ, Bericht, S. 8

Monaten bis zu 20 Jahren hat der Vorentwurf eine reichhaltige Palette an Sanktionen anzubieten[6]. Als zweite Hauptstrafe kennt der Vorentwurf die Buße, die neu in Tagessätzen verhängt werden soll[7]. Bedingt durch die Erhöhung der Mindeststrafdauer auf 6 oder wenigstens 3 Monate[8] entsteht bei den Strafandrohungen des Besonderen Teils, der ja nicht revidiert wird, eine Lücke, die in einer Neufassung der Übergangsbestimmungen korrigiert, resp. ausgefüllt werden muß. Überall dort, wo das Gesetz, also die Bestimmungen des Besonderen Teils eine Freiheitsstrafe androhen, die die neue Mindestdauer der Freiheitsstrafe nicht erreichen, tritt an deren Stelle einmal die Buße, dann aber auch die gemeinnützige Arbeit oder das Fahrverbot. Damit sind die beiden neuen Sanktionen genannt die der Vorentwurf SCHULTZ kennt. Die gemeinnützige Arbeit[9] besteht darin, daß der Schuldigerklärte dazu verpflichtet wird, während einer bestimmten Zeit eine unbezahlte, aber sozial wertvolle Arbeit zu leisten[10]. Das passive Erduldenmüssen einer Strafe wird mit dieser gemeinnützigen Arbeit ersetzt durch eine positive Leistung, durch die Möglichkeit, selber neue Werte schaffen zu können, dies als Ausgleich zur begangenen Straftat[11]. Neu, und praktisch wahrscheinlich bedeutungsvoll, dürfte die Bestimmung in Art. 37 werden, wonach das Fahrverbot zu einer Hauptstrafe erklärt und eben durch den Richter auszusprechen ist, sofern der Verurteilte im öffentlichen Verkehr Verkehrsregeln verletzt und dadurch den Verkehr gefährdet oder andere belästigt hat[12]. Das Fahrverbot kann alleine oder in Verbindung mit einer Freiheitsstrafe oder aber einer Buße ausgesprochen werden. Zu diskutieren wäre hier die Frage, ob die Einschränkung der Anwendungsmöglichkeit des Fahrverbotes als Sanktion (Art. 38) nicht aufgehoben werden müßte, sind doch durchaus Fälle denkbar, in denen das Fahrverbot als Sanktion aus spezialpräventiven Gründen eine

[6] RIKLIN, S. 126. Das Zurückdrängen der kurzen Freiheitsstrafen bedingt nicht nur neue Alternativen, sondern es muß das ganze Sanktionensystem auf dieses Ziel ausgerichtet sein.

[7] Art. 33 VE.

[8] Vgl. Art. 32 VE.

[9] Art. 41 VE.

[10] Vgl. SCHULTZ, Bericht, S. 101 ff.

[11] Vgl. GISEL-BUGNION, S. 107, (siehe schon SCHULTZ, Einführung, Bd. I, § 1, II, 1 b bb, S. 29).

[12] Art. 38 VE.

durchaus angemessene Reaktion sein könnte. Flankiert wird dieser neue Sanktionenkatalog durch neue und korrigierte Bestimmungen aus dem Bereich der Strafzumessungsvorschriften, die es dem Richter im konkreten Einzelfall ermöglichen, eine den besonderen Umständen der Tat und des Täters angemessene Sanktion in bezug auf Qualität und Quantität zu wählen. Die Neufassung des Grundsatzes der Strafzumessung [13] bei der die Tatschuld als obere Grenze des Strafmaßes zu gelten hat [14], dieses durch die Tatschuld gegebene Maß der Strafe jedoch nicht in jedem Falle erreicht werden muß, darf wohl als eine der zentralen Bestimmungen des Vorentwurfs betrachtet werden. Zu erwähnen sind weiter die Möglichkeiten der Aussetzung des Entscheides [15], die Erhöhung der Maximaldauer der Freiheitsstrafe, bei der der bedingte Strafvollzug noch gewährt werden kann, auf 3 Jahre [16] und die Beibehaltung der Strafmilderungsgründe, die neu im Art. 48 Vorentwurf aufgeführt sind. Wesentlich für unsere Betrachtung ist, daß für leichte Fälle von Vergehen (früher Verbrechen und Vergehen) nun nicht mehr zwingend die Freiheitsstrafe vorgeschrieben ist, sondern daß auch in leichten Fällen, in denen nach dem geltenden Recht weder gemäß Art. 64 noch Art. 66 StGB eine Milderung vorgenommen werden kann, zukünftig auch ohne Vorliegen besonderer Umstände eine Buße als Hauptstrafe und als alleinige Strafe ausgesprochen werden könnte. Damit würde das Problem der unechten Bagatellen im wesentlichen entschärft.

Ein Problem wird allerdings auch mit diesem Sanktionenkonzept nicht beseitigt werden können, nämlich das Problem der Ersatzfreiheitsstrafe, die eintritt, wenn die Geldstrafe, also die Buße, nicht bezahlt wird oder werden kann. JESCHECK [17] weist auf den hohen Anteil der vollstreckten Ersatzfreiheitsstrafen in Deutschland hin. Diese Zahl ist mit 25000–28000 Vollstreckungen pro Jahr in der Tat beträchtlich.

[13] Art. 46 VE.

[14] Nach § 59 des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1969, hat das Schuldmaß nur noch strafbegrenzende Funktion.

[15] Art. 59 VE.

[16] Art. 57 VE.

[17] Strafrechtsdogmatik, S. 23.

III. Die Strafbefreiung

Aus Opportunitätsüberlegungen soll gemäß Vorentwurf in bestimmten, genau umschriebenen Fällen zudem von einer Strafe abgesehen werden. Bei Betroffenheit des Täters durch seine Tat [18], bei fehlender Strafwürdigkeit [19] und bei Wiedergutmachung [20] hat die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung abzusehen. Art. 53 [21] entspricht dem bereits 1976 vorgeschlagenen, und in der Botschaft von 1985 übernommenen Art. 66 bis, der festhält, daß die Strafbefreiung erfolgen solle, wenn der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen wurde, daß eine Strafe unangemessen wäre [22]. Art. 54 befaßt sich mit der Behandlung der Bagatelle (der echten und der unechten) und lehnt sich an die Umschreibung der Voraussetzungen der Opportunität in verschiedenen kantonalen Strafverfahren, aber auch an die bereits beschriebene Formulierung im öStGB § 42 an. Erforderlich ist jedoch im Gegensatz zur Fassung von öStGB § 42 einzig, daß das Verschulden gering und die Tat keine oder nur geringe Folgen nach sich gezogen hat. Auf die Wahrung des öffentlichen Interesses als negative Bedingung der Straflosigkeit wird ebenso verzichtet wie auf die Erwähnung spezialpräventiver Erwägungen. Schließlich ist in Fällen der Wiedergutmachung auf Verfolgung, Überweisung und Bestrafung zu verzichten, wenn der Täter eine besondere wirtschaftliche Anstrengung unternommen hat, um den gestifteten Schaden zu decken, oder wenn der Täter durch eine besondere Anstrengung, die seine Lebensführung deutlich beeinflußt hat, das von ihm begangene Unrecht auszugleichen gesucht hat. Mit der Formulierung «besondere wirtschaftliche Anstrengung» soll dem Einwand, die Wiedergutmachung könne dem wirtschaftlich Gutgestellten zum Straffreikauf [23] dienen, entgegengetreten werden (vgl. dazu auch Art. 66 ter StGB, enthalten im VE zum BG über die Hilfe an Opfer und Straftaten gegen Leib und Leben vom 12. 8. 86).

[18] Art. 53 VE.
[19] Art. 54 VE.
[20] Art. 55 VE.
[21] Betroffenheit des Täters durch die Tat.
[22] Die Vorschrift ist als StGB Art. 66bis von Ständerat und der Kommission des Nationalrates gebilligt worden.
[23] Vgl. Diskussion zu § 153a dStPO vorne S. 110.

IV. Zusammenfassung

Durch das Einbringen der Gedanken der Betroffenheit durch die Tat, der Geringfügigkeit der Tat und der Wiedergutmachung sollen Elemente in das materielle Recht aufgenommen werden, die ihre Wurzeln im Opportunitätsdenken haben und die es erlauben, die Strafwürdigkeit der einzelnen strafbaren Handlung zu berücksichtigen. Anlehnungen an das Opportunitätsprinzip sind unverkennbar. Die Kompetenz unter bestimmten Voraussetzungen auf eine Verfolgung, Überweisung oder Verurteilung verzichten zu können, wird jedoch nicht nur der Strafverfolgungsbehörde zugewiesen, sondern sie steht ebenso dem urteilenden Gericht zu. Damit wird der Bereich des Strafverfolgungsprinzips verlassen und schon aus diesem Grunde können die Bestimmungen der Art. 53 ff. nicht als dem Opportunitätsprinzip zugehörend bezeichnet werden. Zudem ist die Fassung in den erwähnten Bestimmungen derart, daß das Ermessen des betreffenden Justizorgans kein freies ist, denn die Vorgaben des Gesetzes sind so, daß nur in einem bestimmt abgesteckten Rahmen den Strafverfolgungs- und urteilenden Behörden die Möglichkeit offen steht, vom Ermessen Gebrauch zu machen. Dabei ist dieses Ermessen erneut in der Weise beschränkt, daß bei Vorliegen der umschriebenen Voraussetzungen in Art. 53 ff. das betreffende Verfolgungs- oder Urteilsorgan von einer Strafbefreiung Gebrauch machen *muß*.

Wir finden also in der von SCHULTZ vorgeschlagenen Lösung Elemente, die Bezüge zu der materiellrechtlichen Lösung des öStGB § 42 deutlich werden lassen, aber auch Anlehnungen an die prozessuale Lösung des § 153 ff. der dStPO sind zu erkennen. Die Aufnahme der Möglichkeit des Verfolgungsverzichts ins materielle Recht wird wohl nicht unwidersprochen bleiben, auch wenn damit der Frage, ob Bundesrecht den Kantonen das Legalitätsprinzip oder das Opportunitätsprinzip für ihre Prozeßordnung vorschreibe, die Spitze gebrochen werden könnte. Daß diese Möglichkeit aber zumindest für die Fälle der Betroffenheit durch die Tat bestehen muß, verdeutlicht der Hinweis auf den tragischen Fall der Autofahrerin, die bei einem Verkehrsunfall ihr eigenes Kind verloren hat[24]. Ob es dagegen richtig ist, das Bagatellisierungsverfahren bereits in das Vorver-

[24] Vgl. vorne S. 58.

fahren zu verlegen[25], wird später noch zu diskutieren sein. Ähnliche Bedenken könnten bei Art. 55 VE entstehen. Dennoch ist dem Grundkonzept des Vorentwurfes vorbehaltlos zuzustimmen. Die vom ultima-ratio-Denken geprägte Zurückdrängung der Freiheitsstrafe[26] wird ergänzt durch die Schaffung erweiterter Möglichkeiten, auf Sanktionen dort zu verzichten, wo aus spezialpräventiven Gründen auf eine Sanktion verzichtet werden kann, ohne daß dabei das grundsätzliche Gefüge der Verbotsnormen angetastet und damit die generalpräventive Bedeutung dieser entscheidenden Aussage des Gesetzgebers zur Schutzwürdigkeit der Rechtsgüter in Frage gestellt wird.

[25] Vgl. Art. 54 VE.

[26] KUNZ, Prävention, S. 824 betont, daß die schrittweise Zurückdrängung der Idee des Schuldausgleichs durch das Präventionskonzept ein Leitmotiv des modernen Strafrechts sei.

5. Teil

Opportunität und Legalität in den verschiedenen Phasen des Strafverfahrens

A. Polizei im Spannungsfeld zwischen Verfolgungspflicht und Opportunität

I. Grundlagen

Die Darlegungen zu den einzelnen kantonalen Prozeßvorschriften haben ein einheitliches und eindeutiges Bild erbracht. Die Polizei ist in allen Kantonen gesetzlich an die Anzeigepflicht gebunden. Für Deutschland hat gleiches zu gelten[1]. Auch wenn diese gesetzliche Gebundenheit in der Literatur kaum bestritten ist, wird zu überprüfen sein, wieweit gesetzliche Forderungen und faktische Gegebenheit übereinstimmen.

II. Allgemeine Überlegungen

Es ist eine heute wohl kaum mehr bestrittene Tatsache, daß die größte Normtreue, die eine Gesellschaft erreichen kann, dann erzielt wird, wenn eine möglichst hohe Wahrscheinlichkeit des Entdecktwerdens besteht[2]. Die Aufklärungserfolge der Polizei sind also von entscheidender Bedeutung für die Erhaltung des Rechtsfriedens, und es würde sich, unter diesem Gesichtspunkte isoliert betrachtet, rechtfertigen, die Polizei personell und materiell so weitgehend wie nur immer möglich auszubauen. Dem steht nun aber die Idee des liberalen Rechtsstaates

[1] Vgl. LÖWE-ROSENBERG, 1978 N. 2 zu § 153 sowie KLEINKNECHT, RN 9 zu § 153.

[2] Nach KUNZ (kurzfristige Freiheitsstrafe, ZStrR 103, [1986] S. 193) deuten einschlägige Untersuchungen übereinstimmend darauf hin, daß strafbares Verhalten weder durch harte gesetzliche Strafdrohungen noch durch deren Verhängung oder Vollzug entscheidend einzudämmen ist. Nicht die Strenge der zu erwartenden Strafe, sondern das Wissen um die polizeiliche Verfolgungsintensität, die Einschätzung des Überführungsrisikos und die bei Überführung zu erwartende informelle soziale Ächtung halten potentielle Täter von der Tatbegehung ab.

entgegen, der auf einen zu stark ausgebauten Staatsapparat verzichten möchte und insbesondere eine übermächtige Polizei, die den Bürger in der Ausübung seiner Freiheitsrechte beschränken könnte, nicht will. Daraus ergibt sich, daß die Lösung des Problems der Verbrechensbekämpfung nicht über eine unbegrenzte Verstärkung des Polizeiapparates erreicht werden kann, auch wenn das kriminaltaktisch wünschbar wäre.

Gerade diese Beschränkung der Mittel trägt nun aber dazu bei, daß die Befolgung der gesetzlichen Vorgabe für die Polizei zu einer nicht geringen Belastung wird[3]. Die Entgegennahme und Verfolgung jeder, auch der geringsten Bagatelle, führt zu einer Belastung mit Arbeiten, die nicht nur undankbar, sondern kriminalistisch gesehen auch wenig wertvoll sind. Dabei wird aber gerne übersehen, daß das Tätigwerden der Polizei auch in diesem Bereich ausgesprochen wertvoll und wichtig sein kann. In diesen Zusammenhang gehört, daß es entscheidend für das Vertrauen des Bürgers in die Institutionen Justiz und Polizei sein kann, zu wissen, daß Klagen an die Hand genommen und Untersuchungen durchgeführt werden. Wie und in welcher Weise letztlich der Fall beurteilt und ob überhaupt bestraft wird oder nicht, vermag dieses Vertrauen nur untergeordnet zu beeinflussen. Daß man aber den Bürger ernst nimmt, seine Klage und Beschwerden beachtet und bearbeitet, ist für die Vertrauensbildung Bürger–Staat weit wichtiger, als die einem normalbürgerlichen Verständnis oft schwer zugängliche juristische Wertung von Tat, Verschulden und Auswahl von Qualität und Quantität der Sanktion. Die Ermittlungspflicht der Polizei ist eine ihrer Dienstleistungsfunktionen und erfüllt die Aufgabe der Wiederherstellung und Wahrung des Rechtsfriedens[4]. Diese Ermittlungspflicht stellt auch ein notwendiges Pendent zum Verbot der Selbsthilfe dar.

Dazu steht nicht im Widerspruch, daß die Intensität der polizeilichen Ermittlungstätigkeit dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu folgen hat[5].

[3] KUNZ, Vorbeugen, S. 45 betont, daß gerade im Bereich der Alltagstätigkeit der Schutzpolizei bei der überwiegenden Mehrzahl der Einsätze ein faktisches Opportunitätsprinzip dazu führe, daß die Angelegenheit mit der polizeilichen Krisenintervention erledigt sei.

[4] WEIGEND, S. 44.

[5] Vgl. SCHÖCH, S. 296, mit dem Hinweis auf die notwendigen Handlungsspielräume, die nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Willkürverbots ausgefüllt werden müssen.

Es wäre aber falsch, Verhältnismäßigkeit mit Bequemlichkeit gleichzusetzen. Der persönliche Einsatz des Beamten im Bemühen, den Rechtsfrieden wieder herzustellen, ist in jedem Falle, auch im unbedeutendsten Bagatellfall, nicht unverhältnismäßig. Das Schlichtungsbemühen der Polizei muß jedoch auf der Absicht, die Aussöhnung herbeizuführen, basieren und darf nicht zu einer Nötigung namentlich des Anzeigeerstatters aus vordergründig arbeitstechnischen Motiven ausarten. Gerade hier würde das Vertrauen in den Staat in schwerster Weise gefährdet. Damit ist auch gesagt, daß diese Schlichtungstätigkeit der Polizei nicht unproblematisch ist. Die Polizei wirkt in unmittelbarer Tatnähe. Emotionen sind im Vordergrund, Empörung, oft auch Angst vor Wiederholungen oder Repression dominieren das Denken und Fühlen des Verletzen. Bereits in dieser Phase die polizeiliche Tätigkeit auf Ausgleich, Vermittlung auszurichten, kann oftmals zu einer Verbitterung seitens des Anzeigers, der ja auch Verletzter ist, führen. Diese Verbitterung ist nicht selten noch im gerichtlichen Verfahren deutlich zu spüren. Dennoch haben sich die Wellen zumeist schon etwas geglättet, Vermittlungsbemühungen des Richters, die ja einmal bei Antragsdelikten durchaus zulässig und erwünscht und im Bereich der Privatklage sicher ebenfalls sinnvoll sind, führen in der Regel zu einer gütlichen Einigung unter den Parteien. Daß dieser Schlichtungserfolg gelegentlich erst nach eingehendem Verfahren mit Beweisführung möglich ist, beweist, daß der Schlichtungsprozeß seine Dauer hat, daß Einsichten bei den Parteien oft erst reifen müssen. Das Schlichtungsbemühen setzt beim Schlichtenden einiges voraus. Nur geschicktes psychologisches Vorgehen, gepaart mit reicher Berufserfahrung und basierend auf einer einwandfreien Sachkenntnis kann zum Erfolg, dem nicht der schale Beigeschmack der Nötigung anhaftet, führen [6]. Daß diese Voraussetzungen beim Richter in der

[6] KUNZ, Vorbeugen, S. 46, weist darauf hin, daß das kantonale Prozeßrecht die strafrechtliche Streitschlichtung in Form des dem Privatklageverfahren vorgeschalteten Sühneverfahrens vor dem Friedensrichter kenne. Daß demnach auch der Polizei bereits nach geltendem Recht, wenn schon keine Entkriminalisierungsbefugnis, so doch eine Streitschlichtungsbefugnis zustehe, sollte nach Meinung von KUNZ angesichts ihres Auftrages zur Gefahrenabwehr nicht zweifelhaft sein. Was wäre zur Abwendung krimineller Gefahren besser geeignet, als die Aussöhnung zwischen Täter und Opfer?
Aus den Überlegungen von KUNZ ergibt sich aber auch, daß die polizeiliche Schlichtungstätigkeit nicht dazu führen darf, daß Anzeigen im dunklen

Regel doch eher vorhanden sind als bei Polizeibeamten soll nicht als Vorwurf, sondern als schlichte Feststellung festgehalten werden. Ausnahmen mögen die Regel bestätigen.

Aus dieser Sicht ist Intentionen, die in Richtung diversierender, also am Strafverfahren vorbeiführender[7] Modelle gehen[8], mit Vorbehalten entgegenzutreten. De lege lata fehlen dazu auch die gesetzlichen Grundlagen. Die Idee der Diversion ist sicher eine prüfenswerte, ob allerdings die Polizei dazu die richtige Schaltstelle ist, muß in mehrfacher Hinsicht bezweifelt werden. Auf diese Zweifel weist im übrigen KUNZ hin, wenn er bestätigt, daß die Polizei über eine entsprechende Ausbildung nicht verfüge[9] und er zum andern eine am Erfolgsbarometer der Polizei lesbare Bilanzierung dieser Schlichtungstätigkeit verlangt[10].

Auch dort, wo Opportunitätsüberlegungen Eingang in die Prozeßvorschriften gefunden haben, scheint es fraglich, ob eine Vorverlegung dieses Ermessensbereichs auf die Stufe Polizei von gutem ist. Geht man davon aus, daß die Anwendung des Opportunitätsprinzips zu einer Korrektur des materiellen Rechts führen kann, dann würden OP-Kompetenzen bei der Polizei diese zum Richter vor dem Richter machen[11]. Nur die Ermittlungspflicht der Polizei stellt sicher, daß nicht gerade der jeweilige diensthabende Beamte aus Gründen welcher Art auch immer endgültig und wahrscheinlich unanfechtbar darüber entscheidet, ob ein Offizialdelikt verfolgt und damit dem positiven Recht zum Durchbruch verholfen werden soll[12]. Es mag zwar wohl zutreffen, daß die unbeschränkte Entscheidungsmacht, die die amerikanische Polizei besitzt, eine günstige Ausgangslage für Diversionsmodelle darstellt[13]. Dieser Vorteil

Kohlenkeller polizeilichen Individualermessens verschüttet werden. Offenheit ist erforderlich, ebenso wie letztlich die justizmäßige Abwicklung durch Aufhebung oder Sanktionsverzicht durch das Gericht. Zuzustimmen ist KUNZ statt dessen (S. 55), wenn er festhält, daß im Vermittlungsbemühen zwischen Personen, die in der strafrechtlichen Rollenverteilung als Beschuldigter oder Verletzter unmittelbar gegenüberstünden, eine Hoffnung liege, die einstweilen nicht enttäuscht werden dürfe.

[7] Vgl. dazu KUNZ, Vorbeugen, S. 41 sowie WEIGEND, S. 156 ff.

[8] Vgl. KUNZ, Vorbeugen, S. 43.

[9] KUNZ, S. 50.

[10] KUNZ, S. 51.

[11] BACKES, S. 320.

[12] WEIGEND, S. 43.

[13] KUNZ, Vorbeugen, S. 41.

muß aber mit einem erheblichen Vertrauensdefizit Bürger–Polizei erkauft werden, und dieser Preis erscheint denn doch zu hoch [14]. Daß eine derartig weitgehende Vorverlagerung gewichtiger Entscheidungen, die eigentlich der Kriminaljustiz mit der durch Verfahrensvorschriften und Bindung an Vorschriften in Verfassung und Gesetz begrenzten Entscheidungsbefugnis vorbehalten bleiben sollte, auch rechtsstaatlich fragwürdig bleibt, braucht nicht näher begründet zu werden.

Es besteht ferner auch die Gefahr, daß die Polizei die Aufklärungsquote zum absoluten Erfolgsbarometer nimmt [15]. Dabei wird übersehen, daß einmal Anzeigeerstattung gegen eine bestimmte Person noch nicht gleichbedeutend ist mit Überführung und Verurteilung. Zum andern wird, bewußt oder unbewußt, nicht beachtet, daß entscheidend für die Qualität der polizeilichen Arbeit nicht die große Zahl von verzeigten, kriminalistisch einfach zu behandelnden Bagatellen ist, sondern die Bewältigung eines kriminalistisch anspruchsvollen Problems. Die saubere Aufklärung eines einzigen schweren (qualifizierten) Raubüberfalles sagt mehr aus über die Fähigkeiten der polizeilichen Organe als die höchstens Fleißarbeit darstellende Überweisung von 100 Anzeigen wegen Ladendiebstahls.

Würde das Opportunitätsprinzip für die Polizei gelten, dann ergäbe sich unter diesem Gesichtspunkt, daß Anzeigen unter Umständen bevorzugt behandelt würden, die einfach zu behandeln wären. Solche einfachen Fälle erscheinen in der polizeilichen Statistik als auf- und abgeklärte Fälle und lassen das Erfolgsbarometer ansteigen. Demgegenüber würde die Gefahr bestehen, daß aufwendige und nicht oder nur schwer abklärbare Vorfälle durch Abwimmeln der Anzeigeerstatter bereinigt würden.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich die Forderung, die Polizei müsse an die Ermittlungspflicht gebunden bleiben [16].

[14] WEIGEND, S. 43, mit Verweisen.

[15] SCHÖCH, S. 298, weist unter Bezug auf STEFFEN darauf hin, daß die handlungsleitenden Faktoren für das polizeiliche Handeln nicht Deliktschwere oder Schadenhöhe, sondern Sichtbarkeitsdelikte, Aufklärungswahrscheinlichkeit und Beweisschwierigkeiten seien.

[16] G. M. WEIGEND, S. 44, BACKES sinngemäß S. 324.

III. Die Wirklichkeit des polizeilichen Alltags

1. Der Einsatz der polizeilichen Mittel

Hingegen ist nicht zu verkennen, daß die Wirklichkeit des polizeilichen Alltags ein anderes Gesicht hat[17]. Abgesehen von den Fällen, die offen zugegeben werden oder zumindest aufgrund der Anzeigehäufigkeit zu vermuten sind, handelt die Polizei bereits im Rahmen der Kontrolltätigkeit nach Opportunitätsüberlegungen. Sie wird beim Einsatz der nur beschränkt vorhandenen technischen und personellen Mittel sich genau überlegen müssen, wo diese Mittel zu Kontrollzwecken eingesetzt werden sollen. Die Verfügbarkeit dieser Mittel ist nicht nur eingeschränkt durch deren Begrenztheit, sondern insbesondere auch durch den Umstand, daß die gleichen zumindest personellen Mittel auch in anderen Bereichen der polizeilichen Tätigkeit eingesetzt werden müssen. Ordnungsdiensteinsatz, friedlicher und unfriedlicher, erfordert die Bereitstellung einer großen Zahl von Beamten, Fahrzeugen und Verbindungsmitteln, die natürlich dann anderweitig nicht zur Verfügung stehen. Das gleiche gilt für die kriminalpolizeiliche Arbeit, die zumindest erhebliche technische Mittel absorbiert. Der Einsatz der Kontrollmittel will daher gut überlegt und abgewogen sein und bestimmt sich daher nicht zuletzt nach Überlegungen der Verhältnismäßigkeit.

Die Kontrolle der Einhaltung der Gurtentragpflicht (Art. 3 a VRV) erfordert im Verhältnis zur Geringfügigkeit der Normverletzung einen unverhältnismäßig großen personellen Aufwand, muß doch die Vorschriftsverletzung auf der Fahrt festgestellt und später bewiesen werden können. Anzeigen wegen Verletzung der Gurtentragpflicht sind denn auch in der Regel nur im Zusammenhang mit der Verzeigung weiterer SVG-Delikte zu finden. Daß entsprechende Großkontrollen zu ganz anderen Anzeigezahlen auch bei VRV 3 a führen würden, läßt sich aus jahrelanger Praxis des Polizeirichters bestätigen[18].

[17] KUNZ betont (S. 43) die faktische Existenz eines polizeilichen Ermittlungs- und Verfolgungsverzichts aus Opportunitätsgründen auch dort, wo das Gesetz einen solchen Verzicht nicht vorsieht.

[18] Vgl. dazu «Der Bund», Nr. 242 vom 15. 10. 1988, S. 35. Aus einem Bericht über eine Großverkehrskontrolle der Stadtpolizei Bern vom 13./14. 10. 1988 kann entnommen werden, daß das Nichttragen der Sicherheitsgurten während dieser Kontrolle zu den häufigsten Beanstandungen gehört hat.

Damit entsteht die Gefahr, daß mit Rücksicht auf Beweisprobleme und in Erwartung einer hohen Erfolgsquote eine sachfremde Auswahl beim Einsatz der polizeilichen Mittel getroffen werden könnte.

2. Polizeiliche Stellungnahmen zum Problembereich Legalitätsprinzip und Polizei

In ausführlichen und aufschlußreichen Antworten auf eine entsprechende Anfrage haben zwei Polizeikorps (Stellungnahme des Kommandos der Kantonspolizei Bern vom 17. 7. 1988 und des Kommandos der Kantonspolizei Zürich vom 26. 9. 1988) eine ganze Reihe höchst interessanter Hinweise zur im entsprechenden Korps gehandhabten Praxis geliefert. Bei der Auswertung dieser Antworten bleibt zu betonen, daß für die Korps beider Kantone (vgl. vorne S. 65 ff.) gesetzlich das Legalitätsprinzip, mithin Verzeigungs- und Verfolgungspflicht vorgeschrieben ist.

a) Der Polizeinotstand

Es liegt auf der Hand, daß bei unfriedlichen Ordnungsdiensteinsätzen durch die Polizei eine Großzahl von Rechtsverstößen festgestellt werden können. Sachbeschädigungen, Störung des öffentlichen Verkehrs, Landfriedensbruch, Gewalt und Drohung gegen Beamte, Verunreinigung öffentlicher Gebäude (Art. 10 Abs. 1 des bernischen EG zum StGB) sind die hauptsächlichsten Normverletzungen, die anläßlich von Demonstrationen begangen werden. Dennoch wird die Polizei aus zweierlei Gründen kraft faktischer Hinderung darauf verzichten dürfen, diese strafbaren Handlungen zu verfolgen. Einmal sind Ordnungsdiensteinheiten der Polizei für die Beweissicherung im Zusammenhange mit diesen Taten nicht geeignet, sind sie doch durch ihre primäre Aufgabe, die Ordnung soweit möglich aufrecht zu erhalten, gebunden. Somit würde der Einsatz spezieller Fahndertrupps erforderlich, die ihrerseits in der herrschenden tumultösen Lage eine Identifizierung der Täter kaum riskieren können. Damit ist der zweite Grund angesprochen. Ein Einschreiten gegen Störer könnte einen unverhältnismäßig größeren Schaden im Vergleich zu demjenigen, der tatsächlich von den Störern angerichtet worden ist, zur Folge haben. Der Verzicht auf Verfolgungshandlungen im Rahmen von Ord-

nungsdiensteinsätzen rechtfertigt sich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit. Dieses polizeiliche Untätigbleibenmüssen wird zutreffend als Polizeinotstand umschrieben.

b) Verzicht auf Verfolgung aus polizeitaktischen Gründen

Im Rahmen einer Observationstätigkeit werden in der Regel festgestellte SVG-Widerhandlungen (auch Vergehen), Widerhandlungen gegen das BetMG oder auch «einfachere» (Formulierung der Stellungnahme) Vermögensdelikte, also wahrscheinlich nicht nur unechte Bagatellen, nicht angezeigt, «sofern die Beweisführung nicht ohne Preisgabe der Observation möglich ist». Dabei werden diese beobachteten Vorgänge nicht aktenkundig gemacht oder höchstens in Observationsberichten, die der Kriminaljustiz nicht zugänglich gemacht werden, als Hinweise festgehalten. Wenn auch Verständnis für diese aus polizeitaktischen Überlegungen entstandene Praxis aufgebracht werden kann, bleibt letztlich dieses Vorgehen doch fragwürdig. Der Nichtpreisgabe polizeilicher Quellen an die Justiz haftet immer zudem auch der Beigeschmack der geheimpolizeilichen Tätigkeit an. Die Entscheidungsbefugnis, ob überhaupt, wann und wieviel die Polizei von den gewonnenen Erkenntnissen an die Justiz weiterleiten müsse, darf ihr nicht zukommen, auch wenn verständlich ist, daß sie ihre Insiderkenntnisse nicht vorzeitig durch repressive Verfolgungstätigkeit preisgeben möchte [19].

Eine solche Praxis erscheint insbesondere dann unannehmbar, wenn sie mit der konsequent auf Anzeigen ausgehenden Praxis bei Ladendiebstählen verglichen wird. Daß die Preisgabe polizeilicher Quellen aber in der Tat ein echtes Problem sein kann, das für die Polizei gelegentlich nur mit rechtsstaatlich fragwürdigen Kompromissen zu lösen ist, muß der Objektivität halber betont werden. Es besteht ein echter Konflikt zwischen strafprozessualer Wahrheitsermittlungspflicht einerseits und polizeilichem Interesse, Informationsquellen nicht zu enttarnen, damit diese in Zukunft weiter fließen. In diesen Zusam-

[19] So auch in anderem Zusammenhang BACKES, S. 337: Die Polizei entscheidet nach Gesichtspunkten der Opportunität, ob, wann und wieviel sie von ihren Erkenntnissen an die Verfolgungsbehörde weiterleiten wird. Und weiter S. 338: Die Polizei wird ihre Insiderkenntnisse nicht vorzeitig durch repressive Verfolgungstätigkeit preisgeben, da die Ausforschung struktureller, reeller Zusammenhänge bestimmter Szenen und Gruppen oftmals wichtiger ist, als die Verfolgung einer in diesem Bereich begangenen Straftat.

menhang gehört auch das in der Schweiz allerdings weniger aktuelle Problem des V-Mannes. Trotzdem bleibt bestehen, daß die Praxis insbesondere dort unzulässig scheint, wo nicht Bagatellen zur Diskussion stehen.

In einem kürzlichen Entscheid des Bernischen Obergerichts (Urteil I. StrK vom 10.3.88 in Sachen S.) wurde das strenge Inquisitionsprinzip unter Hinweis auf Art. 71 StrV in dem Sinne interpretiert, daß ein Verfolgungszwang nur für solche strafbaren Handlungen bestehe, die dem Beamten in seiner amtlichen Stellung bekannt werde. Observationstätigkeit ist aber eine Tätigkeit in amtlicher Stellung[20].

Aus diesen Überlegungen rechtfertigt es sich zwar, wenn die Polizei den «Straftaten einstweilen nur zusieht»[21], später aber ihre Anzeigepflicht, von der sie durch ein einstweiliges Zuwarten nicht entbunden ist, nachkommt.

c) Der Verzicht auf Verfolgung aus Gründen der (polizeilichen) Prozeßökonomie

In umfangreichen polizeilichen Ermittlungen werden gelegentlich bewußt untergeordnete Nebengeleise vernachläßigt. So werden in Verfahren gegen international tätige Drogenhändler Endverbraucher, aber auch Dealer am unteren Ende der Verteilerkette nicht weiter verfolgt, auch wenn mit entsprechendem Aufwand positive Resultate möglich erscheinen. Gleiches gilt für den Bereich der Wirtschaftskriminalität[22].

Im Gegensatz zum Verfolgungsverzicht aus polizeitaktischen Gründen erfolgt hier der polizeiliche Verfolgungsverzicht im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis mit den Untersuchungsbehörden. Diese Praxis ist zwar de lege lata unzulässig. Praxis von Polizei und Untersuchungsbehörden decken sich aber hier mit der Zielrichtung bereits in kant. StPO enthaltener oder doch diskutierter Ausnahme vom Legalitätsprinzip[23].

[20] Zur Frage der Verpflichtung zu polizeilichem Handeln außerhalb der Dienstzeit teilt das Polizeikommando des Kantons Zürich die Auffassung des Bernischen Obergerichts und verweist zudem auf ein Referat des Kdt Kantonspolizei Luzern, Dr. A. Widmer.

[21] Formulierung in der Stellungnahme der Kantonspolizei Zürich.

[22] Vgl. die Hinweise von BERNASCONI (ZStrR 98 [1981] S. 413) und ROTHENFLUH (ZStrR 100 [1983] S. 380), die beide für den Bereich der Wirtschaftskriminalität auf die Notwendigkeit der Konzentration und damit der Opportunität der Strafverfolgung hinweisen.

[23] Vgl. vorne S. 63 ff.

Die Tatsache, daß bei der Festlegung von Prioritäten bezüglich personeller und materieller Mittel eine Konzentration auf die Verfolgung erheblicher Rechtsverstöße erfolgt, wird vom Kdo Kantonspolizei Zürich bestätigt.

d) Der Verzicht auf Verfolgung unter Berufung auf materiallrechtliche Bestimmungen

Unter Hinweis auf Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG wird in der Stellungnahme des Polizeikommandos des Kantons Bern vom 18. Juli 1988 angenommen, daß der Polizei ebenso wie dem Richter die Möglichkeit offen stehe, in diesem Bereich nach Opportunitätsüberlegungen zu handeln. Trotz der klaren Umschreibung[24] der Verfolgungspflicht erlaubt nach dieser polizeilichen Auffassung das der kant. Prozeßvorschrift vorgehende Bundesrecht der Polizei diese Interpretation[25]. Zur Stützung der Praxis der Polizei wird auch auf Art. 130 VZV verwiesen, nach welchem die Polizeiorgane helfend und verkehrserziehend wirken, Widerhandlungen zu verhindern und Fehlbare nach festgestellten Widerhandlungen zu verzeigen haben. Die gewählte Reihenfolge bei der Aufzählung der Aufgaben lasse auf entsprechende Prioritäten schließen. Zugezogen wird ebenfalls Art. 135 VZV, nach welcher Bestimmung es zulässig sei, bei nichtmeldepflichtigen Verkehrsunfällen[26] eine Anzeige auch bei Verletzung von Verkehrsregeln zu unterlassen, wenn dies nicht von einem Beteiligten verlangt werde, nur ein leichtes Verschulden vorliege und zudem keine grundlegenden Verkehrsvorschriften verletzt worden seien[27].

[24] Für Bern Art. 71 StV.

[25] SCHULTZ, Strafbestimmungen, S. 96, betont die ausschließliche Zuständigkeit des Richters zur Gewährung der Straflosigkeit gem. Art. 100 Zif. 1 Abs. 2, räumt aber ein, daß sich faktisch bei der Polizei durch Anzeigeverzicht eine andere und nicht minder wichtige und wirksame Begrenzung der Strafbarkeit durchgesetzt habe.

[26] Art. 51 und 54–54 VRV.

[27] Vgl. dazu den Dienstbefehl 2J vom 6. 6. 1985 der Kantonspolizei Bern, Ziff. 3. Dieser Dienstbefehl zählt solche Fälle wie folgt auf, bei denen auf Verzeigung verzichtet werden könne:
- beim Manövrieren durch Touchieren anderer Fahrzeuge oder Objekte außerhalb der Fahrbahn;
- beim Warten vor Verkehrsampeln oder wenn der Verkehr sonst angehalten wird durch Manipulationsfehler oder unbewußtes Rollenlassen des Fahrzeuges in leichten Steigungen oder Gefällen;

Im gleichen Zusammenhang wäre auch ein Hinweis in einer der Stellungnahmen auf Art. 19a Ziff. 2 und Art. 19b BetMG zu erwarten gewesen. Betäubungsmitteldelikte werden jedoch fast ausschließlich in einem größeren Fahndungszusammenhange bekannt [28], so daß ein weiterer Hinweis nicht mehr nötig erschienen ist.

Nach den Bestimmungen von Art. 19a und 19b BetMG ist es bereits den Strafverfolgungsbehörden möglich, auf Eröffnung und Weiterverfolgung in leichten Fällen und bei geringen Mengen zu verzichten. Zumindest mit genereller Zustimmung durch die Staatsanwaltschaft sollte diese Möglichkeit auch der Polizei zustehen.

e) Das Problem der Dunkelziffer

Daß eine große Zahl von strafbaren Handlungen begangen werden, bei denen weder die Tat, noch die Täter den Strafverfolgungsbehörden bekannt werden, ist eine Tatsache, die vor allem aus kriminalpolitischer Sicht, aber auch bei der Strafrechtsanwendung und in der Kriminologie [29] von erheblicher Bedeutung ist. Wo diese Dunkelziffer besonders hoch ist, ist der Polizei sehr wohl bekannt. Besonders im Milieu dürften Straftaten durch an sich leicht eruierbare Täterinnen und Täter in erheblichem Umfange begangen werden. Da sich der Geschädigte aber recht häufig in einem Dilemma befindet [30], werden diese Straftaten bei der Polizei kaum einmal angezeigt. Obwohl hier der Dunkelfeldbereich durchaus bekannt ist und mittels geeigneter polizeitaktischer Maßnahmen etwa Erpressung im Homosexuellen-Milieu auch angegangen werden könnte, verzichtet die Polizei hier unter Abwägung von Verfolgungspflicht, Verhältnismäßigkeit und Verfolgungsinteresse des Geschädigten vertretbarerweise auf weitere Anstrengungen.

– bei extrem schlechten Straßenverhältnissen, z. B. durch Abrutschen in Steigungen oder Gefällen, Hineinrutschen in stehende Fahrzeuge (Auffahrkollisionen) usw.;
– beim Kreuzen auf schmalen Straßen, hervorgerufen durch eine leichte Unachtsamkeit, usw.

[28] Vgl. lit. c hievor.

[29] Vgl. dazu SCHULTZ, Dunkelziffer, S. 239 ff.

[30] Nicht jedem steht ein so guter Ausweg zur Verfügung wie dem Bestohlenen in BGE 109 IV 46.

IV. Zusammenfassung

Wenn auch aus der Einsicht, daß nur eine Befolgung einer strengen Legalität durch die Polizei den einzelnen Bürger vor Willkür schützen und eine gleichmäßige Rechtsanwendung sichern kann, die klare Einhaltung der gesetzlichen Verfolgungs- und Untersuchunspflicht der Polizei gefordert werden muß, wird doch anerkannt werden müssen, daß besonders aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit aber auch aus der Tatsache der Begrenzung polizeilicher Mittel und Möglichkeiten die strikte Einhaltung des Legalitätsprinzips faktisch nicht möglich ist. Zuzustimmen ist dabei SCHÖCH[31], der festhält, daß das Legalitätsprinzip sachnotwendig für die Polizei begrenzt werde durch die Verfolgungskapazität. Eine rigorose Verfolgung jeden Verdachtes im polizeilichen Alltag würde soviele Kräfte binden, daß wichtigere Aufgaben bei der Bekämpfung der schweren Kriminalität vernachlässigt werden müßten. Diesem Umstand ist de lege ferenda Rechnung zu tragen. Dabei stehen Ausnahmen vom Legalitätsprinzip im Vordergrund reformistischer Überlegungen, die bei Mehrfachtätern eine Beschränkung auf die wesentlichen Tatbestände erlauben würden.

B. Staatsanwaltschaft und Opportunität

Das Opportunitätsprinzip richtet sich als Verfolgungsprinzip an die Strafverfolgungs- und Anklagebehörde[32] und damit in erster Linie an die Staatsanwaltschaft. Beschränkt sich die vom Gesetzgeber im materiellen und formellen Recht gewählte gesetzliche Lösung darauf, im Rahmen des Vor- und Untersuchungsverfahrens der Verfolgungsbehörde die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen einzuräumen, eine analoge Möglichkeit dem Gericht jedoch zu versagen (was aufgrund der Verschiedenheit der Gesetzgeber in der Schweiz eben der Fall ist), dann entsteht ein Zustand, der nicht zu befriedigen vermag. Opportuntitätsentscheidungen im Zu-

[31] S. 296.
[32] Vgl. vorne S. 27 ff.

sammenhange mit Geringfügigkeit sind strukturell richterliche Entscheidungen, und es ist sicher paradox, wenn ein solcher Entscheid der Staatsanwaltschaft zugebilligt, dem Richter jedoch vorenthalten wird. Eine solche Regelung läuft auch Gefahr, daß sie letztlich nur noch prozeßökonomischen Aspekten Rechnung trägt.

Dazu kommt, daß zumindest nach unserem Rechtsverständnis die Staatsanwaltschaft auf diese Weise in eine Position gedrängt wird, die ihr nicht angemessen ist. Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist es, alleine oder zusammen mit anderen Untersuchungsbehörden [33] das Vorliegen einer strafbaren Handlung abzuklären, belastendes und entlastendes Material zusammenzutragen und schlußendlich zu überprüfen, ob ein genügender Tatverdacht bestehe, und dann, sofern dieser Tatverdacht vorliegt, die Akten den urteilenden Behörden zu überweisen, die Anklage zu erheben und vor Gericht zu vertreten. Diese Stellung der Staatsanwaltschaft ist nicht zuletzt historisch begründet. Aus dem Inquisitionsprozeß hervorgehend wurde der Staatsanwaltschaft die Ermittler- und Klägerrolle übertragen [34].

Doch selbst in ihrer Ermittler- und Klägertätigkeit ist die Staatsanwaltschaft nicht uneingeschränkt und unkontrollierbar aktionsfähig. Insbesondere bei Eingriffen in die Rechtsgüter des Angeschuldigten bleiben, wie etwa bei Haft- und Haftbelassungsverfügungen richterliche Kontrollen oder Anordnungen vorbehalten. Die Übertragung richterlicher Funktionen auf die Staatsanwaltschaft ist aus dieser Sicht nicht vertretbar [35].

Im hier interessierenden Bagatellisierungsentscheid wird über die Frage befunden, ob in einem grundsätzlich strafwürdigen Fall auch eine Strafbedürftigkeit bestehe. Dieser Entscheid ist ein richterlicher Entscheid, der aufgrund der Gewaltentrennung (für den Kanton Bern: Art. 10 Abs. 1 KV) einer unabhängigen richterlichen Behörde vorbehalten bleiben muß [36].

Diese grundsätzlichen Überlegungen zur Staatsanwaltschaft finden denn auch Niederschlag in den gesetzlichen Bestimmungen. So schreibt z. B. Art. 89 des bernischen Gerichtsorganisa-

[33] Kanton Bern zusammen mit den Untersuchungsrichtern.

[34] HIRSCH, S. 251, betont, daß die Staatsanwaltschaft geschaffen worden ist, um die Rollen des Klägers und desjenigen, der über die Sanktion zu entscheiden hat, zu trennen.

[35] Vgl. dazu HIRSCH, S. 230, KUNZ, Bagatellprinzip, S. 329.

[36] KUNZ, Bagatellprinzip, S. 80 ff.

tionsgesetzes (GOG) vor, daß die Staatsanwaltschaft einerseits die Schuldigen vor den Strafgerichten zur Verantwortung zu ziehen, andererseits dafür besorgt zu sein habe, daß die Strafverfolgung nicht mit unnötiger Strenge oder gegen Unschuldige durchgeführt werde. Auf die Eröffnung einer Strafuntersuchung darf nur verzichtet werden, wenn die gemeldete Handlung nicht mit Strafe bedroht ist oder die gesetzlichen Voraussetzungen der Strafverfolgung fehlen[37]. Auf eine Überweisung darf zudem nur verzichtet werden, wenn die Untersuchung ergeben hat, daß keine strafrechtliche verfolgbare Handlung vorliegt oder daß die Belastungstatsachen ungenügend sind[38]. Gleiche gesetzliche Grundlagen finden sich in den meisten kantonalen Prozeßvorschriften[39]. Für freie Ermessungsentscheidungen bleibt in dieser Interpretation der staatsanwaltschaftlichen Funktion kein Platz[40].

Aus dieser Interpretation der staatsanwaltschaftlichen Stellung ergibt sich, daß es ausschließlich Sache des urteilenden Gerichts bleiben muß, die Schuld festzustellen und die Sanktionswahl und Zumessung vorzunehmen. Ob im Einzelfall aus bestimmten, im Einzelnen noch zu untersuchenden Gründen auf eine Sanktion verzichtet werden kann, hat nur das Gericht zu entscheiden. Notwendig ist diese Kompetenzzuteilung an das Gericht auch aus einem anderen Grund. Erst wenn eine klare Feststellung der Tatschuld erfolgt ist, kann die Frage entschieden werden, ob eine Strafbedürftigkeit besteht. Ein Sanktionsverzicht ohne Feststellung der Tatschuld ist unzulässig und widerspricht der Unschuldsvermutung.

Die Staatsanwaltschaft verfügt nicht über das rechtliche Instrumentarium, um eine klare Schuldfeststellung vornehmen zu können[41].

[37] Art. 84 bernisches Strafverfahren.

[38] Art. 184 bernisches Strafverfahren.

[39] Vgl. vorne S. 65 ff.

[40] PFENNINGER, Ankläger, S. 118 ff., sieht im Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft, verbunden mit dem Prinzip der Legalität, das wichtigste Attribut der Staatsanwaltschaft.

[41] Nach BACKES, S. 319, sind die Einstellungsentscheidungen des Staatsanwaltes funktionell mit denen des Richters nicht zu vergleichen. Der Richter prüft im Einzelfall die Schuld des Täters und kommt unter Abwägen spezial- und generalpräventiver Gesichtspunkte zu einer Entscheidung. Der Staatsanwalt kommt ohne derartige Ermittlungen aus, weil er schon vor seiner

Eine dem Prinzip der materiellen Wahrheit genügende Beweisaufnahme ist mit den Mitteln der Staatsanwaltschaft nicht möglich[42]. Die Gefahr, die sich aus diesem Mangel im Bereich der Beweisführung ergibt, ist die, daß gerade in beweisschwierigen Fällen, etwa bei Verstößen gegen Vorschriften zum Schutze der Umwelt, ein Markten um das weitere Prozeßgeschehen einsetzen kann. Diese Gefahr ist insbesondere dort erheblich, wo die Prozeßaufhebung mit einer Leistung erkauft werden kann.

Dieses «Freikaufverfahren», wie es in der deutschen Literatur auch genannt wird[43], birgt denn auch nicht nur die Gefahr der Bevorzugung sozial bessergestellter Bevölkerungskreise in sich, sondern verletzt die Unschuldsvermutung[44].

Ein solches Vorgehen nähert sich bedenklich dem System des amerikanischen «Plea Bargaining»[45]. Das Feilschen der Staatsanwaltschaft um den Inhalt der Anklage erfolgt ja nicht zuletzt, um der großen Zahl der zu bewältigenden Verfahren Herr werden zu können. Das System des Plea Bargaining, das im übrigen nur darum denkbar ist, weil nach amerikanischem Recht die Urteilsbehörden an den Umfang der Anklageerhebung gebunden sind, hat den entscheidenden Nachteil, daß Angeschuldigte aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen sich darauf einlassen können, eine Teilanklage auf sich zu nehmen, und zwar nicht etwa, weil die Tat begangen worden wäre, sondern weil damit das Risiko verringert wird, in anderen Punkten, in denen keine Tatbegehung vorliegt, auch noch zusätzlich verurteilt zu werden. Allein auf einen Tatverdacht hin zu einer Lösung zu kommen, die in Richtung Verfolgungsverzicht aus Opportunitätsgründen geht, ist eben schon darum fragwürdig, weil damit dem Angeschuldigten die Möglichkeit genommen ist, seine Unschuld feststellen zu lassen[46].

Einstellungsentscheidung relativ klare Bilder von einstellungs- und anklagewürdigen Taten im Kopf hat und den konkreten Fall nur noch darauf überprüft, ob er diesen Vorbildern entspricht. Diese Wertung wird kaum überall Zustimmmung finden.

[42] Hirsch, S. 232.

[43] Hirsch, S. 229.

[44] Kunz, S. 104, Einstellung, weist allerdings nach, daß die Befürchtung, dieses Freikaufverfahren könnte sozial Bessergestellten eine Chance eröffnen, sich als weitestgehend unbegründet herausgestellt hat.

[45] Vgl. dazu Weigend, S. 135 ff.

[46] Hirsch, S. 233.

Strafverfolgungsverzicht aus Opportunitätsgründen beinhaltet immer die Vermutung der tatsächlichen Tatbegehung, und dies, obwohl diese Vermutung in keiner Weise durch einwandfreie Beweisführung sichergestellt worden ist. Damit ist nicht gesagt, daß der Verzicht auf Verfolgung, bzw. der Verzicht auf Sanktionierung im konkreten Einzelfalle nicht gerechtfertigt gewesen wäre, aber ein Sanktionsverzicht in einem Fall, da die Schuld nicht nachgewiesen ist, bedeutet für den betroffenen Angeschuldigten keine Wohltat, sondern kann eine unberechtigte Tatschuldvermutung beinhalten. Selbst wenn diese prozessuale Lösung durch bestimmte Vorkehrungen entschärft würde, kann sie nicht darüber hinwegkommen, daß sie durch bedeutende Einbußen an formeller und materieller Rechtsstaatlichkeit erkauft werden muß[47]. Diese Überlegungen führen denn auch dazu, daß jedenfalls die Lösungsmodelle, die die §§ 153 und 153a der deutschen Strafprozeßordnung beinhalten, für die schweizerischen Verhältnisse nicht empfohlen werden können.

C. Opportunitätserwägungen und urteilendes Gericht

I. Problemstellung

Wo auch immer Opportunitätserwägungen zum Tragen kommen, wird der Bereich des Ermessensentscheides berührt. Es erscheint daher angezeigt, an dieser Stelle einige Überlegungen zur Frage des Entscheidungsermessens anzustellen.

Daß diese Überlegungen im Zusammenhang mit der Person des urteilenden Richters angestellt werden[48], hängt damit zusammen, daß durch das Gesetz gerade dem urteilenden Richter in verschiedenen Bereichen (Festlegung von Art und Maß der Sanktion, Gewährung des bedingten Strafvollzugs) große Ermessensspielräume zugeteilt werden.

[47] KUNZ, Bagatellprinzip, S. 329.

[48] Auf die Bedeutung der Persönlichkeit der beteiligten Richter, Staatsanwälte und Polizeibeamten für das Geschehen im Strafverfahren weist zutreffend SCHÖCH, S. 316, hin.

II. Entscheidungsermessen und Opportunitätsprinzip

1. Begriff

Das Bundesgericht hat in seinen Entscheidungen den Begriff des Ermessens durch Abgrenzung zum Ermessensmißbrauch definiert. Danach ist die zuständige Verwaltungsbehörde (in unserem Falle die zuständige Justiz) bei der Betätigung des Ermessens an die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmäßigen Handelns gebunden. Es sind dies[49] das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ermessensmißbrauch dagegen liegt vor, wenn die Behörde (zwar) im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der maßgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten läßt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot der Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Demgegenüber liegt Ermessensüberschreitung vor, wenn nach Ermessen entschieden wird, wo das Gesetz kein Ermessen einräumt, oder wo anstelle zweier zulässiger Lösungen eine dritte (unzulässige) gewählt wird. Ermessensunterschreitung (die Behörde betrachtet sich als gebunden, obwohl das Gesetz Handeln nach Ermessen zulassen würde) wird für unsere Überlegungen keine Rolle spielen[50].

Entscheidend beim Opportunitätsprinzip ist, daß die Verfolgungsbehörde nach *freiem Ermessen* entscheiden kann, ob sie handeln will. Eine Begründung des jeweiligen Entscheides ist nicht oder höchstens summarisch erforderlich. Natürlich ergibt sich, daß vom Ermessen pflichtgemäß Gebrauch gemacht werden muß. Das Ausüben des Ermessens setzt also voraus, daß im Rahmen der Pflichten, die der ausgeübten Funktion innewohnen, entschieden werden muß, daß also zumindest dort eine Begrenzung zu sehen ist, wo die konkrete Berufs- oder Amtspflicht beginnt. Innerhalb dieses Rahmens ist jedoch die Entscheidung frei. Die durch das BG gesetzten Kriterien sind mindestens soweit es um verfassungsrechtliche Kriterien geht, ebenfalls im Bereich des freien Ermessens zu beachten. Willkürverbot und Verbot der rechtsungleichen Behandlung bilden ebenso Eckpfeiler des freien Ermessens, wie die angesprochene Amtspflicht.

[49] Nach BGE 108 Ib 205, 110 V 365.
[50] BGE 98 V 131 ff. mit Verweisen auf GRISEL, IMBODEN und GYGI.

Mit dieser Betrachtungsweise ist allerdings das Problem des Ermessens im Straf-(Kriminal)recht nicht ausreichend angesprochen. Die bisherigen Überlegungen gehen ja davon aus, daß der Ermessensausübende rational, unbeeinflußt und neutral handle. Dies ist für den sehr emotionsstarken Bereich des Strafprozesses nicht ohne weiteres verbürgt. Dabei ist ein Unterschied zu machen zwischen den Behörden, die ihren Entscheid am Schreibtisch zu fällen und denjenigen, die in der Anfechtung des öffentlichen Prozesses zu ihrem Entscheid zu finden haben. Aber selbst der am Schreibtisch Entscheidende wird seinen Entscheid nicht losgelöst von emotionellen Einflüssen verschiedenster Art fällen können.

2. Die Beeinflussung des Ermessens durch sachfremde Momente

a) Einflüsse, die aus dem Verhalten des Angeschuldigten hervorgehen

Wenn im folgenden vom Verhalten des Angeschuldigten gesprochen wird, dann ist damit nicht dasjenige gemeint, das etwa in Art. 64 StGB angesprochen ist. Vielmehr geht es um das Verhalten im Verfahren und gegenüber Richter und Staatsanwaltschaft. Dieses Verhalten beginnt beim vermeintlich frechen Grinsen, geht über Beschimpfungen und das hartnäckige Bestreiten bis hin zum Infragestellen von Rechtsnorm und Legitimität des Gerichts, gelegentlich ausgedrückt in einer durch Inszenierungen aller Art erzielten Lächerlichmachung der Justiz. Demgegenüber wird natürlich ein (nicht übertrieben) angepaßtes Verhalten, verbunden mit Aussage- und Geständnisfreudigkeit seine Wirkung gerade bei Ermessensentscheiden nicht verfehlen[51].

b) Prozeßklima

Für die nachfolgenden Überlegungen ist die Stellung des Richters im geltenden Strafprozeß näher zu betrachten. Gerade in Verfahren, die ein Richter allein oder mit Laienrichtern zu führen hat, ergibt sich oft eine starke Überforderung. Die Pflichten, das Verfahren ordnungs- und vorschriftsgemäß durchzu-

[51] Vgl. KUNZ, Einstellung, S. 100, mit Hinweis auf die Befähigung des Angeschuldigten, sein Recht wahrzunehmen.

führen, die Parteien in ihren Rechten voll zum Zuge kommen zu lassen, die Sitzungsordnung aufrecht zu erhalten und über allem sich noch ein Urteil zu bilden, werden zu einer drückenden Belastung. Die beherrschende Stellung des Richters im Verfahren hat damit nur vordergründig ausschließlich positive Aspekte[52].

Ein Strafprozeß spielt sich zudem nicht im luftleeren Raum ab, sondern ist vielmehr ein Einzelereignis in einem Spannungsfeld sozialer Vorgänge[53]. Dazu gehört ganz allgemein die im betreffenden Moment herrschende Stimmung im gesellschaftlichen Bereich. Dabei sei nur an die zahlreichen Verfahren gedacht, die sich aus den Unruhen der späten sechziger und frühen achtziger Jahre ergeben haben. Ein besonderes Kapitel stellt zurzeit die wiederum im Kanton Bern feststellbare Infragestellung der staatlichen Autoritäten dar. Nicht selten war im Umfeld des sog. bernischen Finanzskandals, eine Kritik an Verfahren, Autorität des Gerichts und insbesondere Verhältnismäßigkeit der Sanktion im Vergleich zu den «Verbrechen» höchster staatlicher Funktionäre zu hören. Und letztlich darf auch ein genereller Druck der Tagesmeinung, etwa bei Gewaltverbrechen und Drogendelikten, nicht vergessen werden.

Ebenfalls in diesen Bereich gehören die Umstände des konkreten Prozesses, also etwa die Frage, welche Bedeutung das Verfahren für die Medien hat, was sich durch entsprechende Zeitungsmeldungen im Hinblick auf das Verfahren anzukündi-

[52] Zum Problem der beherrschenden Stellung des Richters im Strafverfahren vgl. SCHÖCH, S. 309 ff., der zur Beseitigung der möglichen richterlichen Überforderung für die Hauptverhandlung ein sogenanntes Wechselverhörmodell vorschlägt. Nach diesem Modell wird die Vernehmung von Angeschuldigten, Zeugen und Sachverständigen primär durch Staatsanwalt und Verteidigung in einem sogenannten Wechselverhör durchgeführt. Dem Richter steht nur ein ergänzendes Befragungsrecht zu. Der Richter könnte dadurch gegenüber Anklagematerial und Überführungsaufgabe eine größere Distanz bewahren, was einen eher akzeptierbaren gerechteren Schiedspruch ergeben könnte. Ich habe selber dieses Wechselverhörmodell im sogenannten Nestlé-Prozeß (vgl. Exportinteressen gegen Muttermilch, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbeck b. Hamburg, 1976, mit Beschreibung des Prozesses, S. 118 ff.) angewandt und die Befragung der Parteien, Zeugen und Sachverständigen weitgehend den Parteivertretern überlassen. Diese Verhandlungsführung hat dem Richter trotz emotionsgelandener Atmosphäre eine Stellung *über* den Parteien gesichert.

[53] Im Nestlé-Prozeß, angestrengt gegen Mitglieder einer Drittwelt-Arbeitsgruppe, wurde dieser größere Zusammenhang durch die Angeschuldigten bewußt in den Vordergrund gespielt, vgl. Exportinteressen, S. 27 ff.

gen pflegt, später durch entsprechende Medienpräsenz im Prozeß verdeutlicht wird[54]. Ins gleiche Kapitel gehört das Publikumsinteresse. Wenn im Vorfeld eines Verfahrens in studentischen Informationsblättern oder durch Flugblätter auf einen Prozeß aufmerksam gemacht und der Besuch der Verhandlung empfohlen oder gar dazu aufgerufen wird, dann schafft das bereits zum voraus Einflüsse, denen sich kein Richter oder Staatsanwalt entziehen kann. Aber auch eine Präsenz von Berufskollegen in einem Verfahren gegen einen Polizeibeamten vermag Einflüsse zu schaffen. Schon die bloße Anwesenheit dieser Zuhörer, die allein durch ihre Präsenz ihre Sympathie dokumentieren (die sog. Fan-Ecke im Gerichtssaal!), wird zur Belastung. Kommt zu dieser bloßen Präsenz noch koordiniertes Agieren, das dann zumeist mit dem Angeschuldigten und dessen Verhalten abgestimmt ist, dann wird die Bewältigung der Störung zur Haupt-, pflichtgemäße Ermessensausübung zur Nebensache. Der Phantasie der Störer ist dabei keine Grenze gesetzt, und wer schon einmal Verfahren im Umfeld von «Jugendunruhen» führen mußte, wird mit allerlei Beispielen aufwarten können. Der Verzicht auf Polizeieinsatz zumindest im Gerichtssaal zahlt sich zwar meist im Verlaufe des Prozesses aus, ermöglicht jedoch zu Beginn des Verfahrens Aktionen verschiedenster Art. Maskeraden, lautstarke Solidaritätsbekundungen für den Angeschuldigten und kollektive Beschimpfung von Justiz und Polizei, gepaart mit allerhand vermeintlich originellen und darum medienwirksamen Gags, sind Vorgänge, die Reaktionen im Richter auslösen. Daß diese Aktionen auf Provokation angelegt sind, macht das Ganze für die Justiz besonders gefährlich und verlangt nach betont besonnenem Handeln.

c) Die Parteienvertreter

In der Regel sorgen in unseren überblickbaren heimischen Verhältnissen gemeinsame soziale Herkunft und ähnliches soziales Umfeld, ähnlicher Ausbildungsstand und meist auch persönliche Bezugspunkte dafür, daß das prozessuale Verhalten der Parteienvertreter dem Richter gegenüber und der Parteivertreter untereinander ein korrektes und gemäßigt rücksichtsvolles ist. Dieses normalerweise spannungsfreie Verhältnis wird

[54] Im Nestlé-Prozeß waren in den verschiedenen Verhandlungen mehrere Dutzend Medienvertreter aus verschiedensten Ländern anwesend (Exportinteressen, S. 117).

aber in der Regel gerade dort, wo das Verfahren bereits der besonderen Lage wegen als schwierig zu bezeichnen ist, zu einer zusätzlichen Belastung für den Richter. Schlägt etwa ein Verteidiger die Taktik der «procédure de rupture» ein, die darauf ausgerichtet ist, den Richter und mit diesem den Rechtsstaat in Mißkredit zu bringen[55], wird der bereits bestehende Druck für den Richter, vor allem den allein richtenden Einzelrichter, oftmals unerträglich. Bereits provokative Kleidung[56] vermag, wie beabsichtigt, zu provozieren. Daneben gibt es auch weit feinere Methoden, den Richter aus dem Konzept zu bringen. Beweisanträge zur Unzeit, überraschende formelle Zwischenfragen, suggestive Fragestellung an Parteien und Zeugen verlangen seitens des Richters eine sofortige Reaktion, die trotz Zeitdruck einwandfrei sein sollte. Nicht nur das Verhalten des Verteidigers, der sich zu stark mit den Interessen seiner Klientschaft identifiziert, auch das prozessuale und außerprozessuale Verhalten des Vertreters der Anklagebehörde kann zu einer sachfremden Beeinflussung des richterlichen Entscheides werden. Ständiges, herabwürdigendes Verhalten dem Angeschuldigten gegenüber, heftige verbale Attacken an die Adresse des Verteidigers oder, außerprozessual, die Apostrophierung eines Richters als zu liberal, zu milde oder gar zu weich, sind dabei ebenso bedeutungsvoll wie die Forderung nach übermäßig harter Sanktionierung.

Richter und Parteivertreter haben eine Rolle zu spielen, in die sie durch ihre prozessuale Funktion, aber auch durch das Bild, das von ihnen durch Dritte entworfen wird, gedrängt worden sind. Dieses Rollenverständnis und das Bemühen um dessen Einhaltung kann nicht nur bei Verteidiger und Staatsanwalt, sondern gerade auch beim Richter zu Verhalten führen, das mit dem korrekten Verfahren wenig zu tun hat, sondern gerade seitens des Richters zu stark von dem ihm zugeordneten Typisierungsmerkmal geprägt wird.

d) Die persönliche Lebenssituation des Richters

Mit der polaren Darstellung von Parteivertreter und Richter ist ein weiteres, wie es scheint, wesentliches Problem angesprochen. Es geht um die Person des Ermessensausübenden selbst. Mag es auf der Hand liegen, daß Magen- oder Zahnschmerzen

[55] Vgl. GASSER, S. 84.
[56] GASSER, S. 85.

ihren Einfluß auf den Prozeßgang haben können, werden andere Faktoren, die weit bedeutungsvoller sein können, kaum so offen gefunden und offengelegt werden können. Eigenes Erleben, oft ins Unterbewußte abgedrängt, kann Entscheidungen maßgebend beeinflussen. Persönliche Probleme, etwa in der Ehe oder in der Kindererziehung, finanzielle Belastungen und Unsicherheiten im künftigen Karriereverlauf belasten die richterliche Entscheidung ebenso wie Vorurteile, die nicht als solche erkannt werden. Südländer lügen alle, Zigeuner stehlen grundsätzlich, sind dabei die geläufigsten, und darum auch nicht so gefährlich, der Glaube aber etwa an die heilsame Wirkung des short sharp shock oder des «clanging of prison gates»[57], weil nicht als Vorurteil erkannt, dagegen schon.

Und letztlich wird sich der Richter auch davor hüten müssen, seinen Ermessensentscheid unter dem Aspekt der öffentlichen Akzeptanz seiner Entscheidung auszurichten.

3. Folgerungen

Bei dieser Zusammenstellung ging es nicht darum, diese Einflüsse zu bedauern und dort, wo sie mittels rigoroser Maßnahmen beseitigt werden könnten (so etwa im Bereich der Sitzungspolizei), ultimativ nach solchen Maßnahmen zu verlangen. Sinn dieser Darlegungen ist es vielmehr, auf Einflüsse hinzuweisen und sie *bewußt* zu machen. Gerade bei Ermessensentscheidungen stellt sich die Frage dauernd, wieweit ein Entscheid durch sachfremde Faktoren bestimmt werden kann. Je mehr es gelingt, diese Faktoren bewußt zu machen, desto eher wird es auch möglich sein, die Entscheidung von solchen sachfremden Elementen zu *entlasten*. Ganz zu beseitigen sind solche Einflüsse wohl kaum, abgesehen davon, daß ein Ermessensentscheid etwa zur Frage der Sanktionswahl ohnehin geprägt wird durch die grundsätzliche Einstellung zum entsprechenden Fragenbereich. Der Richter, der vom ultima-ratio-Charakter der kurzen Freiheitsstrafe überzeugt ist, wird eher auf die Ausfällung einer solchen Strafe verzichten als der Richter mit einer punitiven Grundhaltung. Solches ist nicht zu vermeiden. Zur korrekten Ausübung seiner den erwähnten vielschichtigen Einflüssen unterworfenen Tätigkeit wäre es wünschenswert, daß jeder Richter in allen Bereichen, die bedeutungsvoll sein können, also nicht nur in Straf- und Strafprozeßrecht, sondern

[57] KUNZ, Freiheitsstrafe, S. 198.

auch in Psychologie, Soziologie und Poenologie[58] beschlagen wäre. Ebenso verlangt die korrekte Ausübung derartig großen Entscheidungsermessens, wie es bereits nach positivem Recht dem Richter gewährt wird, daß der Entscheidungsträger sich einer Selbstprüfung daraufhin unterzieht, ob sachfremde Einflüsse seinen Entscheid beeinflussen können, und daß diese Selbstüberprüfung zur *Daueraufgabe* wird. Zudem wird bei der Beurteilung des eigenen Verhaltens immer auch die Frage gestellt werden müssen, wieweit eine Ermessensentscheidung frei von affektiver Reaktion ist[59]. Ohne der These, Strafen bedeute affektives Reagieren und löse im Strafenden etwas aus, zuzustimmen, wird sicher immer zu bedenken bleiben, daß die eigene Reaktion, die sich in Form des Entscheides manifestiert, eine unbestimmte, unkontrollierbare Basis haben kann.

Trotz aller Bewußtmachung dieser Problematik wird letztlich nur die Möglichkeit der umfassenden Überprüfung eines jeden Ermessensentscheides durch eine Kontrollinstanz Garantie dafür sein, daß eine Rechtseinheit gesichert werden kann. Schon aus diesen Gründen müssen größte Bedenken einem Opportunitätsprinzip gegenüber, das keine Überprüfung durch eine Rekursinstanz kennt, angemeldet werden.

D. Überlegungen zur Frage der Zuteilung von Entscheidungsermessen de lege ferenda

Diese grundsätzlichen Überlegungen zum Problem des Ermessens lassen eines deutlich werden: Auch wenn für den Richter die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens nicht leicht sein dürfte, bringt diese Ermessenszuweisung im Vergleich zu einer solchen an Polizei oder Staatsanwaltschaft weit geringere Probleme mit sich. Ist es bei der Polizei besonders die Gefahr, daß Ermessen zu sehr unter polizeitaktischen Gesichtspunkten geübt werden könnte[60], dürfte für die Staatsanwaltschaft die

[58] PFENNINGER, Probleme, S. 249, betont, daß der Richter neben seiner juristischen, dogmatischen Ausbildung, insbesondere auch einer eingehenden Schulung in Psychologie, Soziologie und Poenologie bedürfe, so daß er jederzeit befähigt sei, im Einzelfall die richtige Anwendung zu bringen.

[59] Vgl. REIWALD, besonders S. 276 ff.

[60] SCHÖCH, S. 298, weist darauf hin, daß in den Untersuchungen von Steffen für den deutschen Rechtsbereich festgestellt werden konnte, daß die Polizei faktisch Herrin des Ermittlungsverfahrens geworden sei. Hingewiesen wird dabei ebenfalls auf das polizeiliche Erfolgskriterium der Aufklärung.

Unmöglichkeit, rein aus Aktenkenntnis ausreichende Schlüsse ziehen zu können, Hauptargument gegen die Zuteilung eines zu großen Ermessenspielraums darstellen. Für Polizei und Staatsanwaltschaft hat das Legalitätsprinzip zu gelten. Wo Ausnahmen von diesem Legalitätsprinzip angezeigt erscheinen[61], sind diese im Gesetz genau zu umschreiben und nicht vom Entscheidungsermessen des betreffenden Justizorgans abhängig zu machen. Demgegenüber läßt es sich rechtfertigen, unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit dem urteilenden Richter ein erweitertes Entscheidungsermessen zuzuweisen, wobei davon ausgegangen wird, daß sich der Richter zuvor auch in der persönlichen Befragung Klarheit, insbesondere über die subjektive Seite der Tat und die Persönlichkeit des Täters zu verschaffen hat.

Würde gegen diese ausschließliche Zuweisung des Entscheidungsermessens an den urteilenden Richter eingewendet, eine solche Einschränkung sei unter dem Gesichtspunkt der Bewältigung der Bagatellkriminalität durch die Justiz unverhältnismäßig, weil zu aufwendig, wäre zu betonen, daß es bei der Frage der Einzelfallgerechtigkeit nicht um prozeßökonomische Überlegungen allein gehen darf. Wird erkannt, daß das urteilende Gericht am ehesten zur Übung von Entscheidungsermessen befähigt ist, werden andere Überlegungen in den Hintergrund zu treten haben. Und eine der vornehmsten Aufgaben der Rechtsprechung ist es, Recht zu sprechen und nicht aus prozeßökonomischen Gründen darauf zu verzichten. Ob allenfalls andere Momente *gegen* eine Zuweisung des Bagatellisierungsverfahrens an das urteilende Gericht sprechen, wird später noch eingehend zu erwägen sein.

[61] Mehrfachtäter, Zusatzstrafen, Auslandtaten, Betroffenheit des Täters durch die Tat.

6. Teil

Kriminalpolitische Aufgabenstellung

I. Die Ausgangslage

Die mit dem Thema gestellte Aufgabe, das Opportunitätsprinzip im Strafrecht darzustellen, kann wohl kaum mit einer reinen Bestandesaufnahme erfüllt werden. Vielmehr ist auch der kriminalpolitische Aspekt zu beleuchten [1]. Da das Opportunitätsprinzip als Verfolgungsprinzip nur in einem kleinen Teil der Prozeßordnungen enthalten ist, zudem nur in einem Kanton [2] überhaupt in seiner echten Form zum Tragen kommt, kann eine solche Betrachtung nur ergiebig sein, wenn nach den grundsätzlichen Ideen des Opportunitätsprinzips gesucht und die Anwendbarkeit dieser Ideen im Bereich des Bemühens, die Zahl der Verstöße gegen die kriminalrechtliche Ordnung zu senken [3], untersucht wird.

Im Verlaufe unserer Untersuchungen haben sich immer mehr zwei Aspekte als wesentliche Ideen des Opportunitätsprinzips herauskristallisiert, nämlich einmal das Bemühen um Einzelfallgerechtigkeit, zum andern das Suchen nach Verhältnismäßigkeit in den Bereichen der generellen Verbotsnormierung, der Sanktionierung und der justizmäßigen Bewältigung.

Das Bemühen um ein richtiges Reagieren im Einzelfall erfolgt in der Absicht, gerade dem betreffenden Täter, der einer Normverletzung wegen zur Rechenschaft gezogen werden muß, so durch die Art und Weise des Verfahrens und der Sanktionsauswahl zu begegnen, daß dieser künftig die Verbotsnormen akzeptiert und respektiert.

Das Gebot des verhältnismäßigen Reagierens zielt nicht nur darauf hin, den einzelnen nicht übermäßig durch Verfahren und Sanktionsqualität und -quantität zu belasten, es geht hier

[1] Zum Begriff der Kriminalpolitik KAISER, Einführung, S. 29.
[2] Genf, vgl. S. 96.
[3] SCHULTZ, Dunkelziffer, S. 241, mit Hinweis auf Rudolf Sieverts.

auch darum, die Belastung der Justiz im Bereich der Rechtsverstöße minderer Schwere derart zu gestalten, daß sie sich den die Rechtsordnung ernsthaft bedrohenden Rechtsverstößen mit ausreichenden Mitteln in der Verfolgung und Beurteilung widmen kann.

Bei allen anzustellenden Betrachtungen wird die für die Schweiz typische, aber Lösungen erschwerende Tatsache zu berücksichtigen sein, daß sich 27 Gesetzgeber um eine Lösung bemühen müssen. Das ist darum von entscheidender Bedeutung, weil Opportunitätsüberlegungen nicht eindeutig entweder dem materiellen oder dem formellen Recht zugeteilt werden können. Der Übergang ist fließend, und kaum ein Moment hat *ausschließlich* Bezug zum einen oder anderen Rechtsgebiet. Immerhin dürfte es möglich sein, dem Opportunitätsgedanken entspringende Überlegungen schwergewichtig dem einen oder anderen Bereich zuzuordnen[4] (dazu sogleich).

Die Bestandesaufnahme der geltenden Bestimmungen und die zu Vergleichszwecken angestellten Betrachtungen ausländischer Regelungen haben die folgenden Bereiche mit dominanten Opportunitätsbezügen ergeben:

a) die Geringfügigkeit der Tat (relativ und absolut gewertet)
b) die Betroffenheit durch die eigene Tat
c) ein besonders aktives Verhalten des Täters in Richtung Ausgleich des begangenen Unrechts

Es wird im folgenden darzustellen sein, in welcher Weise und in welcher rechtlichen Form Lösungsmöglichkeiten denkbar sind. Die bisherige Bestandesaufnahme hat ergeben, daß das geltende materielle Recht des Bundes ebenso wie die kantonalen Prozeßvorschriften de lege lata die Probleme, wenn überhaupt, nur ungenügend und unbefriedigend zu lösen vermögen.

II. Die Geringfügigkeit der Tat

1. Vorbemerkung

Werden Überlegungen zur Geringfügigkeit einer Tat angestellt, begibt man sich in ein Spannungsfeld, das bestimmt wird:

[4] Vgl. nachfolgend S. 149 ff.

a) durch generalpräventiven Rechtsgüterschutz, der es erforderlich macht, die Verbotsnormen nach außen mit plakativer Deutlichkeit und Einprägsamkeit zu bekräftigen;
b) den sich daraus ergebenden Auftrag an den Gesetzgeber, die Verbotsnormen nicht ins Übermäßige ansteigen zu lassen, und minder sanktionsbedürftige Normen als solche kenntlich zu machen;
c) das Gebot der Einzelfallgerechtigkeit, die in einem rechtsstaatlich einwandfreien Verfahren gesucht und gefunden werden muß, und
d) das Vereinfachungs- und Beschleunigungsbedürfnis, das nicht nur die Justizfunktionäre selber empfinden, sondern das von jedem persönlich empfunden wird, der sich in solchen Fällen mit der Justiz konfrontiert sieht.

Diese in einer Spannung zueinander stehenden Forderungen lassen es angezeigt erscheinen, der durch Opportunitätsdenken bestimmten Problematik ein differenziertes Modell als Lösungsmöglichkeit gegenüberzustellen. Dabei erscheint es nach dem Besagten klar, daß die Lösung dieses Problems nicht der Strafverfolgungsbehörde allein überlassen bleiben darf. Vielmehr muß die Aufgabe vorwiegend einmal durch den Gesetzgeber und zum andern durch den urteilenden Strafrichter gelöst werden.

Dem Gesetzgeber stellt sich die Aufgabe, nur wirklich strafbedürftige Verhaltensweisen auch unter Strafe zu stellen[5]. Der Richter dagegen hat bei der Strafbedürftigkeitsbeurteilung alle tat- und täterbezogenen Umstände unter dem leitenden Interesse der ergebnisbezogenen, sachrichtigen Behandlung zu würdigen[6]. Der Gesetzgeber sollte handeln. Tut er dies nicht, wird der Richter ohne gesetzliche Legitimation im Einzelfall vor dem Gesetzgeber eine begangene Tat als sanktionsunwürdig bezeichnen und damit eine materielle Rechtsnorm abändern. So betrachtet, besteht eine gewisse Deckungsgleichheit zwischen dem Opportunitätsprinzip als Verfolgungsprinzip und dieser Seite der Bagatellbehandlung als Auftrag und Kompetenz an den urteilenden Richter. In beiden Fällen kann im Rahmen des freien Ermessens eine Strafnorm unterlaufen werden. Diese Konsequenz ist aber unter den Gesichtspunkten von Rechtsgleichheit und Rechtseinheit unerwünscht.

[5] Vgl. dazu BÄNZIGER, S. 303, der als Praktiker dem Gesetzgeber mehr Zurückhaltung bei der Aufstellung von Strafnormen empfiehlt.
[6] Vgl. KUNZ, Bagatellprinzip, S. 309.

2. *Versuch einer Gliederung der Bagatelldelikte*

a) Die bereits durch den Gesetzgeber als Bagatellen qualifizierten Rechtsverstöße (echte Bagatellen)

Nach der Systematik des StGB sind dies die Übertretungen[7]. Die angemessene Reaktion auf diese Rechtsverstöße ist in der Regel die Buße, das geltende Recht sieht aber teilweise auch für solche, bereits vom Gesetzgeber als minder sanktionswürdig erkannten Straftaten den Freiheitsentzug vor. Ob es sich um eine Verletzung von Verkehrsregeln, begangen durch ungenügendes Abstandhalten beim Hintereinanderfahren im Stadtverkehr (Art. 90 Ziff. in Verb. mit Art. 34 Abs. 4 SVG) oder aber um eine Entwendung (Art. 138 StGB) handelt, neben der Buße kann der Richter auch auf Haft erkennen. In einigen Fällen bleibt dem Richter sogar die Haftstrafe als einzig mögliche Sanktion (bspw. Art. 42 des BG über den Militärpflichtersatz). *Das geltende Recht* sieht die Möglichkeit des Sanktionsverzichts nicht vor.

b) Rechtsverstöße, die sich erst in der einzelfallbezogenen Wertung als Bagatellen erweisen *(unechte Bagatellen)*

Nicht jeder Ladendiebstahl ist grundsätzlich eine Bagatelle. Erst die Würdigung verschiedener objektiver und subjektiver Momente kann zum Schluß führen, daß in concreto nicht oder nur vermindert sanktioniert werden muß. Daraus ergibt sich auch, daß es unrichtig wäre, bei Vermögensdelikten einzig auf den Deliktsbetrag abzustellen und feste Betragsgrenzen einzuführen[8].

c) Rechtsverstöße, die sich im zeitlichen oder sachlichen Zusammenhange mit anderen Rechtsverstößen als Bagatellen erweisen *(relative Bagatellen)*

Steht eine Straftat oder mehrere Straftaten in einem zeitlichen oder sachlichen Zusammenhange mit einer anderen oder mehreren anderen Straftaten, dann kann sich ergeben, daß diese eine oder mehrere Straftaten bei einer Gesamtbetrachtung von untergeordneter Bedeutung sind, so daß auf eine Sanktionierung dieser Taten verzichtet werden kann. Zu denken ist da einmal an Serientaten, insbesondere gewerbsmäßig begangene

[7] Vgl. vorne S. 33.
[8] Vgl. KUNZ, Bagatellprinzip, S. 228.

Delikte. Ebenfalls in diese Kategorie gehören Straftaten, die nach Beurteilung und Verurteilung des Täters in einem anderen Verfahren entdeckt werden. Hier ist die Zusatzstrafe gem. Art. 68 Ziff. 2 StGB angesprochen. Und schließlich sind gerade in der Praxis die Fälle häufig, da eine ganze Reihe von Rechtsverstößen begangen worden sind, die von verschiedenstem Unrechtsgehalt sind. Der Einbrecher, der zusätzlich ein entwendetes Fahrzeug zur Flucht verwendet, auf dieser Flucht Rotlicht und Geschwindigkeitsvorschriften mißachtet und zudem trotz entzogenem Führerausweis das Fluchtfahrzeug gelenkt hat, wird letzlich eine Gesamtstrafe erhalten, die sich weitgehend am Unrechtsgehalt des qualifizierten Diebstahls orientiert.

3. Lösungsvorschläge zur Bewältigung des Bagatellproblems

a) Der Bereich der echten Bagatellen

Die Aufgabe ist hier per definitionem eine solche des Gesetzgebers (für die Schweiz des Gesetzgebers im Bereich des materiellen Strafrechts, also des Bundes), und sie muß in mehrfacher Richtung gelöst werden.

aa) Wird davon ausgegangen, daß jede Sanktionierung eines Rechtsverstoßes durch Zufügung eines Übels letztlich eine kriminalrechtliche Sanktion bleibt [9], bietet sich die Möglichkeit der Entkriminalisierung durch andere sprachliche Umschreibung des Normverstoßes und der Sanktionsfolgen nicht an. Die Lösung über eine Ordnungswidrigkeitenregelung, wie sie das deutsche Recht neben der eigentlichen Bagatellregelung in den §§ 153 und 153a DStPO kennt, ist schon aus diesem Grunde nicht angezeigt [10].

Daher wird sich der Gesetzgeber überlegen müssen, welche Rechtsverstöße er überhaupt mit Sanktionen versehen will, und er wird sich anderseits nach Möglichkeiten umsehen müssen, die Nichteinhaltung von Rechtsnormen anders ahnden zu

[9] Vgl. vorne S. 46.

[10] HIRSCH, S. 243, weist darauf hin, daß die formelle Herausnahme des Ordnungswidrigkeitsrechts aus dem Strafrecht dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet habe, unbeschwert von strafrechtspolitischen Skrupeln eine inflatorische Poenalisierung zu betreiben. Hingewiesen wird ebenfalls auf die unzulänglichen Ermittlungen als Grundlage für Bußgeldbescheide. Die Ordnungswidrigkeitenlösung wird deshalb abgelehnt.

können als durch Sanktionen des Kriminalrechts. Dabei bietet sich an, zivilrechtliche Nachteile dann vorzusehen, wenn die materielle Begründung der Verbotsnorm sich in einem Ereignis konkretisiert hat. Zu denken wäre etwa im Bereich der Sicherheitsvorschriften im Straßenverkehr daran, die Nichteinhaltung der Gurten- oder Helmtragepflicht (Art. 3 a und 3 b VRV) nicht mehr mit einer Buße zu bestrafen, sondern für den Fall der Nichteinhaltung dieser Sicherheitsvorschriften eine empfindliche Versicherungsleistungsreduktion dann anzudrohen, wenn die Schwere der bei einem Unfall erlittenen Verletzungen ihren Grund im Nichttragen der Gurte oder des Helms hat. Eine solche Regelung drängt sich auch auf, weil die Nichteinhaltung der Vorschriften schwer zu überprüfen und die Gefahr des Entdecktwerdens darum gering ist. Der Einwand, eine solche Kürzung der Versicherungsleistung führe zur Verarmung des Betroffenen und mache ihn von Leistungen der Fürsorge abhängig, ändert nichts daran, daß der Gesetzgeber in dieser Richtung nach Alternativen zur Strafe zu suchen hat. Daueraufgabe des Gesetzgebers ist zudem, bestehende und noch zu schaffende Normen daraufhin zu überprüfen, ob sie wirklich einer kriminalrechtlichen Sanktion bedürfen.

bb) Ist einmal der Entscheid gefällt, daß ein Rechtsverstoß von derartiger Schwere ist, daß er nicht ohne kriminalrechtliche Nachteilszufügung an den Rechtsbrecher hingenommen werden kann, dann wird zu klären sein, ob ein Rechtsverstoß angesprochen ist, der zwar strukturell Kriminalunrecht verkörpert, dessen Ahndung mit der typischen Rechtsfolge Kriminalstrafe aber übermäßig wäre. In einem solchen Fall liegt zwar Strafwürdigkeit, nicht jedoch Strafbedürftigkeit vor. Aus diesem Auseinanderklaffen ergibt sich das *Bagatellproblem*. Soweit der Gesetzgeber die Kriterien mangelnder Strafbedürftigkeit generell normieren kann, ist von einer echten Bagatelle zu sprechen. Sind jedoch die Kriterien mangelnder Strafbedürftigkeit nur einzelfallbezogen erkennbar, handelt es sich um eine unechte Bagatelle.

Dem Gesetzgeber ist beim Entscheid für generelle Strafbedürftigkeit auch mit Blick auf die justizförmige Bewältigung eine gewisse Zurückhaltung zu empfehlen. Betrachtet man die heutige Gesetzeswirklichkeit, wird man nicht umhin kommen festzustellen, daß bis anhin der Gesetzgeber die Schwelle zwischen minderstrafwürdigem Verhalten und anderem Verhalten zu hoch angesetzt hat.

cc) Und schließlich wird der Gesetzgeber nach geeigneten Sanktionsmöglichkeiten zu suchen haben, die dem Unrechtsgehalt des Bagatelltatbestandes entsprechen. Eine Beibehaltung der Freiheitsstrafe für Bagatellverstöße scheint nicht gerechtfertigt. Die Buße muß als angemessene Reaktion auf solche Regelverstöße die qualitativ schwerstmögliche Sanktion sein. Ergänzend ließe sich für leichte Fälle die Verwarnung als Sanktionsmöglichkeit denken. Grundsätzlich scheint es im Bagatellbereich zulässig zu sein, die Buße zu katalogisieren, d. h. davon abzusehen, sie im Einzelfall etwa nach den Tagesbußensätzen festzulegen, sondern sie vielmehr bereits vorgängig in einem gesetzlichen Katalog zu definieren, der seinerseits die einzelnen Bagatellübertretungen einreiht und mit Bußen von bestimmter Mindesthöhe verbindet. So sind im Bereich der SVG-Delikte solche Kataloge zu erstellen, und es ist dabei weitgehend darauf zu verzichten, die Bußen, die in solchen Fällen ausgesprochen werden müssen, auf die Person des Täters auszurichten. Es muß genügen, sie ausschließlich auf die Tat selber und der dieser Tat typischen Unrechtsschwere zu beziehen. Der Verzicht auf die Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Täters scheint mit dem Hinweis darauf, daß der Besitz und Betrieb eines Motorfahrzeuges ohnedies einen gewissen finanziellen Leistungsvermögensausweis darstelle, vertretbar. Es ist keineswegs stoßend, wenn Rotlichtsünder gleich welcher sozialer Herkunft grundsätzlich mit der gleich hohen Buße bestraft werden.

dd) Der Gesetzgeber wird sich auch Gedanken darüber machen müssen, ob bei Rechtsverstößen, die in ihrem Unrechtsgehalt von der typischen Schwere des Verstoßes nach unten abweichen, nicht grundsätzlich bereits von Gesetzes wegen ein Strafverzicht vorgesehen werden sollte. Bereits de lege lata gibt es diese Möglichkeit etwa im Bereich des Straßenverkehrs (Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2) und der Behandlung des Drogenproblems (Art. 19a und 19b BetMG). Ist von Gesetzes wegen ein Strafverzicht in Fällen geringster Schwere vorgesehen, wird sich auch ein Verfolgungsverzicht rechtfertigen. Daß auch der Polizei bei «absoluten Bagatellübertretungen» ein Entscheidungsermessen darüber, ob verzeigt werden soll oder nicht, zustehe, wurde in BGE 109 IV 50 zumindest angedeutet.

ee) Für die Bewältigung der echten Bagatellen sind Überlegungen aus dem Bereich des Opportunitätsdenkens in Richtung

Verhältnismäßigkeit des Verfahrensaufwandes zu lenken. Die Kantone haben unter diesem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ein Verfahren vorzusehen, das garantiert, daß echte Bagatellen in einem einfachen, raschen und für die Betroffenen wenig einschneidenden Verfahren bewältigt werden können[11]. Dabei drängt sich insbesondere das Strafbefehls- oder Strafmandatsverfahren auf, ein Verfahren also, das in schriftlicher Form dem Angeschuldigten von der Anschuldigung der rechtlichen Subsumtion und der Sanktion Kenntnis gibt. Dadurch, daß dem Angeschuldigten die Möglichkeit offensteht, gegen diesen schriftlichen Strafbefehl Einspruch zu erheben und er die Beurteilung in einem ordentlichen Verfahren verlangen kann, ist auch aus rechtsstaatlicher Sicht ein solches Verfahren unbedenklich.

b) Das Problem der unechten (unselbständigen) Bagatellen

aa) Wenn der Gesetzgeber die grundsätzliche Entscheidung getroffen hat, daß ein Rechtsverstoß in seiner typischen Form nicht als Bagatelldelikt qualifiziert werden darf, dann ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob im konkreten Einzelfall diese Wertung auch tatsächlich zutreffe. Erst die eingehende Befassung mit der Tat und mit der Täterpersönlichkeit lassen in der Regel die Beurteilung zu, ob in concreto von einer Bagatelle gesprochen werden kann. Erst da zeigt sich, ob ein an sich strafwürdiges Verhalten tatsächlich nach einer Sanktion im zu beurteilenden Einzelfall verlangt, mithin eine Strafbedürftigkeit besteht.

bb) Der Gesetzgeber wird sich bei der Schaffung von im Verhältnis zur Grundnorm privilegierten und als minder sanktionsbedürftig bezeichneten Ausnahmeregelungen im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches eine gewisse Zurückhaltung auferlegen müssen.

Wichtig ist, daß die gesamte Zahl der Verbotsnormen, die den Rechtsgenossen bekannt sind und bekannt gemacht werden müssen, derart beschränkt bleibt, daß sie für diese noch in

[11] HAUSER, Bagatellkriminalität, S. 308, betont, daß es beim Bagatelldelikt auch ein verfahrensrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip gebe. Die relativ geringe Bedeutung der Tat müsse in einer vernünftigen Proportion zum verfahrungsrechtlichen Aufwand stehen, wobei aber die strafprozessualen Prinzipien nicht vernachlässigt werden dürften.

einer Gesamtsicht wahrzunehmen und in ihrer Bedeutsamkeit zu erkennen sind. Zum andern dürfen einzelne Verbotsnormen nicht durch zu viele Ausnahmen, Abänderungen und Differenzierungen derart verwässert werden, daß ihre Eindringlichkeit und Eindeutigkeit verlorengeht. Die einzelnen Verbotsnormen haben, wie bis anhin, einfach, klar, verständlich und damit plakativ zu sein [12]. Um der im Einzelfall gebotenen besonderen Berücksichtigung von Täterpersönlichkeit, Tatumständen und Sanktionsbedürftigkeit Rechnung tragen zu können, muß der Gesetzgeber darum im *allgemeinen Teil* des Strafgesetzbuches durch Einfügen einer besonderen Norm die Voraussetzungen schaffen, damit diese Besonderheiten berücksichtigt werden können und ein Sanktionsverzicht ausgesprochen werden kann [13]. Die von SCHULTZ in Art. 54 des Vorentwurfs aufgenommene Bestimmung mag als Vorlage dienen.

cc) Der gestützt auf die Norm des allgemeinen Teils des StGB vorzunehmende Bagatellisierungsentscheid muß im Regelfall dem urteilenden Richter vorbehalten bleiben. Dieser Entscheid kann und darf erst *nach erfolgter Feststellung der Tatbegehung und der Tatschuld* erfolgen [14].

Unzulässig wäre es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, auf die Abklärung eines beweisschwierigen Vorfalles zu verzichten und so dem Angeschuldigten die Chance der endgültigen Entlastung von Verdacht und Tatvorwurf zu nehmen.

Der Angeschuldigte hat ein sich aus der Unschuldsvermutung [15] ergebendes Recht darauf, einen gegen ihn erhobenen Vorwurf abklären zu lassen [16]. Es darf aus Gründen der Ver-

[12] KUNZ, Vorbeugen, S. 42. Eine Entkriminalisierung durch einzelfallbezogene Opportunitätsentscheidungen strafrechtlicher Kontrollorgane darf aus generalpräventiven Gründen der Öffentlichkeit nur als Ausnahme einer grundsätzlich bestehenden Verfolgungs- und Sanktionierungspflicht kenntlich werden. Die «Präventivwirkung des Nichtwissens» und das Ausmaß und die Systematizität von Entkriminalisierungsentscheidungen ist unerläßlich, um die plakative Eindrücklichkeit der strafrechtlichen Deliktstatbestände nicht zu gefährden.

[13] Vgl. KUNZ, Bagatellprinzip, S. 336 ff.

[14] KUNZ, Bagatellprinzip, S. 331, fordert, daß die Bagatellisierung mit einer förmlichen Schuldfeststellung zu verbinden sei, die alleine durch das urteilende Gericht ausgesprochen werden könne.

[15] EMRK, Art. 6 Ziff. 2.

[16] Zum Problem der garantierten Unschuldsvermutung ebenfalls HIRSCH, S. 233.

hältnismäßigkeit nur dann auf eine Weiterverfolgung und Untersuchung verzichtet werden, wenn sich der Tatverdacht zur Gewißheit verdichtet hat. Bleiben Zweifel, hat eine Aufhebung im Untersuchungsverfahren oder ein Freispruch im Urteilsverfahren zu erfolgen. Geschieht dies nicht, so wird die Einstellung damit für den Angeschuldigten zum Verdachtsurteil, das zwar keine Sanktionen nach sich zieht, zumindest den Angeschuldigten aber als nicht entlasteten Verdächtigen auf der Strecke läßt. Zwar kann dieser Mangel dadurch behoben werden, daß dem Angeschuldigten die Möglichkeit gegeben wird, die Einstellungsverfügung durch Rekurs anzufechten und eine Beurteilung in der Sache selbst zu verlangen. Wer jedoch weiß, welche Belastung das Erduldenmüssen eines Strafverfahrens an sich schon darstellt, der wird wohl bedenken, daß mancher Unschuldige lieber den Makel des fehlenden Freispruchs auf sich nimmt, um damit das Ende des belastenden Verfahrens erkaufen zu können. Dieser Gedanke tritt natürlich dort in den Hintergrund, wo es darum geht, einzelne Straftaten im Gesamtzusammenhang mit zahlreichen Straftaten von der Verfolgung auszunehmen [17].

Geht es jedoch um einen oder einzelne Tatvorwürfe, dann hat dieser Gedanke entscheidende Bedeutung. Ein Verfolgungsverzicht darf, systematisch gedacht, erst dann erfolgen, wenn die Beweisführung zu einem klaren, den Grundsätzen der Beweiswürdigung entsprechenden Ergebnis geführt hat. Bei diesen Überlegungen ergibt sich beinahe zwangsläufig ein Bezug zur Idee der Aufteilung eines Verfahrens in zwei Teile, den Teil, der sich mit Tatvorwurf und Beweisbarkeit befaßt, sowie einen zweiten, der für den Fall des Beweises des Tatvorwurfs die angemessene Sanktion zu suchen hat (Schuld interlokut) [18]. Der Strafrechtspraktiker weiß, daß das Schwergewicht eines jeden Strafverfahrens bei der Beweisführung, Beweiswürdigung und Sachverhaltsqualifikation liegt. Nur in wenigen Fällen gibt das Problem, welche Folgen denn nun der Schuldspruch haben müsse, zu erheblichen und tiefgründigen Diskussionen Anlaß.

[17] Vgl. nachfolgend S. 157.

[18] Vgl. zusammenfassend die Darstellung von SCHÖCH, S. 304 ff.
Als Vorteil dieser Zweiteilung der Hauptverhandlung werden erwähnt, Intensivierung der Persönlichkeitserforschung und der Suche nach der gerechten und zweckmäßigen Sanktion, Persönlichkeitsschutz und unvoreingenommene Beweiswürdigung sowie Beseitigung des Verteidigerdilemmas.

Schon aus Zeitgründen – das Gericht ist bei der Beratung und Würdigung von Beweis und Qualifikation allmählich ermüdet –, wird zumeist zügig vorwärtsgemacht; die Laienrichter zieht es nach Hause, der Vorsitzende verzichtet aufs kritische Hinterfragen, sei es, weil ihm dies selber nicht liegt, sei es, weil er längst ob der fehlenden Resonanz resigniert hat.

dd) In einem förmlichen Verfahren vor dem öffentlich tagenden Gericht wird der Beschuldigte in die Rolle des in aller Öffentlichkeit verfemten Verbrechers gedrängt. Die solchermaßen öffentlich erfolgte Etikettierung belastet den eines geringfügigen Rechtsverstoßes wegen Angezeigten unnötig[19]. KUNZ schlägt denn auch für die BRD ein nicht öffentliches, vereinfachtes Verfahren vor, um damit der Stigmatisierung begegnen zu können. Dabei entsteht ein gewisser Konflikt zum Gebot der Verhandlungsöffentlichkeit. Die Überzeugung von der generalpräventiven Wirkung der Strafe mag letztlich mit dazu beigetragen haben, daß zusammen mit dem Anliegen der Institutenkontrolle die Öffentlichkeit der Verhandlung zu einem fast nicht einnehmbaren Bollwerk geworden ist. Eine Korrektur in diesem Bereich ist jedoch dringend erforderlich[20]. Dadurch, daß der Staat auf wesentliche Normverletzungen reagiert, und diese Reaktionsabsicht auch in der materiellen Gesetzgebung vorsieht, ist dem Gebot der Generalprävention Rechnung getragen. Wie aber im Einzelfall auf diese Normverletzung gerade im Bereich der Bagatellen reagiert wird, ist aus der Sicht der Generalprävention von untergeordneter Bedeutung. Dasselbe gilt für die Wahl der Form der Verhandlung. Bereits in der Form oder aber gerade im Verzicht auf eine festgefahrene Form wird dem Verfahren die Bedeutung gegeben, die es im konkreten Einzelfall auch verdient. Dabei kann der Verzicht auf Öffentlichkeit des Verfahrens ein weites Feld öffnen; angefangen beim helfenden Gespräch des Richters mit dem Angeschuldigten bis hin zum Versuch, in einem formlosen Bemühen zwischen Täter und Opfer einen Ausgleich zu finden. Daß dabei die Öffentlichkeit ein Hindernis darstellen kann, ist dem Referenten in Hunderten von Verfahren, die in Anwesen-

[19] KUNZ, Bagatellprinzip, S. 343.

[20] Für den Kanton Bern vgl. Kantonsverfassung Art. 50, der den Grundsatz der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung festlegt, Ausnahmen jedoch zuläßt und diese der Gesetzgebung vorbehält. Für das Strafverfahren gilt Art. 211 mit für das Urteilsverfahren eng gefaßten Ausnahmen.

heit interessierter Schüler aller möglichen Bildungsinstitute stattfinden mußten, klargeworden.

Aus diesen Überlegungen kann dem Anliegen von KUNZ vorbehaltlos Gefolgschaft geleistet werden. In welcher Weise dies allerdings im schweizerischen Rechtsalltag umgesetzt werden könnte, muß offenbleiben. 27 Gesetzgeber werden wohl auch hier nicht unter einen Hut zu bringen sein.

ee) Noch aus einem andern Grund drängt es sich auf, den Bagatellisierungsentscheid dem urteilenden Richter zu überlassen. Es geht auch bei diesen geringfügigeren Rechtsverstößen darum, daß der Täter sich mit der Tat auseinandersetzt und begreift, daß sein Verhalten, das als strafrechtlich relevant durch den Gesetzgeber bezeichnet worden ist, von der Gesellschaft nicht akzeptiert wird. Diese Auseinandersetzung mit der Tat wird im Verfahren einen Abschluß finden können. Das *Durchmachenmüssen dieses Verfahrens*[21] ist dabei Voraussetzung. Das gibt dem Täter aber auch die Möglichkeit, aus dem Problem, das er sich selber geschaffen hat, wieder herausfinden zu können. Bei dem Suchen nach einem Weg aus der Krise kann der Richter Hilfestellung leisten. Es ist eine der vornehmsten Aufgaben des Strafrichters, dem Täter zu diesem Ausgleich zu verhelfen, einen Ausgleich, der darin bestehen muß, daß der Täter das Unrecht seiner Tat begreift, aber andererseits auch in der Lage ist, diese Tat als von ihm begangenes Unrecht anzunehmen, mit sich selber ins reine zu kommen und mit sich selber Frieden zu machen. Zwar ist die Frage, ob in einem solchen Falle noch eine Sanktion ausgesprochen werden soll, in der Regel von untergeordneter Bedeutung. Die Sanktionierung kann aber im Einzelfall dazu führen, daß der wieder gewonnene Frieden wiederum verlorengeht. Gerade die heutige Rechtswirklichkeit, die den Richter zwingt, auch bei solchen Bagatellen auf Freiheitsstrafe zu erkennen, kann das mühsam gewonnene Gleichgewicht des Täters stören. Alle diese Überlegungen führen dazu, für solche Fälle vorzusehen, daß einzig im Urteilsstadium der urteilende Richter zum Entscheid auf Sanktionsverzicht oder Aussprechung einer verminderten Sanktion kommen darf[22].

[21] Vgl. KUNZ, Bagatellprinzip, S. 333, der diesen Vorgang als ein «Vor-Gericht-stehen-Müssen» umschreibt.

[22] Vgl. KUNZ, Bagatellprinzip, S. 337, wobei hier eine Verwarnung nach richterlicher Schuldfeststellung als Möglichkeit vorgesehen ist.

c) Die justizförmige Bewältigung der relativen Bagatellen

aa) Nicht erst durch den urteilenden Richter, sondern bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens muß, wenn das Gebot der Prozeßökonomie berücksichtigt werden soll, der Rechtsverstoß, der sich in einem zeitlichen oder sachlichen Zusammenhang mit anderen Rechtsverstößen als Bagatelle erweist, von der Verfolgungspflicht ausgenommen werden können. Es ist sinnlos, Verfahren, die nach einer Straffung und Konzentration auf Wesentliches verlangen, trotzdem umfassend zu instruieren, um dann den urteilenden Richter feststellen zu lassen, die Beurteilung dieser Nebendelikte sei für die Qualität und Quantität der ausgefällten Strafe nicht von Bedeutung gewesen.

Bereits beim Entscheid über die Intensität der Verfolgung einer oder mehrerer bestimmter Straftaten hat die Verhältnismäßigkeit Platz zu greifen[23]. Der Entscheid muß zwar aus sachlichen Gründen erfolgen, aber es ist auch unter dem Gesichtspunkt der Legalität nicht erforderlich, daß mit unverhältnismäßigem Aufwand Straftaten abgeklärt werden, die letztlich für den richterlichen Entscheid nur untergeordnet von Bedeutung sein werden[24]. So ließe es sich rechtfertigen, auch unter striktem Legalitätsprinzip auf die Verfolgung, Untersuchung und Anklageerhebung bei Straftaten zu verzichten, die in einem Urteilszusammenhang mit anderen Straftaten stehen, im Ver-

[23] PETERS, Strafprozeß, S. 171.

[24] BERTEL, Strafprozeß, S. 17, hält wörtlich fest: «Leider kommt es immer wieder vor, daß in Anklageschriften neben Kapitalverbrechen Bagatelldelikte aufscheinen oder daß in Voruntersuchungen 50, 100 oder mehr Diebstahlsfakten untersucht werden. Eine rasche Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Diebstahls, gestützt auf einige leicht nachweisbare Taten, wäre billiger und erhöhte die general- und spezialpräventive Wirkung der Strafe».

Gleicher Meinung ist BERNASCONI, S. 413, der darauf hinweist, daß gerade in umfangreichen Verfahren das Prinzip der Legalität dem Prinzip des Beschleunigungsgebotes gemäß EMRK Art. 6 Ziff. 1 entgegenstehe. Der Verzicht auf Überweisung von Tatbeständen, die keinen oder nur einen untergeordneten Einfluß auf die Gesamtbeurteilung haben, sei eine prozessuale Notwendigkeit.

Ebenso ROTHENFLUH, S. 380, der die kontrollierte Anwendung des Opportunitätsprinzips fordert, in der Annahme, es könne damit eine bedeutende Prozessökonomie erzielt und zugleich eine schwerpunktmäßige Strafverfolgung im Sinne der Konzentration erreicht werden. Dabei wird zutreffend darauf hingewiesen, daß eine solche Anwendung der Opportunität keine Bedenken erwecken müsse, stehe sie doch nicht im Gegensatz zum Wortlaut von Art. 68 Ziff. 1 StGB.

hältnis zu diesen aber von untergeordneter Bedeutung sind. Das gleiche muß für Taten gelten, die zwar vor Verurteilung wegen anderer Straftaten begangen wurden, aber erst nachträglich verfolgt werden können. Und auch bei Taten, die nach Aburteilung und Bestrafung anderer Taten wegen begangen und verfolgt werden, wird sich bei großem Bedeutungsgefälle (zu denken wäre etwa an die Entwendung eines Fahrzeuges auf der Flucht aus dem Vollzug einer mehrjährigen Freiheitsstrafe) ein Verzicht rechtfertigen lassen.

bb) Wenn bei zahlreichen Serientaten mit großem Aufwand jeder einzelne Tatbestand noch untersucht und abgeklärt werden muß, stellt sich die Frage, ob dieses unverhältnismäßige Vorgehen der Verfolgungsbehörde nicht gar als verfassungswidrig zu bezeichnen wäre[25]. Wenn ein Angeschuldigter, der nachweisbar verschiedene teure elektronische Geräte gestohlen und an Dritte verkauft hat, zusätzlich auch noch wegen Diebstahls an zwei Nußgipfeln und einer Dose Bier dem urteilenden Gericht überwiesen wird[26], dann ist hier sicher das Problem der Verhältnismäßigkeit im Strafprozeß mißachtet worden. Wenn behauptet wird, das Opportunitätsprinzip müsse vor allem darum als Alternative zum Legalitätsprinzip diskutiert werden, weil sonst die anfallende Arbeit durch die Gerichte nicht bewältigt werden könnte, dann wird die Bedeutung des verfassungsmäßigen Gebots der Verhältnismäßigkeit verkannt. Auch ohne prozessuales Opportunitätsprinzip hat die Verfolgungspraxis und die justizförmige Bewältigung geringfügiger Rechtsverstöße verhältnismäßig zu sein. Jedenfalls verlangt aber diese Verhältnismäßigkeit, daß die Kantone in ihren Prozeßordnungen Vorschriften schaffen, die einen Verfolgungsverzicht in den Fällen der relativen Bagatellen ermöglichen[27]. Auch das Legalitätsprinzip verlangt nicht, daß jeder Rechtsverstoß ungeachtet der dazu erforderlichen personellen und materiellen Mittel verfolgt und angeklagt werden muß. Vielmehr hat die Verfolgungsintensität sich nach der Bedeutung des Rechtsverstoßes im Gesamtzusammenhange zu richten.

[25] Vgl. dazu IMBODEN/RHINOW, Bd. I, S. 340 ff.
[26] Akten Nr. 441/88 Strafamtsgericht Bern.
[27] Beispielhaft StPO Uri in Art. 9 Ziff. 2 und 3, gelöst für Deutschland in § 154 StPO.

cc) Die Möglichkeit des Verfolgungsverzichts muß bei relativen Bagatellen dann eingeschränkt werden, wenn trotz verhältnismäßig geringer Bedeutung einer Normverletzung an der Abklärung und Beurteilung ein öffentliches Interesse besteht. Das trifft immer dann zu, wenn ein Bedeutungsgefälle einer Tat nur darum entstanden ist, weil die schwerste Tat von großem Unrechtsgehalt ist. Der Bezug auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist dort nicht angebracht, wo etwa ein Notzuchtsdelikt in Konkurrenz zu einem Tötungsdelikt steht.

In der Regel wird aber auf die Abklärung dieser relativen Bagatellen verzichtet werden können, wobei der Verzicht nur sinnvoll ist, wenn er sehr früh im Verfahren wirksam wird.

dd) In Fällen, da die Zuordnung der Tat einwandfrei möglich erscheint, sollte es bereits der Polizei erlaubt sein, auf weitere aufwendige Arbeiten, wie das Erstellen von Anzeigen, verzichten zu können. Der materielle Strafzweck wird in all diesen Fällen nicht unterlaufen, ist doch die Tat, auf deren Weiterverfolgung verzichtet werden soll, im Verhältnis zur ausgesprochenen oder noch auszusprechenden Strafe von geringer Bedeutung, was eine Verletzung von Art. 68 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB und der diesen Bestimmungen innewohnenden Absichten des materiellen Rechts des Bundes ausschließt.

III. Die Betroffenheit durch die eigene Tat

1. Angesprochen sind hier Fälle, die ihre besondere Problematik aus der Beziehung Täter und Tatfolgen hat. Wesentlich ist dabei, daß nicht einzig das Aussprechenmüssen einer Strafe, sondern bereits das Erleiden einer Strafverfolgung zu einer unerträglichen und schmerzhaften Belastung führen kann. Nicht erst die Bestrafung der Mutter, die bei einem von ihr schuldhaft verursachten Verkehrsunfall den Tod des eigenen Kindes bewirkt hat, soll unterbleiben können. Der Autolenker, der in angetrunkenem Zustand die Beherrschung über sein Fahrzeug verloren und die erlittene schwere Querschnittslähmung eigenem Fehlverhalten zuzuschreiben hat, bedarf seiner lebenslänglichen Behinderung wegen schon aus spezialpräventiven Überlegungen weder Strafverfahren noch Strafe. Und auch der Einbrecher, der auf der Flucht vom Tatort aus einem Fenster abgestürzt ist und, ebenso wie der Autofahrer, eine dauernde schwerste Behinderung wird erdulden müssen,

braucht des Rechtsverstoßes wegen nicht mehr durch die Strafjustiz erfaßt zu werden.

Der Opportunitätsentscheid muß in diesen Fällen in allen Phasen des Verfahrens dem jeweils zuständigen Justizorgan offenstehen.

2. Systematisch gesehen handelt es sich bei der Betroffenheit durch die eigene Tat um einen Sonderfall der Bagatelle, ist doch hier aus spezialpräventiven Gründen der Sanktionsverzicht angezeigt. Nach der gewählten Definition der Bagatelle [28] läßt sich diese Deutung vertreten.

Es muß Sache des Gesetzgebers für den Bereich des materiellen Rechts sein, die notwendigen rechtlichen Grundlagen zu schaffen. Die Lösung SCHULTZ [29] ist zweckmäßig und könnte de lege late unverändert übernommen werden.

IV. Ein besonderes aktives Verhalten des Täters in Richtung Ausgleich des begangenen Unrechts

1. Aus der Praxis sind solche Fälle der aktiven Wiedergutmachung des Täters weniger bekannt. Der etwa von PETERS [30] erwähnte Fall der «Schwanenmörder» [31], wo durch intensive Arbeitsleistung das akzeptierte Unrecht der Tat wieder gutzumachen versucht wurde, dürfte wohl eher eine Rarität darstellen. Obwohl die Lösung des Konflikts zwischen Täter und Opfer sehr wohl über Wiedergutmachung in Form einer aktiven Leistung zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens erfolgen kann, bestehen Zweifel daran, daß dieses Institut überhaupt zum Tragen kommen kann. Der in der BRD erhobene Vorwurf, solche Wiedergutmachung habe den Anstrich eines Straffreikaufs, ist nicht ganz von der Hand zu weisen. Es fällt dem finanziell Starken und sozial absolut Integrierten viel leichter, eine solche aktive Wiedergutmachung zu erbringen,

[28] KUNZ, Bagatellprinzip, S. 309 und vorne S. 32f.
[29] Art. 53 des VE.
[30] Strafprozeß, Ausgabe 1966, S.149.
[31] Zwei an sich gut beleumdete und fleißig studierende Studenten töteten in einer augenblicklichen Eingebung einen Schwan. Das gegen sie wegen Diebstahls eingeleitete Strafverfahren wurde schließlich eingestellt. Die Studenten hatten nicht nur den Schaden sofort ersetzt, sondern freiwillig einen Krankenhausdienst von 3 Monaten unentgeltlich geleistet.

auch wenn ein entsprechend höheres Maß an Leistung verlangt wird als demjenigen, der in finanziellen Nöten steckt und zudem den Ausgleich in der Gesellschaft nicht gefunden hat. Mit dieser Überlegung soll nicht etwa die Arbeitsleistung als eigene, alternative Sanktion infrage gestellt werden. Es geht hier um Fälle, wo *vor* Einleitung des Verfahrens oder im Verlaufe der Untersuchung durch den Täter diese aktive Wiedergutmachung erfolgt.

2. Wird aber grundsätzlich die Möglichkeit eines Sanktionsverzichts wegen aktiver Wiedergutmachung in Erwägung gezogen, dann stellt sich die Frage, in welcher verfahrensmäßigen Phase dieser Sanktionsverzicht zu erfolgen hat. Auch hier sollte es dem urteilenden Richter vorbehalten bleiben, auf eine Sanktionierung verzichten zu können oder allenfalls vermindert zu sanktionieren . Denn auch hier ist die Auseinandersetzung des Täters mit seiner Tat erforderlich und diese Auseinandersetzung kann wohl am besten ihren Abschluß im Urteilsverfahren finden. Es ist zudem in erster Linie dem urteilenden Richter möglich herauszufinden, ob diese Auseinandersetzung tatsächlich stattgefunden hat, und die Wiedergutmachungsleistung Ausdruck dieser Auseinandersetzung ist, oder ob es hier einfach darum geht, auf einfache Weise sich einer Bestrafung zu entziehen. Auch in diesem Falle kann grundsätzlich die Lösung des Vorentwurfes Schultz[32] akzeptiert werden. Eine durch besondere wirtschaftliche Anstrengung möglich gewordene Schadensdeckung oder eine andere besondere Anstrengung, die die Lebensführung deutlich beeinflußt und zur Unrechtsausgleichung beiträgt, rechtfertigt einen Sanktionsverzicht. Immerhin erscheint es auch hier angezeigt, diesen Entscheid dem urteilenden Gericht zu überlassen.

V. Zur Frage der Vereinheitlichung des Strafprozeßrechtes und der Gerichtsorganisation

Ausgehend von der Auffassung, daß die Frage der Vereinheitlichung von Strafprozeß und Gerichtsorganisation von höchster politischer Brisanz ist[33], erscheint es angezeigt, einige grundsätzliche Überlegungen anzustellen.

[32] Art. 55.
[33] Anderer Meinung NOLL, S. 24.

Die 26 kantonalen Strafprozeßordnungen bieten zusammen mit dem Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege, demjenigen über das Verwaltungsstrafrecht und dem Militärstrafprozeß ein höchst uneinheitliches Bild. Die Bemühungen, auch auf diesem Gebiet eine Bundesvereinheitlichung zu schaffen, gehen in das letzte Jahrhundert zurück. Im Entwurf zur Bundesverfassung von 1872 war eine Bundeskompetenz nicht nur für das materielle, sondern auch für das Prozeßrecht vorgesehen. Die Vorlage scheiterte jedoch in der Volksabstimmung, und deshalb wurde in der Fassung von 1874 auf eine Kompetenznorm im Bereich des Strafrechts verzichtet. Bei der Revision von 1898, also 26 Jahre nach der Verwerfung der ersten Vorlage, wurde mit Art. 64 bis BV dem Bund zumindest die Möglichkeit der Regelung des materiellen Strafrechts eingeräumt.

Seit diesem ersten entscheidenden Schritt sind wiederum 90 Jahre vergangen, eine Zeitspanne, in der sich in allen Belangen der menschlichen Gemeinschaft rasante Entwicklungen abgespielt haben. Grundsätze in zahlreichen Lebensbereichen wurden in Frage gestellt. Es rechtfertigt sich sicher die Frage, ob nun nicht auch für die Schweiz die Zeit gekommen wäre, eine einheitliche Prozeßordnung zu schaffen. Könnte man sich auf die Frage beschränken, ob das Verfahren bundesrechtlich vereinheitlicht werden könnte, dann würde man wohl schon bald zum Schlusse kommen, der bereits im Jahre 1952 von WAIBLINGER gezogen worden ist[34]: Bereits damals wie heute sind wichtige prozessuale Grundsätze bundesrechtlich verankert[35] und auch aus dem materiellen Bundesrecht lassen sich Rückwirkungen auf die Prozeßvorschriften erkennen. Der Schritt zu einem einheitlichen Strafverfahren wäre damit nicht mehr allzu groß. Das Problem liegt dann auch weniger im Bereich des Prozesses als im Bereich der Gerichtsorganisation. Auch hierauf hat WAIBLINGER bereits vor Jahren hingewiesen[36]. Schon ein erster Blick etwa auf die Organisation der Strafverfolgungsbehörden[37] beweist, welche Vielfalt in der schweizerischen Rechtslandschaft festzustellen ist.

[34] WAIBLINGER, Vereinheitlichung, S. 243.
[35] Vgl. Art. 248 ff., Bundesstrafrechtspflege.
[36] WAIBLINGER, Vereinheitlichung, S. 220.
[37] Vgl. dazu DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 472 ff.

Leitet etwa in Bern der vom Volk gewählte Gerichtspräsident als Untersuchungsrichter die Voruntersuchung[38], so führt im Kanton Basel-Stadt die Staatsanwaltschaft die Ermittlungsverfahren durch[39]. Die gleiche Vielgestaltigkeit kann auch bei den urteilenden Strafgerichten festgestellt werden.

Die Organisation der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte ist dabei aufs engste verbunden mit der Organisation der politischen Behörden in den entsprechenden Kantonen. Bezirke sind in den Kantonen historisch gewachsen und die Gerichtsorganisation ist auf diese Bezirke zugeschnitten. Solange das Bundesgericht in seiner Kritik kantonaler Verfahrensmängel diese Gerichtsorganisation intakt läßt, wird diese Kritik in der Regel gelassen hingenommen[40].

Ganz anders wird aber dort reagiert, wo die bundesgerichtliche Entscheidung Einfluß auf die Gerichtsorganisation der betreffenden Kantone zu nehmen sucht. Herbe Kritik[41] wird dort laut, wo gewissermaßen auf kaltem Wege durch Gerichtsentscheide die Kantone gezwungen werden sollen, ihre gerichtsorganisatorischen Regelungen Änderungen zu unterwerfen. Mit solchen Entscheidungen ließe sich, so der Präsident des Bernischen Obergerichts, das ganze gerichtsorganisatorische System eines Kantons in Trümmer legen. Daß in den Kantonen mit einer breit abgestützten Opposition zu rechnen wäre, ergibt sich aus dem Umstand, daß diese Gerichtsorganisation engstens verbunden ist mit uralten Strukturen, die sich aufgrund von Sprache, Religion und Rasse in den entsprechenden Regionen gebildet haben[42]. Ein Widerstand gegen eine Vereinheitlichung des Strafverfahrens und damit einhergehend der Gerichtsorganisation würde also keineswegs etwa nur aus dem Lager der Föderalisten zu erwarten sein, vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß wegen dieser politischen Gegebenheit die Opposition gegen eine Vereinheitlichung quer durch

[38] Vgl. Kantonsverfassung Art. 57 in Verbindung mit Art. 79 des GOG.
[39] § 103 ff. und 124 der Strafprozeßordnung.
[40] Zur bundesgerichtlichen Praxis vgl. LEVI, S. 345.
[41] Vgl. AESCHLIMANN, Bemerkungen, S. 318.
[42] Dazu SCHULTZ, Rechtseinheit, S. 444, der darauf hinweist, daß einem föderalistischen Staate wie der Schweiz, zusammengesetzt aus Bevölkerungsteilen mit eigener Sprache und Kultur und der Hineignung zu den Kulturen, damit auch zur Rechtskultur der ihnen entsprechenden Sprachgebiete eine Vielfalt der rechtlichen Ordnungen entspreche.

das ganze Land, unabhängig von der Frage Föderalismus oder Zentralismus, gehen würde[43].

Verschärft wird dieses Problem noch dadurch, daß die Entscheidungen des Bundesgerichts nicht selten geprägt sind von solchen, die in Straßburg gefällt worden sind. Wie heftig gerade Politiker auf diese Einflußnahme von fremden Richtern zu reagieren vermögen, hat die Diskussion im Ständerat vom 27.9.1988, die im Zusammenhang mit dem Entscheid der Lausanner Polizeikommission geführt wurde, gezeigt[44]. Die Auffassung, die Lage habe sich etwa im Gegensatz zum Jahre 1946, als der schweizerische Juristenverein die Frage der Vereinheitlichung des Strafprozeßrechts diskutiert hat[45], wesentlich entspannt[46], trifft nicht zu, im Gegenteil. Was WAIBLINGER 1952 in weiser Voraussicht erahnt hat, hat sich in der letzten Zeit deutlich konkretisiert. Die Vereinheitlichung des Strafprozesses ist wegen der engen Bindung an die Gerichtsorganisation kein Thema. Das muß aus der Sicht von Rechtseinheit und Rechtsgleichheit bedauert werden.

Dennoch gilt es zu überlegen, ob es nicht gerade Voraussetzung eines Rechtsfriedens sein muß, daß die historisch begründeten sehr unterschiedlichen Rechtsauffassungen sich auch in einem sehr flexiblen Recht niederschlagen können. Ist nicht beispielsweise die Tatsache, daß regional unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, was im Straßenverkehr an Sicherheitsvorschriften noch tragbar ist und was nicht, auch Grund dafür, daß die Vorschriften unterschiedlich eingehalten werden? Zu verweisen ist hier etwa auf die Gurtentragpflicht, die nach zuverlässigen Untersuchungen in der Westschweiz in einem weit geringerem Maße eingehalten wird als in der alemannischen Schweiz. Unterschiede lassen sich natürlich auch in den Prozeßvorschriften finden. Zeigt zudem nicht gerade die

[43] Im Zusammenhang mit dem auf Art. 64ter BV basierenden Opferhilfegesetz hat SCHULTZ, Strafprozeß S. 39 darauf hingewiesen, daß die massiven Eingriffe des Bundes in verfahrensrechtliche Bestimmungen, die sich aus diesem neuen Opferhilfegesetz ergeben, auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen müßte. Diese Prognose von SCHULTZ hat sich bewahrheitet, hat doch das Opferhilfegesetz im Bereich der verfahrensrechtlichen Vorschriften, die in nicht unwesentlichen Punkten eine bundesrechtliche Vereinheitlichung hätten finden sollen, bei den Kantonen eine überwiegende Ablehnung gefunden.

[44] Entscheid zit. bei AESCHLIMANN, Bemerkungen, S. 317.

[45] Vgl. dazu ZSR 1946, 1a ff., 61a ff. und 367a ff.

[46] Vgl. NOLL, S. 24.

Untersuchung von DRIENDL[47], daß Gesetzesvorschrift und Rechtsalltag durchaus verschieden sein können? Wenn auch die Abklärung von DRIENDL ergeben hat, daß Genf in seiner Interpretation des Opportunitätsprinzips in der Schweiz allein dasteht, ist doch nicht die Tatsache zu vernachlässigen, daß diese Genfer Praxis, die sich auf die entsprechende Gesetzgebung stützen kann, eine historisch gewachsene ist, und daß es demzufolge ein gefährliches Unterfangen wäre, Genf grundsätzlich eine andere Ordnung aufzwingen zu wollen.

Das Opportunitätsprinzip als Strafverfolgungsprinzip ist eine Möglichkeit, Einzelfallgerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit im Verfahren umzusetzen. Der Bundesgesetzgeber kann nun aber ohne Verfassungsänderung, die als politisch nicht sehr realistisch zu bezeichnen wäre, den Kantonen nicht vorschreiben, daß sie sich der gesetzlichen Regelung von Genf anzuschließen hätten. Abgesehen davon, daß, wie dargestellt, das Opportunitätsprinzip als Strafverfolgungsprinzip durchaus auch seine Tücken und Schwächen hat, bietet sich dem Bundesgesetzgeber die Möglichkeit, die Ideen und Überlegungen, die das Opportunitätsprinzip schlußendlich ausmachen, ins materielle Recht einzubringen. Diesen Weg hat SCHULTZ in seinem Vorentwurf[48] beschritten[49]. Es ist zu hoffen, daß der Idee von SCHULTZ nicht aus dem Lager der Föderalisten allzu heftige Opposition erwachsen wird. Auch die Föderalisten müssen erkennen, daß der VE SCHULTZ eine ausgewogene Möglichkeit zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung in der Schweiz bietet, ohne daß dabei die kantonale Souveränität auf dem Gebiet des Prozeßrechts und der Gerichtsorganisation verletzt würde.

Aufgabe der Lehre wäre es, den Bundesgesetzgeber, resp. den Autor des Vorentwurfes in seiner Bemühung um eine Einbringung von Opportunitätsüberlegungen ins materielle Recht zu unterstützen. Aufgabe der Lehre wäre es weiter aber auch, die kantonalen Gesetzgeber zu animieren, ihrerseits in den kant. Prozeßvorschriften das Legalitätsprinzip zu lockern und vom Opportunitätsdenken geprägte Ausnahmen vorzusehen, wie

[47] DRIENDL, Staatsanwaltschaft, S. 414.
[48] Vgl. Art. 53ff.
[49] Für eine materiell-rechtliche Lösung, auch HAUSER, Bagatellkriminalität, S. 311.

das heute ja schon in verschiedenen Kantonen[50] der Fall ist. Bereits GERMANN hat 1961[51] in dieser Richtung gewirkt, NOLL[52] und HAUSER[53] haben in ihren Abhandlungen zum Strafprozeß ein gleiches getan, und nicht nur CLERC[54], sondern auch wiederum HAUSER[55] haben in neuster Zeit das Thema wieder aufgenommen. Daß trotz aller Bemühungen eine solche absolute Rechtsgleichheit[56] nicht erreicht werden wird, mag zwar bedauert werden, ist aber der Preis, der in unserem vielgestaltigen Land für den Rechtsfrieden bezahlt werden muß. Ziel der gemeinsamen Bemühungen von Rechtssetzung, Lehre und Praxis muß es sein, den Preis hiefür nicht allzu hoch anzusetzen.

VI. Schlußthesen

1. Eine Lösung des Problems der angemessenen Reaktion des Staates auf Rechtsverstöße geringfügiger Art kann nur gefunden werden, wenn Lösungsmöglichkeiten sowohl im materiellen wie auch im formellen Recht angeboten werden.

2. Es muß davor gewarnt werden, die Strafnormen des besonderen Teils des StGB in dem Sinne zu korrigieren, daß von der grundsätzlichen Norm abweichende, privilegierte Sondernormen geschaffen werden, für die minderstarke Reaktionen oder Reaktionsverzicht vorgesehen werden. Die Grundsätzlichkeit einer einfachen und einprägsamen Norm muß für den Rechtsgenossen erhalten bleiben und darf nicht durch zu viele Ausnahmen in Frage gestellt werden.

3. Opportunitätsüberlegungen sind, soweit immer möglich, ins materielle Recht einzubringen. Nur so ist sichergestellt, daß eine Rechtsgleichheit auf dem ganzen Gebiet der Schweiz erzielt werden kann.

4. Ob unter diesem Gesichtspunkt das Opportunitätsprinzip als Strafverfolgungsprinzip noch seine Berechtigung hat, muß überdacht werden. Ein allfälliger Verzicht auf das Opportuni-

[50] Vgl. vorne S. 83.
[51] ZStrR 77, 1961, S. 1 ff.
[52] Strafprozeß, S. 17 und 28.
[53] Strafprozeßrecht, S. 131.
[54] ZStrR 99, 1982. S. 276 ff.
[55] ZStrR 105, 1988, S. 97.
[56] Vgl. dazu SCHULTZ, Rechtseinheit, S. 444.

tätsprinzip sollte jedenfalls ausgeglichen werden durch die Übernahme der Grundidee dieses Prinzips ins materielle Recht.

5. Der Gesetzgeber hat bei der Überprüfung bisheriger und der Schaffung echter Bagatellnormen in geeigneten Fällen darauf zu achten, daß die Sanktionsandrohung einem allfälligen Bagatellcharakter der Tat angemessen ist und nicht bereits im Regelfall nach einer Öffnung des Strafrahmens nach unten verlangt.

6. Neben diesen grundsätzlichen Aufgaben des Gesetzgebers muß Platz bleiben für eine angemessene Reaktion auf Bagatelldelinquenz im Einzellfall. Diese einzelfallbezogene Bagatellisierung muß durch den urteilenden Richter stattfinden. Sie darf erst durchgeführt werden, wenn nicht nur Tatverdacht vorliegt, sondern die Tatschuld nachgewiesen ist.

7. Aufgabe des urteilenden Richters ist es auch, dem Täter, der wegen eines Bagatelldelikts zur Verantwortung gezogen werden muß, klar zu machen, daß der Rechtsverstoß nicht ohne Reaktion hingenommen wird, daß aber im Einzelfall unter Berücksichtigung der besonderen, in der Person des Täters oder in der Tat liegenden Umstände, auf eine Sanktion verzichtet werden kann.

8. In Fällen, die ihre Besonderheit in den Tatfolgen für den Täter haben, muß sowohl den Strafverfolgungs- wie auch den urteilenden Behörden die Möglichkeit offen stehen, auf Verfolgung, resp. Bestrafung verzichten zu können. Eine entsprechende Norm ist in das materielle Recht aufzunehmen.

9. Um die Belastung der Justiz mit bestimmten Fällen von geringfügigen Delikten auf ein erträgliches und für den Justizapparat zu bewältigendes Maß zu reduzieren, muß auch den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit offen gelassen bleiben, auf die Verfolgung bestimmter Rechtsvorstöße zumindest dann zu verzichten, wenn ein Verzicht nicht im Widerspruch zur Grundabsicht des materiellen Rechts steht, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Ahndung eines oder mehrerer Delikte in einem Gesamtzusammenhange von geringer Bedeutung wäre.

10. Diese grundsätzliche Überlegung ermöglicht es den Kantonen, in ihren Verfahrensvorschriften Opportunitätsüberlegungen einzubringen, die vor allem die Prozeßökonomie im Auge haben. Die Lösung des Problems der Einzelfallgerechtigkeit muß jedoch dem Bundesrecht vorbehalten bleiben.

11. Im Zusammenhang mit der Bewältigung der echten Bagatellen stehen Überlegungen der Verhältnismäßigkeit im Vordergrund. Die Kantone haben unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ein Verfahren anzubieten, das garantiert, daß echte Bagatellen in einem einfachen, raschen und für die Betroffenen wenig einschneidenden Verfahren bewältigt werden können. Ein solches vereinfachtes Verfahren ist auch aus rechtsstaatlicher Sicht unbedenklich, wenn die Möglichkeit besteht, auf Antrag, zu einem ordentlichen Verfahren überzugehen.

12. Das sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtseinheit ergebende Bedürfnis, die Verschiedenartigkeit der Verfolgungsprinzipien in der Schweiz zu beseitigen, kann nur im gemeinsamen Bemühen aller 27 verschiedenen Gesetzgeber befriedigt werden. Dabei darf der Grundsatz des föderalistischen Staatssystems nicht in Frage gestellt werden. Daß dabei trotz aller Bemühungen keine Einheit, sondern nur ein möglichst hohes Maß an Gemeinsamkeit erreicht werden kann, ist der Preis, der dafür bezahlt werden muß, daß Menschen verschiedenster Herkunft in einem gemeinsamen Staat in Frieden zusammen leben können.

13. Bei allen Bemühungen um die Vereinheitlichung des Verfolgungsprinzips, und damit um die Schaffung einer Rechtseinheit und Rechtsgleichheit auf dem ganzen Gebiete der Schweiz, muß in hohem Maße auf die geltende Gerichtsorganisation der Kantone Rücksicht genommen werden, soll nicht riskiert werden, daß alle Reformbemühungen bereits in ihrem Ansatze zum Scheitern verurteilt sind.