

Die Notwendigkeit der gerichtlichen Kontrolle nach Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft

**Eine Untersuchung zur effektiven Kontrolle durch das strafprozessuale
Zwischenverfahren unter Heranziehung des koreanischen Rechts**

Inauguraldissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität**

vorgelegt von

Sang-Hyun Shin

aus Seoul, Südkorea

2020

Dekan : Prof. Dr. Matthias Casper
Erstgutachter : Prof. Dr. Mark Deiters
Zweitgutachter : Prof. Dr. Michael Hegmanns

Tag der mündlichen Prüfung : 22. 12. 2020

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/21 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis April 2020 berücksichtigt.

Mein größter Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Mark Deiters für die hervorragende Betreuung, wertvollen Anregungen und Bearbeitung mit fachlicher Hilfe. Herrn Prof. Dr. Michael Heghmanns habe ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens zu danken.

Für die unermüdliche Unterstützung und das Korrekturlesen der gesamten Arbeit danke ich zudem meiner Kollegin RAin Si Eun Lee, die einen wertvollen Beitrag zum Gelingen dieser Arbeit geleistet hat.

Meiner Freundin Eunji Lee gebührt ein ganz besonderer Dank sowohl für ihre Geduld und Liebe als auch für ihr Vertrauen in mich. Sie hat mir während der Promotionszeit stets mit Rat und Tat zur Seite gestanden.

Gewidmet ist diese Arbeit schließlich meinen Eltern, Won-Duk Shin und Hye-Kyung Kim, die mich immer ermutigt und uneingeschränkt unterstützt haben. Ohne sie wäre die Arbeit nie zustande gekommen.

Münster, im Dezember 2020

Sang-Hyun Shin

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung.....	1
A. Ausgangspunkt	1
B. Überblick über mögliche Abschlussentscheidungen der Staatsanwaltschaft.....	4
I. Anklageerhebung	4
II. Verfahrenseinstellung gemäß § 170 II StPO	5
III. Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153 ff. StPO	7
C. Gegenwärtiger Forschungsstand und Problemfeld	9
D. Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	12
1. Teil: Die gerichtliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung nach deutschem Recht	15
A. Gesetzeslage	15
I. Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO.....	15
II. Einstellung gemäß §§ 153 ff. StPO.....	19
B. Die Notwendigkeit der gerichtlichen Kontrolle über die Anklageerhebung.....	21
I. Theoretische Gründe	22
1. Vereinbarkeit mit Akkusations- und Gewaltenteilungsprinzip hinsichtlich der Entstehung der Staatsanwaltschaft	22
2. Rolle der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Anklageerhebung	28
3. Stellung der Staatsanwaltschaft als objektives Organ	29
4. Schutzbedürfnis des Beschuldigten	32
II. Formelle Gründe	33
1. Regelungsform des § 204 StPO.....	33
2. Regelungsform der §§ 153 ff. StPO	35
a) Einordnung nach einzelnen Einstellungsgründen	35
b) Problemstellung.....	38
c) Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei gerichtlicher Einstellung.....	40
d) Mitwirkung des Angeschuldigten bei gerichtlicher Einstellung.....	42
C. Ergebnis des 1. Teils	44
2. Teil: Die gerichtliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung im koreanischen Recht	47
A. Überblick über die Struktur der Abschlussentscheidungsbefugnis der Staatsanwaltschaft nach koreanischem Recht	47

I. Abschlussverfügungen der Staatsanwaltschaft	47
II. Begriff und Wesen der Anklageerhebung	48
III. Grundsätze im Stadium der Anklageerhebung	49
1. Offizialprinzip und Anklagemonopol.....	49
2. Opportunitätsprinzip	50
B. Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft	51
I. Einstellung im engeren Sinne	51
II. Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip	53
III. Vorläufige Einstellung	54
C. Ausdrückliche gesetzliche Kontrolle der Anklageerhebung	55
I. Ausgangspunkt.....	55
II. Fehlendes „Zwischenverfahren“	55
III. Prozessurteile in der koreanischen StPO.....	55
1. Gesetzeslage	55
2. Entscheidung über die Unzuständigkeit (§ 319 kor. StPO)	56
3. Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung (§ 326 kor. StPO).....	57
a) Streit um die Rechtsnatur	57
b) Zu den einzelnen Gründen	60
4. Anklageabweisungsverfahren	61
a) Bedeutung	61
b) Anklageabweisungsentscheidung (§ 327 kor. StPO)	62
c) Anklageabweisungsbeschluss (§ 328 I kor. StPO).....	64
5. Konkurrenz zwischen Prozessurteilen	65
6. Konkurrenz zwischen Prozessurteil und Freispruch.....	66
IV. Eine besondere Regelung: § 327 Nr. 2 kor. StPO	67
1. Ausgangspunkt	67
2. Meinungsstreit um deren gesetzlichen Charakter.....	67
3. Bewertung	68
D. Weitergehende Kontrolle der Anklageerhebung	69
I. Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts	69
1. Grundlagen	69
2. Die Anklageerhebung trotz mangelnden Tatverdachts.....	70
a) Problemaufriss	70
b) Meinungsstand in der Literatur	71
c) Bewertung	72

3. Die Anklageerhebung durch Missbrauch des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft.....	74
a) Problemaufriss.....	74
b) Meinungsstand in der Literatur.....	75
c) Bewertung.....	75
4. Die auf einer rechtswidrigen Ermittlung basierende Anklageerhebung.....	76
a) Problemaufriss.....	76
b) Meinungsstand in der Literatur.....	76
c) Rechtsprechung.....	77
d) Bewertung.....	78
5. Die diskriminierende Anklageerhebung.....	78
a) Problemaufriss.....	78
b) Meinungsstand in der Literatur.....	78
c) Rechtsprechung.....	79
d) Die Notwendigkeit des subjektiven Elementes?.....	80
e) Bewertung.....	81
6. Die erneute Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat.....	83
a) Problemaufriss.....	83
b) Meinungsstand in der Literatur.....	84
c) Rechtsprechung.....	85
d) Bewertung.....	86
II. Zwischenergebnis.....	88
E. Ergebnis des 2. Teils.....	89
3. Teil: Übertragbarkeit der Diskussion in Korea auf das deutsche Recht.....	92
A. Vergleich zwischen deutschem und koreanischem Recht.....	92
I. Unterschiede in der Regelungsform.....	92
1. Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft.....	92
a) Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip.....	92
b) Sonstige Einstellungen.....	93
c) Die unterschiedliche Handhabung des „Regel-Ausnahme-Verhältnisses“.....	94
2. Einstellung als gerichtliche Kontrollentscheidung.....	95
a) Analyse der Verschiedenheiten in gesetzlicher Form.....	95
b) Vergleichbarkeit der einzelnen Gründe.....	99
II. Zwischenergebnis.....	102

B. Untersuchung der Fallgruppen der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ nach geltendem Recht	103
I. Erste Fallgruppe: Die Anklageerhebung trotz mangelnden Tatverdachts.....	103
II. Zweite Fallgruppe: Die Anklageerhebung durch Missbrauch des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft.....	104
III. Dritte Fallgruppe: Die auf einer rechtswidrigen Ermittlung basierende Anklageerhebung.....	105
IV. Vierte Fallgruppe: Die diskriminierende Anklageerhebung.....	107
V. Fünfte Fallgruppe: Die erneute Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat	110
C. Reformüberlegungen.....	113
I. Problemaufriss	113
II. Die Einführung des Einstellungserzwingungsverfahrens als Option.....	114
1. Meinungsstand.....	114
a) Rechtsweggarantie nach Art. 19 IV GG	114
b) Kein Bedürfnis des Rechtsschutzes des Beschuldigten.....	116
c) Annahme des Verstoßes gegen die Rechtsschutzgarantie	117
2. Vorschlag eines dogmatischen Lösungswegs	118
a) Vorschläge in der Literatur	118
b) Gesetzliche Lage in Österreich	120
3. Bewertung	121
a) Die Bedeutung und Problematik des Einstellungserzwingungsverfahrens.....	121
b) Differenzierung zum Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen	122
c) Differenzierung zum Rechtsschutz gegen die verweigerte Zustimmung der Staatsanwaltschaft.....	124
d) Zwischenergebnis	124
e) Erwägenswerte Grundgedanken des Einstellungserzwingungsverfahrens im Interesse des Beschuldigten.....	125
III. Verbesserung des Zwischenverfahrens	126
1. Ausgangspunkt	126
2. Auseinandersetzung mit dem Wesen des Zwischenverfahrens.....	126
a) Kritik am Zwischenverfahren.....	126
b) Fokus auf den Zweck des Zwischenverfahrens	130
c) Bewertung	133
3. Alternative Reformvorschläge	135
a) Ausschluss des Richters im nachfolgenden Hauptverfahren	136
aa) Inhalt.....	136

bb) Bewertung	138
b) Einführung einer neuen gerichtlichen Überprüfungsinstanz	139
aa) Inhalt.....	139
bb) Bewertung	140
c) Annahme eines obligatorischen Erörterungstermins mit dem Angeschuldigten	140
aa) Inhalt.....	140
bb) Bewertung	143
d) Schaffung eines Beschwerderechts des Angeschuldigten gegen den Eröffnungsbeschluss	145
aa) Inhalt.....	145
bb) Bewertung	147
e) Einwendungsobliegenheit des Angeschuldigten	147
aa) Inhalt.....	147
bb) Bewertung	149
IV. Eigene Auffassung.....	150
1. Teilweise Annahme der bisherigen Diskussionen.....	150
a) Ausschluss des Richters des Zwischenverfahrens.....	151
b) Einführung der obligatorischen mündlichen Verhandlung in Anwesenheit des Angeschuldigten	152
2. Das Erfordernis gesetzlicher Klarstellungen des § 204 StPO	154
a) Ausgangspunkt	154
b) Missbrauch der Befugnisse	154
c) Kriminalpolitische Aspekte.....	156
d) Rechtspraktische Aspekte	158
e) Zwischenergebnis	159
3. Reformbedarf der Einstellungsvorschriften nach Anklageerhebung.....	160
V. Konkrete Erwägungen für die Klarstellungen des § 204 StPO	161
1. Vorüberlegung.....	161
2. Behandlung der auf einer rechtswidrigen Ermittlung basierenden Anklageerhebung ...	163
a) Problemstellung	163
b) Standpunkt des BGH	163
c) Stellungnahme	164
d) Zwischenergebnis.....	167
3. Behandlung der diskriminierenden Anklageerhebung	167
a) Problemstellung.....	167
b) Objektiver Umstand.....	168

c) Subjektives Element	169
d) Exkurs: Die Frage zum beschränkten Strafklageverbrauch gemäß § 211 StPO.....	170
4. Behandlung der erneuten Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat.....	170
D. Ergebnis des 3. Teils	171
Schlussbetrachtung.....	174
A. Resümee der bisherigen Erkenntnisse	174
B. Reformvorschläge	174
I. Umgestaltung des § 23 StPO	174
II. Umgestaltung der §§ 201, 202 StPO.....	175
III. Umgestaltung des § 203 StPO.....	176
IV. Umgestaltung des § 204 StPO.....	177
1. Gesetzliche Präzisierung	177
2. Exkurs: Umgestaltung der §§ 206a, 260 StPO.....	179
V. Umgestaltung der §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO.....	180
1. Ausgangspunkt	180
2. Abschaffung des Zustimmungserfordernisses der Staatsanwaltschaft bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO	180
3. Abschaffung des Zustimmungserfordernisses des Angeschuldigten bei §§ 153 II, 153b II StPO.....	181
4. Exkurs: Abschaffung des Zustimmungserfordernisses des Gerichts bei §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO	182
5. Entwürfe der §§ 153, 153a, 153b StPO	184
Literaturverzeichnis	187

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Einl.	Einleitung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (Zeitschrift)
IStGH-Statut	Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KOG	koreanisches Obergericht
KOGH	koreanischer Oberster Gerichtshof
kor.	koreanische(r)
kor. StA-VO	koreanische Verordnung über die Erledigung staatsanwaltschaftlicher Angelegenheiten und Geschäfte
kor. StPO	koreanische Strafprozessordnung
KVerfG	koreanisches Verfassungsgericht
LG	Landgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
S.	Satz / Seite

sog.	sogenannt(e)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum (Zeitschrift)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
StVO	Straßenverkehrsordnung
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom / <i>versus</i>
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung(en)
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Zeitschrift)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift)

Einleitung

A. Ausgangspunkt

Die Staatsanwaltschaft handelt als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ im Laufe eines Strafverfahrens. Ihre Befugnisse sind in der StPO umfangreich normiert. Die Staatsanwaltschaft hat zum einen wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten (§ 152 II StPO) und unmittelbar nach der Kenntnisnahme vom Verdacht einer Straftat den entsprechenden Sachverhalt zu erforschen (§§ 160, 161 I 1 Fall 1 StPO). Zum anderen ist die Staatsanwaltschaft befugt, durch Ersuchen oder Auftrag Ermittlungen jeder Art durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen (§§ 161 I 1 Fall 2, 2 StPO, 152 GVG). Schließlich kann sie vor dem zuständigen Gericht einen Antrag auf die Vornahme einer gerichtlichen Untersuchung stellen (§ 162 StPO).

Dieser Charakter der Staatsanwaltschaft als die „verantwortliche Leiterin des Ermittlungsverfahrens“¹ wird in ihrer Kompetenz zur Abschlussverfügung deutlich, die mit dem Anklagemonopol zusammenhängt. Danach steht allein der Staatsanwaltschaft die Anklageerhebung zu (§ 152 I StPO), so dass sie entscheiden kann und muss, ob sie die Eröffnung eines Hauptverfahrens beantragt oder nicht. Zugleich ist sie befugt, auf der Grundlage ihrer eigenen Beurteilung das Verfahren einzustellen (§§ 170 II, 153 ff. StPO), und zwar auch ohne Mitwirkung anderer Prozessbeteiligter. Auch wenn das Verfahren nach der Erhebung der Anklage in das Zwischenverfahren einmündet (§§ 199 ff. StPO), kann sie bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Gericht (§ 203 StPO) die öffentliche Klage jederzeit zurücknehmen (§ 156 StPO). Erhebt die Staatsanwaltschaft keine Anklage oder nimmt sie die erhobene Anklage zurück, hat der Richter keine Möglichkeit, sich mit der betreffenden Sache zu befassen. Erhebt sie dagegen die Anklage, wird ein Bürger zum Angeschuldigten (§ 157 I StPO), selbst wenn er in Wahrheit unschuldig ist, oder er zwar schuldig ist, die gegen ihn gerichtete Anklage jedoch gemessen an objektiven Maßstäben rechtswidrig bzw. missbräuchlich erfolgte.

Vor diesem Hintergrund wird seit langer Zeit diskutiert, wie derart umfassende Befugnisse und die damit verbundene Hoheitsgewalt der Staatsanwaltschaft eingeschränkt werden können. Auf den ersten Blick scheinen die Befugnisse der Staatsanwaltschaft zahlreichen gesetzlichen Kontrollen unterworfen zu sein; diese reichen aber, wie in dieser Arbeit noch näher gezeigt werden soll, zum tatsächlichen Schutz des Beschuldigten nicht aus. Angesichts der verfahrensrechtlichen oder gesellschaftlichen Auswirkungen der staatsanwaltschaftlichen Abschlussentscheidung liegt deshalb Diskussionsbedarf vor. Denn wo Befugnisse eingeräumt werden, folgt immer deren Missbrauch. Der Missbrauch der Befugnisse der Staatsanwaltschaft führt indes nicht unbedingt zur Unwirksamkeit der Anklageerhebung². Hinsichtlich der (nachteiligen) Konsequenz für den Beschuldigten gibt es aber keinen Unterschied zwischen

¹ Dazu LR-StPO/Kühne, Einl. J, Rn. 43.

² Vgl. Volk/Engländer, GK StPO, § 15, Rn. 13; M-G/S/Schmitt, Einl., Rn. 111.

dem Fall des Missbrauchs und der Konstellation, in der eine Prozesshandlung aufgrund eines gesetzlichen Verbots rechtswidrig bzw. unwirksam erscheint. Zudem intensiviert sich diese Rechtswidrigkeit, wenn das Subjekt der Prozesshandlung gezielt verfahrensfremde oder -widrige Ziele verfolgt³. Beispielhaft zu nennen ist eine nur gegen einige von mehreren Verdächtigen gerichtete Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft aus politischen oder aus rassistischen Gründen. Jedenfalls ist ihre Anklageerhebung nach geltendem Recht wirksam, wenn ihr kein konkretes gesetzliches Verbot (§§ 152 ff., 170, 199 ff. StPO) entgegensteht. Solche Missbrauchsfälle sollten allerdings nicht als wirksam oder zulässig angesehen werden, sondern etwa durch eine gesetzliche Klarstellung als unwirksam behandelt werden. Bis dahin bleibt, dass der Schluss gezogen werden muss, dass die gesetzliche Einhegung der staatsanwaltschaftlichen Kompetenzen durch den Gesetzgeber gegenwärtig nicht genügt.

Um zu dieser Feststellung zu gelangen, muss man als Erstes ins Auge fassen, wo der Schwerpunkt des Strafverfahrens bzw. des Strafverfahrensrechts liegt. Als Ziele des „Strafverfahrens“ werden im Allgemeinen die Wahrheitsfindung, die Suche nach der (materiellen und prozeduralen) Gerechtigkeit und der Rechtsfrieden (bzw. die Rechtsbeständigkeit) genannt⁴. Weil diese Ziele im Einzelfall miteinander in Konflikt geraten können, lässt sich die Frage, ob im Einzelfall die konkreten staatlichen Maßnahmen zur Bestrafung einer Person zulässig eingeleitet und durchgeführt wurden, aus unterschiedlichen Blickwinkeln beurteilen. Die jeweiligen Rechtsfolgen hängen, gemessen an den Zielen des Strafverfahrens, somit davon ab, welches Verfahrensziel in einschlägigen Fällen vorrangig erscheint. Vor allem geht es um Konflikte zwischen der (materiellen) Wahrheitsfindung, welche die materielle Gerechtigkeit voraussetzt, und der prozeduralen Gerechtigkeit, welche von der Gewährung eines rechtsstaatlichen Verfahrens ausgeht. Wurde ein Beweismittel z.B. unter Verstoß gegen § 97 I StPO beschlagnahmt, so ist das Beweismittel deshalb unverwertbar, weil der Vorzug dieser Vorschrift in der Sicherung der prozeduralen Gerechtigkeit liegt. Umgekehrt kann kein Vorrang der prozeduralen Gerechtigkeit gegenüber der Wahrheitsfindung bestehen, wenn das Interesse an eben dieser vorrangig ist. Zu denken ist hier an eine Blutprobe als Beweismittel, die zwar entgegen § 81 I 2 StPO entnommen wurde; trotzdem wird nach der h.M. kein Beweisverwertungsverbot angenommen⁵.

Das hauptsächliche Ziel der „Kodifikation des Strafverfahrens“ liegt nach richtiger Ansicht nicht in der materiellen Wahrheitsfindung zum Zwecke der Erfüllung der materiellen Gerechtigkeit, sondern in der „formalisierten“ Wahrheitsfindung⁶, d.h. der Verwirklichung des due-process-Prinzips bzw. der prozeduralen Gerechtigkeit im Sinne der Rechtsstaatlichkeit⁷. Die

³ Zu diesem Ausdruck BGHSt 38, 111, 113; 51, 88.

⁴ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 3 ff.; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 20 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1, Rn. 3; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 3, Rn. 1; *HK-StPO/Gercke/Temming*, Einl., Rn. 8; *KMR-StPO/Eschelbach*, Einl., Rn. 5 ff. Die Sicherung oder Herstellung des Rechtsfriedens gegenüber den sonstigen Zielen hervorhebend *Volk*, Prozessvoraussetzungen, S. 183 ff.; *Rieß*, JR 2006, 269, 270 f.; dagegen *MüKo-StPO/Kudlich*, Einl., Rn. 10.

⁵ Zu diesen Beispielen *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 1, Rn. 10.

⁶ Zu dieser Formulierung *Hassemer*, Einführung, S. 153. Sie erscheint damit stets „entscheidungsbezogen“, dazu *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 126.

⁷ Zum prozessualen Wahrheitsbegriff näher *Rödig*, Theorie, S. 151 ff.

Wahrheit wurde in der Vergangenheit auch mit rechtsstaatswidrigen Methoden zu ermitteln versucht, z.B. durch Folter als Mittel der Aussageerpressung. Da man erst in der Neuzeit erkannte, dass der Versuch der Wahrheitsfindung mit solchen Methoden nicht nur zu falschen Ergebnissen führen kann, sondern auch gegen die Menschenwürde verstößt, wurde das Ziel der Wahrheitsfindung dadurch eingeschränkt, dass das Strafverfahren auf justizförmigem Wege zu erfolgen habe⁸. Diese grundlegende Idee findet sich auch in dem Ausdruck wieder, die Wahrheitserforschung werde nicht „um jeden Preis“ gefordert⁹. Dies ergibt sich auch daraus, dass ein Sachverhalt in einem Strafverfahren durch einen Richter nicht „bloß entdeckt“, sondern lediglich „(wieder) hergestellt“ wird¹⁰. Wenn ein Ereignis vor Gericht gebracht wird und in seinen Beurteilungsbereich gelangt, kann die Folge sein, dass die „Wirklichkeit“ des Ereignisses verzerrt wird. Dies liegt daran, dass der Richter bei der Beurteilung der Sache seinem eigenen „Vorverständnis“ unterliegt; nur mittels eines solchen Vorverständnisses kann man die Welt wahrnehmen, so dass es auch dem Richter unmöglich ist, sich ein Bild der „echten“ Wirklichkeit zu verschaffen¹¹. Angesichts dieser strukturellen und erkenntnistheoretischen Beschränkungen¹² stellt die zu erstrebende Wahrheit daher keine „absolute“ Wahrheit¹³, sondern lediglich die „forensische“ Wahrheit dar¹⁴; die vom Richter als wahr unterstellte Tatsache ist mithin nicht notwendig wahr, sondern wird lediglich „als wahr“ behandelt¹⁵. Ausgehend von dieser eingeschränkten Fähigkeit der Wahrnehmung bzw. Erkenntnisgewinnung des Menschen wurde das Strafverfahrens-„Recht“ geschaffen und weiter entwickelt, so dass der Zweck auch darin besteht, das Streben nach der – ohnehin nicht zu erreichenden – Erforschung der absoluten Wahrheit zu bremsen. Das Strafverfahrensrecht dient somit seinem Wesen nach der „Bändigung“ der Staatsgewalt und dem Schutz der bürgerlichen Freiheit¹⁶. Die vorliegenden Ausführungen lassen sich demnach wie folgt zusammenfassen: Während die (materielle) Wahrheitsfindung seit langer Zeit immer zu einem der wichtigsten unter den verschiedenen Zielen des „Strafverfahrens“ gezählt wird, liegt das richtig verstandene Ziel des „Strafverfahrensrechts“ darin, die forensische Wahrheit unter strikter Beobachtung der individualschützenden Verfahrensvorschriften zu ermitteln.

Im Fokus dieses wesentlichen Zwecks ist nun zu prüfen, ob das aktuelle Strafverfahrensrecht

⁸ Zur Entwicklungsgeschichte des Strafverfahrens auf dieser Linie grundlegend *Greco*, Wolter-FS, S. 66 ff.; entsprechend aus Sicht der Unschuldsvermutung *Kindhäuser*, Wolter-FS, S. 990.

⁹ BGHSt 14, 358, 365; 38, 214, 220; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 5; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 1, Rn. 10; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 20; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1, Rn. 3; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 3, Rn. 1; KK-StPO/*Fischer*, Einl., Rn. 3; KMR-StPO/*Eschelbach*, Einl., Rn. 5; LR-StPO/*Kühne*, Einl. B, Rn. 35; *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271, 278.

¹⁰ Vgl. *Hassemer*, Einführung, S. 116; *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 133; *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 414 f.; *Sack*, Selektion, S. 466; zum entsprechenden Konzept der „Rekonstruktion historischer Wahrheit“ oder „Neukonstruktion von historischer Realität“ LR-StPO/*Kühne*, Einl. B, Rn. 22.

¹¹ Zum Vorverständnis *Hassemer*, Warum Strafe sein muss, S. 189 ff.

¹² Bejahend KMR-StPO/*Eschelbach*, Einl., Rn. 5; MüKo-StPO/*Kudlich*, Einl., Rn. 7; *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 124 f.; *Gössel*, Meyer-Goßner-FS, S. 199 ff.; *Rieß*, JR 2006, 269, 273; zu deren Darstellung aufgrund der Wahrnehmungspsychologie sowie der Verschiedenheit der individuellen Sprachbeherrschung der Verfahrensbeteiligten LR-StPO/*Kühne*, Einl. B, Rn. 15 ff.

¹³ *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 20; HK-StPO/*Gercke/Temming*, Einl., Rn. 8; *Rödig*, Theorie, S. 153.

¹⁴ *Hassemer*, Einführung, S. 153. Zur Kritik an der bedingungslosen Festhaltung des Legalitätsprinzips ausgehend von dieser Sichtweise, vgl. *Hassemer*, Legalität, S. 533 f.

¹⁵ *Hassemer*, Warum Strafe sein muss, S. 187.

¹⁶ *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 197; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1, Rn. 3.

diesem Anliegen bei der Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Abschlussentscheidung – namentlich der Anklageerhebung – genügt und welche gesetzlichen Ergänzungen ggf. zum Schutz der Individualrechte des Beschuldigten sachgerecht erscheinen. Zunächst wird im Folgenden kurz darauf eingegangen, in welchen Formen die Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft nach geltendem Recht erfolgt. Dadurch soll zutage gefördert werden, in welchen Bereichen der Schutz des Beschuldigten im Falle der staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügungen *de lege lata* noch verbesserungswürdig ist.

B. Überblick über mögliche Abschlussentscheidungen der Staatsanwaltschaft

I. Anklageerhebung

Die Staatsanwaltschaft erhebt durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem (ihres Erachtens) sachlich und örtlich zuständigen Gericht eine öffentliche Klage, wenn sie aufgrund von Ermittlungsergebnissen einen „genügenden Anlass“ zur Anklageerhebung sieht, d.h. „hinreichenden Tatverdacht“ bejaht (§§ 170 I, 203 StPO). Dies ist nach Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre der Fall, wenn die Verurteilung des Beschuldigten wahrscheinlich erscheint¹⁷. Diese Verurteilungswahrscheinlichkeit erstreckt sich nicht auf die endgültige Feststellung, die nach § 261 StPO die Aufgabe des Richters ist; vielmehr stellt sie lediglich eine „Wahrscheinlichkeitsprognose“ basierend auf „vorläufiger“ Bewertung dar, welcher die bis zum Ende der Ermittlungen erlangten Beweise zugrunde liegen¹⁸. Der betreffende Staatsanwalt muss bei seiner eigenen Entscheidung über die Anklageerhebung oder Einstellung eine Verurteilung gegen den Betroffenen nach dem Zeitpunkt der Untersuchung in der Hauptverhandlung für „wahrscheinlicher“ erachten als einen Freispruch¹⁹. Aus dem unbestimmten Rechtsbegriff „hinreichender Tatverdacht“ folgt die Zubilligung eines Beurteilungsspielraums an die Staatsanwaltschaft, aber keine Einräumung eines umfangreichen Ermessensspielraums hinsichtlich der Anklageerhebung²⁰. Denn die Staatsanwaltschaft unterliegt einerseits prinzipiell dem Legalitätsprinzip (§ 152 II StPO), so dass sie beim Vorliegen der Vor-

¹⁷ BGH StV 2001, 579.

¹⁸ BGHSt 23, 304, 306; LR-StPO/*Graalmaan-Scheerer*, § 170, Rn. 24; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 203, Rn. 14; M-G/S/*Schmitt*, § 170, Rn. 1; MüKo-StPO/*Kölbl*, § 170, Rn. 12; SSW-StPO/*Sing/Andrä*, § 170, Rn. 11. Natürlich bezieht sich der hinreichende Tatverdacht nur hinsichtlich seiner tatsächlichen Komponente auf eine solche vorläufige Prognose. Im Hinblick auf die rechtliche Komponente muss die Staatsanwaltschaft den Verdacht im Sachverhalt deutlich und ordnungsgemäß beurteilen, dazu KMR-StPO/*Plöd*, § 170, Rn. 5; SK-StPO/*Wohlers/Albrecht*, § 170, Rn. 31.

¹⁹ *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 2; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 526; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 40, Rn. 7; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 8, Rn. 3; HK-StPO/*Zöllner*, § 170, Rn. 3; KMR-StPO/*Plöd*, § 170, Rn. 4; KK-StPO/*Moldenhauer*, § 170, Rn. 3; M-G/S/*Schmitt*, § 170, Rn. 2; SK-StPO/*Wohlers/Albrecht*, § 170, Rn. 25. Dagegen *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 171 ff., der behauptet, dass es für die Feststellung des hinreichenden Tatverdachts keiner prospektiven Beurteilung (Prognose), sondern nur einer retrospektiven Beurteilung, dass der Beschuldigte die Tat wahrscheinlich begangen hat, bedürfe, denn deren Grundlage liege im faktisch reproduzierbaren und rechtlich verwertbaren Beweismaterial.

²⁰ BVerfG NStZ 2002, 606; BGH NJW 1970, 1543, 1544; HK-StPO/*Zöllner*, § 170, Rn. 3; KK-StPO/*Moldenhauer*, § 170, Rn. 4; KMR-StPO/*Plöd*, § 170, Rn. 4; LR-StPO/*Graalmaan-Scheerer*, § 170, Rn. 3, 17; M-G/S/*Schmitt*, § 170, Rn. 1; MüKo-StPO/*Kölbl*, § 170, Rn. 17; SK-StPO/*Wohlers/Albrecht*, § 170, Rn. 28; SSW-StPO/*Sing/Andrä*, § 170, Rn. 12; *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 128; *Shin*, Anklagepflicht, S. 26; *Hilger*, JR 1985, 93, 94; abweichend *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 70, der nicht von der Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielräumen ausgeht.

aussetzung „hinreichender Tatverdacht“ (nach Ihrer Auffassung) zur Anklage gezwungen ist²¹. Andererseits wird ein Beurteilungsspielraum bei „unbestimmten Rechtsbegriffen“ vom „Ermessen“ so abgegrenzt, dass Ermessen als Wahlfreiheit zu verstehen ist und nur auf der Rechtsfolgenseite in Frage kommt, während der Beurteilungsspielraum gerade nicht mit Wahlfreiheit verbunden ist und auf der Tatbestandsseite Bedeutung erlangt; bei den unbestimmten Rechtsbegriffen geht es somit um die Rechtsanwendung des gesetzgeberischen Willens, so dass nur ein vom Gesetzgeber gewolltes Ergebnis für rechtlich möglich und richtig gehalten wird²².

Erwägt die Staatsanwaltschaft die Anklageerhebung, muss sie vorher den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerken (§ 169a StPO)²³. Dieser Abschlussvermerk ist von besonderer Bedeutung, weil dem Verteidiger nach Abschluss der Ermittlungen die Einsicht in die Akten nicht mehr versagt werden kann (§ 147 II 1, VI StPO).

Was die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift zu bezeichnen hat, findet sich in § 200 StPO und Nr. 110-114 RiStBV. In der Anklageschrift ist auch ein Antrag, das Hauptverfahren zu eröffnen, enthalten (§ 199 II 1 StPO). Mit der Einreichung der Anklageschrift beginnt das Zwischenverfahren (§§ 199 ff. StPO). Die Verfahrensherrschaft geht von der Staatsanwaltschaft auf das Gericht über. Dieser Übergang erfolgt jedoch bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens deshalb noch nicht vollständig, weil die Staatsanwaltschaft bis dahin die Anklage zurücknehmen darf (§ 156 StPO)²⁴. Mit der Anklage und der Eröffnungsentscheidung wird der Prozessgegenstand bestimmt, da der Umfang der gerichtlichen Untersuchung auf die in der Klage bezeichnete Tat und auf die durch die Klage beschuldigten Personen beschränkt wird (§ 155 I StPO).

Neben der Einreichung der Anklageschrift kann die Staatsanwaltschaft je nach Umständen alternative Möglichkeiten auswählen: zum einen den Antrag auf Erlass eines Strafbefehls (§ 407 I 4), zum anderen den Antrag auf Aburteilung im beschleunigten Verfahren (§ 417).

II. Verfahrenseinstellung gemäß § 170 II StPO

Bieten die Ermittlungen keinen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, so stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein (§ 170 II 1 StPO). Dies ist der Fall, wenn aus tatsächlichen, materiell-rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Gründen kein hinreichender Tatverdacht vorliegt oder nachweisbar ist²⁵. Das gilt auch, wenn Verfahrenshindernisse vor-

²¹ BGHSt 15, 155.

²² Ähnlich *Heinrich*, NStZ 1996, 110, 113, der auf dem Boden des Gedankens der Legalität behauptet, dass es bei der Prüfung des „Ob“ eines hinreichenden Tatverdachts eigentlich nur eine richtige Lösung geben könne. Zu dieser Differenzierung näher *Nelles*, Ausnahmekompetenzen, S. 105 ff.; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 33 ff.; dies gilt auch für Opportunitätsvorschriften, wenn es um einen Rechtsbegriff wie „öffentliches Interesse“ geht.

²³ Zur Reformervägung durch die Einführung einer Begründungspflicht der Staatsanwaltschaft vgl. *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 204.

²⁴ *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 531; *MüKo-StPO/Kölbels*, § 170, Rn. 18.

²⁵ Vgl. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 320; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 8; *Kluszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 324 ff.; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 262; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 40, Rn. 1; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 152; *Volk/Engländer*,

liegen oder Prozessvoraussetzungen fehlen²⁶. § 170 II StPO geht also im Vergleich zu § 170 I StPO von dem Umstand aus, dass die Staatsanwaltschaft den Eröffnungsbeschluss im späteren Zwischenverfahren oder die Verurteilung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung nicht mit Wahrscheinlichkeit erwartet. Ihre Beurteilung hat in diesem Fall den Charakter einer „negativen Prognose“²⁷. Darin sind auch die Fälle enthalten, in denen aus Sicht der Staatsanwaltschaft der hinreichende Tatverdacht nur auf unverwertbare Beweise gestützt wird, oder es – auch beim Vorliegen sonstiger verwertbarer Beweise – schwierig scheint, nur anhand der verbleibenden Beweise die Verurteilungswahrscheinlichkeit zu bejahen²⁸. Die Verfahrenseinstellung gemäß § 170 II StPO erfolgt auch dann, wenn es um ein Privatklagedelikt geht und die Staatsanwaltschaft dabei ein öffentliches Interesse²⁹ an der Strafverfolgung im Sinne des § 376 ablehnt.

Über die Einstellung ist der Beschuldigte zu unterrichten, wenn er als solcher vernommen worden ist, ein Haftbefehl gegen ihn erlassen wurde, er um einen Bescheid gebeten hat oder ein besonderes Interesse an der Bekanntgabe ersichtlich ist (§ 170 II 2 StPO). Auch dem Antragsteller ist davon Kenntnis zu geben (§ 171 1 StPO). Wenn der Antragsteller zugleich der Verletzte ist, dann muss er zusätzlich über die Möglichkeit der Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft sowie des Klageerzwingungsverfahrens belehrt werden (§ 171 2 StPO).

Bei der Verfahrenseinstellung gemäß § 170 II StPO tritt kein Strafklageverbrauch ein, so dass die Staatsanwaltschaft jederzeit – ungeachtet des Einstellungsbescheids – die Ermittlungen der verfolgten Tat wieder aufnehmen und erneut Anklage erheben kann, solange Anlass dazu vorliegt³⁰. Ein Auftreten neuer Tatsachen oder Beweismittel wie bei §§ 174, 211 StPO wird für die Wiederaufnahme nicht benötigt. Die Verfahrenseinstellung gemäß § 170 II StPO begründet grundsätzlich keinen Vertrauensschutz; die Wiederaufnahme durch die Staatsanwaltschaft soll deshalb nur ausnahmsweise beschränkt sein, wenn sie im Einzelfall als objektiv willkürlich angesehen wird³¹.

GK StPO, § 12, Rn. 4; HK-StPO/Zöller, § 170, Rn. 5; KK-StPO/Moldenhauer, § 170, Rn. 13; M-G/S/Schmitt, § 170, Rn. 6; MüKo-StPO/Kölbl, § 170, Rn. 21; SK-StPO/Wohlerts/Albrecht, § 170, Rn. 46 f.

²⁶ Gleiches gilt auch bei der gerichtlichen Verfahrenserledigung gemäß § 204 StPO. Zur ausführlichen Darstellung siehe unten I. Teil, A. I.

²⁷ Vgl. *Kausch*, Richter vor dem Richter, S. 220.

²⁸ *Schlothauer*, Lüderssen-FS, S. 764; ähnlich *Lorenzen*, Legalitätsprinzip, S. 555 f.

²⁹ Ein solches „öffentliches Interesse“ liegt in der Regel vor, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist. Ist der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus nicht gestört worden, so kann ein „öffentliches Interesse“ auch dann vorliegen, wenn dem Verletzten wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, die Privatklage zu erheben, und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist (Nr. 86 II RiStBV).

³⁰ BGH NJW 2011, 2310, 2311; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 320; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 9; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 40, Rn. 3; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 7; HK-StPO/Zöller, § 170, Rn. 6; KK-StPO/Moldenhauer, § 170, Rn. 23; KMR-StPO/Plöd, § 170, Rn. 27; LR-StPO/Graalmaan-Scheerer, § 170, Rn. 50; M-G/S/Schmitt, § 170, Rn. 9; MüKo-StPO/Kölbl, § 170, Rn. 22; SK-StPO/Wohlerts/Albrecht, § 170, Rn. 61; SSW-StPO/Sing/Andrä, § 170, Rn. 20.

³¹ Hierzu HK-StPO/Zöller, § 170, Rn. 6; LR-StPO/Graalmaan-Scheerer, § 170, Rn. 50 f.; SK-StPO/Wohlerts/Albrecht, § 170, Rn. 61; *Hilger*, JR 1985, 93, 95.

III. Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153 ff. StPO

Wie bereits erwähnt ist die Staatsanwaltschaft nach dem Legalitätsprinzip dazu verpflichtet, beim Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts und der Prozessvoraussetzungen Anklage zu erheben (§§ 152 II, 170 I StPO). Ihr steht grundsätzlich kein Wahlrecht zwischen Verfolgung und Nichtverfolgung zu³². Der Zweck dieser Maxime liegt darin, die Verfolgung jeder Straftat ohne Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Täters zu gewährleisten³³. Begründet wird dieser „Verfolgungs- bzw. Anklagezwang“ durch den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 I GG, welcher die willkürfreie und konsequente Strafverfolgung gegen jede Person verlangt³⁴. Zudem stützt sich der Anklagezwang auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG)³⁵, die Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes³⁶, die Notwendigkeit der Gewährung eines effektiven Rechtsgüterschutzes³⁷ und den Schutz des Vertrauens der Bürger in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen³⁸. Dieses Prinzip begründet damit eine umfassende Verpflichtung zur Strafverfolgung³⁹.

Würde das Legalitätsprinzip ausnahmslos gelten, bestünde allerdings die Gefahr, dass Einzelfälle nicht sachgerecht behandelt werden können, weil es der Staatsanwaltschaft verwehrt bliebe, ein Strafbedürfnis im Einzelfall *in concreto* zu erwägen. Die umfassende Ahndung aller Straftaten scheint auf den ersten Blick sachgerecht zu sein, wird jedoch schon wegen der knappen strafjustiziellen Ressourcen in der Praxis⁴⁰ bzw. aufgrund des aus dem ultima-ratio-Prinzip bzw. Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeitsprinzip)⁴¹ folgenden Entkriminalisierungsgebots⁴² nicht ausnahmslos zu gewährleisten sein. Daraus ergibt sich, dass es Konstellationen gibt, in denen die Staatsanwaltschaft selbst beim Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts auf die Strafverfolgung verzichten muss. Ausgehend davon besteht nach § 152 II StPO die Verfolgungspflicht nur, „soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist“. Möglich wird so-

³² Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 602; SK-StPO/Weßlau/Deiters, Vor § 151, Rn. 4.

³³ Volk/Engländer, GK StPO, § 18, Rn. 7.

³⁴ BVerfG NStZ 1982, 430; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 17; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 602; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 2; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 51; HK-StPO/Gercke, § 152, Rn. 3; KK-StPO/Fischer, Einl., Rn. 8; KMR-StPO/Eschelbach, Einl., Rn. 6; KMR-StPO/Kulhanek, § 152, Rn. 1; M-G/S/Schmitt, § 152, Rn. 2; SSW-StPO/Schnabl, § 152, Rn. 3; Hassemer, Legalität, S. 530; Horstmann, Opportunitätseinstellungen, S. 37 f.; Pott, Opportunitätsdenken, S. 13 ff.; Rose, Rechtsschutz, S. 22; Terbach, Einstellungserzwingungsverfahren, S.89.

³⁵ BVerfGE 20, 222; 46, 214, 223; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 17; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 602; KK-StPO/Diemer, § 152, Rn. 3; KMR-StPO/Eschelbach, Einl., Rn. 7; LR-StPO/Kühne, Einl. I, Rn. 21; Hassemer, Legalität, S. 529; Horstmann, Opportunitätseinstellungen, S. 32 ff.; Pott, Opportunitätsdenken, S. 10 f.; Rose, Rechtsschutz, S. 21.

³⁶ MüKo-StPO/Peters, § 152, Rn. 5.

³⁷ Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 4, Rn. 19; Roxin/Arzt/Tiedmann, Einführung, S. 115; Pott, Opportunitätsdenken, S. 17 ff.

³⁸ BGH NStZ 2018, 150, 152; Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 284.

³⁹ Horstmann, Opportunitätseinstellungen, S. 28.

⁴⁰ Volk/Engländer, GK StPO, § 12, Rn. 13; MüKo-StPO/Peters, § 152, Rn. 8; SK-StPO/Weßlau/Deiters, Vor § 151, Rn. 5; Erb, Legalität und Opportunität, S. 31 ff.; Hassemer, Legalität, S. 534; Pott, Opportunitätsdenken, S. 39.

⁴¹ BVerfGE 90, 145, 190 f.; Kleszczewski, Strafprozessrecht, Rn. 328; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 53; HK-StPO/Gercke/Temming, Einl., Rn. 52; SK-StPO/Weßlau/Deiters, Vor § 151, Rn. 7, 23; Lorenzen, Legalitätsprinzip, S. 542; Rose, Rechtsschutz, S. 29 ff.; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 65 ff.

⁴² Kritisch Hassemer, Legalität, S. 538, der verlangt, dass nicht das Opportunitätsprinzip, sondern das materielle Strafrecht die Aufgabe der Entkriminalisierung übernehmen soll.

mit die Auflockerung des Anklagezwangs durch die Möglichkeit einer Einstellung gemäß §§ 153 ff.⁴³, 376 StPO, 45 JGG, die Privatklagedelikte gemäß § 376, 377 StPO und die eingeschränkten Antragsdelikte (z.B. §§ 230 I, 248a, 303c StGB usw.)⁴⁴. In derartigen Vorschriften wird der Gedanke des Opportunitätsprinzips verwirklicht, das als „Verfolgungs- bzw. Anklageermessen“ beschrieben wird⁴⁵. Die Staatsanwaltschaft kann in diesen Fällen nach pflichtgemäßem Ermessen zwischen Strafverfolgung und Verfahrenseinstellung wählen. Der Opportunitätsgedanke beruht auf mehreren Erwägungen: Erstens ist es unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit vorzugswürdig, in geeigneten Fällen die mit der Sanktionierung verbundene, negative Stigmatisierung des Beschuldigten zu vermeiden⁴⁶. Zweitens wird auf diesem Weg durch eine frühzeitige Verfahrensbeendigung die Strafjustiz entlastet und das Verfahren, auch im Interesse des Beschuldigten, beschleunigt⁴⁷. Insoweit beruht das Opportunitätsprinzip einerseits auf der Wertung, dass eine Konzentration auf die relativ bedeutenden Fälle aus justizökonomischen Gründen⁴⁸ erforderlich und ebenso kriminalpolitisch geboten ist, weil bei der Beurteilung der Strafwürdigkeit des Täters auch Gesichtspunkte der Spezial- und Generalprävention sowie der Zweckmäßigkeit in Betracht gezogen werden müssen⁴⁹.

Aufgrund der gleichzeitigen Verwirklichung des Legalitäts- und des Opportunitätsprinzips entsteht im geltenden Recht ein gewisses Spannungsverhältnis. Beide Grundsätze scheinen miteinander nicht vereinbar zu sein. Viele Autoren schlagen allerdings vor, diesen Konflikt zwischen rechtlicher Verpflichtung zur Strafverfolgung und kriminalpolitischer Flexibilität so zu lösen, dass man das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in ein „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ setzt. Das Opportunitätsprinzip wird demzufolge als die „Begrenzung, Beschränkung oder Durchbrechung“ des Legalitätsprinzips bezeichnet⁵⁰. Dies entspricht auch der gesetzli-

⁴³ Die einzelnen Regelungen werden kurz unten dargelegt. Siehe unten I. Teil, A. II. und B. II. 2.

⁴⁴ Die Problematiken bezüglich der Privatklagedelikten sowie eingeschränkter Antragsdelikten werden in dieser Arbeit nicht behandelt.

⁴⁵ Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, S. 19; LR-StPO/Mavany, § 152, Rn. 10; LR-StPO/Kühne, Einl. I, Rn. 20. Zum Ermessensbegriff näher Erb, Legalität und Opportunität, S. 41 ff.; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 31 ff.

⁴⁶ Vgl. LR-StPO/Mavany, § 153, Rn. 1; SSW-StPO/Schnabl, § 153, Rn. 1.

⁴⁷ Heghmanns, Strafverfahren, Rn. 125; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 54; HK-StPO/Gercke, § 153, Rn. 1; LR-StPO/Mavany, § 152, Rn. 56; § 153, Rn. 1; Pott, Opportunitätsdenken, S. 39 f.; Rose, Rechtsschutz, S. 24 f.

⁴⁸ BGHSt 16, 225, 229; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 11; Volk/Engländer, GK StPO, § 12, Rn. 13; SK-StPO/Weßlau/Deiters, Vor § 151, Rn. 8; Hassemer, Legalität, S. 534; Rose, Rechtsschutz, S. 26 ff.

⁴⁹ Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 616; KK-StPO/Fischer, Einl., Rn. 10; LR-StPO/Mavany, § 153, Rn. 1; SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 153, Rn. 8; Pott, Opportunitätsdenken, S. 37; Rose, Rechtsschutz, S. 28 f.; Roxin/Arzt/Tiedmann, Einführung, S. 116.

⁵⁰ Heghmanns, Strafverfahren, Rn. 123; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 4, Rn. 20; § 10, Rn. 11; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 5; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 53; HK-StPO/Gercke/Temming, Einl., Rn. 50; KK-StPO/Fischer, Einl., Rn. 9; KMR-StPO/Eschelbach, Einl., Rn. 17; KMR-StPO/Kulhanek, § 152, Rn. 25; LR-StPO/Mavany, § 152, Rn. 51; LR-StPO/Kühne, Einl. I, Rn. 26; SK-StPO/Weßlau/Deiters, Vor § 151, Rn. 7; Hüls, Ermittlungstätigkeit, S. 63; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 74; ähnlich auch Roxin/Arzt/Tiedmann, Einführung, S. 116, wonach der Ausdruck „Aushöhlung“ verwendet wird. Dagegen wird teilweise das Verhältnis eher für „gleichberechtigt“ gehalten oder als „Ergänzungsverhältnis“ bezeichnet, vgl. Horstmann, Opportunitätseinstellungen, S. 82; Rose, Rechtsschutz, S. 25; Terbach, Einstellungserzwingungsverfahren, S. 91; ähnlich Pott, Opportunitätsdenken, S. 124 ff., die der Meinung ist, dass angesichts der §§ 154, 154a StPO das Opportunitätsprinzip bereits den Charakter eines „eigenständigen Instituts neben dem Legalitätsprinzip“ gewonnen habe.

chen Konzeption.

C. Gegenwärtiger Forschungsstand und Problemfeld

(1) Das Problem der Kontrolle staatsanwaltschaftlicher Einstellungsentscheidungen aus Opportunitätsgründen ist bereits mehrfach behandelt worden. Dabei wird u.a. die Frage gestellt, ob solche Einstellungen der Staatsanwaltschaft verfassungsrechtlichen Wertungen standhalten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG soll das Legalitätsprinzip verfassungsrechtlichen Rang genießen⁵¹. Genauer gesagt sollen die mit dem Legalitätsprinzip verbundenen Grundsätze wie das Gleichheitsgebot und Willkürverbot auf verfassungsrechtlicher Ebene gewährt und eingehalten werden⁵². Hieraus ergeben sich im Falle staatsanwaltschaftlicher Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen ggf. Bedenken gegen ihre Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip, dem Gesetzlichkeitsprinzip, dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG), dem Gewaltenteilungsgedanken (Art. 20 II 2, 92 GG), der Justizgewährungspflicht (Art. 19 IV GG), dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG), der Unschuldsvermutung und dem Öffentlichkeitsprinzip⁵³.

Keinesfalls ist aber zu befürworten, dem Gericht eine ausschließliche Einstellungskompetenz zu gewähren, was zur Folge hätte, dass die Staatsanwaltschaft trotz einstellungsfreundlicher Umstände alle Taten strafrechtlich verfolgen müsste⁵⁴. Denn hierbei treten die Probleme einer strikten Beibehaltung des Legalitätsprinzips wieder auf, die einerseits tatsächlich nicht möglich ist und andererseits die oben erläuterten Vorteile des Opportunitätsgedankens zunichtemacht. Zur Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und Gleichbehandlung reicht es aus, mit der Anerkennung der staatsanwaltschaftlichen Einstellung aus Opportunitätsgründen die verbindlichen und inhaltlich bestimmten Entscheidungskriterien der Staatsanwaltschaft klar festzulegen und dem Gericht über das geltende Recht hinaus die Möglichkeit zu geben, deren Ermessensausübung zu kontrollieren⁵⁵. Somit schließt sich die Frage an, ob die gerichtliche Kontrolle über die Opportunitätseinstellung der Staatsanwaltschaft im geltenden Recht bzw. in der Praxis angemessen stattfindet.

Als Beispiel solcher Kontrollen steht namentlich das Klageerzwingungsverfahren (§§ 172 ff. StPO) zur Verfügung. Die gerichtliche Kontrolle der Einstellung der Staatsanwaltschaft wird dadurch gewährt, dass das Gericht nach der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Einstellung auf Antrag des Verletzten die Anklageerhebung anordnen und dadurch die Staatsanwaltschaft zur Durchführung dieses Beschlusses verpflichten kann (§ 175 StPO). Die Bedeutung sowie

⁵¹ BVerfGE 46, 214, 223.

⁵² MüKo-StPO/Peters, § 152, Rn. 3; SK-StPO/Weßlau/Deiters, Vor § 151, Rn. 20.

⁵³ Siehe etwa Bohnert, Abschlussentscheidung, S. 220 ff.; Erb, Legalität und Opportunität, S. 94 ff.; Hassemer, Legalität, S. 529 ff.; Heinz, Kühne-FS, S. 232 f.; Horstmann, Opportunitätseinstellungen, S. 125 ff.; Kausch, Richter vor dem Richter, S. 149 ff.; Pott, Opportunitätsdenken, S. 142 ff.; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, S. 70 ff.; ebenso Kleszczewski, Strafprozessrecht, Rn. 341; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 14 f.; SK-StPO/Weßlau/Deiters, Vor § 151, Rn. 20 ff.

⁵⁴ Dazu Erb, Legalität und Opportunität, S. 222 f.

⁵⁵ Vgl. Hassemer, Legalität, S. 539; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, S. 81. Betrachtet man indes wie angesprochen, dass die Voraussetzungen bzw. Formen einzelner Vorschriften gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstoßen, so gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass die Vorschriften abzuändern oder völlig abzuschaffen sind – unabhängig davon, ob die (gerichtlichen) Kontrollmethoden gegeben sind.

Grenzen dieses Kontrollinstrumentes werden im Schrifttum häufig genannt⁵⁶. Daneben werden der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß §§ 23 ff. EGGVG⁵⁷, das Erfordernis der gerichtlichen Zustimmung vor Einstellungsentscheidungen der Staatsanwaltschaft (§§ 153 I, 153a I, 153b I, 153e I StPO)⁵⁸, die Möglichkeit zur mittelbaren Kontrolle durch die gerichtliche Überprüfung gemäß § 258a StGB⁵⁹ und der Ausgleich des Schadens durch Amtshaftungsansprüche⁶⁰ erörtert.

(2) Die *de lege lata* bestehenden Möglichkeiten einer Kontrolle der Anklage haben hingegen derzeit keine praktische Bedeutung. Insoweit unterliegt die Strafverfolgung der Staatsanwaltschaft wie folgt zunächst mittelbar einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt:

Erstens besteht die Möglichkeit, nach Abschluss des Strafverfahrens – entsprechend der Anwendung des § 258a StGB im Falle der Verfahrenseinstellung – eine Strafe oder eine verwaltungsrechtliche Disziplinarmaßnahme gegen den Staatsanwalt zu verhängen. Als solche Strafmaßnahmen kommen etwa §§ 164⁶¹, 339⁶², 344 StGB in Betracht. Da der Staatsanwalt aufgrund dieser Vorschriften stets die Möglichkeit einer Bestrafung bei ungerechtfertigter Strafverfolgung vor Augen hat, können diese Vorschriften präventiv dazu beitragen, missbräuchliches Verhalten zu verhindern. Die Regelung des § 344 StGB verlangt aber die Handlung eines Amtsträgers⁶³, der absichtlich oder wissentlich einen Unschuldigen oder jemanden, der sonst nach dem Gesetz nicht strafrechtlich verfolgt werden darf, strafrechtlich verfolgt oder auf eine solche Verfolgung hinwirkt. Die Anforderung an die „Absicht oder Wissentlichkeit“ führt dazu, dass der Tatbestand selten erfüllt wird. Darüber hinaus verlangt die Vorschrift die (erwiesene) Unschuld des Opfers, so dass der Betroffene die einschlägige Straftat gar nicht begangen haben darf⁶⁴. Das Tatbestandsmerkmal würde somit in dem Fall nicht erfüllt, in dem materiell-rechtlich die Strafbarkeit des Betroffenen zu bejahen wäre, selbst wenn die Strafverfolgung auf einer missbräuchlichen Anwendung des Verfahrensrechts basiert. Gleiches gilt auch für die sonstigen Umstände, etwa wenn der Betroffene „nicht strafrechtlich

⁵⁶ Siehe etwa *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 329 ff.; *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 72 ff.; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 77 ff.

⁵⁷ Siehe etwa *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 365 ff.; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 112 ff.

⁵⁸ Siehe etwa *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 93 ff.; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 129 ff. Die kritische Betrachtung dieser Kontrollmethode wird kurz unten Schlussbetrachtung, B. V. 5. erwähnt.

⁵⁹ Siehe etwa *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 280 f.; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 143 ff.; *Pott*, Opportunitätsdenken, S. 118 ff.; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 52; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, Vor § 151, Rn. 39.

⁶⁰ SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, Vor § 151, Rn. 37.

⁶¹ SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, Vor § 151, Rn. 39; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 52.

⁶² Nach der h.M. wird auch ein Staatsanwalt zum Täterkreis der Rechtsbeugung gezählt, solange er wie ein Richter eine Rechtssache leitet und entscheidet. Als solche Entscheidungen kommen Verfahrenseinstellung (BGHSt 38, 381, 382; 40, 169, 176 f.), Zustimmung zur Einstellung (OLG Hamm NStZ-RR 2016, 373) oder Anklageerhebung (BGHSt 41, 247, 249) in Betracht, hierzu *Fischer*, § 339, Rn. 6; *Lackner/Kühl-StGB/Heger*, § 339, Rn. 2, 3; *MüKo-StGB/Uebele*, § 339, Rn. 12; *NK-StGB/Kuhlen*, § 339, Rn. 19, 28; *SSW-StGB/Kudlich*, § 339, Rn. 2, 14; a.A. *SK-StGB/Stein/Deiters*, § 339, Rn. 30.

⁶³ Dazu gehört selbstverständlich ein Staatsanwalt, vgl. *MüKo-StGB/Voßen*, § 344, Rn. 5; *SK-StGB/Wolters*, § 344, Rn. 15; *SSW-StGB/Kudlich*, § 344, Rn. 2 i.V.m. § 343, Rn. 3.

⁶⁴ *Fischer*, § 344, Rn. 4; *Lackner/Kühl-StGB/Heger*, § 344, Rn. 3; *SK-StGB/Wolters*, § 344, Rn. 11; *SSW-StGB/Kudlich*, § 344, Rn. 3. Darin ist sogar die „Über-“Verfolgung bei geringerer Schuld – z.B. wegen vorsätzlicher statt fahrlässiger Tötung – enthalten, vgl. *MüKo-StGB/Voßen*, § 344, Rn. 19.

verfolgt werden darf“, weil Verfahrenshindernisse vorliegen⁶⁵. Daraus kann man schließen, dass die beiden Tatbestandsalternativen nur einschlägig sind, wenn ein Verfahren nach § 170 II 1 StPO einzustellen ist. Sonstige Konstellationen umfasst § 344 StGB grundsätzlich nicht. Ferner wäre eine effektive Kontrolle durch die Auferlegung von innerdienstlichen Disziplinarmaßnahmen nicht zu erwarten⁶⁶; denn die Handlungen einzelner Staatsanwälte sind infolge des hierarchischen und monokratischen Aufbaus der Staatsanwaltschaft nicht allein als Folge einer individuellen Beurteilung zu sehen, sondern als ein die Richtlinie der kollektiven Institution der Staatsanwaltschaft widerspiegelndes Ergebnis.

Zweitens steht dem Angeklagten, der etwa wegen eines groben Verstoßes gegen das Objektivitätsgebot⁶⁷ oder die aus dem Legalitätsprinzip folgenden Pflichten⁶⁸ eines Staatsanwalts in seinen Rechten verletzt wurde, ein Anspruch auf Schadensersatz aus Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) zu⁶⁹. Der Anwendungsbereich erstreckt sich sowohl auf die pflichtwidrige Nichteinstellung des Verfahrens als auch auf die ungerechtfertigte Einleitung der Ermittlungen gegen den Beschuldigten⁷⁰. Das Zivilgericht kann hierbei im Rahmen der Prüfung des „Ob“ des Amtshaftungsanspruchs inzident überprüfen, ob die Einleitung des Ermittlungsverfahrens und die daraus folgende Anklageerhebung verständlich oder rechtmäßig vorgenommen wurde. Selbst wenn das Zivilgericht dies später für rechtswidrig hält, erhält der Betroffene nur finanzielle Entschädigung; die negative Auswirkung der Strafverfolgungshandlung des Staatsanwalts auf den Betroffenen wird dagegen nicht automatisch rückwirkend aufgehoben⁷¹. Hinzu kommt, dass vor dem Zivilgericht grundsätzlich der Kläger, d.h. der Angeklagte im Strafverfahren, aufgrund der zivilrechtlichen Beweislastverteilung die Rechtswidrigkeit der Handlung des Staatsanwalts nachweisen muss, welches im Vergleich zu dem im Strafverfahren geltenden Grundsatz *in dubio pro reo* einen weiteren Nachteil für den Betroffenen darstellt.

Vor diesem Hintergrund sollte man *de lege ferenda* eine umfassende direkte gerichtliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Abschlussentscheidung selbst ins Auge fassen. Nach geltendem Recht kann sie nach Einreichung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft, also im Zwischenverfahren, nur in eingeschränktem Umfang erfolgen:

Das Gericht kann die Eröffnung des Hauptverfahrens durch Beschluss ablehnen, wenn kein hinreichender Tatverdacht besteht (§ 204 StPO). Eine Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens dient dem Schutz des Beschuldigten (Angeschuldigten) und der Beschleunigung des Verfahrens. Die gerichtliche Praxis im Zwischenverfahren wird indes heutzutage in vieler Hinsicht kritisiert – etwa wegen der möglichen Befangenheit des Richters infolge der Personenidentität im Zwischen- und Hauptverfahren und der geringen Quote gerichtlicher Nichter-

⁶⁵ Bejahend *Fischer*, § 344, Rn. 4; *Lackner/Kühl-StGB/Heger*, § 344, Rn. 3; *MüKo-StGB/Voßen*, § 344, Rn. 21; *SK-StGB/Wolters*, § 344, Rn. 12; näher *NK-StGB/Kuhlen*, § 344, Rn. 9 ff.

⁶⁶ Dazu *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 308 ff.

⁶⁷ Vgl. *LR-StPO/Kühne*, Einl. J, Rn. 48.

⁶⁸ Vgl. *SK-StPO/Weßlau/Deiters*, Vor § 151, Rn. 37.

⁶⁹ *BGH StV* 1998, 150; 2001, 579; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 167; *LR-StPO/Mavany*, § 152, Rn. 50; eingehend *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 138.1.

⁷⁰ *BGH StV* 1988, 441.

⁷¹ Ähnlich zweifelnd an diesem zivilrechtlichen Umweg *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 138.1.

öffnungsbeschlüsse usw.⁷². Daraus ergibt sich das Bedürfnis einer Reform der geltenden Regelungen, damit der Hauptzweck des Zwischenverfahrens besser erreicht wird. Obwohl dieses Thema bereits rechtspolitisch diskutiert wurde⁷³, hat der Gesetzgeber diese Meinungsverschiedenheiten noch nicht beendet. Trotz der Kritik an einzelnen Vorschriften zum Zwischenverfahren, gelten diese unverändert fort⁷⁴. Dieser Befund rechtfertigt weitere Diskussionen über eine mögliche Verbesserung der gegenwärtigen Regelungen.

Dabei ist auch zu erwägen, die gerichtliche Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Opportunitätseinstellungen, §§ 153 ff. StPO, zu ermöglichen. In den jeweiligen Vorschriften, etwa in §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO, welche die Konstellation umfassen, in der die Klage bereits erhoben ist, findet man *de lege lata* zwar die gerichtliche Kompetenz zur Verfahrenseinstellung unter bestimmten Voraussetzungen. Diese ist jedoch ihrerseits jeweils an die Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten gebunden und eröffnet damit keine gerichtliche Kontrollmöglichkeit. Daraus folgt das Bedürfnis einer Änderung der Voraussetzung für die gerichtliche Verfahrenseinstellung.

D. Gegenstand und Gang der Untersuchung

(1) Die Arbeit untersucht die gerichtliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung im Zwischenverfahren, und dabei insbesondere die gerichtliche Kontrolle der Anklageerhebung. Diese Kontrolle führt – vorbehaltlich einer erneuten Anklage unter den Voraussetzungen des § 211 StPO – zu einer (allerdings mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren (§ 210 II StPO) endgültigen Verfahrensbeendigung. Die bereits ausführlich behandelten bzw. als unproblematisch gesehenen Fragen werden nicht – bzw. erforderlichenfalls nur kurz – erwähnt. Darunter fallen u.a. der Inhalt sowie die jeweiligen Voraussetzungen für die „staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung“ nach § 170 II StPO oder Opportunitätsvorschriften gemäß §§ 153 I ff. StPO⁷⁵, die – bereits oben genannten⁷⁶ – Kontrollmöglichkeiten der Ermessensausübung der Staatsanwaltschaft bei „ihrer Einstellung“ vornehmlich nach den Opportunitätsvorschriften, die Diskussionen über die Vereinbarkeit solcher Opportunitätsvorschriften mit dem Grundgesetz, die Möglichkeit einer Gewährleistung des Rechtswegs nach Art. 19 IV GG für den Beschuldigten bzw. Verletzten und die daraus folgenden verschiedenen Rechtsbehelfe gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft⁷⁷ sowie die Reformvorschläge solcher Opportunitätsvorschriften⁷⁸.

Demzufolge liegt der Schwerpunkt dieser Arbeit auf der Erörterung der „gerichtlichen“ Verfahrensbeendigung im Zwischenverfahren durch den Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO und den Einstellungsbeschluss nach den Regeln des Opportunitätsprinzips gemäß §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO. Nicht diskutiert wird eine etwaige Kontrolle durch

⁷² Näher siehe unten 3. Teil, C. III. 2. a)

⁷³ Näher siehe unten 3. Teil, C. III. 3.

⁷⁴ LR-StPO/*Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 18.

⁷⁵ Dies findet sich in fast allen strafprozessrechtlichen Lehrbüchern sowie Kommentaren und vielen Aufsätzen.

⁷⁶ Siehe oben C.

⁷⁷ Siehe etwa *Jostes*, Leistungsstörungen, S. 131 ff.; *Rose*, Rechtsschutz, S. 41 ff.

⁷⁸ Siehe etwa *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 195 ff.; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 204 ff.; *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 294 ff.

die Beteiligung der „Bürger“. Diese Form der Kontrolle findet sich in der deutschen StPO grundsätzlich nicht, ist aber etwa im US-amerikanischen Rechtssystem durch die Institution der *grand jury*⁷⁹ oder durch das „Bürgergremium für die Überprüfung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungs- und Strafverfolgungstätigkeiten“⁸⁰ im koreanischen Rechtssystem anzutreffen. Auch bezüglich der „gerichtlichen“ Verfahrensbeendigung wird zunächst die historische Entwicklung der jeweiligen Regelungen⁸¹ nicht näher behandelt; vielmehr werden auf der Grundlage des aktuellen Gesetzesstandes die Ausgestaltung und Möglichkeiten einer Reform näher untersucht. Ferner liegt der Fokus dieser Arbeit nicht auf den bereits umfangreich diskutierten Fragen über den Rechtsbegriff bzw. den Umfang des hinreichenden Tatverdachts bzw. der Prozessvoraussetzungen oder die Rechtsfolge bei formellen Fehlern in der Anklageschrift (vgl. § 200 StPO) oder Mängeln der äußeren Gestaltung⁸², nicht zuletzt bezüglich der Umgrenzungs- und Informationsfunktion der Anklage⁸³. Diese Fragen werden – soweit dies erforderlich ist – lediglich auf der Grundlage der h.M. summarisch behandelt. Stattdessen wird auf die in Deutschland bislang weniger behandelten sonstigen Konstellationen eingegangen, in denen Missbräuche der Anklageerhebungsbefugnis der Staatsanwaltschaft zu Lasten des Beschuldigten eindeutig erkennbar sind, so dass deren Kontrolle notwendig erscheint, die jedoch aufgrund mangelnder bzw. unzureichender gesetzlicher Grundlage nicht erfolgreich vorgenommen wurde und wird.

Der Ausgangspunkt für diese Überlegungen ist der koreanische Versuch, theoretische Lösungsansätze zu finden, die geeignet sind, „sämtliche“ Fälle rechtswidriger oder missbräuchlicher staatsanwaltschaftlicher Anklageerhebungen „umfassend“ zu kontrollieren, also anders als in Deutschland, wo der Gesetzgeber den Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO und die Opportunitätseinstellung etwa gemäß §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO unterschiedlich behandelt. Neben den genannten zwei Umständen, die einen gerichtlichen Nichteröffnungsbeschluss oder eine Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip herbeiführen, könnten auch an-

⁷⁹ Siehe etwa *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 205 ff.; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 128 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 14 f.

⁸⁰ Das Instrument findet sich in der koreanischen Geschäftsordnung des Bürgergremiums für die Überprüfung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungs- und Strafverfolgungstätigkeiten (zuletzt geändert mit Wirkung vom 20. 9. 2018). Gegenstand sind einige im Rampenlicht der Öffentlichkeit stehende, schwere Delikte (§ 3 I). Das Bürgergremium überprüft auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Angemessenheit oder Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Handlungen wie die „Anklageerhebung“, Verfahrenseinstellung, Aufhebung des Haftbefehls, Stellung des Antrags auf den Erlass des Haftbefehls oder Einlegung von Rechtsmitteln usw. (§ 3 II). Das Gremium besteht aus 11 bis 60 Staatsbürgern (§ 4 I) und stimmt zumindest mit einer Mehrheit der Erschienenen ab (§ 14 IV). Freilich hat die Entscheidung des Gremiums keine Bindungswirkung auf die staatsanwaltschaftliche Entscheidung (§ 18 I 2). Die Ausführungen gelten ähnlich auch für Strafsachen in zweiter Instanz (§ 22 ff.).

⁸¹ Zum Zwischenverfahren siehe etwa *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 109 ff.; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 67 ff.; *Foertsch*, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 15 ff.; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 9 ff.; *Hofer*, Zukunft, S. 4 ff.; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 11 ff. Zu den Opportunitätsvorschriften siehe etwa *Collin*, Wächter der Gesetze, S. 183 ff.; *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 390 ff.; *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 45 ff.; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 186 ff.; *Pott*, Opportunitätsdenken, S. 34 ff.; *Terbach*, Einstellungserzwingungsverfahren, S. 94 ff.; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 25 ff.; *Wohlers*, Entstehung und Funktion, S. 249 ff.

⁸² Siehe etwa *Schäpe*, Mangelhaftigkeit, S. 19 ff.

⁸³ Siehe etwa *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 285; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 533 ff.; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 38 ff.; *KK-StPO/Schneider*, § 200, Rn. 1, 30 ff.; *LR-StPO/Stuckenberg*, § 200, Rn. 4, 80 ff.; *MüKo-StPO/Wenske*, § 200, Rn. 4 f., 104 ff.

dere denkbare Fälle in Bezug auf die rechtswidrige oder missbräuchliche Ausübung des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft als ein weiterer Gegenstand der Diskussion herangezogen werden. Danach wäre anschließend zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen das Gericht solche Fälle überprüfen und kontrollieren kann. Da sich die gesetzlichen Konzeptionen in beiden Ländern grundlegend unterscheiden, ist zuvor im Rahmen einer rechtsvergleichenden Analyse zu untersuchen, ob die Diskussion in Korea auf das deutsche Recht übertragbar ist.

(2) Die im Rahmen dieser Untersuchung behandelten Probleme werden zunächst im Hinblick auf ihre Entstehung geschildert. Anschließend wird untersucht, wie diese Probleme gelöst werden können. Im ersten Teil werden deshalb die gegenwärtige Gesetzeslage hinsichtlich der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten der staatsanwaltschaftlichen Abschlussentscheidung (1. Teil, A.) und die Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle (1. Teil, B.) dargestellt. Für die vertiefende Untersuchung werden im zweiten Teil die Diskussionskonstellation und Regelungen in Korea vorgestellt, die auf einer anderen Entwicklungsgeschichte beruhen. Dafür wird auf einschlägige gerichtliche Kontrollinstrumente im koreanischen Recht (2. Teil, C.) – einschließlich der Struktur der Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft (2. Teil, A., B.) – eingegangen, wobei insbesondere auch die in der Wissenschaft befürwortete „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“, die für die Neugestaltung der deutschen Regelungen eine maßgebliche Rolle spielen würde, behandelt wird (2. Teil, D.). Ob sich die in Korea zur Diskussion gestellten Ansätze auf das deutsche Recht übertragen lassen, wird im dritten Teil erörtert. Schließlich werden auf der Grundlage der Ergebnisse dieser rechtsvergleichenden Analyse eigene Reformvorschläge präsentiert (Schlussbetrachtung).

1. Teil: Die gerichtliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung nach deutschem Recht

A. Gesetzeslage

Nach geltendem Recht steht nur der Staatsanwaltschaft die Kompetenz zur Erhebung einer Klage zu (§§ 151, 152 I StPO). Liegt ein hinreichender Tatverdacht, d.h. ein „genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage“ nach eigener Beurteilung der Staatsanwaltschaft vor, hat sie daher die Pflicht, durch Einreichung einer Anklageschrift beim zuständigen Gericht die Anklageerhebung vorzunehmen (§§ 170 I, 203 StPO). Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft ist nach der Einreichung der Anklageschrift einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen. Das Gericht nimmt nämlich nach der Anklageerhebung im Zwischenverfahren die Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsergebnisse vor und macht ggf. von seiner Verfahrensbeendigungsbefugnis Gebrauch. Man kann dies im Sinne einer Grobeinteilung folgendermaßen differenzieren: (1) Der Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO, (2) die (endgültige) Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip gemäß §§ 153 ff. StPO und (3) die vorläufige Einstellung gemäß § 205 StPO.

Bei dem letztgenannten Fall (3) handelt es sich um die Fallgruppe der Abwesenheit des Angeschuldigten oder eines anderen in seiner Person liegenden Hindernisses für längere Zeit⁸⁴. Eine solche vorläufige Einstellung hat ohne Weiteres zu erfolgen, denn die Hauptverhandlung kann jedenfalls solange nicht durchgeführt werden, als solche Hindernisse noch bestehen. Ist der einschlägige Einstellungsgrund nicht mehr vorhanden, wird das Verfahren fortgesetzt.

Im Folgenden wird auf die sonstigen Fälle (1) sowie (2) eingegangen, da diese hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle der Anklageerhebung im Rahmen des Zwischenverfahrens große Relevanz besitzen. Die Grenzziehung zwischen beiden Konstellationen hängt davon ab, ob hinreichender Tatverdacht und Prozessvoraussetzungen gegeben sind oder nicht.

I. Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO

Mit der Einreichung der Anklageschrift beim zuständigen Gericht beginnt das Zwischenverfahren (§ 199 II StPO). Der Vorsitzende dieses Gerichts teilt sodann die Anklageschrift dem Angeschuldigten mit (§ 201 I 1 Fall 1 StPO). Für die Prüfung des „Ob“ der Eröffnung des Hauptverfahrens gibt das Gericht dem Angeschuldigten die Gelegenheit, innerhalb einer zu bestimmenden Frist die Vornahme einzelner Beweiserhebungen zu beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzubringen (§ 201 I 1 Fall 2 StPO). Solche Beweiserhebungen fungieren in diesem Stadium nur als Mittel zur Erschütterung des hinreichenden Tatverdachts, so dass keine strengen Anforderungen an den Beweis Antrag wie in der Hauptverhandlung (z.B. § 244 StPO) gestellt werden und die (abgelehnten) Anträge nach-

⁸⁴ Zu dem Anwendungsbereich eingehend *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 364; *M-G/S/Schmitt*, § 205, Rn. 1, 8.

her in der Hauptverhandlung wieder gestellt werden können⁸⁵. Zudem kann das Gericht zur besseren Aufklärung der Sache von Amts wegen einzelne Beweiserhebungen anordnen (§ 202 StPO). Darin ist die Ausprägung des Untersuchungsgrundsatzes enthalten⁸⁶. Bei der Beschlussfassung ist das Gericht an die Anträge oder Bewertung der Staatsanwaltschaft nicht gebunden (§ 206 StPO). In Anbetracht der daraus folgenden Ergebnisse zusammen mit den von der Staatsanwaltschaft vorgelegten gesamten Aktenmaterialien⁸⁷ entscheidet das Gericht darüber, ob das Hauptverfahren eröffnet wird (§ 199 I StPO). Getroffen wird diese Entscheidung nicht von einem unbeteiligten Spruchkörper, sondern vom „für die Hauptverhandlung zuständigen Gericht“ in seiner Besetzung „außerhalb“ der Hauptverhandlung. Demnach ist der Entscheidungsträger beim Amtsgericht der Strafrichter und bei der Großen Strafkammer des Landgerichts die drei Berufsrichter; die Schöffen können mithin dabei nicht mitwirken (§§ 30 II, 76 I 2 GVG). Beim Oberlandesgericht erfolgt diese Entscheidung ebenfalls ohne Mitwirkung der Laienrichter durch den Strafsenat in einer Besetzung mit fünf Richtern einschließlich des Vorsitzenden (§ 122 II 1 GVG)⁸⁸.

Das Gericht beschließt nach dieser Überprüfung die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint (§ 203 StPO). Umgekehrt bedeutet dies, dass das Gericht beim fehlenden hinreichenden Tatverdacht einen Nichteröffnungsbeschluss erlassen (§ 204 I StPO) und dem Angeschuldigten den Nichteröffnungsbeschluss bekanntmachen muss (§ 204 II StPO). Bei der gerichtlichen Beurteilung geht es nicht um eine Überprüfung der Richtigkeit der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung, d.h. ob ihr Beurteilungsspielraum bezüglich der Abschlussverfügung rechtmäßig ausgeübt wurde; vielmehr hat das Gericht nach seiner eigenständigen prognostischen Einschätzung die Verurteilungswahrscheinlichkeit zu prüfen⁸⁹.

Konkret ergeht der Nichteröffnungsbeschluss, wenn erstens aus Gründen des materiellen Rechts der Angeschuldigte deshalb nicht strafbar ist, weil der Sachverhalt keinen objektiven oder subjektiven Straftatbestand erfüllt oder ein Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs-, Strafaufhebungs- bzw. Strafausschließungsgrund eingreift (Unschlüssigkeit der Anklage); zweitens aus tatsächlichen Gründen eine Verurteilung des Angeschuldigten deshalb nicht zu erwarten ist, weil ein hinreichender Tatverdacht fehlt oder nicht beweisbar ist (fehlende Nachweisbarkeit aus tatsächlicher Sicht); oder drittens ein Verfahrenshindernis vorliegt oder Pro-

⁸⁵ Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 613; Volk/Engländer, GK StPO, § 16, Rn. 6; KK-StPO/Schneider, § 201, Rn. 12; MüKo-StPO/Wenske, § 201, Rn. 25; Loritz, Kritische Betrachtungen, S. 124; Mavany, JA 2015, 488, 491.

⁸⁶ LR-StPO/Stuckenberg, § 202, Rn. 1; Foertsch, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 77; Hofer, Zukunft, S. 21.

⁸⁷ Hierzu Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 16, Rn. 5; KMR-StPO/Seidl, § 204, Rn. 9; LR-StPO/Stuckenberg, § 203, Rn. 5; Wohlers, Roxin-FS, 2011, S. 1313.

⁸⁸ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 356; Heghmanns, Strafverfahren, Rn. 681; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 612; Kleszczewski, Strafprozessrecht, Rn. 363; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 543; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 173; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 7; Volk/Engländer, GK StPO, § 16, Rn. 9.

⁸⁹ Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 526; MüKo-StPO/Köbel, § 170, Rn. 17; SK-StPO/Wohlers/Albrecht, § 170, Rn. 28. Dies wird durch die Vorschrift § 202 verdeutlicht, wonach das Gericht selbst fähig ist, zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anzuordnen.

zessvoraussetzungen fehlen⁹⁰. Zu den dritten Gründen zählen nach der h.M. etwa die Befreiung von deutscher Gerichtsbarkeit (Exterritorialität) (§§ 18-20 GVG), die Unzulässigkeit des Strafrechtswegs nach § 13 GVG, das Vorliegen der Immunität von Abgeordneten (Art. § 46 II, IV GG, § 152a StPO), der Erlass der Amnestie (Niederschlagung des Verfahrens), das Fehlen der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit (§§ 6, 16 StPO, §§ 3 ff. StGB), der Eintritt des Strafklageverbrauchs (Art. § 103 III GG), der Eintritt der anderweitigen Rechtshängigkeit, der Eintritt der Strafverfolgungsverjährung (§§ 78 ff. StGB), das Fehlen eines wirksamen Strafantrags, einer behördlichen Ermächtigung oder eines behördlichen Strafverlangens (bei Straftaten, die nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgbar sind) (§§ 77 ff. StGB), das Fehlen einer wirksamen Anklage (§ 200 I StPO), das Fehlen eines wirksamen Eröffnungsbeschlusses, der Tod des Angeschuldigten, die Verhandlungsunfähigkeit des Angeschuldigten und die Strafunmündigkeit des Angeschuldigten (§ 19 StGB, § 1 JGG)⁹¹. Der gerichtliche Nichteröffnungsbeschluss ergeht bei der dritten Fallgruppe als Prozessentscheidung, bei der ersten bzw. zweiten Fallgruppe als Sachentscheidung⁹².

Im Schrifttum wird über die Frage diskutiert, ob gewisse Ablehnungsgründe gegenüber anderen Gründen vorrangig sind, wenn mehrere Gründe konkurrieren⁹³. Der überwiegenden Auffassung zufolge haben die Prozessvoraussetzungen (prozessuale Gründe) gegenüber den übrigen sachlichen Gründen Priorität. Dies liegt daran, dass sich das Gericht ohne deren Vorliegen mit der Sache nicht befassen kann; denn eine Entscheidung in der Sache geht vom Vorliegen der Prozessvoraussetzungen aus⁹⁴. Ausnahmsweise gilt in der Hauptverhandlung jedoch der „Vorrang des Freispruchs vor der Einstellung“, wonach das Gericht einen Freispruch erlässt, wenn sich ein Verfahrenshindernis erst in einem abschließenden Zeitpunkt der Prüfung herausstellt⁹⁵ – es sei denn, dass die „Grundlage und unabdingbare Voraussetzung für das gerichtliche Verfahren insgesamt“ (z.B. die Anklage) fehlt⁹⁶. Beim Zusammentreffen von tatsächlichen und (materiell-)rechtlichen Ablehnungsgründen ist es hingegen nicht einfach,

⁹⁰ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 363; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 16, Rn. 24; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 368; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 546; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 14; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 174; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 18, Rn. 7; *HK-StPO/Julius/Schmidt*, § 203, Rn. 3; *KMR-StPO/Seidl*, § 204, Rn. 9 f.; *LR-StPO/Stuckenberg*, § 203, Rn. 12 ff.; *M-G/S/Schmitt*, § 204, Rn. 2 f.; *MüKo-StPO/Wenske*, § 204, Rn. 18 ff.; *SSW-StPO/Rosenau*, § 204, Rn. 3.

⁹¹ Näher statt aller *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 973 ff.; *LR-StPO/Kühne*, Einl. K, Rn. 41 ff. Im Allgemeinen werden die Verfahrenshindernisse als eine negative Art der Prozessvoraussetzungen genannt, so dass die beiden für (fast) identisch gehalten werden. Dagegen differenziert *Meyer-Göfner*, Prozessvoraussetzungen, S. 35 ff., dass der Mangel an „Prozessvoraussetzungen“, die Grundlage des Verfahrens sind, immer zur Einstellung führe, während das Vorliegen von „Verfahrenshindernissen“, die lediglich einer Fortsetzung des „an sich“ zulässigen Verfahrens entgegenstehen, den Freispruch hervorbringe, falls das Verfahren bereits bis zur „Freispruchreife“ durchgeführt sei. Daraus leitet er eine neue Begriffsbildung nach „Befassungsverboten“ und „Bestrafungsverboten“ ab; dazu kritisch *LR-StPO/Stuckenberg*, § 206a, Rn. 29a.

⁹² *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 620; *BeckOK-StPO/Ritscher*, § 204, Rn. 1; *LR-StPO/Stuckenberg*, § 204, Rn. 9.

⁹³ Diese Diskussion scheint jedoch in der Rechtsprechung wenige Aufmerksamkeit zu erhalten, vgl. *LR-StPO/Stuckenberg*, § 204, Rn. 14.

⁹⁴ *KK-StPO/Schneider*, § 204, Rn. 7; *LR-StPO/Stuckenberg*, § 204, Rn. 15; *MüKo-StPO/Wenske*, § 204, Rn. 23; *SK-StPO/Paeffgen*, § 204, Rn. 4.

⁹⁵ Vgl. *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 6; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 49, Rn. 16; *LR-StPO/Stuckenberg*, § 204, Rn. 15.

⁹⁶ *BGH NJW* 2000, 3293, 3294; näher *Meyer-Göfner*, Prozessvoraussetzungen, S. 27 ff.

das Verhältnis der einzelnen Gründe zueinander zu bestimmen. Nach allgemeiner Ansicht geht es dabei um die Frage des „ressourcenschonenden Begründungsaufwands“, d.h. welcher Grund bei der Entscheidung am „liquidesten oder überzeugendsten“ ist⁹⁷.

Im Falle der gerichtlichen Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens muss aus dem Nichteröffnungsbeschluss – nicht im Tenor, sondern in den Gründen⁹⁸ – hervorgehen, ob er auf tatsächlichen oder auf rechtlichen Gründen beruht (§ 204 I StPO). Die Letzteren beziehen sich etwa auf die Konstellation bei Unschlüssigkeit der Anklage (aus materiell-rechtlichen Gründen) oder bei Vorliegen von Verfahrenshindernissen (aus verfahrensrechtlichen Gründen), während es sich bei den Ersteren um mangelnde Beweisbarkeit aus tatsächlicher Sicht handelt⁹⁹. Daraus ergibt sich eine Begründungspflicht des Gerichts¹⁰⁰, durch welche das Informationsrecht der Staatsanwaltschaft garantiert wird¹⁰¹.

Gegen den Nichteröffnungsbeschluss nach § 204 StPO steht der Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde zu (§ 210 II Fall 1 StPO). Liegt ein Nichteröffnungsbeschluss wegen einzelner von mehreren angeklagten Taten (§ 207 II Nr. 1 StPO) vor, kann die Staatsanwaltschaft die Teiblehnung anfechten¹⁰². Es erübrigt sich hingegen, auf das Beschwerderecht des Angeeschuldigten gegen den Nichteröffnungsbeschluss einzugehen. Denn der Angeschuldigte wird durch den Beschluss vom Strafverfahren frei, so dass er nicht beschwert ist¹⁰³. Gleiches gilt, wenn der Angeschuldigte trotz der gerichtlichen Ablehnung der Eröffnung wegen einer fehlenden Prozessvoraussetzung (aus prozessualen Gründen) die Ablehnung aus sachlichen Gründen in Anspruch nimmt¹⁰⁴.

Bei einem nicht mehr anfechtbaren Nichteröffnungsbeschluss tritt ein beschränkter Strafklageverbrauch ein¹⁰⁵. Die Staatsanwaltschaft kann nämlich nach § 211 StPO nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel die Klage wieder aufnehmen. Die Vorschrift dient dem Schutz des Angeschuldigten durch die Hemmung einer möglichen erneuten Strafverfolgung¹⁰⁶. Eine solche „Neuheit“ besteht, wenn zum Zeitpunkt des Ablehnungsbeschlusses die Tatsachen oder Beweismittel dem Gericht nicht bekannt waren. Daher handelt es sich weder darum, ob die Tatsachen oder Beweismittel dann wirklich vorlagen, noch darum, ob das Gericht sie hätte

⁹⁷ BeckOK-StPO/Ritscher, § 204, Rn. 7; KK-StPO/Schneider, § 204, Rn. 7; LR-StPO/Stuckenberg, § 204, Rn. 16; M-G/S/Schmitt, § 204, Rn. 4; MüKo-StPO/Wenske, § 204, Rn. 23.

⁹⁸ Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 619.

⁹⁹ Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 552; Mavany, JA 2015, 488, 492 f.

¹⁰⁰ HK-StPO/Julius/Schmidt, § 204, Rn. 4; KK-StPO/Schneider, § 204, Rn. 6, 12; LR-StPO/Stuckenberg, § 204, Rn. 13; M-G/S/Schmitt, § 204, Rn. 7; MüKo-StPO/Wenske, § 204, Rn. 16; SK-StPO/Paeffgen, § 204, Rn. 4; Vormbaum, ZIS 2015, 328, 332. Dies erscheint aber nicht besonders, weil schon § 34 StPO eine solche Begründung verlangt, vgl. Krack, Beulke-FS, S. 819.

¹⁰¹ Hierzu Heghmanns, Zwischenverfahren, S. 132 f.

¹⁰² Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 556; BeckOK-StPO/Ritscher, § 210, Rn. 5; KK-StPO/Schneider, § 210, Rn. 5; KMR-StPO/Seidl, § 210, Rn. 11; LR-StPO/Stuckenberg, § 210, Rn. 23.

¹⁰³ KMR-StPO/Seidl, § 210, Rn. 14; LR-StPO/Stuckenberg, § 210, Rn. 22; MüKo-StPO/Wenske, § 210, Rn. 22; SK-StPO/Paeffgen, § 210, Rn. 10; SSW-StPO/Rosenau, § 210, Rn. 4.

¹⁰⁴ LR-StPO/Stuckenberg, § 210, Rn. 22.

¹⁰⁵ BGHSt 7, 64, 66; 18, 225, 256.

¹⁰⁶ BGHSt 18, 225, 226; HK-StPO/Julius/Schmidt, § 211, Rn. 1; KK-StPO/Schneider, § 211, Rn. 1; KMR-StPO/Seidl, § 211, Rn. 1; LR-StPO/Stuckenberg, § 211, Rn. 1; MüKo-StPO/Wenske, § 211, Rn. 1; SK-StPO/Paeffgen, § 211, Rn. 2.

erkennen können¹⁰⁷.

II. Einstellung gemäß §§ 153 ff. StPO

Die Opportunitätsvorschriften nach §§ 153 ff. StPO enthalten zahlreiche Einstellungsmöglichkeiten sowohl durch die Staatsanwaltschaft als auch durch das Gericht. Als Erstes ist – meistens im ersten Absatz – geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Staatsanwaltschaft ihre Ermessensausübung für die Verfahrenseinstellung vornehmen darf¹⁰⁸. In jeweils nachfolgenden Absätzen findet sich der gerichtliche Einstellungsbeschluss. Nachfolgend werden die einzelnen Einstellungsgründen nach ihrer Regelungsform kategorisiert.

§§ 153 II, 153a II, 153b II StPO erlauben zunächst die gerichtliche Einstellung nach der Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft unter den Bedingungen, dass die im ersten Absatz der jeweiligen Vorschriften stehenden Voraussetzungen für die staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung gegeben sind und sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Angeschuldigte der Entscheidung des Gerichts zustimmen. Das Gericht kann nach der Anklageerhebung „mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten“ das Verfahren „in jeder Lage des Verfahrens“ einstellen (§ 153 II 1 StPO), „vorläufig“ einstellen und „zugleich dem Angeschuldigten einige Auflagen und Weisungen auferlegen“ (§ 153a II 1 StPO), oder „bis zum Beginn der Hauptverhandlung“¹⁰⁹ einstellen (§ 153b II StPO). Es genügt daher nicht, wenn nur einer von ihnen damit einverstanden ist. § 153 II 2 macht indes ausnahmsweise die Zustimmung des Angeschuldigten entbehrlich, solange „die Hauptverhandlung aus den in § 205 StPO angeführten Gründen nicht durchgeführt werden kann oder in den Fällen des § 231 II StPO und der §§ 232 und 233 StPO in seiner Abwesenheit durchgeführt wird“¹¹⁰. Eine derart exzeptionelle Regelung gilt nicht für § 153b II StPO¹¹¹.

Die Verfahrensbeendigung wird dem Gericht in den Fällen der §§ 153e II, 154a StPO ohne Einverständnis des Angeschuldigten¹¹² zugebilligt. Das mit der Sache befasste Gericht kann bei § 154a II StPO nach Einreichung der Anklageschrift¹¹³ „in jeder Lage des Verfahrens“ nur „mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft“ die Verfolgung auf einen Teil der Tat – d.h. einer und derselben Tat im prozessualen Sinne – beschränken. Im Vergleich dazu bedarf es bei § 153e II StPO lediglich der „Zustimmung des Generalbundesanwalts“.

¹⁰⁷ BGHSt 7, 64, 66; BGH StV 1990, 7; NStZ 2017, 593, 594; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 553; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 16, Rn. 21; BeckOK-StPO/*Ritscher*, § 211, Rn. 4; HK-StPO/*Julius/Schmidt*, § 211, Rn. 4; KK-StPO/*Schneider*, § 211, Rn. 4; KMR-StPO/*Seidl*, § 211, Rn. 8; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 211, Rn. 11; M-G/S/*Schmitt*, § 211, Rn. 3; MüKo-StPO/*Wenske*, § 211, Rn. 20 ff.; SK-StPO/*Paeffgen*, § 211, Rn. 5; SSW-StPO/*Rosenau*, § 211, Rn. 5 f.

¹⁰⁸ Zur summarischen Darstellung der Voraussetzungen siehe unten 1. Teil, B. II. 2. a).

¹⁰⁹ Die gerichtliche Einstellungsbefugnis endet nämlich mit dem Beginn der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (§ 243 I 1 StPO), dazu HK-StPO/*Gercke*, § 154b, Rn. 7; M-G/S/*Schmitt*, § 153b, Rn. 3; LR-StPO/*Mavany*, § 153b, Rn. 20.

¹¹⁰ Zu weiteren Ausnahmefällen M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 27.

¹¹¹ KK-StPO/*Diemer*, § 153b, Rn. 6; LR-StPO/*Mavany*, § 153b, Rn. 21; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153b, Rn. 13.

¹¹² KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153e, Rn. 8; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 154a, Rn. 22. Dennoch ist ggf. eine Anhörung gemäß § 33 StPO zugunsten des Angeschuldigten bzw. Angeklagten erforderlich, vgl. SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153e, Rn. 16; a.A. M-G/S/*Schmitt*, § 153e, Rn. 3.

¹¹³ Sie erfasst natürlich alle Arten der Anklageerhebung, vgl. SSW-StPO/*Schnabl*, § 154a, Rn. 10.

Anders liegt es bei §§ 154 II, 154b IV StPO, wonach der Antrag der Staatsanwaltschaft auf die Einstellung statt deren Zustimmung geboten ist. Liegen mehrere Taten im prozessualen Sinne vor, ist das Gericht also zuständig, in bestimmten Konstellationen „auf Antrag der Staatsanwaltschaft“ das Verfahren „in jeder Lage“ „vorläufig“ einzustellen. Trotz des Wortlauts „vorläufig“ führt eine solche Einstellung ein Verfahrenshindernis herbei¹¹⁴. Auch § 154b IV StPO macht den „Antrag der Staatsanwaltschaft“ zur Voraussetzung der gerichtlichen „vorläufigen“ Verfahrensbeendigung, die nach dem Wortlaut der Norm obligatorisch vorgenommen werden „muss“ (Soll-Vorschrift). Das Gericht ist dann nur zur Prüfung verpflichtet, ob die gesetzlichen Bedingungen für die Einstellung tatsächlich erfüllt sind¹¹⁵.

Bei § 154e II StPO stellt das Gericht selbst „bis zum Abschluss des Straf- oder Disziplinarverfahrens wegen der angezeigten oder behaupteten Handlung“ ein. Dies stellt eine Soll-Vorschrift dar¹¹⁶, so dass dem Gericht nach Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft oder bei Privatklage durch den Privatkläger die „vorläufige“ Verfahrenseinstellung „obliegt“, wenn das Bezugsverfahren anhängig ist. Da diese Anhängigkeit ein vorläufiges Verfahrenshindernis darstellt¹¹⁷, muss das Gericht sie von Amts wegen prüfen¹¹⁸. Der Staatsanwaltschaft oder dem Angeschuldigten steht keine Zustimmungs- oder Antragskompetenz zu.

Neben der gerichtlichen Einstellung besteht auch im Rahmen des Zwischen- und Hauptverfahrens noch die Einstellungsmöglichkeit durch die Staatsanwaltschaft, §§ 153c IV, 153f III StPO, oder durch den Generalbundesanwalt, § 153d II StPO. Nach §§ 153c IV, 153d II, 153f III StPO kann die öffentliche Klage unter den im vorangegangenen Absatz bezeichneten Voraussetzungen „in jeder Lage des Verfahrens“ von der Staatsanwaltschaft (oder vom Generalbundesanwalt) zurückgenommen werden und anschließend das Verfahren eingestellt werden. Die Vorschriften sind als eine Durchbrechung des Immutabilitätsprinzips gemäß § 156 StPO zu verstehen, wonach die Klage nach Eröffnung des Hauptverfahrens nicht zurückgenommen werden kann¹¹⁹. Allein der Staatsanwaltschaft (oder dem Generalbundesanwalt) steht also diese Nichtverfolgungsermächtigung mit der Begründung zu¹²⁰, dass es dabei häufig um politische Gesichtspunkte geht¹²¹. Solche Verfahrenseinstellungen erfolgen aber nach dem Gesetzeswortlaut „ohne Mitwirkung“ des Gerichts. Das mit der Sache befasste Gericht kann zwar die Staatsanwaltschaft zur Einstellung anregen¹²², diese Anregung hat jedoch keine verbindliche Wirkung. Daraus folgt, dass sich das Gericht bei diesen Konstellationen nicht durch eine selbstständige Einstellungserklärung gegen die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft weh-

¹¹⁴ BGH NStZ-RR 2018, 116, 117; KMR-StPO/Kulhanek, § 154, Rn. 17a; SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 154, Rn. 33; SSW-StPO/Schnabl, § 154, Rn. 9.

¹¹⁵ SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 154b, Rn. 12; LR-StPO/Mavany, § 154b, Rn. 13; M-G/S/Schmitt, § 154b, Rn. 3.

¹¹⁶ SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 154e, Rn. 14.

¹¹⁷ Bejahend HK-StPO/Gercke, § 154e, Rn. 5; KK-StPO/Diemer, § 154e, Rn. 9; LR-StPO/Mavany, § 154e, Rn. 14; M-G/S/Schmitt, § 154e, Rn. 11; SSW-StPO/Schnabl, § 154e, Rn. 4.

¹¹⁸ KMR-StPO/Kulhanek, § 154e, Rn. 7; SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 154e, Rn. 14.

¹¹⁹ Hierzu Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 662; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 23, 28.

¹²⁰ Das Gericht kann jedoch prüfen, ob die Voraussetzungen einzelner Regelungen für die Einstellung erfüllt sind; wenn nicht, ist die Klagerücknahme zu leugnen, vgl. HK-StPO/Gercke, § 153c, Rn. 10; LR-StPO/Mavany, § 153c, Rn. 42; SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 153c, Rn. 29.

¹²¹ M-G/S/Schmitt, § 153c, Rn. 1; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 63.

¹²² M-G/S/Schmitt, § 153c, Rn. 16.

ren kann.

Ähnlich ist die Lage bei §§ 154c, 154d StPO. Bei diesen Regelungen ist nur die Möglichkeit gegeben, dass die Staatsanwaltschaft selbst in bestimmten Fällen von der Verfolgung der Tat absehen kann¹²³. Dem Gericht steht lediglich die Einstellungsbefugnis ggf. nach §§ 153 II, 153a II StPO zu¹²⁴.

Außerhalb der Strafprozessordnung hat das Gericht beispielsweise bei Drogenkleinkriminalität nach Anklageerhebung die Möglichkeit, gemäß § 31a II BtMG „mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten“ das Verfahren einzustellen¹²⁵. Dies ist als *lex specialis* zu § 153 StPO anzusehen¹²⁶. Des Weiteren kann das Gericht nach § 37 II BtMG „mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft“ das Verfahren „bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können“, „vorläufig“ einstellen, wenn geringe Strafe, Behandlungsaufnahme und zukünftige Resozialisierung erwartet werden. Für die Entschließung zur Verfahrenseinstellung braucht das Gericht überdies die „Zustimmung der Staatsanwaltschaft“ bei der Verfehlung eines Jugendlichen oder Heranwachsenden nach § 47 I 2 JGG und bei einer Ordnungswidrigkeit nach § 47 II 1 OWiG.

Als Ergebnis lässt sich wie folgt festhalten: Vorgeschrieben sind in der StPO die Verfahrenseinstellungsmöglichkeiten durch das Gericht im Bereich des Opportunitätsprinzips unter verschiedenen Bedingungen. Das Gericht kann im Zwischenverfahren mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft (§§ 153e II, 154a StPO), u.U. zusätzlich mit der des Angeschuldigten (§§ 153 II, 153a II, 153b II StPO), auf Antrag der Staatsanwaltschaft (§§ 154 II, 154b IV StPO), oder selber ohne deren Mitwirkung (§ 154e II StPO) das Verfahren einstellen, aber bei §§ 153c IV, 153d II, 153f III, 154c, 154d StPO bei der Einstellung nicht mitwirken. In den Einstellungsvorschriften findet man leider keine schlüssige Struktur¹²⁷. Somit erscheint es schwierig, unter welchem expliziten Kriterium sie sich voneinander unterscheiden können. Man kann das nur so verstehen, dass das geltende Recht die im Einzelfall geeigneten Kontrollmaßnahmen festlegt.

B. Die Notwendigkeit der gerichtlichen Kontrolle über die Anklageerhebung

Betrachtet man die gegenwärtigen Vorschriften der StPO, so merkt man, dass – wie bereits erwähnt – im Rahmen des Zwischenverfahrens auf jeden Fall gerichtliche Kontrollmethoden zur Verfügung stehen. Diese gerichtlichen Möglichkeiten bewirken, dass im Falle des Nichteröffnungsbeschlusses oder der Verfahrenseinstellung durch das Gericht die öffentliche Hauptverhandlung nicht stattfindet.

Solche gesetzlichen Normen scheinen jedoch nicht alle kontrollbedürftigen Fälle zu umfassen, denn darunter fallen lediglich die oben genannten Konstellationen, deren Voraussetzungen wie bei §§ 153 ff. StPO in den einzelnen Vorschriften relativ eindeutig bestimmt sind,

¹²³ SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 154c, Rn. 7; kritisch dazu LR-StPO/*Mavany*, § 154c, Rn. 15.

¹²⁴ M-G/S/*Schmitt*, § 154c, Rn. 4; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 154c, Rn. 7.

¹²⁵ Kritisch zu der Regelungsausgestaltung, vgl. *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 269 ff.

¹²⁶ Vgl. SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 12; *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 270.

¹²⁷ Auf dieser Linie *Cramer*, Maurach-FS, S. 492.

und die Konstellationen wie bei § 204 StPO, wo aufgrund einer vagen Formulierung Probleme entstehen – z.B. die Frage des genauen Umfangs der Verfahrenshindernisse. Es gibt in der Praxis aber selbstverständlich noch mehr Fälle, in denen zum Schutz des Beschuldigten eine gerichtliche Kontrolle über die rechtswidrig bzw. missbräuchlich vorgenommene Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft erforderlich ist. Denn wegen der weitreichenden Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Abschlussverfügung kann sie sogar „bewusst“ eine solche Anklage erheben, die den Beschuldigten zu Unrecht erheblich belastet¹²⁸.

Nachfolgend werden die Gründe für die Notwendigkeit der gerichtlichen Kontrolle über solche Ausnahmefälle erläutert. Die Notwendigkeit ergibt sich dabei sowohl in theoretischer Hinsicht, welche sich an den verfassungsrechtlichen Prinzipien und der Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft sowie des Beschuldigten im gesamten Strafverfahren orientiert, als auch in formeller Hinsicht, welche – zusammen mit den theoretischen Gründen – die fehlerhafte Regelungsform des geltenden Rechts verdeutlicht.

I. Theoretische Gründe

1. Vereinbarkeit mit Akkusations- und Gewaltenteilungsprinzip hinsichtlich der Entstehung der Staatsanwaltschaft

(1) Beeinflusst durch den französischen Aufklärungsgedanken sowie die französische Strafprozessreform wurde die Staatsanwaltschaft im Laufe des 19. Jahrhunderts als Anklagebehörde ins deutschen Strafrechtssystem eingeführt¹²⁹. Insbesondere nach dem „Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen“ vom 17. Juli 1846 wurde zum ersten Mal¹³⁰ der (Berliner) Staatsanwaltschaft die alleinige Ermittlungsbefugnis überantwortet. Die Staatsanwaltschaft war zugleich zum Schutz auch des Angeklagten verpflichtet¹³¹. Diese Verordnung galt damals nur für das Kammergericht und das Kriminalgericht zu Berlin, spielte allerdings weiter eine große Rolle als Vorbild für die Gestaltung der gegenwärtigen Staatsanwaltschaft¹³². Unter Einfluss der Revolution von 1848 wurden sowohl die Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit sowie der Anklage (Akkusationsprinzip) als auch die Institution der Staatsanwaltschaft nach der Verordnung von 1849 sowie dem ergänzten Gesetz von 1852 in ganz Preußen übernommen¹³³.

Generell werden daher die Entstehung und Entwicklung der Staatsanwaltschaft als Ausprä-

¹²⁸ Zu dieser Möglichkeit *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 37 ff.

¹²⁹ Näher *Wilke*, Staatsanwälte, S. 17 ff. Zur Entstehung der französischen Staatsanwaltschaft vgl. *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 38 ff.

¹³⁰ Zwar wurde die Staatsanwaltschaft davor im Königreich Hannover (1841) und im Königreich Württemberg (1843) eingeführt, ihre Aufgaben und Befugnisse waren jedoch eingeschränkt, vgl. *Roxin*, DRiZ 1997, 109, 112.

¹³¹ Dazu *Roxin*, DRiZ 1997, 109, 112; *Wohlens*, Entstehung und Funktion, S. 106 f. Nach § 5 dürften die Gerichte grundsätzlich nur noch nach einem Antrag der Staatsanwaltschaft eine Untersuchung durchführen und die Staatsanwaltschaft habe nach § 6 nicht bloß darauf zu achten, dass kein Schuldiger der Strafe entgehe, sondern auch darauf, dass niemand schuldlos verfolgt werde.

¹³² *Roxin*, DRiZ 1997, 109, 112 f.; zum nachfolgenden Gang eingehend *Collin*, Wächter der Gesetze, S. 91 ff.

¹³³ *Rüping*, GA 1992, 147, 153; ausführlich *Wohlens*, Entstehung und Funktion, S. 107 ff.

gung liberal-rechtsstaatlicher Postulate bewertet¹³⁴. Dies geschah vor allem unter dem Einfluss der Konzeptionen von *Mühler*, *Savigny*, *Friedberg* und *Uhden*¹³⁵. Die Staatsanwaltschaft sollte demzufolge als „Wächter des Gesetzes“ fungieren und ein „vermittelndes Band zwischen Polizei und Gericht“ bilden¹³⁶. Die Bürger begrüßten die Einführung der Staatsanwaltschaft, weil durch die gleichzeitige Einführung des Grundsatzes der Öffentlichkeit und Mündlichkeit die Staatsanwaltschaft als eine Institution zum Schutz der Bürger vor freiheitsentziehenden Maßnahmen des Staates gesehen wurde¹³⁷.

Auf der anderen Seite gibt es auch Zweifel an dieser Interpretation. *Collin* behauptet, dass die Staatsanwaltschaft kein Produkt von „Rechtsstaatlichkeit“ und „Liberalismus“ sei, sondern deren Einführung unabhängig von den Forderungen der Reformen auf der Stimme der damaligen preußischen Regierung beruhe¹³⁸. Dies lasse sich verdeutlichen, wenn man berücksichtige, dass die Staatsanwaltschaft systematisch zur Exekutive zählt und dem Weisungsrecht des Justizministeriums unterworfen ist¹³⁹. Die Regierung wollte also mithilfe der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft eine Kontrolle über die Entscheidung des Gerichts vornehmen und ggf. seine Urteile gemäß dem Willen der Regierung ändern. Auf diese Weise habe die Regierung versucht, ihre politischen Ziele auf Strafverfahren zu projizieren¹⁴⁰. Im Ergebnis bleibe daran festzuhalten, dass bezüglich der Einführung der Staatsanwaltschaft der Gedanke des „Organs der Staatsregierung“ oder des „Büttels der Regierung“¹⁴¹ hinter dem Ausdruck „Hüter des Gesetzes“ stecke. Dieser Charakter setzte sich danach weiter mit der Folge fort, dass die Strafverfolgungspraxis der Reichsanwaltschaft und Bundesanwaltschaft mit den jeweiligen Staatswillen eng verbunden gewesen sei¹⁴².

Welche Auffassung vorzugswürdig ist, ist historisch gesehen noch nicht vollkommen geklärt¹⁴³. Die zweite Ansicht weist hauptsächlich auf das Problem hin, das sich aus dem Weisungsrecht des Justizministeriums ergibt. Sie verneint aber die Tatsache nicht vollständig, dass die liberal-rechtsstaatlichen Ideen einen starken Einfluss auf die Einführung der Staatsanwaltschaft ausgeübt haben¹⁴⁴. Somit kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass der Hauptzweck der Justizinstitution der Staatsanwaltschaft darin liegt, durch gegenseitige Kontrolle von Staatsanwaltschaft und Gericht die Gerechtigkeit der Strafrechtspflege zu verwirklichen. Aufgrund der möglichen politischen Manipulation¹⁴⁵ oder Einflussnahme auf die Entschei-

¹³⁴ Namentlich *Roxin*, DRiZ 1997, 109 f., 112 f.; so auch *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 18; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 13, Rn. 3; LR-StPO/*Kühne*, Einl. J, Rn. 40; *E. Schmidt*, DRiZ 1957, 273, 275.

¹³⁵ Näher *Collin*, Wächter der Gesetze, S. 62 ff.; *Wohlers*, Entstehung und Funktion, S. 101 ff.

¹³⁶ *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 233; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 9, Rn. 1; *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 95; *Schaefer*, Hamm-FS, S. 646.

¹³⁷ Vgl. *Collin*, Wächter der Gesetze, S. 90; *Rüping*, GA 1992, 147, 152 f.

¹³⁸ *Collin*, Wächter der Gesetze, S. 3 ff.

¹³⁹ *Collin*, Wächter der Gesetze, S. 118 ff.

¹⁴⁰ Dazu sowie zu deren zahlreichen Beispielen *Collin*, Wächter der Gesetze, S. 247 ff.; auch *Wohlers*, Entstehung und Funktion, S. 107, 206; zu entsprechenden kritischen Betrachtungen *Rüping*, GA 1992, 147, 157 f.

¹⁴¹ Zu dieser Formulierung *Trentmann*, ZIS 2016, 130, 312.

¹⁴² *Wilke*, Staatsanwälte, S. 295 f. Zur Darstellung der Zeit des Dritten Reichs *Schaefer*, Hamm-FS, S. 645 f.

¹⁴³ *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 133.1.

¹⁴⁴ Bejahend *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 9, Rn. 1.

¹⁴⁵ *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 40, 77.

derung der Staatsanwaltschaft erscheint es allerdings unvermeidbar, dass eine solche Interpretation kritisch zu beachten ist. Denn obwohl heute eine direkte Weisung des Justizministeriums selten vorliegt, sind (mittelbare) Konflikte zwischen den Staatsanwälten und dem Justizministerium in Medienberichterstattungen nicht selten zu sehen¹⁴⁶. Abgesehen von der theoretischen Diskussion über die Wurzel der Staatsanwaltschaft besteht ferner jederzeit die Gefahr der politischen Instrumentalisierung der Staatsanwaltschaft, je nach Sichtweise oder tatsächlichen Handlungen konkreter Amtsträger in der Praxis¹⁴⁷. Sowohl in Anbetracht der Möglichkeit der politischen Parteilichkeit der Staatsanwaltschaft nach der zweiten Auffassung als auch angesichts der Erkenntnisse nach der ersten Auffassung ist die Staatsanwaltschaft vornehmlich auch zugunsten des Beschuldigten geschaffen worden, so dass das Gericht unzulässige Handlungen der Staatsanwaltschaft im Interesse des Beschuldigten überprüfen und ggf. hemmen soll, solange diese innerhalb seiner Verfahrensherrschaft liegen. Nur dann würde eine effektive Kontrolle insbesondere „im justizinternen Bereich“ erfolgen.

Es ist nun fraglich, in welchem Umfang eine solche Kontrolle anzunehmen ist. Die Problematik ist mit der Frage verbunden, ab welchem Zeitpunkt das Gericht in die der Staatsanwaltschaft zustehenden Befugnisse eingreifen darf. Dies lässt sich durch die Auseinandersetzung mit den Prinzipien der Akkusation und Gewaltenteilung deutlich erläutern.

(2) Unter dem Akkusationsprinzip (Anklagegrundsatz) ist zu verstehen, dass die Anklage und Urteilsfindung durch unterschiedliche staatliche Organe erfolgen sollten. Daher wird gefordert, dass das in §§ 199 ff. StPO normierte, gerichtliche Verfahren (Zwischenverfahren) nicht von Amts wegen, sondern unbedingt durch die Prozesshandlung eines Dritten, d.h. durch Erhebung einer Klage der Staatsanwaltschaft, einzuleiten und durchzuführen ist¹⁴⁸. Dieser Gedanke ist in § 151 StPO verankert. Er wird in §§ 155 I, 264 I, 266 StPO konkretisiert, wonach Gerichte grundsätzlich allein die in der Anklage bezeichnete Tat und die durch die Anklage beschuldigten Personen prüfen dürfen¹⁴⁹. Die „thematische Bindung des Gerichts“ erfolgt nämlich zum Schutz des Angeklagten vor einer willkürlichen Erweiterung der gerichtlichen Untersuchung¹⁵⁰. Historisch betrachtet ersetzte dieser Grundsatz den Inquisitionsprozess, der wegen der Identität von Ankläger und Richter den Beschuldigten benachteiligte. Denn die Vereinigung der Aufgaben zweier staatlicher Organe in einer Person führte in psychologischer Hinsicht zu einer erheblichen Gefahr der Voreingenommenheit des Richters ohne objektive Gelassenheit¹⁵¹. Mit der Einführung der Staatsanwaltschaft als Anklagebehör-

¹⁴⁶ *Roxin*, DRiZ 1997, 109, 117; *Schairer*, Lenckner-FS, S. 739 ff.; zum allerneusten Fall „netzpolitik.org“ im Jahre 2015 *Trentmann*, ZIS 2016, 130 f.

¹⁴⁷ Zu derselben Besorgnis *Schaefer*, Hamm-FS, S. 647 ff.; *Trentmann*, ZIS 2016, 130, 132 f.

¹⁴⁸ *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 29; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 46; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 18, Rn. 5; HK-StPO/*Gercke/Temming*, Einl., Rn. 42; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 151, Rn. 1; LR-StPO/*Mavany*, § 151, Rn. 1; LR-StPO/*Kühne*, Einl. I, Rn. 9; MüKo-StPO/*Kudlich*, Einl., Rn. 144.

¹⁴⁹ *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 4, Rn. 17; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 29; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 581; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 13, Rn. 6; HK-StPO/*Gercke/Temming*, Einl., Rn. 42.

¹⁵⁰ *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 352 f.

¹⁵¹ *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 93; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 18; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 4, Rn. 16; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 30; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrens-

de im 19. Jahrhundert verabschiedete sich das deutsche Rechtssystem von diesem Inquisitionsprinzip¹⁵². Das Akkusationsprozess dient also der Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit bzw. Neutralität¹⁵³.

Nach dem Akkusationsprinzip steht der Staatsanwaltschaft die Befugnis zur Ermittlung sowie Anklageerhebung zu, so dass das Gericht bei solchen Tätigkeiten eigentlich überhaupt nicht mitwirken darf. Bei strikter Anwendung könnte das Eingreifen des Gerichts in die Anklageerhebung in der Form ihrer Kontrolle als eine Beeinträchtigung des Akkusationsprinzips angesehen werden. Denn das Eingreifen beeinflusst die Wirksamkeit der Anklageerhebung selbst, so dass die Staatsanwaltschaft daran gehindert zu sein scheint, die nach dem Akkusationsprinzip ausschließlich ihr zustehende Anklageerhebungsbefugnis auszuüben¹⁵⁴.

Dem wird jedoch folgenderweise entgegnet: Eine solche Verletzung des Akkusationsprinzips kann nur bestehen, wenn der Richter in der Phase des Ermittlungsverfahrens oder bei der Entscheidung über die Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft aktiv an bestimmten Ermittlungshandlungen teilnimmt oder Beiträge zur Strafverfolgung leistet. Die gerichtliche Kontrolle über die rechtswidrige Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft hat nichts mit derartiger Förderung der Strafverfolgung zu tun; durch jene Kontrolle kann vielmehr eine möglicherweise illegale Ausübung staatlicher Strafgewalt durch die Staatsanwaltschaft geprüft und sodann eingedämmt werden¹⁵⁵. Solche Rechtspraxis ist jedoch dem Inquisitionsprozess fremd. Denn hier greift das Gericht weder in das Vorverfahren ein noch wird es an Stelle des Anklägers tätig. Vielmehr beurteilt es „erst nach“ der Anklageerhebung ihre Angemessenheit¹⁵⁶; also erst, nachdem die Stellung der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ bereits zu ihrem Ende gekommen ist¹⁵⁷. Infolgedessen verhindert das Gericht die Wirksamkeit der Anklageerhebung und verneint damit die Eröffnung des Hauptverfahrens nur dann, wenn die Anklageerhebung als fehlerhaft angesehen wird; andernfalls wird das Verfahren fortgeführt.

Darüber hinaus wirkt sich diese Aufteilung der Aufgaben zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gericht im Ergebnis vorteilhaft für den Beschuldigten aus, und zwar in folgenden zwei Formen der Kontrolle: Das System führt einerseits zu einer „doppelten“ Kontrolle, bevor der Beschuldigte an einer öffentlichen Hauptverhandlung teilnimmt. Denn die öffentlich geführte Hauptverhandlung wird nur dann eingeleitet, wenn „erstens“ die Staatsanwaltschaft (bei der Anklageerhebung nach § 170 I StPO) und „zweitens“ das Gericht (beim Eröffnungsbeschluss nach § 203 StPO) gemeinsam eine genügende Verdachtslage gegen den Beschul-

recht, § 13, Rn. 2; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 392; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 151, Rn. 2; LR-StPO/*Mavany*, § 151, Rn. 1; grundlegend *Greco*, Wolter-FS, S. 67 ff.

¹⁵² *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 13, Rn. 3; *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 348; MüKo-StPO/*Kudlich*, Einl., Rn. 14; LR-StPO/*Kühne*, Einl. I, Rn. 10; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, Vor § 151, Rn. 2.

¹⁵³ *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 93 f.; LR-StPO/*Kühne*, Einl. J, Rn. 39; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 32.

¹⁵⁴ Zu derselben Besorgnis vgl. *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 78 f.

¹⁵⁵ *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 80; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 57 f.

¹⁵⁶ *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 40 f.

¹⁵⁷ *Hofer*, Zukunft, S. 20.

digten annehmen¹⁵⁸ – anders als beim Inquisitionsprozess, wo einseitige Verdachtsbewertungen durch das Gericht genügten. Eine Verurteilung erfolgt nämlich nur bei einer gemeinsamen Annahme der Strafbarkeit durch die zwei Justizbehörden. Dies dient der Erhöhung von Rechtssicherheit und Liberalität in der Gesellschaft¹⁵⁹. Andererseits kontrollieren sich hier Gericht und Staatsanwaltschaft „gegenseitig“ – genauer gesagt: Die Staatsanwaltschaft begrenzt zunächst nach ihrer „ersten“ Prüfung der Sache den Gegenstand sowie Umfang der gerichtlichen Untersuchung, indem sie bei dem zuständigen Gericht die Anklageschrift einreicht, in der aufgrund ihrer eigenen Beurteilung der Sache die geeigneten Anhaltspunkte für die Strafverfolgung detailliert bezeichnet sind. Sodann hindert das Gericht nach seiner „zweiten“ Prüfung aufgrund dieser Anklageschrift erforderlichenfalls die Strafverfolgung selbst, solange die „erste“ Prüfung durch die Staatsanwaltschaft für misslungen gehalten wird.

Die Vereinbarkeit dieser gerichtlichen Kontrolle mit dem Akkusationsprinzip findet sich auch in anderen Bereichen des Strafverfahrens. Auch im Ermittlungsstadium kann der Richter bei vielen Zwangsmaßnahmen dieselbe Prüfungskompetenz in Form einer vorherigen Anordnung (z.B. § 105 I 1 StPO) bzw. einer nachträglichen Bestätigung (z.B. § 98 II 2 StPO) ausüben. Im Allgemeinen wird angenommen, dass sogar ein solches Einschreiten des Richters mit Justizgrundrechten wie Art. 19 IV, 92 GG in Einklang zu bringen ist¹⁶⁰ und keinen Verstoß gegen das Akkusationsprinzip darstellt¹⁶¹. Die Anordnung des Ermittlungsrichters, welche als „gerichtliche Untersuchungshandlung“¹⁶² vorgesehen ist, erfolgt nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 162 I 1 StPO)¹⁶³, so dass Art und Umfang der richterlichen Tätigkeiten grundsätzlich von ihrem Antrag abhängig sind¹⁶⁴. Natürlich könnte jemand hinsichtlich des Klageerzwingungsverfahrens behaupten, dass dort ein Verstoß gegen das Akkusationsprinzip deshalb vorliegen könne, weil das Oberlandesgericht nach seiner Überprüfung des Sachverhalts selbst eine Anklageerhebung anordnet (§ 175 1 StPO). Das Klageerzwingungsverfahren stellt allerdings nach der überwiegenden Meinung eine (materielle) Ausnahme des Akkusationsprinzips dar¹⁶⁵. Dafür spricht, dass das Subjekt der Durchführung dieser Anordnung die Staatsanwaltschaft ist (§ 175 2 StPO). Das Gericht darf nämlich auch in formeller Hinsicht keinesfalls selbst die Anklage erheben. Obgleich die Staatsanwaltschaft die Entscheidung über die Anklageerhebung deshalb nicht eigenverantwortlich treffen kann¹⁶⁶, weil sie jederzeit dem Beschluss des Gerichts nachkommen muss (§ 175 2 StPO), ändert sich nichts, dass

¹⁵⁸ Dazu *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 185, 674; *SK-StPO/Wohlers/Albrecht*, § 170, Rn. 33; *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271, 283. Die Befugnis zur Zulassung der Anklage durch die Anordnung des Hauptverfahrens sollte allein dem Richter vorbehalten sein, vgl. *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 70.

¹⁵⁹ *Roxin*, DRiZ 1997, 109, 116.

¹⁶⁰ Vgl. *LR-StPO/Kühne*, Einl. I, Rn. 12; ähnlich *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 4, Rn. 32; *Nelles*, Ausnahmekompetenzen, S. 54 ff.

¹⁶¹ *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 349.

¹⁶² Zur Unangemessenheit dieses Ausdrucks *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 94.

¹⁶³ Die StPO gestattet aber einige Ausnahmen in §§ 152 I Fall 2, 128 II 2 Fall 2, 165, 166 StPO. Zu diesem Kompetenzsystem eingehend *Nelles*, Ausnahmekompetenzen, S. 61 ff.

¹⁶⁴ *LR-StPO/Kühne*, Einl. J, Rn. 47.

¹⁶⁵ *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 184; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 589; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 13, Rn. 9; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 18, Rn. 6; *LR-StPO/Mavany*, § 151, Rn. 7; *LR-StPO/Kühne*, Einl. I, Rn. 11.

¹⁶⁶ *LR-StPO/Mavany*, § 151, Rn. 7.

grundsätzlich allein die Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung befugt ist. Das Klageerzwingungsverfahren existiert nämlich zur gerichtlichen Korrektur unzulässiger Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft¹⁶⁷, so dass es sich ebenfalls nicht auf den Inquisitionsprozess richtet.

Die Historie der Gesetzesänderungen bestätigt diese Kompatibilität. Der gesetzgeberische Zweck der Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung im Jahre 1974 bestand darin, allein der Staatsanwaltschaft die vollständige und selbständige Kompetenz zur Ermittlung und Anklageerhebung zuzubilligen. Dadurch konnte zwar die Trennung von Ankläger und Richter strikter erreicht werden. In Bezug auf das Akkusationsprinzip entwickelte sich aber zunehmend ein anderes Problem, weil durch die kontinuierliche Ausweitung der Opportunitätsvorschriften gemäß §§ 153 ff. StPO¹⁶⁸ die Staatsanwaltschaft bei ihren Abschlussverfügungen (vor allem bei § 153a StPO) tatsächlich in Form eines Verfolgungsverzichts „sanktionsähnliche Entscheidungen“ treffen konnte¹⁶⁹. Daraus folgt, dass der eigentliche Gedanke des Akkusationsprinzips, eine inquisitorische und entscheidende Tätigkeit vollständig trennen zu wollen, wiederum an der Verstärkung der Befugnisse der Staatsanwaltschaft scheiterte¹⁷⁰. Daher erscheint in diesem Fall die nachträgliche Kontrolle durch das Gericht zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Akkusationsprinzips dringlicher.

Die gerichtliche Entscheidungsbefugnis steht mithin dem Akkusationsprinzip nicht entgegen, solange sie lediglich im Rahmen der Kontrolle nach vollständigem Abschluss des Ermittlungsverfahrens und nach der Einreichung der Anklageschrift, nämlich im Bereich des Zwischenverfahrens, erfolgt.

(3) Neben dem Problem zum Akkusationsprinzip wird thematisiert, ob das gerichtliche Eingreifen mit dem Gewaltenteilungsprinzip vereinbar sein kann. Der Grundsatz findet sich in Art. 20 II 2 GG, wonach die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt werden sollte. Historisch gesehen stammt er – genauso wie das Akkusationsprinzip – aus dem freiheitlichen Rechtsstaatsprinzip¹⁷¹. Der hauptsächliche Sinn und Zweck der Gewaltenteilung liegt in der Verhinderung eines staatlichen Machtmissbrauchs durch die wechselseitige Kontrolle zwischen Legislative, Exekutive und Judikative¹⁷². Die Gewaltenteilung gewährleistet die Berechenbarkeit sowie Kontrollierbarkeit der staatlichen Macht, die jeder Träger staatlicher Gewalt verantwortlich auszuüben hat¹⁷³. Dies führt im Ergebnis zum Schutz der Freiheit von Bürgern vor einer etwaigen rechtswidrigen Staatsgewalt.

¹⁶⁷ Richtigerweise KK-StPO/*Fischer*, Einl., Rn. 5; MüKo-StPO/*Kudlich*, Einl., Rn. 148. Durch dieselbe Korrektur lässt sich das historisch gewachsene Vertrauen der Bürger in die Staatsanwaltschaft beibehalten, dazu *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 85.

¹⁶⁸ Zu deren geschichtlichen Entwicklungen *Wohlers*, Entstehung und Funktion, S. 249 ff.

¹⁶⁹ LR-StPO/*Kühne*, Einl. J, Rn. 41; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 78.

¹⁷⁰ Namentlich bezüglich des § 153a StPO stellt solche Befugnis der Staatsanwaltschaft, Sanktionen gegen den Beschuldigten zu verhängen, das Wiederaufleben des Inquisitionsprozesses dar, welches der Untergrabung des Akkusations- und Gewaltenteilungsprinzips den Weg bereitet, dazu *Kausch*, Richter vor dem Richter, S. 236; so auch *Fünfsinn*, Schlothauer-FS, S. 103.

¹⁷¹ *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 292; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 9, Rn. 1.

¹⁷² Ausführlich *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 20, Rn. 32 f.

¹⁷³ *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 297.

Da nach § 151 StPO die Anklageerhebung ausschließlich der Staatsanwaltschaft zusteht¹⁷⁴ und die Staatsanwaltschaft systematisch zur ausführenden Gewalt (Exekutive) gehört, wäre hierbei fraglich, ob die gerichtliche Kontrolle als Ausübung der rechtsprechenden Gewalt (Judikative) mit dem verfassungsrechtlichen Gewaltenbalancierungsgebot in Widerspruch gerät. Denn die letztgenannte Gewalt scheint die vorgenannte Gewalt zu überwiegen. Ein Verstoß gegen das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft kommt indes bei der gerichtlichen Überprüfung nicht in Betracht, weil das Gericht in diesem Fall die alleinige Befugnis der Staatsanwaltschaft nicht an ihrer Stelle vornimmt; vielmehr greift das Gericht in die Sache nur ein, wenn es die Anklageerhebung für rechtswidrig hält, und zwar nur „nachträglich“, d.h. nach dem Zeitpunkt der Ausübung der Befugnis der Staatsanwaltschaft. Im Übrigen ist nach geltendem Recht abgesichert, dass das Gericht im Zwischenverfahren nicht allein, sondern unter Mitwirkung der einschlägigen Beteiligten wie Angeschuldigtem oder Verteidiger über die Rechtmäßigkeit der Anklageerhebung entscheiden muss (z.B. § 201 StPO); dies steht in Einklang mit dem grundlegenden Ziel der Gewaltenteilung, die Bürger (den Angeschuldigten) vor staatlichen Machtmissbräuchen wie rechtswidriger Strafverfolgung zu schützen.

Aus diesen Erwägungen folgt damit im Ergebnis, dass die gerichtliche Kontrolle keine verfassungswidrige Ausübung der staatlichen Macht darstellt, solange sie nach Abschluss der Einreichung der Anklageschrift im Zwischenverfahren erfolgt.

2. Rolle der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Anklageerhebung

Die Staatsanwaltschaft spielt eine dominierende bzw. entscheidende Rolle im Laufe des Strafverfahrens, weil sie „aktiv“ entscheiden kann, ob das Verfahren durch die Anklageerhebung weiterläuft oder durch die Verfahrenseinstellung beendet wird, während der Richter lediglich „passiv nacharbeitet“, das heißt, dass er nur darüber entscheidet, was ihm die Staatsanwaltschaft mit der Einreichung der Anklageschrift weitergibt¹⁷⁵. Er bleibt untätig, bis er angerufen wird¹⁷⁶. Somit fungiert die Staatsanwaltschaft mit ihrer freien „Gestaltungsmöglichkeit“¹⁷⁷ als „maßgeblicher Filter im Selektionsprozess der Strafverfolgung“¹⁷⁸, weshalb das weitere Schicksal des „Ob“ des Fortgangs des Verfahrens von ihrer Entscheidung abhängig ist¹⁷⁹. Hierdurch gewinnt die Staatsanwaltschaft zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ermittlungsverfahrens einen besonderen Stellenwert, nämlich Bedeutung als „Richter vor dem Richter“¹⁸⁰ bzw. als eine Art des „Vorderrichters“¹⁸¹, ja eine Stellung, die auch als „Quasi- bzw. Super-Richter“¹⁸² bezeichnet wird. Denn die Anklageerhebung scheint mit einer Verurteilung durch das Gericht vergleichbar zu sein, und ihre Einstellung mit einem freisprechenden Urteil

¹⁷⁴ Auch das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft knüpft sich eng an das Akkusationsprinzip an, vgl. LR-StPO/Kühne, Einl. I, Rn. 16.

¹⁷⁵ Kotz, Verfahrensart, S. 202; auf dieser Linie Bohnert, Abschlussentscheidung, S. 233; Erb, Legalität und Opportunität, S. 222; Kausch, Richter vor dem Richter, S. 234.

¹⁷⁶ Sarstedt, NJW 1964, 1752, 1753.

¹⁷⁷ Schairer, Lenckner-FS, S. 743.

¹⁷⁸ Hüls, Ermittlungstätigkeit, S. 62 f.

¹⁷⁹ Popp, Fehlerkorrektur, S. 416.

¹⁸⁰ Fünfsinn, Schlothauer-FS, S. 104; Popp, Fehlerkorrektur, S. 413.

¹⁸¹ Kausch, Richter vor dem Richter, S. 226.

¹⁸² Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, S. 53.

durch das Gericht¹⁸³.

Die vorliegenden Ergebnisse resultieren notwendigerweise aus dem oben erwähnten Akkusationsprinzip. Nach diesem Grundsatz ist die Mitwirkung des Gerichts bei der Ermittlungstätigkeit und bei der Strafverfolgung der Staatsanwaltschaft untersagt. Außerdem erstreckt sich im Falle der Anklageerhebung der Umfang der gerichtlichen Überprüfung der Untersuchung im Zwischen- und Hauptverfahren lediglich auf die Tatsachen, die dem Gericht bereits bekannt sind. Aus diesen Gründen unterscheidet sich der Umfang der im Ermittlungsverfahren vorliegenden Pflicht zur Sachverhaltserforschung der Staatsanwaltschaft gemäß § 160 I StPO von dem der im Hauptverfahren vorliegenden Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts gemäß § 244 II StPO. Denn es geht bei der ersteren um die unbegrenzte Aufklärungspflicht zum Auffinden neuer Erkenntnismöglichkeiten, während es bei der letzteren nur um die begrenzte Aufklärungspflicht geht, die deshalb ausgelöst wird, weil das Gericht ausschließlich auf Basis erkennbarer Beweismittel die ihm vorliegende Sache untersuchen kann¹⁸⁴.

Folglich muss das Gericht als ein externer Dritter und als ein objektives Organ der Rechtspflege auch im Zwischenverfahren in der Lage sein, zumindest die nachträgliche Überprüfung über die missbräuchliche Anklageerhebung vorzunehmen¹⁸⁵. Hierbei ist der Zweck der nachträglichen Überprüfung zu beachten: Da das Gericht zum Zeitpunkt der Überprüfung der Ermittlungsergebnisse nichts Neues, sondern nur das erkennen kann, was ihm zur Prüfung vorgelegt wurde, sollte die im Zwischenverfahren zu erfolgende Prüfung nicht auf die weitere Verdachtsklärung zum Nachteil des Angeschuldigten, sondern vielmehr auf seinen Schutz vor bisherigen Ermittlungshandlungen gerichtet sein, die zum Zwecke der Verdachtsklärung gegen ihn rechtswidrig durchgeführt wurden¹⁸⁶.

3. Stellung der Staatsanwaltschaft als objektives Organ

Die Staatsanwaltschaft lässt sich heutzutage sowohl als ein Organ der Exekutive als auch als ein Organ der Judikative auffassen¹⁸⁷. Für die erstgenannte Zuordnung spricht zuerst, dass die Staatsanwaltschaft im Rahmen des Gewaltenteilungssystems nicht zur dritten Gewalt (Organ der Rechtsprechung), sondern zur zweiten Gewalt (Organ der vollziehenden Gewalt) gehört, weil Art. 92 GG allein den Richtern die rechtsprechende Gewalt anvertraut¹⁸⁸. Auch der hier-

¹⁸³ *Sarstedt*, NJW 1964, 1752, 1754; ähnlich *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 79, wonach viele Beschuldigten in der Regel wesentliche Unterschiede zwischen jeweiligen Rechtsfolgen nicht wahrnehmen könnten.

¹⁸⁴ Hierzu *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 157 f.

¹⁸⁵ *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 121; *Ernst*, Zwischenverfahren, S 32 f.; zur ähnlichen Darlegung vornehmlich bezüglich der staatsanwaltschaftlichen Einstellung *Shin*, Anklagepflicht, S. 220.

¹⁸⁶ Vgl. *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 193, wobei er zwar eigentlich die gerichtliche Prüfung „im Hauptverfahren“ meint, diese Darstellung jedoch selbstverständlich auch auf die Prüfung „im Zwischenverfahren“ übertragen werden kann.

¹⁸⁷ BVerfG NJW 2001, 1121, 1123; NSTZ 2002, 211. Nach *Roxin*, DRiZ 1997, 109, 114 ist die Staatsanwaltschaft „eine mit einem wichtigen Teil der Rechtspflege befasste Justizbehörde, die eine Brücke zwischen Exekutive und Judikative bildet und dadurch zwischen beiden Gewalten steht“; ebenso LR-StPO/*Kühne*, Einl. J, Rn. 55; M-G/S/*Schmitt*, GVG, Vor § 141, Rn. 7.

¹⁸⁸ *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 234; *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 411; *Krey/Pföhler*, NSTZ 1985, 145, 146; *Sarstedt*, NJW 1964, 1752, 1753.

archische bzw. monokratische Aufbau, das Weisungsrecht (§§ 146, 147 GVG)¹⁸⁹ und das De-
 volutions- sowie Substitutionsrecht des Vorgesetzten (§ 145 I GVG) sprechen dafür¹⁹⁰. Die
 letztgenannte Sichtweise hingegen stützt sich auf die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft
 von den Gerichten (§ 150 GVG), die Grenzen des Weisungsrechts durch das Legalitäts- sowie
 Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG)¹⁹¹, die umfangreiche Kompetenz für die Verfahrenseinstellungen nach dem Opportunitätsprinzip (§§ 153 ff. StPO)¹⁹² und die Kompatibilität mit
 Art. 92 GG mit dem Argument, dass in der Judikative sowohl die Rechtsprechung im engeren
 Sinne als auch weitere Teile – z.B. der nicht in der rechtsprechenden Funktion handelnde
 Richter, die Justizverwaltung¹⁹³ oder die Staatsanwaltschaft – enthalten sind¹⁹⁴. Die h.M. be-
 vorzugt zu Recht die Zuordnung als Organ der Judikative vor der Einordnung in die Exekuti-
 ve¹⁹⁵. Die Staatsanwaltschaft hat folglich wie das Gericht die „der Justiz übertragene Aufgabe
 der Justizgewährung“ zu erfüllen¹⁹⁶ und muss sich nicht primär auf die Zweckmäßigkeit, Si-
 cherheit und Ordnung, sondern vielmehr auf die Rechtsverwirklichung und -durchsetzung fo-
 kussieren¹⁹⁷. Ausgehend davon wird die Staatsanwaltschaft als ein „relativ eigenständiges Or-
 gan der Rechtspflege“¹⁹⁸ oder „selbstständiges“¹⁹⁹ (dem Gericht gleichgeordnetes) Organ der
 Rechtspflege²⁰⁰ bezeichnet und deren Rolle als „Zwischenrolle“²⁰¹, „Doppelrolle“²⁰² oder
 „Zwitterstellung“²⁰³ betont.

Daraus folgt, dass die Staatsanwaltschaft im Strafverfahren die Pflicht zur Wahrung der Ob-
 jektivität (Objektivitätspflicht) zu übernehmen hat²⁰⁴. Dieser Gedanke findet sich auch in der

¹⁸⁹ Zur Erforderlichkeit der differenzierenden Betrachtung von externem und internem Weisungsrecht *Krey/Pföhler*, NSTZ 1985, 145, 146 ff.; a.A. *Schairer*, Lenckner-FS, S. 748 f.

¹⁹⁰ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 88; *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 200; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 6, Rn. 13; *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 415.

¹⁹¹ Zu den Grenzen *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 88; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 5, Rn. 15; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 6, Rn. 11.

¹⁹² *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 88; *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 199; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 253 ff.; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 6, Rn. 13; *E. Schmidt*, DRiZ 1957, 273, 282 f.; a.A. *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 418 f., wonach die Staatsanwaltschaft auch im Falle der Verfahrenseinstellungen gemäß §§ 153 ff. StPO als Exekutivorgan tätig sei.

¹⁹³ Zu diesem Begriff bezüglich der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft LR-StPO/*Kühne*, Einl. B, Rn. 57 f.

¹⁹⁴ *Rose*, Rechtsschutz, S. 57.

¹⁹⁵ *E. Schmidt*, DRiZ 1957, 273, 282; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 85; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 235.

¹⁹⁶ BVerfGE 9, 223, 228; *E. Schmidt*, DRiZ 1957, 273, 279; M-G/S/*Schmitt*, GVG, Vor § 141, Rn. 6.

¹⁹⁷ *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 235; LR-StPO/*Kühne*, Einl. J, Rn. 56; *Roxin/Arzt/Tiedmann*, Einführung, S. 122.

¹⁹⁸ *Volk/Engländer*, GK StPO, § 6, Rn. 13.

¹⁹⁹ Dieser Charakter findet sich in § 150 GVG wieder.

²⁰⁰ BGHSt 24, 170, 171; BVerfGE 32, 199, 216; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 5, Rn. 1; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 91; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 235, 244; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 130; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 9, Rn. 10; *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 96; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 152, Rn. 2a; KK-StPO/*Fischer*, Einl., Rn. 197; LR-StPO/*Kühne*, Einl. J, Rn. 46; M-G/S/*Schmitt*, Einl., Rn. 87; *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 69; *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 405.

²⁰¹ *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 133.

²⁰² *Volk/Engländer*, GK StPO, § 6, Rn. 13.

²⁰³ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 88; *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 199; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 5, Rn. 1.

²⁰⁴ Dieses Ergebnis leitet sich natürlich aus der überwiegenden Ansicht ab, dass die Staatsanwaltschaft auf der Grundlage der liberal-rechtsstaatlichen Idee eingeführt worden sei.

StPO wieder: Die Pflicht zur Ermittlung auch der entlastenden Umstände (§ 160 II StPO), die Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln auch zugunsten des Angeklagten (§ 296 II StPO), die Befugnis zum Antrag auf Wiederaufnahme auch zugunsten des Verurteilten (§§ 359, 365 i.V.m. § 301 StPO), die Pflicht zur Verfahrenseinstellung bei mangelndem hinreichenden Tatverdacht (§ 170 II 1 StPO) und schließlich die Pflicht zur Geltendmachung eines Freispruchs in ihrem Schlussvortrag beim Nachweisen der Unschuld des Angeklagten (§ 258 I StPO). Die Staatsanwaltschaft, welche demzufolge als „objektivste Behörde der Welt“ bzw. „Wächter der Gesetze“²⁰⁵ gilt²⁰⁶, muss sich von Anfang des Ermittlungsverfahrens an auf die Wahrheitsfindung und Gerechtigkeit richten²⁰⁷. Sie ist damit nicht als „Staats“-Anwalt, sondern als „Rechtsstaats“-Anwalt oder „Anwältin der Gerechtigkeit“ zu erachten²⁰⁸, mit der Folge, dass sie nicht mit dem Machtwillen des Staates, sondern mit dem Rechtswillen verbunden tätig sein muss²⁰⁹. In der Praxis stellt die Staatsanwaltschaft somit mitunter Anträge auf Freispruch oder Urteilsaufhebung aufgrund von Revision des Angeklagten²¹⁰.

Diese Rechtspraxis ist aber nicht verallgemeinerungsfähig. Vielmehr kommt sie selten vor. Dies ergibt sich aus der „Einseitigkeit“ der Aufgaben der Staatsanwaltschaft im ganzen Strafverfahren, weil der Hauptzweck ihrer Tätigkeit in der effektiven Strafverfolgung und Feststellung der Schuld des Täters liegt. Darüber hinaus wird behauptet, dass ggf. die Staatsanwaltschaft – im Vergleich zum Richter – dem Opfer näher ist und dadurch häufig ein stärkeres Bewusstsein seines Schadens besitzt, so dass sie dazu neigt, sich von einer neutralen Sichtweise zu entfernen²¹¹. Aus diesen psychologischen Gründen kann man der Staatsanwaltschaft nicht zumuten, im Laufe des gesamten Strafverfahrens von den von ihr gesammelten Beweisen Abstand zu nehmen²¹² – ähnlich wie es beim früheren Inquisitionsrichter der Fall ist²¹³. Die Ausführungen gelten natürlich für das deutsche Strafverfahren, wo die Staatsanwaltschaft keine Parteistellung innehat²¹⁴. Das Objektivitätspostulat kann mithin aufgrund von Struktur und Psyche der Staatsanwaltschaft tatsächlich nicht gänzlich gesichert werden²¹⁵, selbst wenn das geltende Recht für die Bewältigung dieses Problems im Inquisitionsprozess den Akkusationsprozess eingeführt hat.

Vor diesem Hintergrund ist die Objektivitätspflicht der Staatsanwaltschaft lediglich als „re-

²⁰⁵ Vgl. BVerfGE 133, 168, 220.

²⁰⁶ *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 233, 244; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 13, Rn. 8; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 6, Rn. 10; *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 95; *KK-StPO/Fischer*, Einl., Rn. 200; *M-G/S/Schmitt*, Einl., Rn. 87; *Krey/Pföhler*, NStZ 1985, 145, 147.

²⁰⁷ *E. Schmidt*, DRiZ 1957, 273, 276; *LR-StPO/Kühne*, Einl. J, Rn. 48.

²⁰⁸ *E. Schmidt*, DRiZ 1957, 273, 275; *Wilke*, Staatsanwälte, S. 309.

²⁰⁹ *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 95; *LR-StPO/Mavany*, § 152, Rn. 5; *LR-StPO/Kühne*, Einl. J, Rn. 56; *Krey/Pföhler*, NStZ 1985, 145, 146.

²¹⁰ *LR-StPO/Kühne*, Einl. J, Rn. 51.

²¹¹ *LR-StPO/Kühne*, Einl. J, Rn. 51.

²¹² *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 33 ff. Zur Sachnähe der Staatsanwaltschaft *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 129.

²¹³ Richtigerweise *Kausch*, Richter vor dem Richter, S. 229; ebenso *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 130 f.

²¹⁴ BVerfGE 63, 45, 63; BGHSt 15, 155, 159; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 244; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 9, Rn. 11; *M-G/S/Schmitt*, GVG, Vor § 141, Rn. 8; *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 33; *Wilke*, Staatsanwälte, S. 309; näher *LR-StPO/Kühne*, Einl. J, Rn. 52 ff.

²¹⁵ *LR-StPO/Kühne*, Einl. J, Rn. 51.

gulative Idee“ zu verstehen²¹⁶, welche die Staatsanwaltschaft unter einen mittelbaren psychischen Druck setzt, den Beschuldigten zu schützen und ein faires Verfahren durchzuführen. Zunächst ist folglich der Staatsanwaltschaft zumindest psychisch die Pflicht zur Wahrung der Objektivität aufzuerlegen, also auch zugunsten des Beschuldigten seine Verteidigungsrechte nicht zu übersehen. Kommt die Staatsanwaltschaft jedoch dieser Pflicht nicht ordnungsgemäß nach, bleibt dem Beschuldigten keine andere Möglichkeit als die richterliche Kontrolle zur Wahrung des fairen Verfahrens bzw. zur Sicherung seiner Rechte²¹⁷, welche einen letzten Ausweg zur frühzeitigen Beendigung des rechtswidrig laufenden Verfahrens darstellt. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die gerichtliche Kontrolle der ermittelnden sowie verfolgenden Tätigkeiten der Staatsanwaltschaft eine ausschlaggebende Bedingung für die Erfüllung der Objektivitätspflicht ist.

4. Schutzbedürfnis des Beschuldigten

Der Beschuldigte – genauer gesagt: der Angeschuldigte im Zwischenverfahren – hat auch ein Interesse daran, dass ein rechtswidriges Strafverfahren „so früh wie möglich“ beendet wird²¹⁸. In diesem Zusammenhang könnte man auch darüber diskutieren, wo ein solcher „frühzeitiger“ Schutz liegen könnte – im Freispruch oder in der Einstellung. Die unterschiedlichen Auffassungen hierzu beruhen auf den unterschiedlichen Sichtweisen darüber, welcher Beschluss des Gerichts für den Beschuldigten günstiger erscheint.

Die Vertreter der Auffassung, dass der echte Schutz schon in der ersten Instanz durch einen Freispruch erreicht werden kann, bevorzugen die Eröffnung des Hauptverfahrens. Würde der Beschuldigte (Angeklagte) in der öffentlichen Hauptverhandlung seiner Tat nicht überführt oder die für erwiesen angenommene Tat aus irgendeinem Grund als nicht strafbar betrachtet, kann dies zu einer ihn begünstigenden, positiven Wirkung wie der Rehabilitation in der Öffentlichkeit führen.

Allerdings kann die Eröffnung des Hauptverfahrens ebenso eine Schlechterstellung darstellen. Denn mit dem Eröffnungsbeschluss trägt der Beschuldigte notwendigerweise ein gewisses Risiko der Verurteilung²¹⁹. Ob er letztendlich verurteilt, freigesprochen oder eingestellt wird, entscheidet sich nicht nur anhand der Tatsache, ob er die Straftat tatsächlich begangen hat; vielmehr können die Vornahme einzelner Beweiserhebungen oder die Fähigkeiten des Verteidigers im Laufe des Verfahrens die Rechtsfolge negativ beeinflussen. Das Einmünden in die Hauptverhandlung gewährleistet demnach den vom Beschuldigten bezweckten Freispruch nicht.

Zudem scheint die Annahme, die vom Beschuldigten beabsichtigte Besserstellung werde tatsächlich auch erzielt, wenn später in der Hauptverhandlung der Freispruch oder ggf. das Ein-

²¹⁶ Vgl. *Kausch*, Richter vor dem Richter, S. 230.

²¹⁷ *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 120; *Kausch*, Richter vor dem Richter, S. 230, wonach zwar hier die gerichtliche Kontrolle über die Verfahrenseinstellung der Staatsanwaltschaft behandelt wird, dasselbe aber auch für die gerichtliche Kontrolle über die Anklageerhebung gilt.

²¹⁸ Zur Notwendigkeit des frühzeitigen Einsatzes von Fehlerkorrektur grundlegend *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 380 f.

²¹⁹ Vgl. *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 16.

stellungsurteil ergehe, zweifelhaft zu sein. Denn ein langes fortbestehendes Strafverfahren kann sowohl physisch bzw. materiell – z.B. durch ein kostspieliges Anwaltshonorar²²⁰ – als auch psychisch – z.B. durch den mit der Durchführung einer Hauptverhandlung verbundenen Stress bzw. weitere psychische Belastungen – nachteilig auf den Beschuldigten wirken. Nicht zu übersehen ist, dass ein Strafverfahren, in dem eine über den Beginn einer Ermittlungstätigkeit hinausgehende Anklageerhebung bereits vorgenommen ist, eine „Stigmatisierung“ des Betroffenen als „Krimineller“ herbeiführen kann²²¹, die auch als „Reputationsschaden“ oder „Rufschädigung“ bezeichnet wird. Bei der Offenlegung seines Tatvorwurfs in der öffentlich durchgeführten Hauptverhandlung²²² entstehen daher regelmäßig erhebliche Risiken und Belastungen in seinen persönlichen und sozialen Beziehungen²²³. Denn unbetroffene Dritte und Medien neigen zu glauben, dass der Beschuldigte (bewiesenermaßen) wegen eines strafbaren Handelns verfolgt wurde und deswegen vor Gericht steht. Regelmäßig interessieren sie sich aber nicht für den tatsächlichen Ausgang des Verfahrens. Diejenigen, die infolge der Einleitung oder Fortsetzung eines Strafverfahrens im Rampenlicht der Öffentlichkeit stehen, erfahren demzufolge erhebliche negative Folgen in ihrem beruflichen und wirtschaftlichen Umfeld²²⁴. Aus diesem Grund wird der Angeklagte selbst beim späteren Freispruch weiterhin in seiner Menschenwürde und seinem Persönlichkeitsrecht verletzt²²⁵.

Eine frühzeitige Klärung des Sachverhalts im Stadium des Zwischenverfahrens, welches nichtöffentlich und unmittelbar nach der Anklageerhebung stattfindet, gewährt mithin dem Beschuldigten eine sowohl frühzeitige als auch sinnvolle Rehabilitation²²⁶ und befreit ihn zudem von staatlichen Eingriffen in seine Grundrechte.

II. Formelle Gründe

1. Regelungsform des § 204 StPO

§ 204 StPO regelt im Falle eines Nichteröffnungsbeschlusses nur die Begründungspflicht des Gerichts, nämlich, dass sich der Beschluss entweder auf tatsächliche oder auf rechtliche Gründe stützen muss, und die Pflicht zur Bekanntmachung des Beschlusses gegenüber dem Angeschuldigten. Man könnte daneben höchstens im Umkehrschluss des § 203 StPO mittelbar sagen, dass der mangelnde hinreichende Tatverdacht die Voraussetzung für die Vermeidung des Hauptverfahrens ist. Die für die Nichtzulassung des Hauptverfahrens eigentlich ent-

²²⁰ Vgl. *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 71.

²²¹ Vgl. *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 17 ff., 30 f.; *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 112, 306. Zum Konzept der Stigmatisierung in kriminalpolitischer Hinsicht eingehend *Albrecht*, Stigmatisierung, S. 495. Aus diesem Grund kann der Ausschluss der Rechtsmittelbefugnis des Angeklagten im Falle eines Eröffnungsbeschlusses (§ 210 I StPO) als problematisch angesehen werden, dazu *HK-StPO/Julius/Schmidt*, § 210, Rn. 1.

²²² Zur Pressemitteilung des Gerichts ab dem Zeitpunkt der Vorbereitung der Hauptverhandlung vgl. *LR-StPO/Jäger*, Vor § 212, Rn. 10.

²²³ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 62; *Leipold*, Schlothauer-FS, S. 347 f.; *Schünemann*, StV 2000, 159, 162; auch *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 352; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 621.

²²⁴ Zur aufgrund solcher „Vorverurteilung“ durch Medienberichte herbeigeführten Verletzung des Persönlichkeitsrechts *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 8, Rn. 17; § 18, Rn. 20 ff.; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 484; *Kindhäuser*, Wolter-FS, S. 979 ff.

²²⁵ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 66 f.; auf dieser Linie *Hofer*, Zukunft, S. 18.

²²⁶ Vgl. *Rose*, Rechtsschutz, S. 128.

scheidende Frage, d.h. wann ein solcher hinreichender Tatverdacht fehlt, bleibt aber grundsätzlich unbestimmt und folglich unbeantwortet.

Diese Vorschrift scheint demnach schon wegen ihrer unscharfen Ausgestaltung zum Schutz des Angeschuldigten nicht zuzureichen. Denn der Angeschuldigte kann nicht genau beurteilen, wann mit einem Nichteröffnungsbeschluss zu rechnen ist. Für eine effektive Ausarbeitung der Verteidigungsstrategien des Angeschuldigten sollten die den Nichteröffnungsbeschluss auslösenden Umstände klar und verständlich sein.

Zudem besteht ein Problem bezüglich des Wortlauts des § 204 I i.V.m. § 211 StPO. Generell wird behauptet, dass angesichts der späteren Sperrwirkung nach § 211 StPO die Klarstellung der Frage, auf welchen Gründen die Ablehnung des Hauptverfahrens beruht, bedeutsam sei²²⁷. Dagegen spricht jedoch richtigerweise, dass die Einordnung, aus welchen Gründen der Nichteröffnungsbeschluss erlassen wird, für die Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft nach § 211 StPO irrelevant ist; entscheidend ist vielmehr, ob die erneute Anklage gestützt auf die „Neuheit“ erfolgte und ob das Gericht unter Aufgabe seiner vorherigen Rechtsansicht auf der Grundlage der „Neuheit“ einen hinreichenden Tatverdacht annehmen kann²²⁸. Das Argument folgt namentlich daraus, dass in der Tat eine strenge Abgrenzung zwischen den beiden Gründen nahezu unmöglich ist²²⁹. Geht man damit von der Schwierigkeit bzw. Unnötigkeit der Trennung zwischen den tatsächlichen und rechtlichen Gründen aus, so verliert die Begründungspflicht des Gerichts nach § 204 I StPO gewissermaßen ihr eigenständiges Gewicht, wobei die Begründungspflicht ggf. die Beschwerde der Staatsanwaltschaft (§ 210 II Fall 1 StPO) erleichtert und gar die Grundlage für die Beschwerde liefert. Somit liegt der wesentliche Grund für diesen problematischen Zustand in der unbestimmten Formulierung des § 204 I StPO. Denn die schwierige Diskussion darüber, welche Umstände jeweils zu den tatsächlichen und rechtlichen Gründen gehören, wäre hinfällig, wenn die konkreten Umstände – unabhängig von der terminologischen Abgrenzung – gesetzlich normiert würden.

Schließlich werden und wurden noch mehr kontrollbedürftige Fälle in Frage gestellt, wenn man – wie bereits erwähnt – insbesondere die mögliche Gefahr der politischen Manipulation bzw. Einflussnahme auf die Entscheidung der Staatsanwaltschaft berücksichtigt. Beispielhaft zu nennen ist erstens eine Anklageerhebung, die auf einer Ermittlung basiert, welche eindeutig als erheblich rechtswidrige erkennbar ist, so dass mit Gewissheit zu erwarten ist, dass die daraus folgenden Beweise in der Hauptverhandlung unverwertbar wären. Zweitens kann auch eine Ermittlung bzw. Strafverfolgung, die sich willkürlich nur gegen einige von mehreren Verdächtigen richtet und damit offensichtlich gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 3 GG verstößt, problematisch sein²³⁰. Ebenfalls kontrollbedürftig ist drittens eine erneute Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat nach erfolgter Verurteilung we-

²²⁷ Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 619; BeckOK-StPO/Ritscher, § 204, Rn. 7; HK-StPO/Julius/Schmidt, § 204, Rn. 4; KK-StPO/Schneider, § 204, Rn. 6; KMR-StPO/Seidl, § 204, Rn. 8; M-G/S/Schmitt, § 204, Rn. 4, 7; MüKo-StPO/Wenske, § 204, Rn. 16; SK-StPO/Paeffgen, § 204, Rn. 4.

²²⁸ Näher Krack, Beulke-FS, S. 826 ff.; ebenfalls LR-StPO/Stuckenberg, § 211, Rn. 10 ff.

²²⁹ Dazu Krack, Beulke-FS, S. 820 ff.; Martin, NStZ 1995, 528, 530 f.; Schlothauer, Lüderssen-FS, S. 762; so auch LR-StPO/Stuckenberg, § 204, Rn. 16.

²³⁰ Etwa OLG Karlsruhe NStZ 1982, 434; OLG Hamburg NStZ 1988, 467.

gen einer anderen Straftat, die mit der Vorgenannten in Tatmehrheit steht, wenn die Anklage entgegen der „Zusage“ der Staatsanwaltschaft, erstere Straftat nicht weiter zu verfolgen, erhoben wurde und daher unter dem Gesichtspunkt des Fairnessprinzips als missbräuchlich anzusehen ist²³¹. Bisherige Untersuchungen, welche vom geltenden Recht ausgehen, umfassen diese missbräuchlichen Fälle nicht ausreichend, so dass ein effektiver Schutz für den Beschuldigten durch eine gerichtliche Kontrolle kaum möglich ist und noch war²³². Dieser Zustand hat seinen Grund im Wesentlichen in der lückenhaften, jetzigen Gesetzeslage.

2. Regelungsform der §§ 153 ff. StPO

a) Einordnung nach einzelnen Einstellungsgründen

Mit §§ 153-154e StPO sind verschiedene Einstellungsmöglichkeiten eröffnet, die im Zusammenhang mit den Konstellationen stehen, in denen justizexterne Belangen die Strafverfolgungsinteressen überwiegen. Dennoch besteht zwischen den genannten Nomen kein inneres System²³³. Aus demselben Grund scheidet eine eindeutige Klassifizierung der einzelnen Einstellungsgründen. Man kann sie nur grob wie folgt in sechs Teilbereiche untergliedern²³⁴.

(1) §§ 153, 153a, 153b StPO haben es mit dem Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit der Schuld des Beschuldigten zu tun²³⁵. Bei §§ 153, 153a StPO geht es um ein Vergehen. Dabei wird danach unterschieden, ob für die Einstellungsentscheidung die Schwere der Schuld oder das Vorliegen des öffentlichen Interesses maßgebend ist. Nach § 153 StPO wäre die Schuld des Täters nach der hypothetischen Beurteilung²³⁶ zum Zeitpunkt der bisherigen Ermittlungen als gering zu erachten²³⁷. Außerdem mangelt es – unabhängig von der Erfüllung etwaiger Auflagen – am öffentlichen Interesse²³⁸ an der Strafverfolgung. Im Unterschied dazu besteht bei § 153a StPO die Schuld im Sinne des hinreichenden Tatverdachts²³⁹, deren Schwere jedoch der Einstellung nicht entgegensteht²⁴⁰. Hinzu kommt, dass das öffentliche

²³¹ Etwa BGHSt 37, 10.

²³² Ausführlich siehe unten 3. Teil, B. III., IV. und V.

²³³ *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 328.

²³⁴ Zu den anderen Kategorisierungsmöglichkeiten vgl. *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 13; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 585 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 5 ff; LR-StPO/*Mavany*, § 152, Rn. 61.

²³⁵ Darin sind auch die Fälle enthalten, in denen ein Antrag bei Privatklagedelikten und Antragsdelikten fehlt.

²³⁶ *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 14; eingehend HK-StPO/*Gercke*, § 153, Rn. 3; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153, Rn. 9; M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 3; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 4.

²³⁷ Dabei kann man unter Rückgriff auf die Maßstäbe des § 46 II 2 StGB die Geringfügigkeit einschätzen, vgl. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 334; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 14; HK-StPO/*Gercke*, § 153, Rn. 4; KK-StPO/*Diemer*, § 153, Rn. 12; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153, Rn. 10; M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 4; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 18. Unwahrscheinlichkeit der geringen Schuld führt aber zum Mangel des hinreichenden Tatverdachts und somit zur Einstellung gemäß § 170 II StPO, vgl. *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 16.

²³⁸ Um dessen Vorliegen zu prüfen, kommen sowohl spezial- und generalpräventive Gesichtspunkte als auch sonstige Interessen wie die Aufklärung bestimmter kriminogener Faktoren oder einer Rechtsfrage in Betracht, vgl. *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 86; M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 7.

²³⁹ HK-StPO/*Gercke*, § 153a, Rn. 14; LR-StPO/*Mavany*, § 153a, Rn. 45; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153a, Rn. 25. Aus dem Grund ist zu erwarten, dass der Beschuldigten die Pflichten zur Durchführung der Auflagen und Weisungen übernehmen würde, vgl. M-G/S/*Schmitt*, § 153a, Rn. 7.

²⁴⁰ Somit sind darin nur leichte und mittlere Kriminalität enthalten, vgl. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 337a; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 19; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrens-

Strafverfolgungsinteresse grundsätzlich vorliegt, es aber durch die aufgezählten Auflagen und Weisungen²⁴¹ auszugleichen ist. Bei § 153 StPO ist die Schuld an sich geringfügig, während die Schuld in Verbindung mit dem öffentlichen Interesse²⁴² bei § 153a StPO durch ein „honorierungswürdiges Nachverhalten“²⁴³ des Beschuldigten geringer wird. In nicht schwerwiegenden Fällen garantiert der Staat also dem Täter die Möglichkeit, ohne Strafe und Vorbestraftsein auszukommen, wobei der Staat selbst jedoch nicht auf Sanktionen (Auflagen) verzichtet²⁴⁴. Die praktische Anwendungsmöglichkeit des § 153a StPO ist somit in einem Bereich oberhalb der kleinen Kriminalität anzunehmen, in dem § 153 StPO nicht greift²⁴⁵. Auf jeden Fall scheint eine Straftat sowohl bei § 153 StPO als auch bei § 153a StPO aus der Perspektive der Schuld und Prävention so unbedeutend zu sein, dass die Anklageerhebung als unverhältnismäßig anzusehen ist. Teilweise gilt dies gleichermaßen für § 153b StPO, wobei das Gericht von Strafe absehen könnte (z.B. §§ 60, 157, 174 V StGB zu § 153 StPO; § 46a StGB zu § 153a StPO)²⁴⁶.

(2) Geht es um mehrere Delikte, fordern §§ 154, 154a StPO mit Blick auf prozessökonomische Verfahrensvereinfachung und Beschleunigungsinteressen²⁴⁷ eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips, nach dem alle Straftaten grundsätzlich verfolgt werden müssen. Die Regelungen ermöglichen zugleich eine „pragmatische Stoffbegrenzung“, d.h. die Entfernung „relativ geringfügiger“²⁴⁸ – und ggf. bloß mutmaßlich begangener – Taten einer Person²⁴⁹. Es kommt jeweils bei § 154 StPO auf mehrere Taten im prozessualen Sinne (vgl. § 264 StPO) und bei § 154a StPO auf ein- und dieselbe Tat im prozessualen Sinne an. Wenn z.B. eine Tat oder ein Teil einer Tat neben einer Strafe, die gegen den Beschuldigten wegen einer anderen Tat rechtskräftig verhängt worden ist oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat, nicht beträchtlich ins Gewicht fällt²⁵⁰, würde zeitlicher und kostenmäßiger Aufwand auftreten, falls

recht, Rn. 638; KK-StPO/Diemer, § 153a, Rn. 1; M-G/S/Schmitt, § 153a, Rn. 2, und beim Vorliegen der Verurteilungsmöglichkeit wegen eines Verbrechens sei diese Vorschrift nicht anwendbar, vgl. *Deiters/Albrecht*, ZIS 2013, 483, 487.

²⁴¹ Zwar kann sich der Katalog erweitern, die Auflagen und Weisungen müssen indes einen gewissen Zusammenhang mit der Straftat aufweisen, dazu näher LR-StPO/Mavany, § 153a, Rn. 83 f.; SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 153, Rn. 50.

²⁴² Natürlich darf man nicht schlussfolgern, dass die geringe Schuld immer automatisch ein öffentliches Verfolgungsinteresse ausschließt, vgl. LR-StPO/Mavany, § 153, Rn. 32; M-G/S/Schmitt, § 153, Rn. 7.

²⁴³ Hierzu *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 330.

²⁴⁴ M-G/S/Schmitt, § 153a, Rn. 2.

²⁴⁵ HK-StPO/Gercke, § 153a, Rn. 2; KK-StPO/Diemer, § 153a, Rn. 1; *Roxin/Arzt/Tiedmann*, Einführung, S. 117.

²⁴⁶ Richtigerweise *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 330; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 86; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 6. Zu sonstigen Straftaten im StGB, die ein Absehen von Strafe ermöglichen, vgl. M-G/S/Schmitt, § 153b, Rn. 1.

²⁴⁷ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 339; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 331; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 649; *Volk/Engländer*, GK StPO, Strafverfahrensrecht, § 12, Rn. 28; M-G/S/Schmitt, § 154, Rn. 1; *Roxin/Arzt/Tiedmann*, Einführung, S. 118; näher *Pott*, Opportunitätsdenken, S. 49 ff. Zum Gedanken der Prozessökonomie, vgl. *Pott*, Opportunitätsdenken, S. 135 ff.

²⁴⁸ Zu diesem Begriff *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 593; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 86; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 7; LR-StPO/Mavany, § 154, Rn. 3.

²⁴⁹ SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 154, Rn. 1 f.

²⁵⁰ Ob dies der Fall ist, ist eine Frage des Einzelfalls und ist daher aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände einschließlich der Strafzwecke zu beurteilen, vgl. HK-StPO/Gercke, § 154, Rn. 4; KK-StPO/Diemer, § 154, Rn. 7; LR-StPO/Mavany, § 154, Rn. 22; M-G/S/Schmitt, § 154, Rn. 7.

die erschöpfende Strafverfolgung und Verhängung allemal erzwungen würden. Diese Vorschriften gestatten somit der Staatsanwaltschaft (und dem Gericht) die Befugnis, die einschlägige Straftat etwa als eine mitbestrafte Vor-, Begleit- oder Nachtat zu erachten²⁵¹, und damit von der Verfolgung abzusehen (§ 154 StPO) oder die Verfolgung auf einen Teil zu beschränken (§ 154a StPO).

(3) Bei §§ 153d, 153e StPO handelt es sich um die Verfolgung von Staatsschutzdelikten. § 153d StPO erlaubt eine Nichtverfolgung, um der während der Durchführung des Strafverfahrens auszulösenden, weitergehenden Gefahr vorzubeugen, die einen schweren Nachteil für die Bundesrepublik Deutschland bedeuten könnten. Darüber hinaus ist eine Abwägung vorzunehmen, ob das Verfolgungsinteresse sonstige öffentliche Interessen überwiegt²⁵². Denn die Aufklärung der betreffenden Sache in öffentlicher Hauptverhandlung kann sich eventuell dem Wohl der Bundesrepublik Deutschland schaden²⁵³. Im Vergleich dazu befasst sich § 153e StPO mit der tätigen Reue bei bestimmten politischen Straftaten. Danach kann der Generalbundesanwalt durch ein Absehen von Verfolgung nachfolgende Tätigkeiten²⁵⁴ des Straftäters zur Abwendung einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder die verfassungsmäßige Ordnung kompensieren.

(4) In Anbetracht der eingeschränkten Bedürfnisse der Strafverfolgung bei Auslandstaten oder Taten mit Auslandsbezug lässt sich die strikte Geltung des Legalitätsprinzips durch §§ 153c, 153f, 154b StPO lockern. Nach §§ 5-7 StGB erstreckt sich zwar die deutsche Strafgerichtsbarkeit ebenfalls auf Auslandstaten. Trotzdem kann es öfters vorkommen, dass Straftaten, die beispielsweise außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des deutschen Strafrechts begangen wurden, lediglich die ausländische Rechtsordnung gefährden. Selbst wenn sie die Lage im Inland beeinflussen könnten, wäre das Strafverfolgungsinteresse geringer als bei Inlandstaten²⁵⁵. Dasselbe gilt für Fälle, in denen eine Strafe gegen den Beschuldigten bereits im Ausland vollstreckt oder er rechtskräftig freigesprochen worden ist, oder sonstige öffentliche Interessen das Interesse an der Verfolgung in Deutschland überwiegen (§ 153c StPO). Auch bei Straftaten nach §§ 6-15 des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) kann das Verfahren gegen einen Beschuldigten eingestellt werden, wenn etwa wegen seines Aufenthalts im Ausland weniger Inlandsbezug gegeben ist (§ 153f StPO). Ähnlich liegt der Fall bei Auslieferung und Ausweisung (§ 154b StPO), denn der Aufwand für die Durchführung der Hauptverhandlung steht nicht im Verhältnis zum möglichen Aufklärungserfolg²⁵⁶, weil sich der Täter nicht im Inland aufhält.

Im Hinblick auf §§ 153c, 153f, 154b StPO lässt sich der Verzicht auf den Anklagezwang nach *Deiters* folgendermaßen begründen: Das Legalitätsprinzip gelte nur bei „gesellschaftsinterner Strafrechtsanwendung“, d.h. wenn das Strafrecht zur Bestätigung der eigenen gesell-

²⁵¹ *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 331.

²⁵² *Ferner M-G/S/Schmitt*, § 153c, Rn. 14 f.

²⁵³ *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 332.

²⁵⁴ Dazu wird ein aktives Handeln benötigt, vgl. *M-G/S/Schmitt*, § 153e, Rn. 5.

²⁵⁵ *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 334; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 658; *LR-StPO/Mavany*, § 153c, Rn. 2.

²⁵⁶ *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, Rn. 335.

schaftlichen Identität anzuwenden sei²⁵⁷. Ansonsten sei die strenge Durchsetzung des Legalitätsprinzips zu verneinen, z.B. wenn sich ein Einschreiten der deutschen Strafverfolgungsbehörde deshalb erübrige, weil ein anderer Staat bereits „stellvertretend“ tätig werde – d.h. bei „gesellschaftsexterner Strafrechtsanwendung“²⁵⁸. Denn es wäre in den bestimmten Konstellationen stichhaltiger, der fremden Rechtsordnung den Vorrang gegenüber der eigenen zu gestatten.

(5) Nach § 154c StPO kann eine Anklageerhebung zugunsten von Opfern bei Nötigung oder Erpressung (§§ 240, 253 StGB) nicht erfolgen, weil deren Offenbarung für das Opfer nachteilig ist. Obgleich die Verfolgung gegen das straffällig gewordene Opfer nach dem Legalitätsprinzip erforderlich ist, ist es wegen seines höheren Schutzbedürfnisses von der Strafverfolgung zu befreien²⁵⁹.

(6) Bei in anderen Verfahren zu entscheidenden Vorfragen ist die Einstellung nach §§ 154d, 154e StPO möglich²⁶⁰. Dabei hängt das „Ob“ der Erhebung der öffentlichen Klage vom Beurteilungsergebnis in anderem Zivil- oder Verwaltungsverfahren (§ 154d StPO) bzw. Straf- oder Disziplinarverfahren (§ 154e StPO) ab, so dass die Verfolgung bis zum Abschluss des Verfahrens vorläufig abgebrochen werden kann. Dadurch lässt sich die Gefahr abwenden, dass „ein Strafverfahren zur Präjudizierung eines anderen Verfahrens missbraucht wird“²⁶¹.

b) Problemstellung

In allen Bereichen, in denen das Opportunitätsprinzip in der StPO ausgeprägt sind, liegt im Grunde eine Interessenkollision vor, in der die Staatsanwaltschaft oder das Gericht über die Nichtverfolgung entscheidet. Dabei ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Verfolgung unter Berücksichtigung der General- und Spezialprävention bzw. Gleichbehandlung und der sonstigen Interessen, welche eine reduzierte Notwendigkeit des staatlichen Eingreifens aufzeigen, vorzunehmen. Der Einstellungsgrund (1) muss aber von den übrigen Gründen (2) bis (6) abgegrenzt werden, wenn es auf die gerichtliche Kontrolle über die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft ankommt.

Bei (1) geht es um die Frage zur „Feststellung der Schuld“ des Täters. Dann kann der Strafverfolgungsversuch daran scheitern, dass sich die für die Verurteilung erforderliche Schuld des Beschuldigten von vornherein als geringfügig erweist, oder dass die Schuld nachträglich – nach seinem zu honorierenden Nachverhalten – im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse so zu betrachten ist, als wäre sie tatsächlich gering gewesen. Seine Schuld ist also in Fällen der §§ 153, 153b StPO im Vergleich mit Vergehen gleicher Art als beträchtlich unterdurchschnittlich anzusehen²⁶²; auch bei §§ 153a, 153b StPO wird der Vergleich seiner Schuld

²⁵⁷ Deiters, Legalitätsprinzip, S. 111.

²⁵⁸ Deiters, Legalitätsprinzip, S. 199, 211.

²⁵⁹ Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 667; KK-StPO/Diemer, § 154c, Rn. 1; SK-StPO/Weblau/Deiters, § 154c, Rn. 1.

²⁶⁰ Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 88; KK-StPO/Diemer, § 154d, Rn. 2.

²⁶¹ Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 668; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 600 i.V.m. Rn. 599.

²⁶² Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 619; LR-StPO/Mavany, § 153, Rn. 25; M-G/S/Schmitt, § 153, Rn. 4; SSW-StPO/Schnabl, § 153, Rn. 9. Zu diesem Begriff sowie dessen Unbestimmtheit näher Horstmann, Opportunitätseinstellungen, S. 137 ff.

mit Vergehen gleicher Art benötigt, so dass die zu erwartende Strafe im Verhältnis zum gesetzlichen Strafraum im unteren Bereich liegen muss²⁶³ und die Schuld auf Basis eines in Frage stehenden Ermittlungsverfahrens als nicht zu schwer einzuschätzen ist²⁶⁴. Damit wird zugleich das Interesse des Staates an der Verfolgung relativ vermindert und dies führt zum Verzicht auf die öffentliche Klage. So werden §§ 153, 153a²⁶⁵, 153b²⁶⁶ StPO einer Fallgruppe der „absoluten Geringfügigkeit“ zugeordnet²⁶⁷.

§§ 153, 153a, 153b StPO sind grundsätzlich nicht mit den Fällen, in denen ein Verfahren aufgrund des fehlenden hinreichenden Tatverdachts von der Staatsanwaltschaft (§ 170 II StPO) oder dem Gericht (§ 204 StPO) abgebrochen wird, gleichzusetzen. Denn es geht beim Vorgenannten um das „Maß“ der Schuld, während beim Letzteren aber um das „Ob“ der Schuld. Eine mit weniger Schuld einhergehende Straftat soll daher nicht die Nichtverfolgung nach §§ 170 II, 204 StPO, sondern solche nach §§ 153, 153a, 153b StPO mit sich bringen. §§ 153, 153a, 153b StPO beziehen sich jedoch im Unterschied zu den sonstigen Einstellungsgründen auf die Schuld, die für die Beurteilung des „Ob“ der Verurteilung gegen den Beschuldigten eine entscheidende Rolle spielt. Der daraus zu ziehende Schluss zeigt eine gewisse Nähe der Einstellungsmöglichkeiten gemäß §§ 153, 153a, 153b StPO zu solchen nach §§ 170 II, 204 StPO. Die Notwendigkeit zum Schutz des Beschuldigten steigt folglich bei §§ 153, 153a, 153b StPO mehr, wenn die Staatsanwaltschaft trotz (offensichtlich) geringfügiger Schuld eine Anklageerhebung versucht. Dies führt zu einem erhöhten Bedürfnis, dem Gericht eine ähnliche Kompetenz zur Kontrolle wie bei § 204 StPO einzuräumen, wobei es ohne Mitwirkung anderer Beteiligten seine Überprüfung vornehmen kann.

Anders ist die Lage bei den sonstigen Einstellungsgründen, in denen das Gericht teilweise mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft (oder des Generalbundesanwalts) (§§ 153e II, 154a II StPO) bzw. auf deren Antrag (§§ 154 II, 154b IV StPO) oder teilweise selbst (§ 154e II StPO) das Verfahren (vorläufig) einstellt. Bei §§ 153c IV, 153d II, 153f III, 154c, 154d StPO kann das Gericht bei der Einstellung nicht mitwirken. Sie bezwecken je nach einzelnen bestimmten Konstellationen eine Balancehaltung der Einstellungsbefugnis zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht²⁶⁸. Wer eine solche Ermächtigung haben soll und wie er dann tätig werden soll (einschränkend oder gar nicht), hängt davon ab, woran sich der Gesetzgeber orientieren möchte. Die Problematik der gesetzlichen Gestalt stellt sich daher hinsichtlich derjenigen Regelun-

²⁶³ KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153a, Rn. 13.

²⁶⁴ M-G/S/*Schmitt*, § 153a, Rn. 7.

²⁶⁵ Nicht berücksichtigt werden hier manche Kritiken an der Charakteristik des § 153a StPO als „Absprache“ vor dem Hauptverfahren hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Bedenkens, vgl. statt aller SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153a, Rn. 5 ff. Vor diesem Hintergrund kommt die vollständige Abschaffungsmöglichkeit der Norm in dieser Arbeit nicht in Betracht.

²⁶⁶ Zwar kann es bezogen auf § 153b StPO einige Fälle geben, die auf die Geringfügigkeit der Schuld weniger bzw. keinen Bezug nehmen. Zur einheitlichen Behandlung der Vorschrift kommt die Ausnahme jedoch hier nicht in Betracht.

²⁶⁷ §§ 153c I, 154, 154a, 154b, 154c StPO haben allerdings mit der „relativen Geringfügigkeit“ zu tun, die den Staat wenig betroffen erscheinen lässt, vgl. *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 593. Natürlich ist dabei die Berücksichtigung der Schwere der Schuld nicht ganz ausgeschlossen, z.B. bei § 154 StPO, vgl. *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 650; HK-StPO/*Gercke*, § 154, Rn. 7; KK-StPO/*Diemer*, § 154, Rn. 12; LR-StPO/*Mavany*, § 153, Rn. 28.

²⁶⁸ Hierzu *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 174; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 15.

gen nicht, welche nicht direkt an die Schuld des Täters anknüpfen.

c) Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei gerichtlicher Einstellung

Problematisch ist die gesetzliche Form bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO, insoweit als das Gericht in bestimmten Konstellationen nach der Anklageerhebung nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen kann. Der Antrag oder die Anregung der Staatsanwaltschaft dabei lässt sich zudem mit ihrer Zustimmungserklärung gleichsetzen²⁶⁹. Denn der Unterschied liegt lediglich darin, wer – Staatsanwaltschaft oder Gericht – zuerst den Bedarf zur Einstellung gesehen hat.

Zunächst erscheint problematisch, dass die Staatsanwaltschaft die Versagung der Zustimmung gegenüber dem Gericht nicht begründen muss²⁷⁰. Diese Weigerungserklärung ist zudem nach der h.M. einem Rechtsbehelf, etwa einer Anfechtung im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG, entzogen²⁷¹ und das Gericht darf demzufolge das fehlende Einvernehmen nicht außer Acht lassen²⁷². Dies hat zur Folge, dass das Gericht *de facto* nicht alleiniger Entscheidungsträger ist. Vor diesem Hintergrund wird häufig gesagt, dass die gerichtliche Verfahrenseinstellung – u.a. bei § 153a II StPO – im Regelfall nur erfolgen könne, wenn sich der Sachverhalt wesentlich anders darstellt als zum Zeitpunkt der Anklageerhebung²⁷³. Dies hat zwingend zur Folge, dass in der Praxis für die richterliche Kontrolle über die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft kaum Platz vorhanden ist.

Dass die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit hat, die Zustimmung zur Verfahrenseinstellung zu verweigern, löst zudem hinsichtlich des Art. 19 IV GG Bedenken aus. Denn der Staatsanwaltschaft kommt eine „Vetoposition“ auch nach Ermittlungsverfahren, d.h. im Stadium des Zwischenverfahrens, zu²⁷⁴. Es gibt zwar einige Auffassungen, dass sich das Erfordernis der Zustimmung aus dem Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft ergebe²⁷⁵ oder die Kontrolle sowie das Gleichgewicht der Interessen zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht gewährleis-

²⁶⁹ Ebenso HK-StPO/*Gercke*, § 153, Rn. 19; LR-StPO/*Mavany*, § 153, Rn. 69; M-G/S/*Schmitt*, § 153a, Rn. 23; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 47.

²⁷⁰ KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153, Rn. 28.

²⁷¹ OLG Hamm NStZ 1985, 472; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 321; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 167, 174; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 19, Rn. 12; HK-StPO/*Gercke*, § 153, Rn. 20; KK-StPO/*Diemer*, § 153, Rn. 32; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153, Rn. 28; LR-StPO/*Mavany*, § 153, Rn. 72; MüKo-StPO/*Peters*, § 153, Rn. 48; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 63; SSW-StPO/*Schnabl*, § 153, Rn. 20; *Jostes*, Leistungsstörungen, S. 170 ff.; *Heinrich*, NStZ 1996, 110, 114. Der Angeschuldigte (Beschuldigte) kann damit lediglich durch Gegenvorstellung oder Dienstaufsichtsbeschwerde die Zustimmung erwecken, dazu HK-StPO/*Gercke*, § 153, Rn. 20; LR-StPO/*Mavany*, § 153, Rn. 72; MüKo-StPO/*Peters*, § 153, Rn. 48; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 63. Zur Verneinung der anderen Rechtsschutzmöglichkeiten des Beschuldigten wie §§ 98 II 2, 304 StPO eingehend *Rose*, Rechtsschutz, S. 44 ff.

²⁷² Das Gericht kann nur bei der Staatsanwaltschaft anfragen, ob sie mit seiner Entscheidung einverstanden ist, vgl. M-G/S/*Schmitt*, § 154a, Rn. 21.

²⁷³ M-G/S/*Schmitt*, § 153a, Rn. 48; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153a, Rn. 73; a.A. LR-StPO/*Mavany*, § 153a, Rn. 139, der der Ansicht ist, dass neue Tatsachen zur Rechtfertigung einer anderen rechtlichen Bewertung nicht notwendigerweise benötigt werden.

²⁷⁴ Hierzu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 15, Rn. 22.

²⁷⁵ BGH NJW 1975, 1829, 1830; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 627; BeckOK-StPO/*Beukelmann*, § 153, Rn. 32; HK-StPO/*Gercke*, § 153, Rn. 20; KK-StPO/*Diemer*, § 153, Rn. 32; M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 26.

te²⁷⁶. Nicht immer steht dieser Gedanke jedoch in Einklang mit der Phase, in der die Verfahrensherrschaft und die Dispositionskompetenz über den Prozessstoff nach Einreichung der Anklageschrift bereits auf das Gericht übergegangen ist²⁷⁷. Im Rahmen der Vorschriften wie §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO ist der Richter im Zwischenverfahren fähig, aufgrund eigener Vorgaben erneut die Maßnahmen der Staatsanwaltschaft zu überprüfen. Er darf mithin unabhängig von der Ansicht anderer Beteiligten auf die Beendigung des Verfahrens hinwirken²⁷⁸. Würde aber die Staatsanwaltschaft auf die abschließende Entscheidung des Richters einwirken und könnte der Richter die Einstellung gar nicht gegen den Willen der Staatsanwaltschaft vornehmen, gelangt man zu dem Schluss, dass in Wirklichkeit die Staatsanwaltschaft eine „letzverbindliche“ Befugnis zur Einstellung auch in jenem Prozessabschnitt innehat, in dem ihr keine Verfahrensherrschaft zukommt. Dies passt allerdings überhaupt nicht zur grundlegenden Idee des Rechtsschutzgebots nach Art. 19 IV GG²⁷⁹²⁸⁰.

Entscheidend ist es ferner, dass es widersprüchlich erscheint, dass ein kontrollierendes Organ die Zustimmung eines kontrollierten Organs einzuholen hat. Der Abbruch des Verfahrens im Rahmen der Befugnis des Richters stellt eine Art von Kontrolle²⁸¹ in der Form dar, dass der Richter im Zwischenverfahren die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anklageerhebung überprüft²⁸². Den Terminus der Kontrolle gebraucht man gewöhnlich dann, wenn ein überlegenes Subjekt die Tätigkeiten eines Untergeordneten beschränkt, und zwar selbstverständlich ohne dessen Mitwirkung. Würde die Zustimmung des Untergeordneten dabei eine maßgebliche Rolle spielen und wäre die Übereinstimmung der Meinungen beider Seiten nötig, würde die Verfahrenseinstellung durch das Gericht demzufolge eine eigenständige Bedeutung als „Kontrolle“ verlieren.

Gegen die h.M., die Verweigerung der Zustimmung durch die Staatsanwaltschaft gegenüber dem Gericht sei nicht anfechtbar, spricht, dass bei gleichheitswidriger oder willkürlicher Verweigerung zur gerichtlichen Verfahrenseinstellung der Rechtsweg etwa gemäß §§ 23 ff. EGGVG²⁸³ (analog²⁸⁴) eröffnet ist, oder die Relativierung der Zustimmungssperre mittels verfassungskonformer Auslegung möglich ist²⁸⁵. Danach kann das Gericht ungeachtet der ver-

²⁷⁶ Heghmanns, Strafverfahren, Rn. 174; Volk/Engländer, GK StPO, § 12, Rn. 15. Zur Entwicklung sowie den Änderungen der §§ 153 ff. StPO *in puncto* des staatsanwaltschaftlichen Einverständnisses Cramer, Maurach-FS, S. 490 ff.

²⁷⁷ Cramer, Maurach-FS, S. 496.

²⁷⁸ Kalsbach, Nachprüfung, S. 65 f.; Terbach, Einstellungserzwingungsverfahren, S. 192. Zur Notwendigkeit der Bewahrung der richterlichen Unabhängigkeit Cramer, Maurach-FS, S. 488.

²⁷⁹ Zutreffend Terbach, Einstellungserzwingungsverfahren, S. 55 f., 192; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 627, 645; Lagodny, JZ 1998, 568, 570; ähnlich; Strubel/Sprenger, NJW 1972, 1734, 1737.

²⁸⁰ Zur Rechtsschutzmöglichkeit des Beschuldigten nach Art. 19 IV GG eingehend siehe unten 3. Teil, C. II., Insbesondere 3. c).

²⁸¹ Dazu grundlegend Popp, Fehlerkorrektur, S. 286 ff.

²⁸² Der Richter kann gleichzeitig die Kontrolle über die staatsanwaltschaftliche Handhabung des Einstellungs-ermessens vornehmen, dazu Erb, Legalität und Opportunität, S. 224, 226.

²⁸³ Kalsbach, Nachprüfung, S. 135.

²⁸⁴ Heinrich, NStZ 1996, 110, 115.

²⁸⁵ Zur exemplarischen, problematischen Fällen bzw. ausführlichen Darstellung Terbach, NStZ 1998, 172 ff.

weigerten Zustimmung das Verfahren selbst einstellen²⁸⁶. Dies kann indes Anlass zur unnötigen Doppelarbeit geben. Es erscheint vielmehr nachvollziehbarer, der Vorschrift das Zustimmungserfordernis von Anfang an zu entziehen, weil es sich ohnehin weder theoretisch noch systematisch nicht rechtfertigen lässt. Im Übrigen käme man auch mit Abschaffung dieser Voraussetzung zu demselben Ergebnis, weil die willkürliche Zustimmungsverweigerung und eine willkürliche bzw. rechtswidrige Anklageerhebung deckungsgleich sind, so dass das Gericht jedenfalls bei Überschreitung des der Staatsanwaltschaft zustehenden Beurteilungsspielraums seine Kompetenz zur Kontrolle entfalten kann.

d) Mitwirkung des Angeschuldigten bei gerichtlicher Einstellung

§§ 153 II, 153a II, 153b II StPO fordern neben der Zustimmung der Staatsanwaltschaft noch die Zustimmung des Angeschuldigten²⁸⁷. Es wird mithin auf den Willen des Angeschuldigten abgestellt, der einen Freispruch einer Einstellung vorzieht²⁸⁸; durch seine Versagung der Zustimmung will er also eine öffentliche Bestätigung seiner Unschuld durch ein gerichtliches rechtskräftiges Urteil erlangen²⁸⁹. Diese Erklärung unterliegt nach der überwiegenden Meinung keiner Bedingung²⁹⁰. Der Angeschuldigte ist dabei zum Einverständnis nur befugt, wenn die Einstellung die Feststellung seiner Schuld betrifft. Dies ist aus der Tatsache abzuleiten, dass die Zustimmung des Angeschuldigten nicht gesetzlich vorgesehen ist, wenn es sich wie bei § 154 II allein um justizökonomische Interessen handelt²⁹¹.

Trotzdem bereiten auch die Vorschriften, in denen die Einstellung durch das Gericht von der Zustimmung des Angeschuldigten abhängig ist, gewisse Probleme. Die Bedeutung dieser Voraussetzung ist nicht zu überschätzen: Die Zustimmungserklärung des Angeschuldigten ist einerseits lediglich so auszulegen, dass der Angeschuldigte auf sein Interesse an Strafklageverbrauch durch einen Freispruch verzichtet und das Verfahren durchbrechen lassen möchte²⁹².

²⁸⁶ Der BGH sprach nur in exzeptionellen Fällen wie einer willkürlichen und schwerwiegenden Verletzung des Beschleunigungsgebots auch nach verweigerter Zustimmung der Staatsanwaltschaft gemäß § 153 II StPO eine Verfahrenseinstellung aus, vgl. BGH NStZ 1988, 283, 284.

²⁸⁷ Die Ausnahmeregelung des § 153 II 2 StPO wird hier nicht in den Blick genommen.

²⁸⁸ *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 175; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 628; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 15; *HK-StPO/Gercke*, § 153, Rn. 21; *KK-StPO/Diemer*, § 153, Rn. 33; *KMR-StPO/Kulhanek*, § 153, Rn. 29; *MüKo-StPO/Peters*, § 153, Rn. 49; *SK-StPO/Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 50; *SSW-StPO/Schnabl*, § 153, Rn. 21; *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 369.

²⁸⁹ *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 601.1. Natürlich nimmt er das Risiko des Schuldspruchs in Kauf, dazu *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 18; *M-G/S/Schmitt*, § 153, Rn. 27.

²⁹⁰ *HK-StPO/Gercke*, § 153, Rn. 21; *KK-StPO/Diemer*, § 153, Rn. 34; *M-G/S/Schmitt*, § 153, Rn. 27; *KMR-StPO/Kulhanek*, § 153, Rn. 29; *SK-StPO/Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 50; *SSW-StPO/Schnabl*, § 153, Rn. 21; a.A. *LR-StPO/Mavany*, § 153, Rn. 74, der annimmt, dass einige Bedingungen zugunsten des Beschuldigten nach seiner freiwilligen Wahl erlaubt seien.

²⁹¹ Dazu *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 175.

²⁹² Auf dieser Linie ebenfalls *Hohendorf*, NStZ 1985, 399, 403; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 43, Rn. 11, wonach eine Aufhebung eines erlassenen Eröffnungsbeschlusses vor Durchführung der Hauptverhandlung zu plädieren sei, wenn der Angeklagte etwa beim Mangel seines Tatverdachts dies beantrage, denn der Antrag stelle ein Aufgeben der Rechtskraftwirkung des Freispruchs dar. Dagegen *Schäpe*, Mangelhaftigkeit, S. 162 f., 187 f., der aus Auslegung der gesetzgeberischen Intention bezüglich des § 210 I StPO die Schlussfolgerung herleitet, dass auch bei der verkanteten Annahme des hinreichenden Tatverdachts der bereits erlassene Eröffnungsbeschluss unberührt bleiben müsse und dessen Rücknahme mithin gar nicht nach sich ziehe; ebenfalls *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 301, 306; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 16, Rn. 10 f.; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 563; *KK-StPO/Schneider*, § 207, Rn. 19;

Das Zustimmungserfordernis gibt ihm nämlich allenfalls die Möglichkeit, durch die autonome Erklärung seinen Wunsch hinsichtlich der Fortsetzung des Verfahrens von außen und rechtsverbindlich zu äußern²⁹³. Umgekehrt besagt die Zustimmungsverweigerung des Angeschuldigten keinesfalls, dass er berechtigt ist, die Fortführung des Strafverfahrens in Anspruch zu nehmen, bis er endlich freigesprochen wird²⁹⁴. Denn dem Strafprozess ist eine solche „Rehabilitierungsfunktion“ fremd²⁹⁵.

Die Ablehnung eines solchen Anspruchs des Angeschuldigten kann dem tatsächlich unschuldigen Angeschuldigten natürlich einigermaßen problematisch erscheinen, weil ihm insbesondere bei Verfahrenseinstellung gemäß § 153 StPO eine öffentliche Absage seines Tatverdachts durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht nicht erteilt wird, anders als bei Verfahrensbeendigung gemäß §§ 170 II, 204 StPO, wo die Einstellung mangels hinreichenden Tatverdachts erfolgt²⁹⁶. Der Angeschuldigte würde dann ggf. behaupten, dass das Gericht sein Interesse an der Rehabilitation in der Hauptverhandlung berücksichtigen müsse, solange kein großer Aufwand und keine erhebliche Verfahrensverzögerung zu erwarten sind²⁹⁷. Da dieser Aspekt aber bereits unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge des Gerichts miterfasst ist, wozu das Gericht „von sich aus“ verpflichtet ist, ist die Entscheidung des Gerichts über die Einstellung des Verfahrens letztendlich das Ergebnis der Erfüllung einer eigenen Pflicht. Somit ist es wenig überzeugend, die Ausübung staatlicher Strafgewalt von einem „externen“ Element wie der Wahl des Angeschuldigten zwischen der Zustimmungs- und Verweigerungserklärung abhängig zu machen.

Seine Erklärung sollte demnach keine „verbindliche“ Vorgabe sein, wenn das Gericht nach seinen eigenen Beurteilungskriterien die staatsanwaltschaftliche Anklageerhebung überprüft. Vielmehr handelt es sich um eine freiwillige Bewertung des Richters, ob die Ermittlungen und die darauffolgende Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft rechtmäßig vorgenommen wurden. Das Einverständnis des Angeschuldigten sollte daher nicht das ausschlaggebende Mittel zur Entscheidung darüber sein, ob das Verfahren einzustellen oder fortzusetzen ist. Richtigerweise reicht es aus, wenn der Richter bei der Überlegung der Umstände des Einzelfalls dem Angeschuldigten die Gelegenheit gibt, zum künftigen Gang des Strafverfahrens seine Stellung zu nehmen.

Allerdings ist zu beachten, dass die Ausführungen natürlich für § 153a II StPO nicht gelten. Diese Vorschrift richtet sich von Natur aus an einer Verfahrensbeendigung mit „Selbstunterwerfung“ durch den „einsichtigen und sanktionswilligen Täter eines Delikts der Kleinkrimi-

M-G/S/Schmitt, § 203, Rn. 3; SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 153, Rn. 50; SSW-StPO/Rosenau, § 203, Rn. 5; LR-StPO/Stuckenberg, § 207, Rn. 45 ff.

²⁹³ Nach Rose, Rechtsschutz, S. 119, 134 komme dabei die Rechtsverletzung im Sinne des Art. 19 IV GG – anders als bei Verweigerung der Zustimmung durch die Staatsanwaltschaft – nicht in Betracht, da dem Angeschuldigten diese freiwillige Entscheidung zustehe.

²⁹⁴ Auf dieser Linie BGHSt 10, 88, 93; BVerfG, NStZ 1984, 228, 229; zustimmend HK-StPO/Gercke/Temming, Einl., Rn. 10; M-G/S/Schmitt, Einl., Rn. 8.

²⁹⁵ Roxin/Arzt/Tiedmann, Einführung, S. 86.

²⁹⁶ Dazu Hüls, Ermittlungstätigkeit, S. 118 f.

²⁹⁷ Zutreffend Volk/Engländer, GK StPO, § 24, Rn. 3.

nalität“ aus²⁹⁸. In der Vorschrift ist auch der Gedanke des Täter-Opfer-Ausgleichs²⁹⁹ sowie des „Konsenses“ zwischen Beschuldigtem und Strafverfolgungsbehörde³⁰⁰ enthalten. Angesichts der Charakteristik als „Absprache“ sollte der Beschuldigte oder Angeschuldigte fähig sein, selbst eine Entscheidung über die Fortführung des Verfahrens oder die Vermeidung der „negativen Auswirkung einer Vorstrafe“³⁰¹ zu treffen. Vor dem Hintergrund ist im Ergebnis daran festzuhalten, dass der Angeschuldigte nur bei § 153a II StPO wie bisher bei der gerichtlichen Entscheidung über die Verfahrenseinstellung mitwirken darf.

C. Ergebnis des 1. Teils

Nach geltendem Recht kann das Gericht nach der Erhebung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren deren Ermittlungsergebnisse überprüfen und kontrollieren. Es besitzt eine Befugnis zur Beendigung des Verfahrens vornehmlich mittels eines Nichteröffnungsbeschlusses gemäß § 204 StPO und einer (endgültigen) Einstellung aus Opportunitätsgründen gemäß §§ 153 ff. StPO. Welches Mittel zum Einsatz kommt, hängt davon ab, ob ein hinreichender Tatverdacht sowie Prozessvoraussetzungen vorliegen oder nicht.

Die Notwendigkeit der gerichtlichen Kontrolle über die rechtswidrig bzw. missbräuchlich vorgenommene Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft wird zunächst in theoretischer Hinsicht festgestellt, welche auf die verfassungsrechtlichen Prinzipien und die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft sowie des Beschuldigten im gesamten Strafverfahren abstellt. Betrachtet man zunächst die Geschichte der Einführung der Staatsanwaltschaft im Laufe des 19. Jahrhunderts oder die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft noch in der gegenwärtigen Rechtspraxis je nach Sichtweise oder tatsächlichen Handlungen konkreter Amtsträger politisch instrumentalisiert werden kann, so erscheint es unmöglich, ohne Mitwirkung des Gerichts im Falle ihrer Entscheidung über die Anklageerhebung etwaige Einflussnahmen der Regierung auf die Strafverfolgung gänzlich zu beseitigen. Auch angesichts der Rolle der Staatsanwaltschaft im Laufe des Strafverfahrens – insbesondere dass sie „aktiv“ auswählen kann, ob das Verfahren weiterläuft oder beendet wird – sowie in Anbetracht ihrer Objektivitätspflicht, der aber aus strukturellen wie psychischen Gründen kein Staatsanwalt vollständig genügen kann, erscheint es ferner problematisch, dass das Gericht bei der Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft gar nicht bzw. einschränkend mitwirken kann. Der entscheidende Grund für das gerichtliche Einschreiten ist schließlich, dass die – durch die Anklageerhebung bedingte – öffentliche Haupt-

²⁹⁸ BGH NJW 1978, 2519; HK-StPO/*Gercke*, § 153a, Rn. 2; M-G/S/*Schmitt*, § 153a, Rn. 12; MüKo-StPO/*Peters*, § 153a, Rn. 2; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153a, Rn. 2; ähnlich LR-StPO/*Mavany*, § 153a, Rn. 12, der den Ausdruck „kooperative Verfahrensbeendigung“ anstatt der „Selbstunterwerfung“ bevorzugt.

²⁹⁹ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 13; HK-StPO/*Gercke*, § 153a, Rn. 4; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153a, Rn. 4; LR-StPO/*Mavany*, § 153a, Rn. 4; *Fünfsinn*, Schlothauer-FS, S. 104.

³⁰⁰ *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 18; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 13; HK-StPO/*Gercke*, § 153a, Rn. 5; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153a, Rn. 1; LR-StPO/*Mavany*, § 153a, Rn. 17; MüKo-StPO/*Peters*, § 153a, Rn. 3; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153a, Rn. 3; SSW-StPO/*Schnabl*, § 153a, Rn. 1; *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 380, 412; *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 17; näher *Schünemann*, Gutachten, 58. DJT, S. B 19 ff., der § 153a StPO als „informelle Verständigung“ bezeichnet.

³⁰¹ Zu dieser Formulierung BGH NJW 1978, 2519. Die Zustimmung des Beschuldigten nach § 153a StPO bedeutet nämlich keine Anerkennung seines Vorwurfs, sondern eine rechtsverbindliche Bestätigung, seinen Vorwurf zu vermeiden, dazu *Deiters*, ZStW 130 (2018), 491, 509.

verhandlung regelmäßig zu erheblichen Risiken und Belastungen in persönlichen und sozialen Beziehungen des Beschuldigten führt. Somit muss das Gericht als ein externer Dritter und als ein objektives Organ der Rechtspflege auch im Zwischenverfahren in der Lage sein, durch seine nachträgliche Überprüfung die rechtswidrige bzw. missbräuchliche Anklageerhebung im Interesse des Beschuldigten zu verhindern. Dadurch lässt sich insbesondere „im justizinternen Bereich“ eine effektive Kontrolle wohl verwirklichen. Diese gerichtliche Entscheidungsbefugnis läuft dem Akkusations- und Gewaltenteilungsprinzip nicht zuwider, weil sie lediglich nach vollständigem Abschluss der Ermittlung und nach der Einreichung der Anklageschrift im Rahmen des Zwischenverfahrens erfolgt, welches im Bereich der Judikative liegt.

Trotzdem scheinen die gegenwärtigen Vorschriften, § 204 StPO sowie §§ 153 ff. StPO, in formeller Hinsicht zum Schutz des Angeschuldigten nicht auszureichen. Ein solcher Mangel des geltenden Rechts findet sich zum einen in § 204 StPO, wo nur die Begründungspflicht des Gerichts, dass sich der Beschluss entweder auf tatsächlichen oder auf rechtlichen Gründen stützen muss, und die Pflicht zur Bekanntmachung des Beschlusses an den Angeschuldigten geregelt ist. Basis einer derart vagen Regelung kann der Angeschuldigte nicht beurteilen, wann mit einem Nichteröffnungsbeschluss zu rechnen ist. Zudem umfasst die Vorschrift nicht alle Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft ihre Befugnis zur Anklageerhebung missbraucht hat und damit ein erheblicher Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, den fair-trial-Grundsatz oder den Gleichheitsgrundsatz vorliegt. Hier besteht mithin gesetzgeberischer Handlungsbedarf, die Vorschrift konkreter zu fassen.

Zum anderen ist auch die Regelungsform der §§ 153 ff. StPO problematisch. Diesbezüglich muss man zunächst davon ausgehen, dass §§ 153, 153a, 153b StPO, die der Fallgruppe der „absoluten Geringfügigkeit“ zugeordnet werden, von den übrigen Opportunitätseinstellungen abzugrenzen sind. Selbst wenn §§ 153, 153a, 153b StPO, wo es lediglich um das „Maß“ der Schuld geht, grundsätzlich nicht vollständig mit §§ 170 II, 204 StPO, welche eine Verfahrensbeendigung aufgrund „fehlenden“ hinreichenden Tatverdachts voraussetzen, gleichzusetzen sind, zeigt sich eine gewisse Nähe der Einstellungen gemäß §§ 153, 153a, 153b StPO zu solchen nach §§ 170 II, 204 StPO, und zwar in dem Punkt, dass Erstere im Unterschied zu den sonstigen Opportunitätseinstellungen mit dem Element „Schuld“ verbunden sind, die in der Hauptverhandlung für die Entscheidung über die Verurteilung gegen den Beschuldigten eine wichtige Rolle spielt. Dies führt daher zu einem erhöhten Bedürfnis, dem Gericht eine ähnliche Befugnis zur Kontrolle wie bei § 204 StPO zuzubilligen. §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO fordern indes im Unterschied zu § 204 StPO für die Verfahrenseinstellung die Zustimmung der Staatsanwaltschaft sowie des Angeschuldigten.

Da die Versagung der Zustimmung durch die Staatsanwaltschaft nach der h.M. zunächst einem Rechtsbehelf entzogen ist, ist das Gericht in der Tat nicht fähig, als alleiniger Entscheidungsträger zu beschließen, ob das Verfahren einzustellen oder fortzusetzen ist. Dies führt zu einer ungerechtfertigten Folge, dass der Staatsanwaltschaft eine „Vetoposition“ und eine „letzverbindliche“ Befugnis zur Einstellung auch im Stadium des Zwischenverfahrens zukommen, wo die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft nach der Einreichung ihrer Anklageschrift eigentlich auf das Gericht übergegangen ist. Diese Möglichkeit der Weigerung

seitens der Staatsanwaltschaft löst im Ergebnis hinsichtlich des Art. 19 IV GG Bedenken aus. Hierbei scheint es somit plausibler zu sein, das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft von Anfang an zu streichen.

Angesichts der oben genannten Befugnis des Gerichts in der Phase des Zwischenverfahrens sowie seiner Fürsorgepflicht bereiten ferner die Vorschriften, in denen die gerichtliche Einstellung von der Zustimmung des Angeschuldigten abhängig ist, gewisse Probleme. Das Zustimmungserfordernis des Angeschuldigten ist nämlich so zu interpretieren, dass der Angeschuldigte allenfalls die Gelegenheit hat, durch eine autonome Erklärung seinen Wunsch hinsichtlich der Fortsetzung des Verfahrens von außen und rechtsverbindlich zu äußern. Seine Erklärung sollte jedoch keine „verbindliche“ Vorgabe oder kein entscheidendes Mittel zur gerichtlichen Entscheidung über das „Ob“ der Verfahrenseinstellung sein. Empfehlenswert erscheint damit auch die Streichung des Zustimmungserfordernisses des Angeschuldigten. Natürlich gelten diese Ausführungen nicht für § 153a II StPO, der den Charakter einer „Absprache“ hat. Im Falle des § 153a II StPO sollte mithin das Zustimmungserfordernis des Angeschuldigten beibehalten werden.

Im Ergebnis ist somit die effektive Kontrolle im Zwischenverfahren durch die Anwendung des Nichteröffnungsbeschlusses gemäß § 204 StPO sowie der Einstellungsregelungen gemäß §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO als gescheitert anzusehen. Daraus kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass zur Gewährung einer effektiven Überprüfung der möglicherweise rechtswidrigen Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft durch das Gericht eine Reform dieser Regelungen erforderlich ist. Zum Zwecke der Ausarbeitung der konkreten Reformvorschläge und der gezielten Untersuchung der Möglichkeit der Neuregelung wird zunächst im nächsten Teil auf die Diskussionskonstellation sowie die geltenden Regelungen in Korea eingegangen, und zwar in rechtsvergleichender Perspektive.

2. Teil: Die gerichtliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung im koreanischen Recht

A. Überblick über die Struktur der Abschlussentscheidungsbefugnis der Staatsanwaltschaft nach koreanischem Recht

I. Abschlussverfügungen der Staatsanwaltschaft

Mit einer Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft wird das Ermittlungsverfahren beendet. Der koreanischen Staatsanwaltschaft stehen verschiedene Möglichkeiten zum Abschluss des Ermittlungsverfahrens zur Verfügung. Sie beruhen freilich nicht auf der koreanischen Strafprozessordnung. Vielmehr ergeben sich diese aus der „Verordnung über die Erledigung staatsanwaltschaftlicher Angelegenheiten und Geschäfte (StA-VO)“, erlassen durch das Justizministerium. § 57 I kor. StA-VO präsentiert neun möglichen Handlungsvarianten der Staatsanwaltschaft im Abschlussstadium des Ermittlungsverfahrens: (1) Anklageerhebung, (2) Verfahrenseinstellung, (3) Vorläufige Verfahrenseinstellung aufgrund unbekanntem Aufenthaltsorts des Beschuldigten, (4) Vorläufige Verfahrenseinstellung aufgrund unbekanntem Aufenthaltsorts des Betroffenen, (5) Vorbehalt der Anklageerhebung, (6) Abgabe an eine andere Staatsanwaltschaft, (7) Abgabe an das zuständige Jugendgericht, (8) Abgabe an das zuständige Gericht für die Sachen der häuslichen Gewalt oder (9) Abgabe an das zuständige Gericht für die Sachen der Prostitution.

Obwohl die einzelnen Gründe jeweils einzeln geregelt sind, können diese grob in drei Fallgruppen unterteilt werden: (i) Anklageerhebung (Handlungsvariante (1)), (ii) Verfahrenseinstellung (Handlungsvarianten (2) bis (5)) und (iii) Abgabe an die zuständige Stelle (Handlungsvarianten (6) bis (9)).

(i) Die erste und wichtigste Verfügung der Staatsanwaltschaft ist die Erhebung der Anklage. In der koreanischen StPO ist lediglich verankert, dass der Staatsanwaltschaft die Erhebung einer Klage zusteht (§ 246 kor. StPO). Dennoch wird in der Literatur allgemein anerkannt, dass die Staatsanwaltschaft eine Anklage erhebt (bzw. erheben kann), wenn sie das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts sowie der Prozessvoraussetzungen und die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung erkennt³⁰². Die Anklageerhebung erfolgt durch die Einreichung der Anklageschrift an das zuständige Gericht (§ 254 I kor. StPO, § 61 kor. StA-VO). Sind aber etwa Geldstrafe, Verfall oder Einziehung mit relativ milderem Strafrahmen zu erwarten, so kann die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Strafbefehl stellen (§ 448 I kor. StPO, § 65 kor. StA-VO). Die Staatsanwaltschaft beantragt dies schriftlich bei der Anklageerhebung (§ 449 kor. StPO). Durch den Antrag wird demnach die öffentliche Klage erhoben.

³⁰² *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 20, Rn. 3; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 3; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 480.

(ii) Ansonsten kann die Staatsanwaltschaft ein Verfahren einstellen. Da diese Einstellungsverfügung nicht den Charakter des gerichtlichen Urteils besitzt, führt sie nicht zum Strafkla-geverbrauch³⁰³. Auf die Fallgruppe (ii) wird im nachfolgenden Abschnitt noch näher einge-gangen³⁰⁴.

(iii) Darf die Staatsanwaltschaft wegen ihrer Unzuständigkeit eine Sache nicht bearbeiten, ist dies auf das zuständige Gericht – und die dortige Staatsanwaltschaft – zu übertragen. *„Fällt die Sache nicht in die Zuständigkeit des Gerichts, zu dem ihre Strafverfolgungsbehörde ge-hört, so muss die Staatsanwaltschaft die Sache zusammen mit den Akten und Beweismitteln an die Staatsanwaltschaft der Strafverfolgungsbehörde, die zum für die Sache zuständigen Ge-richt gehört, abgeben“* (§ 256 kor. StPO). *„Ist für die Sache das Militärgericht zuständig, so muss die Staatsanwaltschaft die Sache zusammen mit den Akten und Beweismitteln an die Staatsanwaltschaft der Strafverfolgungsbehörde, die zum für die Sache zuständigen Militär-gericht gehört, abgeben“* (§ 256-2 kor. StPO).

Außerdem besteht die Abgabepflicht der Staatsanwaltschaft gemäß § 83 I kor. StA-VO auch in sonstigen speziellen Gesetzesbereichen: Jugendgerichtsgesetz, Gesetz zur Bestrafung von Straftaten im Rahmen häuslicher Gewalt und Gesetz zur Bestrafung von Straftaten wie Prosti-tutionsvermittlung. *„Die Staatsanwaltschaft muss erstens die Sache an das zuständige Ju-gendgericht abgeben, solange sie nach Ermittlung der Verfehlung eine erzieherische Maß-nahme für erforderlich hält“* (§ 49 I kor. JGG). *„Die Staatsanwaltschaft hat zweitens die Sa-che an das zuständige Familiengericht oder – in Gebieten, in denen kein Familiengericht ein-gerichtet ist“*³⁰⁵ – *das Gericht erster Instanz abgeben, wenn sie unter Berücksichtigung von Charakter, Motiv und Folge der häuslichen Gewalt bzw. Persönlichkeit und Verhalten des Täters die Anwendung des Gesetzes für erforderlich hält“* (§ 11 kor. Gesetz zur Bestrafung von Straftaten im Rahmen häuslicher Gewalt). Ähnlich liegt der Fall bei Sachen der Prostitu-tion, wobei *„die Staatsanwaltschaft drittens verpflichtet ist, die Sache an das zuständige Fa-miliengericht oder – in Gebieten, in denen kein Familiengericht eingerichtet ist“*³⁰⁶ – *das Ge-richt erster Instanz abzugeben, wenn sie unter Berücksichtigung von Charakter und Motiv der Straftaten bzw. Persönlichkeit und Verhalten des Täters die Anwendung des Gesetzes für er-forderlich hält“* (§ 12 I kor. Gesetz zur Bestrafung von Straftaten wie Prostitutionsvermitt-lung).

II. Begriff und Wesen der Anklageerhebung

Unter Anklageerhebung ist eine Prozessklärung der Staatsanwaltschaft zur Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über Strafsachen zu verstehen³⁰⁷. Durch die Anklageerhebung geht die Verfahrensherrschaft auf das Gericht über und die Sachverhaltsaufklärung er-folgt danach allein in der Hauptverhandlung. Das erkennende Gericht kann nämlich die Un-

³⁰³ KOGH 87 Do 2020, 10.11.1987; *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 20, Rn. 4; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 499.

³⁰⁴ Siehe unten 2. Teil, B.

³⁰⁵ § 10 I kor. Gesetz zur Bestrafung von Straftaten im Rahmen häuslicher Gewalt.

³⁰⁶ § 13 I kor. Gesetz zur Bestrafung von Straftaten wie Prostitutionsvermittlung.

³⁰⁷ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 1.

tersuchung und Beurteilung der Problematik der Sache nicht vornehmen, solange die Überreichung der Sache durch die rechtmäßige Anklageerhebung nicht erfolgt. Deshalb ist anzunehmen, dass die rechtmäßige bzw. wirksame Anklageerhebung das Merkmal einer Prozessvoraussetzung enthält³⁰⁸. Da sich die gerichtliche Untersuchung lediglich auf die in der Klage (Anklageschrift) bezeichneten Taten erstreckt, ist der Umfang der gerichtlichen Beurteilung zudem von der Anklageerhebung abhängig. Aus diesen Gründen stellt die Anklageerhebung eine komplexe und bedeutende Prozesshandlung dar, die im gesamten Strafverfahren eine große Rolle spielt und die Verantwortung der Staatsanwaltschaft für den Fortgang des Verfahrens deutlich aufzeigt³⁰⁹.

Aus der Tatsache, dass die Anklageerhebung zur Durchführung des Strafverfahrens, d.h. zur Anknüpfung des Ermittlungsverfahrens an das Hauptverfahren, erfolgt, stammt der Gedanke, dass die Anklageerhebung als eine verfahrensrechtliche Prozesshandlung zu sehen ist. Andererseits bringt die Anklageerhebung die „Gestaltung eines Verfahrens selbst“, indem sie eine Strafwürdigkeit des Täters offensichtlich und öffentlich aufweist. Die Anklageerhebung ist folglich – ähnlich wie die Durchführung der Hauptverhandlung – als ein über die bloße verfahrensrechtliche Prozesshandlung hinausgehendes, materiell-rechtliches Tätigwerden anzunehmen, durch welches die Bestrafung des Täters begründet wird³¹⁰.

III. Grundsätze im Stadium der Anklageerhebung

1. Offizialprinzip und Anklagemonopol

§ 246 kor. StPO regelt das Offizialprinzip und Anklagemonopol, wonach allein die Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung berufen ist³¹¹. Dies entspricht der Grundidee des deutschen Strafverfahrens gemäß § 152 I StPO³¹². Die Regelung der koreanischen StPO wird aber noch strenger gefasst³¹³. In ihr sind nämlich weder Privat- noch Popularklage enthalten. Verletzte können die staatliche Strafverfolgung nur beeinflussen, wenn es um Straftaten, deren Verfolgung nur auf Antrag erfolgt (Antragsdelikte), oder um Straftaten geht, welche gegen den ausdrücklichen Willen des Verletzten nicht verfolgt werden dürfen. Auf keinen Fall dürfen sie selbst die Strafverfolgung vornehmen oder sich an einer solchen beteiligen, während in Deutschland Privat- und Nebenklage gesetzlich vorgesehen sind. Ausnahmen des Verfolgungs- und Anklagemonopols werden natürlich im Rahmen der Bagatellkriminalität und der Jugenddelinquenz angenommen, durch welche die strikte Regelung gemildert wird³¹⁴. Im Übrigen sind die Pflicht zur Bekanntmachung des Einstellungsbescheids gemäß §§ 258 ff. kor. StPO mit der Regelung des § 171 StPO und die Möglichkeit der Einstellungsbeschwerde sowie des

³⁰⁸ *Shin*, Strafprozessrecht, S. 543.

³⁰⁹ *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 1.

³¹⁰ *Bae/Hong*, Kriminalpolitik, § 73, Rn. 5.

³¹¹ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 23, Rn. 2; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 376; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 4; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 490; *Son/Shin*, Strafprozessrecht, S. 355.

³¹² Zur näheren Darstellung vgl. LR-StPO/*Kühne*, Einl. I, Rn. 14 ff.

³¹³ *Shin*, Anklagepflicht, S. 142.

³¹⁴ Näher dazu *Shin*, Anklagepflicht, S. 142 ff.; zur derzeitigen gesetzlichen Regelung *Shin*, Strafprozessrecht, S. 491 f.

Klageerzwingungsverfahrens gemäß §§ 260 ff. kor. StPO³¹⁵ mit den Regelungen der §§ 172 ff. StPO vergleichbar, die der Einschränkung der staatsanwaltschaftlichen Kompetenz dienen³¹⁶.

2. Opportunitätsprinzip

Neben § 246 kor. StPO gibt es in der koreanischen StPO die staatsanwaltschaftliche Abschlussentscheidungsbefugnis betreffend nur die Vorschrift des § 247 kor. StPO, die wie folgt lautet: „Die Staatsanwaltschaft kann mit Rücksicht auf § 51 kor. StGB die öffentliche Klage nicht erheben“. Anders als die deutsche StPO, z.B. §§ 152 II, 170 I StPO, sieht die koreanische StPO keine Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft vor. Die Staatsanwaltschaft ist damit berechtigt, auf die ausschließlich ihr zustehende Befugnis zur Anklageerhebung zu verzichten, selbst wenn ein hinreichender Tatverdacht und die Prozessvoraussetzungen vorliegen. Daher wird nach der h.M. anerkannt, dass die koreanische StPO das Opportunitätsprinzip zu Grunde legt³¹⁷. Daran anknüpfend wird ebenso angenommen, dass das Opportunitätsprinzip über das „Ob“ der Anklageerhebung hinausreicht, so dass die Staatsanwaltschaft ebenfalls den Umfang des Prozessstoffs nach ihrem Ermessen bestimmen darf³¹⁸.

Mit der Annahme des Opportunitätsprinzips als Regelfall kann man zunächst die Schonung von begrenzten strafjustiziellen Ressourcen erreichen. Zugleich lässt sich die kriminalpolitische Forderung nach Optimierung der Effizienz der Strafrechtspflege realisieren. Die elastische Betrachtung aller Umstände des konkreten Falls führt ferner zur Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit³¹⁹. Trotzdem birgt diese gesetzliche Praxis die Gefahr, dass Eingriffe in das Rechtsstaatsprinzip, Gesetzlichkeitsprinzip, Gewaltenteilungsprinzip oder Gleichbehandlungsgebot herbeigeführt werden können, es sei denn, die Staatsanwaltschaft ist bei der Beurteilung der Anklageerhebung stets einem pflichtgemäßen Ermessen³²⁰ unterworfen³²¹. Vor diesem Hintergrund ist das Opportunitätsprinzip nicht schrankenlos zu gewähren. Die oben genannten Einschränkungsmethoden des Verfolgungs- und Anklagemonopols gelten demnach auch für die Kontrolle des Opportunitätsprinzips³²².

Ob in einem Land das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzips befürwortet wird, hängt großteils von den Umständen bzw. der Geschichte der jeweiligen Länder ab und gehört letztendlich zum Handlungsbereich des Gesetzgebers³²³. Die Annahme des Opportunitätsprinzips in Korea als Regelfall liegt u.a. an dem traditionellen ostasiatischen Bild des Staates und der

³¹⁵ Zum Vergleich mit der Regelungsform der deutschen Vorschriften *Shin*, Anklagepflicht, S. 187 ff., 209. Natürlich erfolgten inzwischen einige Gesetzesänderungen, wobei die grundlegende Form im Wesentlichen gleichgeblieben ist; zur derzeitigen gesetzlichen Regelung *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 32 ff.

³¹⁶ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 23, Rn. 4 ff.; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 7 ff.; *Son/Shin*, Strafprozessrecht, S. 355 ff.

³¹⁷ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 23, Rn. 9; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 12; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 492.

³¹⁸ *Bae/Hong*, Kriminalpolitik, § 73, Rn. 1.

³¹⁹ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 23, Rn. 10; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 14; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 493.

³²⁰ Die Pflicht ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gebot und Vertrauen der Bürger in die Staatsanwaltschaft, vgl. *Shin*, Strafprozessrecht, S. 494.

³²¹ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 23, Rn. 11; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 14.

³²² *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 23.

³²³ *Shin*, Strafprozessrecht, S. 493.

Menschen. Das im Abendland in der Neuzeit entwickelte Rechtsstaatsprinzip setzt dagegen ein durch die Aufklärung geprägtes und durch die Vernunft bestimmtes Staatsbild voraus. Je mehr Macht der Staat hat, desto geringer wird der vom Eingreifen des Staates nicht betroffene Bereich für die Bürger. Somit führt die Reduzierung von Macht einer Seite zur Erweiterung von Rechten anderer Seite³²⁴. Aus diesem Spannungsverhältnis folgt, dass es zu Situationen kommen kann, in denen die Ansprüche der Bürger gegen den Staat auf den Schutz ihrer Rechtsgüter vor Straftaten und die Ansprüche des Täters auf die Gewährung seiner Rechte kollidieren. In diesem Spannungsfeld steht dem staatsanwaltschaftlichen Ermessen hinsichtlich der Strafverfolgung kein freier Raum zur Verfügung, denn das Ermessen wird als ein rechtswidriges Belieben erachtet. Beim Vorliegen einer Straftat (mit hinreichendem Tatverdacht) wird ein Ermessensspielraum hinsichtlich des Tätigwerdens verneint³²⁵. Daraus folgt logischerweise das Legalitätsprinzip, welches das Wahlrecht der Staatsanwaltschaft grundsätzlich ablehnt. Dieses Konzept ist aber dem traditionellen koreanischen Staatsbild fremd. In Korea sah man seit Jahrzehnten nicht, dass Rechte von Bürgern durch die Einschränkung der Macht des Staates gewährt werden. Das Verhältnis zwischen den Bürgern und dem Staat wurde daher nicht als Polarität angesehen. Da es dem Staat von vornherein an der Kapazität fehlt, gegen alle Straftaten einzuschreiten, wurde eine zeitliche und räumliche Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs als sachgerecht angesehen³²⁶. Dies hatte zur Folge, dass das eine solche Grenze anerkennende Opportunitätsprinzip grundsätzlich mehr favorisiert wird³²⁷.

B. Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft

Die kor. StA-VO weist die Staatsanwaltschaft an, mit folgenden Formen das Verfahren (vorläufig) einzustellen: Verfahrenseinstellung im engeren Sinne (§ 69 kor. StA-VO), vorläufige Verfahrenseinstellung aufgrund unbekanntem Aufenthaltsorts des Beschuldigten (§ 73 kor. StA-VO) bzw. sonstigen Betroffenen (§ 74 kor. StA-VO) oder Vorbehalt der Anklageerhebung nach § 20 I kor. Staatssicherheitsgesetz³²⁸ (§ 78 kor. StA-VO).

Auf den ersten Blick erscheint die Auflistung der Einstellungsverfügungen kompliziert und die Terminologie verschwommen. Zudem sind die vier Einstellungsgründe gemäß §§ 69, 73, 74, 78 kor. StA-VO unsystematisch in den jeweiligen Kapiteln normiert. Am einfachsten lässt sich allerdings die Regelungsstruktur verstehen, wenn man die Regelungen wie folgt in drei große Bereiche untergliedert.

I. Einstellung im engeren Sinne

In § 69 III Nr. 2 bis Nr. 5 kor. StA-VO sind folgende vier Fallkonstellationen für die Verfahrenseinstellung geregelt.

³²⁴ Bae/Hong, Kriminalpolitik, § 73, Rn. 8.

³²⁵ Bae/Hong, Kriminalpolitik, § 73, Rn. 9.

³²⁶ Bae/Hong, Kriminalpolitik, § 25, Rn. 13 f.; § 73, Rn. 10; grundlegend dazu Hong, Zeitablauf, S. 93 ff., wobei die Bedeutung von „Nichts“ aus der ostasiatischen Perspektive und die Grenze des staatlichen Strafanspruchs namentlich bezogen auf die Unverjährbarkeit dargelegt werden.

³²⁷ Bae/Hong, Kriminalpolitik, § 73, Rn. 12.

³²⁸ Das Gesetz reguliert staatsfeindliche Aktivitäten und Konstellationen, welche die staatliche Sicherheit gefährden. Häufig findet es Anwendung vor allem auf Straftaten im Zusammenhang mit Nordkorea.

(1) Einstellung gemäß § 69 III Nr. 2 kor. StA-VO (Einstellung aus materiell-rechtlichen sowie tatsächlichen Gründen): Dies ist der Fall, wenn „*der Sachverhalt keinen Straftatbestand erfüllt oder keine ausreichenden Beweise zur Bestrafung vorliegen*“. Das ist vor allem der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft die Einstellung mangels hinreichenden Tatverdachts anordnet³²⁹.

(2) Einstellung gemäß § 69 III Nr. 3 kor. StA-VO (Einstellung aus materiell-rechtlichen Gründen): Dies gilt für die Fälle, in denen „*der Sachverhalt zwar einen Straftatbestand erfüllt, ein Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund jedoch vorliegt*“.

(3) Einstellung gemäß § 69 III Nr. 4 kor. StA-VO (Einstellung aus verfahrensrechtlichen Gründen): Dies ist der Fall, wenn „*(a) eine rechtskräftige Aburteilung bereits ergangen ist, (b) eine Verfügung über den Bußgeldbescheid³³⁰ bereits durch die Zahlung bestimmter Bußgelder erledigt ist, (c) eine Verfügung nach dem kor. Jugendgerichtsgesetz, dem Gesetz zur Bestrafung von Straftaten im Rahmen häuslicher Gewalt oder dem Gesetz zur Bestrafung von Straftaten wie Prostitutionsvermittlung durchgeführt ist (Dies gilt nicht, wenn die Sache durch Rücknahme der Verfügung an die Staatsanwaltschaft abgegeben worden ist), (d) eine Amnestie erlassen worden ist, (e) die Verjährungsfrist abgelaufen ist, (f) die Strafe aufgrund der nachträglichen Änderung oder Aufhebung der anwendbaren Vorschriften aufgehoben worden ist, (g) von der Strafe auf Grund der gesetzlichen Regelung abgesehen worden ist, (h) das Gericht keine Zuständigkeit für den Angeklagten hat, (i) bereits eine Anklage für denselben Fall erhoben worden war (Dasselbe gilt, wenn die Anklage zurückgenommen ist, es sei denn, neue bedeutende Beweismittel liegen vor), (j) bei Straftaten, deren Verfolgung nur auf Antrag des Geschädigten oder auf Anzeige des Beamten möglich ist, der Strafantrag oder die Strafanzeige nicht gestellt bzw. erstattet oder zurückgenommen worden ist, (k) bei Straftaten, die gegen den ausdrücklichen Willen des Geschädigten nicht verfolgt werden dürfen, der Geschädigte seinen Willen erklärt hat, nach dem die Verfolgung des Angeklagten nicht gewünscht ist, oder er seinen Wunsch zur Verfolgung des Angeklagten nachträglich zurücknimmt, oder (l) ein Angeklagter verstorben ist, oder eine juristische Person als ein Angeklagter nicht mehr existiert*“.

(4) Einstellung gemäß § 69 III Nr. 5 kor. StA-VO (Einstellung aus verfahrensrechtlichen sowie tatsächlichen Gründen): Dies kommt zur Anwendung, wenn „*(a) es beim Erstellen eines Strafantrags oder bei der Erstattung einer Strafanzeige anhand der Erklärung des Antragstellers oder Anzeigeerstatters bzw. anhand der Akte offensichtlich erscheint, dass § 69 III Nr. 2 bis Nr. 4 kor. StA-VO eingreifen, (b) ein Strafantrag oder eine Strafanzeige entgegen §§ 224, 232 II, 235 kor. StPO gestellt oder erstattet worden ist, (c) bereits eine Verfahrenseinstellung für denselben Fall vorgenommen worden war (Dies gilt nicht, wenn der Strafantragsteller oder Strafanzeigeersteller glaubhaft gemacht hat, dass neue bedeutende Beweismittel erlangt worden sind), (d) ein Strafantrag nicht durch den Berechtigten gemäß §§ 223, 225 bis 228 kor. StPO gestellt worden ist, (e) eine Anhörung der Erklärung des Strafantragstellers oder Strafanzeigeerstatters deshalb unmöglich ist, weil dieser nach Einreichung der Strafantrags-*

³²⁹ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 4.

³³⁰ Dies ist ein Verwaltungsakt, der etwa bei Straßenverkehrsdelikten zur Zahlung bestimmter Bußgelder aufordert und die öffentlich durchgeführte Hauptverhandlung ersetzt.

oder Strafanzeigenakte ausgeblieben ist, (f) angesichts aller Umstände des Einzelfalls die Schuld des Täters gering ist und kein oder äußerst geringes öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht, so dass die Ermittlung als entbehrlich anzusehen ist, oder (g) konkrete Gründe oder Umstände des Falls, die für die Einleitung einer Ermittlung erforderlich sind, deshalb nicht vorliegen, weil die Strafanzeige aufgrund von unseriösen Pressemeldungen bzw. Einträgen in sozialen Netzwerken oder der bloßen Mutmaßung des Anzeigenerstatters erstattet wurde.

II. Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip

§ 69 III Nr. 1 kor. StA-VO regelt dagegen eine Einstellungsmöglichkeit nach dem Opportunitätsprinzip. Dies ist der Fall, wenn „eine strafbare Handlung vorliegt, unter Berücksichtigung des § 51 kor. StGB eine Strafverfolgung aber nicht erforderlich ist“. Die Regelung ist die Konkretisierung des § 247 kor. StPO. Im Unterschied zum § 69 III Nr. 2 bis Nr. 5 kor. StA-VO, der aus materiell- bzw. verfahrensrechtlichen oder tatsächlichen Gründen die Verfahrenserledigung durch die Staatsanwaltschaft annimmt, kann die Staatsanwaltschaft trotz des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts und der Prozessvoraussetzungen unter Berücksichtigung des § 51 kor. StGB das Verfahren beenden³³¹. Aufgrund der (zwingend gebotenen) strikten Abgrenzung zwischen den beiden Gruppen darf sich die Einstellung im engeren Sinne – d.h. Einstellung nach § 69 III Nr. 2 bis 5 kor. StA-VO – nicht auf Gründe des § 69 III Nr. 1 kor. StA-VO (§ 247 kor. StPO) stützen³³².

Bezüglich der Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip weisen § 247 kor. StPO und § 69 III Nr. 1 kor. StA-VO auf § 51 kor. StGB hin, der die Kriterien der Strafzumessung für das Gericht auflistet. Die Staatsanwaltschaft hat also bei ihrer Entscheidung über die Einstellung den Katalog des § 51 kor. StGB in Betracht zu ziehen. § 51 kor. StGB lautet: „*Folgende Umstände sind bei der Strafzumessung zu berücksichtigen: (1) Das Alter, die Persönlichkeit, das Verhalten, das Auffassungsvermögen sowie die soziale Umgebung des Täters, (2) die Beziehung zu dem Geschädigten, (3) die Beweggründe, die Mittel sowie die Folge der Straftat und (4) die Umstände nach der Tatbegehung*“. Die Kriterien lassen sich grob in zwei Gruppen unterteilen: (i) den Täter sowie die Tatbegehung selbst betreffende Umstände und (ii) nach der Tatbegehung liegende Umstände³³³. Da die Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über die Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip sowohl den Täter als auch die Umstände bzw. Schwere der Straftat heranziehen muss, spricht einiges dafür, dass die Vorschrift die Staatsanwaltschaft dazu verpflichtet, dabei ebenso spezial- und generalpräventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen³³⁴. Nach der Rechtsprechung sind die aufgelisteten Gründe nicht abschließend, so dass die Liste noch erweiterungsfähig ist³³⁵. Als nicht ausdrücklich aufgezählte Gründe kommen z.B. die Änderung der gesellschaftlichen Einschätzung der Tatbegehung, der Zeitablauf nach der Tatbegehung und die nachträgliche Änderung oder Aufhebung der anwendbaren

³³¹ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 16; Bae/Hong, Kriminalpolitik, § 73, Rn. 13.

³³² Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 23, Rn. 13.

³³³ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 18.

³³⁴ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 18; Shin, Anklagepflicht, S. 153.

³³⁵ KOGH 2017 Do 5977, 24.8.2017; a.A. Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 23, Rn. 14; Shin, Strafprozessrecht, S. 495, wonach die Vorbeugung der missbräuchlichen Anklageerhebung betont wird.

Vorschriften in Betracht³³⁶.

Die Einstellung in Form eines „Vorbehalts der Anklageerhebung“ gemäß § 78 kor. StA-VO wird als *lex specialis* zu § 247 kor. StPO sowie § 69 III Nr. 1 kor. StA-VO bezeichnet³³⁷. „Die Staatsanwaltschaft muss nach der Aktenlage das Verfahren einstellen, wenn sie sich nach § 20 I kor. Staatssicherheitsgesetz für den Vorbehalt der Anklageerhebung entscheidet“ (§ 78 kor. StA-VO). § 20 I kor. Staatssicherheitsgesetz umfasst die Konstellation, in der „die Staatsanwaltschaft mit Rücksicht auf § 51 kor. StGB sich die öffentliche Klage vorbehalten kann“. Der Vorbehalt der Anklageerhebung wird mit der Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip nicht (gänzlich) gleichgesetzt. Der Gegenstand der Strafverfolgung ist nämlich auf Fälle von Verstößen gegen das Gesetz beschränkt und es ist eine bestimmte Sperrfrist ist gesetzt³³⁸. Nach § 20 II kor. Staatssicherheitsgesetz „kann die Staatsanwaltschaft nämlich nach Ablauf von zwei Jahren die Strafverfolgung nicht mehr vornehmen“.

Der maßgebliche Unterschied der Ermessensvorschrift in Korea zu den Einstellungsmöglichkeiten gemäß §§ 153 ff. StPO liegt aber darin, dass § 247 kor. StPO lediglich auf die Umstände des § 51 kor. StGB als Einstellungskriterien verweist; nicht geregelt ist also, in welchen konkreten Konstellationen eine solche Einstellung aus dem Opportunitätsgedanken anzuerkennen ist. Im Übrigen wird die Einstellung durch Erteilung von Auflagen und Weisungen gegenüber dem Beschuldigten aufgrund der fehlenden einschlägigen Norm auch im Schrifttum regelmäßig verneint³³⁹, es sei denn, es handelt sich um Jugendsachen³⁴⁰. Aus demselben Grund steht ferner dem Gericht keine Zustimmungsbefugnis für die Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft zu³⁴¹. Schließlich kann die Staatsanwaltschaft jedenfalls unabhängig von der Intensität von Delikten das Verfahren nach § 247 kor. StPO einstellen. Denn dem koreanischen Recht ist keine Unterscheidung zwischen Übertretung, Vergehen und Verbrechen bekannt³⁴².

III. Vorläufige Einstellung

„Kann die Staatsanwaltschaft die Ermittlung aus Gründen des unbekanntem Aufenthaltsorts des Beschuldigten oder aus Gründen, die nicht in § 74 kor. StA-VO geregelt sind, nicht einstellen, so kann sie anhand der Aktenlage das Verfahren einstellen, bis die Gründe entfallen sind“ (§ 73 kor. StA-VO). „Kann die Staatsanwaltschaft die Ermittlung zudem aus Gründen eines unbekanntem Aufenthaltsorts des Betroffenen (Zeugen, Strafantrag- oder Strafanzeigsteller) nicht einstellen, so kann sie anhand der Aktenlage das Verfahren einstellen, bis die Gründe entfallen sind“ (§ 74 kor. StA-VO). Der Unterschied dieser Einstellungsmöglichkeiten durch die Staatsanwaltschaft zu Sonstigen liegt darin, dass es hierbei nur um eine „vorübergehende“ Beendigung des Verfahrens geht, nämlich bis zum Bekanntwerden des Aufenthalts-

³³⁶ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 18.

³³⁷ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 20, Rn. 11.

³³⁸ Shin, Strafprozessrecht, S. 483.

³³⁹ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 19; Shin, Strafprozessrecht, S. 497; a.A. Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 23, Rn. 16.

³⁴⁰ Die gesetzliche Grundlage dafür besteht in § 49-3 kor. JGG.

³⁴¹ Shin, Anklagepflicht, S. 156, 208.

³⁴² Shin, Anklagepflicht, S. 207.

orts des bestimmten Beteiligten³⁴³.

C. Ausdrückliche gesetzliche Kontrolle der Anklageerhebung

I. Ausgangspunkt

Der Staatsanwaltschaft kommt grundsätzlich keine Verpflichtung zur Einstellung eines Verfahrens zu, selbst wenn ein Fall des § 69 kor. StA-VO vorliegt. Dies führt ggf. im Ergebnis zu einer überschießenden sowie fehlerhaften Anklageerhebung und Weiterführung des Strafverfahrens. Zur Behebung dieser Problematik wird in der koreanischen StPO angenommen, dass eine solche Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen soll. Dieses Konzept ist auf den umgekehrten Fall übertragbar, in dem das Gericht mittels des Klageerzwingungsverfahrens eine missbräuchliche Verfahrenseinstellung kontrolliert.

II. Fehlendes „Zwischenverfahren“

Im deutschen Rechtssystem entscheidet sich das Gericht im Zwischenverfahren, d.h. zwischen dem Ermittlungs- und Hauptverfahren, über das „Ob“ der Eröffnung des Hauptverfahrens. Das Zwischenverfahren hat somit eine überleitende oder vermittelnde Funktion. Durch das Zwischenverfahren geht das Ermittlungsverfahren in das Hauptverfahren über. Will das Gericht aber das Verfahren deshalb beenden, weil die für die Eröffnung des Hauptverfahrens erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, so findet gerade § 204 I StPO Anwendung, während §§ 206a I, 260 III StPO nach dem Eröffnungsbeschluss greifen.

Anders ist die Lage in der koreanischen StPO. Dort ist ein derartiges Verfahrensstadium wie das Zwischenverfahren nicht vorgeschrieben. An dessen Stelle beschließt das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht nach der Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft alles, was in Deutschland gesondert im Zwischen- und Hauptverfahren abgehandelt wird. So spricht das Gericht ein Sachurteil (d.h. eine Verurteilung oder einen Freispruch) aus, es sei denn, einer der ausdrücklich gesetzlich geregelten Gründe greift. Im letztgenannten Fall ergeht ein Prozessurteil, durch welches das Verfahren ohne materielle Rechtskraft alsbald erledigt wird.

Im Folgenden wird dann erörtert, in welcher Form einzelne Gründe für Prozessurteile nach der koreanischen StPO aufgeführt werden.

III. Prozessurteile in der koreanischen StPO

1. Gesetzeslage

Das koreanische Strafprozessrecht kennt vier Arten eines Prozessurteils: „Entscheidung über die Unzuständigkeit“ (§ 319 kor. StPO), „Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung“ (§ 326 kor. StPO), „Anklageabweisungsentscheidung“ (§ 327 kor. StPO) und „Anklageabweisungsbeschluss“ (§ 328 kor. StPO). Darin sind jeweils verschiedene Gründe zur Beendigung eines Verfahrens enthalten.

³⁴³ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 20, Rn. 10; Shin, Strafprozessrecht, S. 483.

Betrachtet man die rechtmäßig erhobene öffentliche Klage als eine Prozessvoraussetzung, so gelangt man zum Ergebnis, dass eine derartige Auflistung mittelbar aufweist, welche Gründe zu den Voraussetzungen für die Anklageerhebung gehören³⁴⁴. Da die koreanische StPO als eine solche Voraussetzung lediglich die Verfolgungsverjährung (§§ 249 ff. kor. StPO³⁴⁵) vorsieht und den Inhalt einer Anklageschrift sowie die formelle Form einer öffentlichen Klage (§ 254 kor. StPO³⁴⁶) regelt, liefern diese gesetzlichen Normen bezüglich der Prozessurteile der Staatsanwaltschaft zugleich ausdrücklich die wichtigsten Elemente, die sie bei ihrer Entscheidung über die Anklageerhebung stets zu beachten hat. Die jeweils darin genannten Gründe lassen sich demnach den Prozessvoraussetzungen (oder Verfahrenshindernissen) zuordnen, welche die Eröffnung der Hauptverhandlung begründen.

Unklar ist freilich, aus welchem Motiv eine derartige Kategorisierung in vier Arten erfolgte. Man kann nur annehmen, dass es am gesetzgeberischen Willen lag³⁴⁷. Aus historischer Sicht hat der Gesetzgeber das japanische Recht aufgenommen, als er nach der Befreiung von Japan im Jahre 1945³⁴⁸ eine neue Strafprozessordnung schuf³⁴⁹. Die am 23. September 1945 verkündete, erste koreanische StPO enthielt dieselben Gründe, die – mit Ausnahme des § 319 kor. StPO³⁵⁰ – ganz identisch mit den Jetzigen sind³⁵¹. Diese einzelnen Gründe wurzelten in der japanischen StPO, in der sich eine solche Einordnung sowie Aufzählung seit 1922 allmählich entwickelt hatte³⁵². Vor dem Hintergrund ist die Struktur der Prozessurteile im geltenden Recht in ähnlicher Form wie in der jetzigen japanischen StPO ausgestaltet.

2. Entscheidung über die Unzuständigkeit (§ 319 kor. StPO)

„Wenn eine gegen einen Angeklagten anhängige Sache nicht in die Zuständigkeit eines Gerichts fällt, hat das Gericht über die Unzuständigkeit zu entscheiden“ (§ 319 kor. StPO). § 319 kor. StPO nennt, anders als die sonstigen Vorschriften zum Prozessurteil, lediglich einen Grund, nämlich die Unzuständigkeit des Gerichts. Die Zuständigkeit setzt die Gerichtsbarkeit voraus, so dass das Gericht im Falle der mangelnden Gerichtsbarkeit die Anklageabweisungsentscheidung (§ 327 Nr. 1 kor. StPO) zu treffen hat. Die Entscheidung über die Unzuständigkeit stellt außerdem ein Endurteil dar, denn die Anhängigkeit bei der einschlägigen Instanz wird durch die Entscheidung vollkommen erledigt. So entfaltet sie eine formelle, aber keine materielle Rechtskraft, die vom Sachurteil (Verurteilung oder Freispruch) ausgeht³⁵³.

³⁴⁴ Dazu *Shin*, Strafprozessrecht, S. 544.

³⁴⁵ Der Inhalt ähnelt sich mit dem der §§ 78 ff. StGB.

³⁴⁶ Eine parallele Vorschrift dazu findet man in § 200 StPO.

³⁴⁷ *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 93, Fn. 95.

³⁴⁸ Die japanische rechtswidrige Annexionsperiode Koreas dauerte vom August 1910 bis zur Befreiung im August 1945.

³⁴⁹ *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 62.

³⁵⁰ Damals war eine Ausnahme der Einstellung wegen der Unzuständigkeit des Gerichts im Satz 2 vorgesehen, welche aber am 21. Dezember 2007 abgeschafft wurde.

³⁵¹ *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 61 f.

³⁵² Ferner *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 44 ff.

³⁵³ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 37; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 758; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 27. Die materielle Rechtskraft basiert zwar auf der formellen Rechtskraft; die beiden unterscheiden sich aber in dem Punkt, dass nur die Erstere eine Außenwirkung eines unanfechtbar gewordenen Urteils oder Beschlusses hat, dazu LR-StPO/*Kühne*, Einl. K, Rn. 74.

Da die einzelnen Prozesshandlungen eines Gerichts auch unberührt bleiben, wenn das Gericht für die Sache nicht zuständig ist (§ 2 kor. StPO), sind z.B. Vernehmungsprotokolle, die vor einem unzuständigen Gericht angefertigt werden, in der Hauptverhandlung noch verwertbar³⁵⁴.

Die Entscheidung über die Unzuständigkeit ergeht, wenn die Anklage vor einem sachlich oder örtlich unzuständigen Gericht erhoben wurde. Das Vorliegen der Zuständigkeit stellt eine Prozessvoraussetzung dar, so dass das Gericht dies von Amts wegen zu prüfen hat (§ 1 kor. StPO). Während die sachliche Zuständigkeit sowohl zur Zeit der Anklageerhebung als auch in der Hauptverhandlung vorliegen muss, reicht es aus, wenn die örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand) lediglich zum Zeitpunkt der Anklageerhebung gegeben ist³⁵⁵. Das „Ob“ der Zuständigkeit ist nach dem in der Anklageschrift bezeichneten Anklagesatz zu beurteilen³⁵⁶. Bei Änderungen der Anklageschrift liegt der Maßstab zur Beurteilung daher in der abgeänderten Anklageschrift und dem darin stehenden Anklagesatz³⁵⁷.

Freilich gestattet die koreanische StPO eine Ausnahme: Bezüglich der örtlichen Unzuständigkeit (§ 320 kor. StPO) ist nämlich geregelt, dass *„das Gericht ohne Einwand des Angeklagten seine örtliche Unzuständigkeit nicht aussprechen darf“* (Abs. 1). Der Grund dafür ist, dass der Gerichtsstand ein gesetzliches System auch zugunsten des Angeklagten darstellt³⁵⁸. *„Der Angeklagte muss bis zum Beginn seiner Vernehmung zur Sache in der Hauptverhandlung den Einwand erheben“* (Abs. 2).

3. Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung (§ 326 kor. StPO)

„Das Gericht hat die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung zu treffen, wenn

- 1. eine rechtskräftige Aburteilung bereits ergangen ist,*
- 2. eine Amnestie erlassen worden ist,*
- 3. die Verjährungsfrist abgelaufen ist, oder*
- 4. die Strafe aufgrund der nachträglichen Änderung oder Aufhebung der anwendbaren Vorschriften aufgehoben worden ist“.*

a) Streit um die Rechtsnatur

Zu den großen Streitfragen gehört die Frage, ob die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung einem Sachurteil oder Prozessurteil unterfällt. Denn das Ergebnis ist wiederum maßgeblich für die Frage, ob der Grundsatz des *ne bis in idem* auch für diese Entschei-

³⁵⁴ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 37; Kim, Strafprozessrecht, S. 606.

³⁵⁵ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 39; Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 28; Kim, Strafprozessrecht, S. 607.

³⁵⁶ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 39; Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 28.

³⁵⁷ KOGH 87 Do 2196, 22.12.1987.

³⁵⁸ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 40; Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 29.

dung gilt³⁵⁹.

Die Vorschrift hat ihren Ursprung im japanischen Recht, das in der rechtswidrigen Besatzung durch Japan in Korea in Kraft trat. Auch damals nannte sie die angeführten vier Gründen. Die Klage konnte dann nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel wieder aufgenommen werden; angenommen wurde also lediglich eine beschränkte Rechtskraft. Zu dieser Zeit war die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung jedoch mit einer Vorprüfung (Voruntersuchung) verbunden, welche in der japanischen StPO bis 1947 vorgesehen war. Die koreanische StPO nahm aber nach der Befreiung im Jahre 1945 die Vorprüfung als einen bedeutenden Schritt im gesamten Strafverfahren nicht auf, sondern gab der Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung zusätzlich einen Charakter als Endurteil³⁶⁰. Vor diesem Hintergrund stellt sich seitdem die Frage, ob diese Entscheidung auch nach geltendem Recht einen (unbeschränkten) Strafklageverbrauch auslöst.

Der Meinungsstand stellt sich wie folgt dar³⁶¹: (1) Früher wurde in der Literatur die Annahme des Sachurteils mit der Begründung vertreten, dass mit der Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung die Verwirkung der staatlichen Strafgewalt eintrete. Danach sei der Strafklageverbrauch zu bejahen. Für Unklarheit sorgt aber, dass sich die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung nicht von dem Freispruch unterscheiden lässt. Somit kann man den Grund nicht darlegen, warum § 326 kor. StPO speziell geregelt ist. (2) Ein weiterer Ansatz ging davon aus, dass nach den Gründen differenzierend zu beurteilen seien. So liege der Grund für die Nr. 1 im Prozessurteil, während bei den sonstigen Nummern der Grund im Sachurteil liege. Hiergegen wird der Einwand vorgebracht, dass diese Sichtweise eine einheitliche Darstellung der Rechtsnatur nicht ermögliche. (3) Die vermittelnde Ansicht behauptet, dass diese Entscheidung insoweit ein Urteil darstelle, welches das Ergebnis einer materiellrechtlichen Prüfung beinhalte, als sie bei fehlenden „materiellen Prozessvoraussetzungen“ ergehe. Sie sei grundsätzlich als Prozessurteil anzusehen, weil das Gericht vor dem Abschluss einer gründlichen Überprüfung des gesamten Sachverhalts das Verfahren abschließe; eine gewisse Erwägung des Einzelfalls sei jedoch erforderlich, welche die Annahme der materiellen Rechtskraft begründe. Dies war die überwiegende Ansicht in der Vergangenheit. Dem wird mit dem Argument entgegengetreten, dass eine solche Entscheidung mit der Existenz des § 326 kor. StPO dann nicht vereinbar ist. Im Übrigen spielt der Begriff „materielle Prozessvoraussetzungen“ eine marginale Rolle, denn das „Ob“ der materiellen Prozessvoraussetzungen führt nicht zwingend zu einer gründlichen Überprüfung der einschlägigen Umstände und eine solche wird gewissermaßen auch benötigt, wenn es um die formellen Prozessvoraussetzungen (sonstige Gründe außerhalb des § 326 kor. StPO) geht³⁶²; es bedarf also ausnahmslos der gerichtlichen Überprüfung bei allen anderen Prozessvoraussetzungen, so dass das Vorliegen der materiellen Prozessvoraussetzungen nicht als ein bedeutsames Abgrenzungskriterium genannt werden kann.

³⁵⁹ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 1; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 33; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1452.

³⁶⁰ Zur Geschichte näher *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1452 f.

³⁶¹ Statt aller *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 34 ff.

³⁶² *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1461.

(4) Vor diesem Hintergrund steht die gegenwärtig vorherrschende Auffassung auf dem Standpunkt, dass die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung eine Art Prozessurteil darstellt³⁶³. Dafür spricht, dass die gründliche Überprüfung einzelner Konstellationen bei einer solchen Entscheidung an sich nicht vorgenommen werden muss. Kritisiert wird allerdings, dass die h.M. nicht geeignet erscheint, die Annahme des Strafklageverbrauchs zu begründen, was regelmäßig beim Sachurteil der Fall ist.

Trotzdem erkennen die Vertreter dieser Ansicht den Strafklageverbrauch einstimmig an. Daraus lässt sich ableiten, dass die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung von den übrigen Prozessurteilen abzugrenzen ist³⁶⁴. Die h.M. findet richtigerweise ihre Rechtfertigung darin, dass bei der Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung eine Wiederaufnahme der Anklageerhebung bedeutungslos erscheint, weil – angesichts des Charakters der in § 326 kor. StPO aufgezählten vier Gründe – das Nichtvorliegen der Prozessvoraussetzungen (Gründe des § 326 kor. StPO) zum Zeitpunkt der Anklageerhebung nachträglich nicht kompensiert werden kann und die Klage auch durch die Erfüllung oder Ergänzung der am Anfang fehlenden prozessualen Voraussetzungen ersichtlich nicht wieder aufgenommen werden kann. Im Gegensatz dazu kann deren Wiederaufnahme bei den sonstigen Prozessurteilen, vor allem bei §§ 327, 328 kor. StPO, dadurch ermöglicht werden, dass die Staatsanwaltschaft die fehlenden Prozessvoraussetzungen (Gründe der §§ 327, 328 kor. StPO) nachbessert³⁶⁵. Darüber hinaus bilden zwar die einzelnen Gründe aus §§ 326, 327, 328 kor. StPO zusammen Prozessvoraussetzungen (Verfahrenshindernisse); §§ 327, 328 kor. StPO und § 326 kor. StPO unterscheiden sich in dem Punkt, dass die Berücksichtigung der Gründe des § 326 kor. StPO logisch sowie begrifflich das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen der §§ 327, 328 kor. StPO voraussetzt. Ausgehend von diesen Erwägungen kann man den Strafklageverbrauch bei der Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung bejahen, denn die Lage beim § 326 kor. StPO ist eher vergleichbar mit der gründlichen Überprüfung des Sachverhalts im Rahmen der Hauptverhandlung als bei §§ 327, 328 kor. StPO³⁶⁶.

Als Ergebnis lässt sich festhalten: Der Schwerpunkt der Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung liegt nicht in bloßen verfahrensrechtlichen Fehlern, deren späteren Nachbesserung möglich ist. Vielmehr soll nach der Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung keine Möglichkeit zur Weiterführung des Verfahrens eröffnet werden und die Wiederaufnahme der Anklage damit verboten bleiben³⁶⁷. Daher tritt bei der Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung die materielle Rechtskraft zugunsten des Beschuldigten ein, selbst wenn sie eine Art des Prozessurteils ist.

Konsequenterweise darf man – in der Hoffnung auf Freispruch – kein Rechtsmittel gegen die

³⁶³ KOGH 64 Do 64, 31.3.1964; *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 8; *Kim*, Strafprozessrecht, S. 605; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 37; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1458; *Son/Shin*, Strafprozessrecht, S. 706.

³⁶⁴ *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 41.

³⁶⁵ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 15; *Kim*, Strafprozessrecht, S. 605; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 43; ; *Son/Shin*, Strafprozessrecht, S. 706.

³⁶⁶ *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1460.

³⁶⁷ *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 47, Rn. 23.

Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung einlegen. Denn eine solche Möglichkeit würde sowohl zum Verlust der Bedeutung des § 326 kor. StPO, dem Beschuldigten einen frühzeitigen Schutz anzubieten, als auch zur fehlerhaften Annahme führen, dass die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung mit der Verurteilung gleichgesetzt wird. Da der Beschuldigte aufgrund der materiellen Rechtskraft endgültig von einer neuen richterlichen Entscheidung bezüglich des identischen Sachverhalts befreit wird, scheint die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung keinesfalls nachteiliger als der Freispruch zu sein³⁶⁸. Somit ist ein Beschwer (Rechtsschutzinteresse) mit Recht abzulehnen. Dieser Ansicht folgt auch die Rechtsprechung³⁶⁹.

b) Zu den einzelnen Gründen

(1) Nr. 1: Der erste Fall bezieht sich auf eine Situation, in der eine rechtskräftige Entscheidung bereits ergangen ist. Dazu zählen nicht nur das Sachurteil wie Freispruch und Verurteilung, sondern auch die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung, welche zwar zum Prozessurteil gehört, aber einen Strafklageverbrauch auslöst. Dagegen fallen sonstige Prozessurteile ohne materielle Rechtskraft nicht darunter³⁷⁰. Während die einem rechtskräftigen Urteil gleichzusetzenden Entscheidungen wie die richterliche Entscheidung über den Antrag auf Erlass eines Strafbefehls (§ 457 kor. StPO)³⁷¹ der Aburteilung zuzuordnen sind, fallen weder die Bußgeldverfügung³⁷² noch das im Ausland rechtskräftig verhängte Urteil³⁷³ darunter. Inwieweit eine Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung getroffen wird, ist deckungsgleich mit dem Umfang, inwieweit eine rechtskräftige Aburteilung erfolgt. Hierbei geht es daher um das „Ob“ eines einheitlichen Prozessgegenstandes³⁷⁴.

(2) Nr. 2: Die Amnestie – auch als Massenabolition bezeichnet – bedeutet die Straffreiheit für die gesamte Tätergruppe. Dieser Grund wird mit dem Argument als ein Fall des Prozessurteils angesehen, dass ein Interesse an der Überprüfung des einzelnen Sachverhalts aufgrund der Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs nicht gegeben ist³⁷⁵. Freilich gilt diese Einstellung nicht für Einzelabolition bzw. Begnadigung, die einen Straferlass für nur einen bestimmten Täter auslöst. Denn bei Letzterem wird lediglich ein Absehen von Strafvollstreckung für den Betroffenen angenommen³⁷⁶.

(3) Nr. 3: Dies ist der Fall, wenn die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung wird beim Ablauf der Verjährungsfrist verringert, weil entscheidende Beweise verloren gehen und das Interesse der Bürger an der Bestrafung der Straftat mit

³⁶⁸ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 11; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 40; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1462.

³⁶⁹ KOGH 2010 Do 5986, 16.12.2010; 2005 Do 4738, 29.9.2005; 84 Do 2106, 27.11.1984.

³⁷⁰ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 17; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 46; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1463.

³⁷¹ KOGH 89 Do 1046, 9.3.1990; 83 Do 1790, 10.10.1984.

³⁷² KOGH 91 Do 2536, 11.2.1991.

³⁷³ KOGH 83 Do 2366, 25.10.1983.

³⁷⁴ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 18; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 46; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1465.

³⁷⁵ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 19; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 47.

³⁷⁶ KOGH 2012 Do 2938, 19.10.2015; 99 Do 2983, 11.2.2000.

der Zeit nachlässt³⁷⁷. Wann die Verfolgung der Straftat verjährt ist, hängt von dem Zeitpunkt der Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft ab³⁷⁸. Denn „*die Verjährung ruht durch die Anklageerhebung*“ (§ 253 I Fall 1 kor. StPO). Selbst wenn aber wegen einer Straftat Anklage erhoben wird, so „*wird die Verfolgung der Straftat nach 25 Jahren ab dem Zeitpunkt der Anklageerhebung, ohne dass ein rechtskräftiges Urteil erging, als verjährt erachtet*“ (§ 249 II kor. StPO). In diesem Fall trifft das Gericht demnach auch die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung³⁷⁹.

(4) Nr. 4: Schließlich muss die Strafe aufgrund der nachträglichen Änderung oder Aufhebung der anwendbaren Vorschriften aufgehoben worden sein. Darunter fallen die Konstellationen, in denen das Gesetz, das bei der Begehung der Tat noch galt, nach ihrer Beendigung aufgehoben wurde; eine gesetzlich bestimmte Frist zur Bestrafung abgelaufen ist; und die Bedeutung der Strafe auf Grund der inhaltlichen Kollision zwischen den alten und neuen Gesetzen tatsächlich verloren gegangen ist³⁸⁰. In solchen Fällen kann das Bedürfnis für die Strafverfolgung nach dem Willen des Gesetzgebers zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nicht angenommen werden³⁸¹.

(5) Als die gerichtliche Verfahrensbeendigung mit der Wirkung des Strafklageverbrauchs umfasst § 326 kor. StPO lediglich die vier genannten Umstände. Für die vergleichbaren Fälle wird von einigen Stimmen eine analoge Anwendung des § 326 kor. StPO befürwortet. Doch ist dem nicht zu folgen. Denn die Annahme des „Ob“ der materiellen Rechtskraft bei fehlenden Prozessvoraussetzungen sollte dem Gesetzgeber vor dem Hintergrund überlassen bleiben, dass die Rechtskraft in Bezug auf ihr Ziel, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen, eine sehr wichtige Rechtsfolge nach sich zieht. § 326 kor. StPO stellt damit keine offene, sondern eine abschließende Vorschrift dar, deren Gründe nicht erweiterungsfähig sind³⁸².

4. Anklageabweisungsverfahren

a) Bedeutung

Das Anklageabweisungsverfahren ist ein Prozessurteil, das aus verfahrensrechtlichen Gründen (bei fehlenden Prozessvoraussetzungen oder vorliegenden Verfahrenshindernissen) eine sofortige Verfahrensbeendigung hervorruft³⁸³ und ergeht in zwei Formen: Anklageabweisungsentscheidung (§ 327 kor. StPO) und Anklageabweisungsbeschluss (§ 328 kor. StPO). Da ein gerichtlicher Beschluss auch ohne mündliche Untersuchung ergehen kann (§ 37 II kor. StPO), sind die in § 328 kor. StPO aufgezählten prozessualen Fehler schwerwiegender als die in § 327 kor. StPO aufgezählten Umstände³⁸⁴. Während der Anklageabweisungsbeschluss mit so-

³⁷⁷ Shin, Strafprozessrecht, S. 1466.

³⁷⁸ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 20; Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 48.

³⁷⁹ KOGH 86 Do 2106, 25.11.1986; 79 Do 1520, 31.1.1981.

³⁸⁰ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 21; Shin, Strafprozessrecht, S. 1467.

³⁸¹ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 49.

³⁸² Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 16; Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 45; Shin, Strafprozessrecht, S. 1468.

³⁸³ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 27; Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 30; Shin, Strafprozessrecht, S. 1473.

³⁸⁴ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 28.

fortiger Beschwerde anfechtbar ist (§ 328 II kor. StPO), ist gegen die Anklageabweisungsentscheidung Berufung (§ 357 kor. StPO) und Revision (§ 371 kor. StPO) statthaft. Die jeweilige Aufzählung ist grundsätzlich als abschließend anzusehen³⁸⁵. Doch bezüglich des § 327 Nr. 2 kor. StPO besteht Uneinigkeit hierüber³⁸⁶.

Das Anklageabweisungsverfahren kann auch beim Ausbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung ergehen (§ 277 Nr. 2 kor. StPO). Dieser Zeitpunkt ist dann maßgeblich für den Beginn der Verjährung (§ 253 I Fall 2 kor. StPO)³⁸⁷. Selbst wenn ein Freispruch zu erwarten ist, darf der Angeklagte kein Rechtsmittel gegen das Anklageabweisungsverfahren einlegen, weil – wie schon dargelegt – dafür keine Rechtsschutzinteressen bestehen³⁸⁸.

b) Anklageabweisungsentscheidung (§ 327 kor. StPO)

„Das Gericht hat die Anklageabweisungsentscheidung zu treffen, wenn

- 1. das Gericht keine Gerichtsbarkeit für den Angeklagten hat,*
- 2. das Verfahren zur Anklageerhebung auf Grund des Verstoßes gegen die gesetzliche Regelung rechtswidrig durchgeführt worden ist,*
- 3. erneut eine Anklage für denselben Fall erhoben worden ist,*
- 4. eine gegen § 329 kor. StPO³⁸⁹ verstoßende Anklage erhoben worden ist,*
- 5. bei Straftaten, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, der Strafantrag zurückgenommen worden ist, oder*
- 6. bei Straftaten, die gegen den ausdrücklichen Willen des Geschädigten nicht verfolgt werden dürfen, der Geschädigte seinen Willen erklärt hat, nach dem die Verfolgung des Angeklagten nicht gewünscht ist, oder er seinen Wunsch zur Verfolgung des Angeklagten nachträglich zurücknimmt“.*

(1) Nr. 1: Die Gerichtsbarkeit erstreckt sich im Grunde auf Inländer sowie Ausländer, die sich nicht im Inland (Korea) aufhalten. Aus dem einfachen Wortlaut „keine Gerichtsbarkeit“ lässt sich herauslesen, dass dazu der Wegfall der Gerichtsbarkeit sowohl nach Anklageerhebung als auch vor Anklageerhebung gehört³⁹⁰.

(2) Nr. 2: Der koreanische Oberste Gerichtshof (KOGH) sah folgende Fälle als „Verstoß gegen die gesetzliche Regelung“ bezogen auf die Anklageerhebung an: Wenn ein Unberechtigter die Anklage erhoben hat; wenn die prozessualen Voraussetzungen für die Anklageerhebung

³⁸⁵ KOGH 86 Do 1547, 23.9.1986; *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 29; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 30.

³⁸⁶ Ferner siehe unten 2. Teil, C. IV. 2.

³⁸⁷ Die beiden Vorschriften gelten auch für die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung (§ 326 kor. StPO).

³⁸⁸ KOGH 2007 Do 6793, 15.5.2008.

³⁸⁹ „Rücknahme und Wiederaufnahme der Anklage“ (§ 329 kor. StPO): *„Ist der Anklageabweisungsbeschluss auf Grund einer Rücknahme der Anklage endgültig erlassen worden, so kann die Anklage nur auf Grund neuer bedeutender Beweismittel bezüglich der Straftat wieder aufgenommen werden“.*

³⁹⁰ *Kim*, Strafprozessrecht, S. 607; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1473; auf dieser Linie vgl. KOGH 2011 Do 6507, 25.8.2011.

nicht erfüllt sind³⁹¹; wenn entgegen § 254 IV kor. StPO wesentliche Angaben wie die zum Täter, zur Straftat, Zeit und Ort ihrer Begehung oder zu den anzuwendenden Strafvorschriften in der Anklageschrift nicht klar bestimmt wurden³⁹²; wenn in der Anklageschrift die dem konkreten Tatvorwurf fremden Ausführungen gemacht wurden³⁹³; wenn bei einem Antragsdelikt der Strafantrag fehlt³⁹⁴; wenn die Staatsanwaltschaft entgegen § 16 kor. Gesetz zur Bestrafung von Straftaten im Rahmen häuslicher Gewalt³⁹⁵ die Anklage erhoben hat³⁹⁶; wenn die Staatsanwaltschaft entgegen § 262 IV 2 kor. StPO³⁹⁷ die Anklage erhoben hat³⁹⁸ usw³⁹⁹.

(3) Nr. 3: Der Grundgedanke dieses Grundes liegt darin, den Angeklagten vor der Gefahr einer doppelten Bestrafung zu schützen und divergierende Sachurteile durch das Gericht zu vermeiden⁴⁰⁰. Dabei geht es allein um die doppelte Anklageerhebung vor dem gleichen Gericht für dieselbe Sache⁴⁰¹. Bei der doppelten Anklageerhebung vor zwei oder mehreren Gerichten ist dagegen ein Fall vom § 328 I Nr. 3 kor. StPO gegeben. Für die Beurteilung, ob eine doppelte Anklageerhebung für dieselbe Sache vorliegt, ist der Prozessgegenstand maßgebend. Wenn das Urteil hinsichtlich der später angeklagten Sache schon verkündet wurde, der Ausspruch im Tenor aber noch nicht endgültig feststeht, so muss sich das Gericht über die zuerst erhobene Anklage vorher entscheiden; anschließend hat es die Anklageabweisungsentscheidung hinsichtlich der später angeklagten Sache zu treffen⁴⁰². Wurde dagegen ein rechtskräftiges Urteil hinsichtlich der später angeklagten Sache bereits erlassen, ist die Anklageabweisungsentscheidung hinsichtlich der zuerst angeklagten Sache zu treffen⁴⁰³. § 327 Nr. 3 kor. StPO kommt jedoch nicht in Betracht, wenn die doppelte Anklageerhebung zunächst problematisch schien, sich aber später im Laufe der Hauptverhandlung herausstellt, dass dies nicht der Fall ist⁴⁰⁴.

(4) Nr. 4: *„Ist der Anklageabweisungsbeschluss auf Grund der Rücknahme einer Anklage endgültig erlassen worden (§ 328 I Nr. 1 kor. StPO), so kann die Anklage nur auf Grund neuer bedeutender Beweismittel bezüglich der Straftat wieder aufgenommen werden“* (§ 329 kor. StPO). Unter dem Begriff der „neuen Beweismittel“ sind alle anderen Beweismittel als die bereits vor der Anklagerücknahme von der Staatsanwaltschaft erlangten Beweise zu verstehen.

³⁹¹ KOGH 96 Do 561, 14.5.1996.

³⁹² KOGH 2011 Do 3801, 9.6.2011; 2009 Do 5698, 13.10.2011; 95 Do 22, 24.3.1995.

³⁹³ KOGH 2012 Do 2957, 29.1.2015; 2012 Do 5220, 30.8.2012; 2009 Do 7436, 22.10.2009.

³⁹⁴ KOGH 2010 Do 9524, 23.2.2012.

³⁹⁵ Die Vorschrift verbietet eine erneute Anklageerhebung für die Fälle, in denen bereits eine gerichtliche Verfügung nach diesem Gesetz ergangen ist, solange die Verfügung nicht aufgehoben wurde und fortbesteht.

³⁹⁶ KOGH 2016 Do 5423, 23.8.2017. In diesem Fall ergeht die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung (§ 326 kor. StPO) nicht, weil eine solche Verfügung kein Sachurteil darstellt und somit keinen Strafklageverbrauch auslöst.

³⁹⁷ Die Vorschrift lautet: *„Ist der Antrag auf Klageerzwingungsverfahren verworfen, so kann die Anklage nur auf Grund neuer bedeutender Beweismittel wieder aufgenommen werden“*.

³⁹⁸ KOGH 2014 Do 17182, 28.12.2018.

³⁹⁹ Zu den sonstigen fraglichen Konstellationen, auf die der KOGH diese Norm anwendete, siehe unten 2. Teil, C. IV. 1.

⁴⁰⁰ KOGH 2007 Do 2595, 23.8.2007.

⁴⁰¹ *Kim*, Strafprozessrecht, S. 608; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1475.

⁴⁰² KOGH 68 Do 858, 24.6.1969.

⁴⁰³ *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1476.

⁴⁰⁴ KOGH 85 Do 1435, 14.2.1989.

„Bedeutend“ sind Beweismittel, wenn die vor der Anklagerücknahme gewonnenen Beweismittel allein möglicherweise nicht dafür ausreichen, die Unschuld des Beschuldigten zu beweisen, aber die Hinzufügung der neu entdeckten Beweise eine genügende Überzeugung zur Verurteilung liefern könnte⁴⁰⁵. Die erneute Anklageerhebung ohne solche neuen bedeutenden Beweismittel ist nach dem Grund Nr. 4 abzulehnen, weil es unrichtig erscheint, wenn die Anklagerücknahme durch die Staatsanwaltschaft bloß nach ihrer Willkür umgekehrt würde⁴⁰⁶. Diese Einschränkung der erneuten Anklageerhebung erstreckt sich sowohl auf die Anklageerhebung gegen dieselbe Straftat wie zuvor als auch auf die Anklageerhebung aufgrund einer geänderten Sachlage⁴⁰⁷.

(5) Nr. 5: Die Einstellung nach Nr. 5 erfolgt nur, wenn bei Antragsdelikten ein „wirksamer“ Antrag auf die Verfolgung vorlag und damit die Anklageerhebung bereits erfolgt ist. Somit greift § 327 Nr. 2 kor. StPO, wenn zum Zeitpunkt der Anklageerhebung kein wirksamer Strafantrag gegeben wäre⁴⁰⁸. Hinzu kommt, dass der Strafantrag bis zum rechtskräftigen Abschluss der ersten Instanz erfolgreich zurückgenommen worden sein muss (§ 232 I kor. StPO)⁴⁰⁹. Dies betrifft nicht nur die Rücknahme des Antrags durch den Berechtigten selbst, sondern auch die Konstellation, in der der Antrag als zurückgenommen gilt (etwa bei § 229 II kor. StPO)⁴¹⁰.

(6) Nr. 6: Auch bei Straftaten, die gegen den ausdrücklichen Willen des Geschädigten nicht verfolgt werden dürfen, hat das Gericht das Verfahren nach Nr. 6 zu beenden, wenn die Erklärung des Geschädigten zur Nichtverfolgung des Angeklagten sowie die nachträgliche Rücknahme seines Wunschs zur Verfolgung des Angeklagten bis zum rechtskräftigen Abschluss der ersten Instanz erfolgt (§ 232 III kor. StPO). § 327 Nr. 2 kor. StPO kommt hingegen zur Anwendung, wenn die Staatsanwaltschaft eine öffentliche Klage erhebt, obwohl der Geschädigte vor der Anklageerhebung bereits seinen Willen erklärt hat, nach dem die Verfolgung des Angeklagten nicht gewünscht ist⁴¹¹.

c) Anklageabweisungsbeschluss (§ 328 I kor. StPO)

„(1) Das Gericht hat den Anklageabweisungsbeschluss zu erlassen, wenn

- 1. eine erhobene Anklage zurückgenommen worden ist,*
- 2. ein Angeklagter verstorben ist, oder eine juristische Person als ein Angeklagter nicht mehr existiert,*

⁴⁰⁵ KOGH 77 Do 1308, 27.12.1977.

⁴⁰⁶ Shin, Strafprozessrecht, S. 1476.

⁴⁰⁷ Shin, Strafprozessrecht, S. 1477.

⁴⁰⁸ Shin, Strafprozessrecht, S. 1477.

⁴⁰⁹ „Der Antrag kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung der ersten Instanz zurückgenommen werden“ (§ 232 I kor. StPO). „Ein zurückgenommener Antrag kann nicht nochmals gestellt werden“ (§ 232 II kor. StPO).

⁴¹⁰ Shin, Strafprozessrecht, S. 1477.

⁴¹¹ KOGH 82 Do 2860, 8.2.1983; Shin, Strafprozessrecht, S. 1477.

3. eine Verhandlung gemäß § 12 kor. StPO⁴¹² oder § 13 kor. StPO⁴¹³ nicht vorgenommen werden kann, oder

4. der Inhalt der Anklageschrift keine strafbaren Gründe beinhaltet, selbst wenn er faktisch wahr sein mag.

(2) Der Beschluss ist mit sofortiger Beschwerde anfechtbar⁴¹⁴.

(1) Nr. 1: Für die gerichtliche Verfahrensbeendigung muss die Anklage „wirksam“ zurückgenommen worden sein⁴¹⁴. Solche Rücknahme der Anklage besteht folglich nicht, wenn innerhalb desselben Prozessgegenstandes ein Teil des angeklagten Sachverhalts geändert wird⁴¹⁵.

(2) Nr. 2: Zu diesem Grund gehört natürlich der Tod des Angeklagten nach der Anklageerhebung. Zudem ist dies der Fall, wenn der Angeklagte vor der Anklageerhebung starb, dies aber später bekannt geworden ist⁴¹⁶. Ist der Angeklagte eine juristische Person, besteht sie nicht mehr, wenn sie verschmolzen oder aufgelöst wurde⁴¹⁷.

(3) Nr. 3: Welches Gericht für die einschlägige Sache zuständig ist, bestimmt § 12 kor. StPO beim Zusammentreffen mehrerer sachlicher Zuständigkeiten und § 13 kor. StPO beim Zusammentreffen mehrerer Gerichtsstände. Infolgedessen muss das unzuständige Gericht den Anklageabweisungsbeschluss erlassen.

(4) Nr. 4: Der letztgenannte Grund liegt vor, wenn allein unter Berücksichtigung des in der Anklageschrift angegebenen Sachverhalts die Unschuld des Beschuldigten von vornherein naheliegend erscheint⁴¹⁸. Dieser Beschluss darf somit nicht ergehen, wenn eine gewisse Möglichkeit besteht, dass die Tatvorwürfe tatsächlich zutreffend sind oder die Anklage etwa mithilfe einer Nachbesserung der Anklageschrift wieder als wirksam zu sehen wäre⁴¹⁹. Ist dies der Fall, hat das Gericht ein Sachurteil zu treffen; nach der Prüfung in der Hauptverhandlung ergeht ein Freispruch, wenn der Angeklagte für nicht überführt oder seine Straftat für nicht strafbar erachtet wird (§ 325 kor. StPO)⁴²⁰.

5. Konkurrenz zwischen Prozessurteilen

Treffen mehrere Gründe von Prozessurteilen zusammen, stellt sich die Frage, welcher Grund vorzugswürdig ist. Als Beurteilungskriterien sind grundsätzlich die Schwere der Sache sowie

⁴¹² „Mehrere Rechtshängigkeiten von einer und derselben Strafsache“ (§ 12 kor. StPO): „Ist eine und dieselbe Strafsache vor zwei oder mehreren Gerichten anhängig, die unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten haben, so bestimmt die Strafkammer das zuständige Gericht“.

⁴¹³ „Zusammentreffen mehrerer Gerichtsstände“ (§ 13 kor. StPO): „Ist eine und dieselbe Strafsache vor zwei oder mehreren Gerichten anhängig, die identische sachliche Zuständigkeiten haben, so ist das Gericht als zuständig anzusehen, vor welchem die Anklage zuerst erhoben worden ist. Das gemeinsame obere Gericht der betroffenen Gerichte kann jedoch auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeschuldigten durch Beschluss anordnen, dass das Gericht, vor dem die Anklage später erhoben worden ist, für die Strafsache zuständig ist“.

⁴¹⁴ Kim, Strafprozessrecht, S. 608.

⁴¹⁵ Shin, Strafprozessrecht, S. 1479.

⁴¹⁶ Kim, Strafprozessrecht, S. 609; Shin, Strafprozessrecht, S. 1479.

⁴¹⁷ Shin, Strafprozessrecht, S. 1479 f.

⁴¹⁸ KOGH 2012 Do 16867, 16.5.2014; 90 Do 174, 10.4.1990.

⁴¹⁹ Shin, Strafprozessrecht, S. 1480.

⁴²⁰ Kim, Strafprozessrecht, S. 609; Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 25.

des Eingriffs zu berücksichtigen⁴²¹.

Festzuhalten ist zunächst daran, dass die sonstigen Prozessurteile den Vorrang vor § 326 kor. StPO haben⁴²². Denn bei Ersterem bedarf es einer gründlichen Überprüfung des Einzelfalls nicht oder nur marginal⁴²³, so dass eine sofortige Verfahrensbeendigung durch das Gericht möglich und empfehlenswert ist. Beim Zusammentreffen der Entscheidung über die Unzuständigkeit (§ 319 kor. StPO) und Anklageabweisungsverfahren (§§ 327, 328 kor. StPO) gewinnt § 319 kor. StPO als *lex specialis*⁴²⁴ die Oberhand. § 328 kor. StPO geht § 327 kor. StPO vor, weil die in § 328 kor. StPO genannten Fehler gravierender sind als diejenigen von § 327 kor. StPO⁴²⁵ und damit die Erkennung der in § 328 kor. StPO genannten Gründen einfacher ist; dies kann man ebenso daraus herauslesen, dass bei § 328 kor. StPO ein Beschluss, für welchen keine mündliche Verhandlung erforderlich ist, statt einer Entscheidung erlassen wird⁴²⁶. Treffen schließlich mehrere Gründe von der Art eines Prozessurteils zusammen, so ist der zuerst aufgetretene Grund⁴²⁷ bzw. der schwerwiegendere Grund⁴²⁸ vorrangig.

An diesem Maßstab gemessen könnte man die Anwendungsreihenfolge der einzelnen Gründe der Prozessurteile wie folgt darstellen: Die Entscheidung über die Unzuständigkeit (§ 319 kor. StPO), der Anklageabweisungsbeschluss (§ 328 kor. StPO), die Anklageabweisungsentcheidung (§ 327 kor. StPO) und zum Schluss die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung (§ 326 kor. StPO).

6. Konkurrenz zwischen Prozessurteil und Freispruch

Die einzelnen Gründe von Prozessurteilen sind nicht identisch mit den jeweiligen Umständen gemäß kor. StA-VO, in denen die Staatsanwaltschaft nach ihrem Ermessen ein Verfahren einstellen kann⁴²⁹. Bemerkenswert ist, dass man fast alle Gründe der §§ 326, 327, 328 kor. StPO in § 69 III Nr. 4 und 5 kor. StA-VO in ähnlicher Formulierung findet. Letzteres stellt die Einstellung aus verfahrensrechtlichen Gründen dar und die meisten sind mithin mit Prozessvoraussetzungen oder Verfahrenshindernissen verbunden. Das Gericht muss demgemäß solche Gründe von Amts wegen prüfen. Liegen sie vor, so führt dies zu einem Prozessurteil, auch wenn die Staatsanwaltschaft ohne Rücksicht auf diese Gründe die Anklage erhoben hat.

Problematisch ist, wenn sich das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses erst in einem späteren Zeitpunkt, d.h. am Schluss der Prüfung durch das Gericht in der Hauptverhandlung, herausstellt. Dies ist vornehmlich bei § 327 Nr. 2 kor. StPO der Fall, wobei die Aufklärung der Gründe einen erhöhten Kraft- bzw. Zeitaufwand kosten kann⁴³⁰. Früher räumte der KOGH in solchen Fällen den Vorrang des Prozessurteils gegenüber dem Freispruch ein, auch wenn der

⁴²¹ Cho, Prozessvoraussetzungen, S. 92.

⁴²² Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 15, Rn. 10.

⁴²³ Shin, Strafprozessrecht, S. 1478.

⁴²⁴ Kim, Strafprozessrecht, S. 609; Shin, Strafprozessrecht, S. 1478.

⁴²⁵ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 15, Rn. 10; Shin, Strafprozessrecht, S. 1478.

⁴²⁶ Ähnlich Kim, Strafprozessrecht, S. 609.

⁴²⁷ Shin, Strafprozessrecht, S. 1478.

⁴²⁸ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 15, Rn. 10.

⁴²⁹ Siehe oben 2. Teil, A. III. B.

⁴³⁰ Zu dieser Vorschrift siehe unten 2. Teil, C. IV.

Angeklagte für nicht überführt betrachtet wird⁴³¹. Dieser Ansicht folgt die allgemeine Auffassung⁴³². Neuerdings spricht sich der KOGH indes dafür aus, dass der Freispruch zugunsten des Angeklagten nicht unzutreffend erscheine, solange sich die strafbare Tat zum Nachteil des Angeklagten nach der Prüfung in der Hauptverhandlung nicht nachweisen lasse⁴³³. Dies entspricht der Rechtspraxis in Deutschland, wonach der Grundsatz des „Vorrangs des Freispruchs vor der Einstellung“ gilt⁴³⁴. Begrüßenswert erscheint das neue Urteil des KOGH, das eine flexible Beurteilung nach den einzelnen Sachverhalten ermöglicht.

IV. Eine besondere Regelung: § 327 Nr. 2 kor. StPO

1. Ausgangspunkt

Problematisch ist § 327 Nr. 2 kor. StPO. Die Regelung lautet: Das Gericht hat die Anklageabweisungsentscheidung zu treffen, „wenn das Verfahren zur Anklageerhebung aufgrund des Verstoßes gegen die gesetzliche Regelung rechtswidrig durchgeführt worden ist“. Während die übrigen Gründe in §§ 326, 327, 328 I kor. StPO (relativ) eindeutig formuliert sind, führt § 327 Nr. 2 kor. StPO lediglich die Rechtswidrigkeit wegen des Verstoßes gegen die gesetzliche Regelung mit Bezugnahme auf die Anklageerhebung als Grund für die Anklageabweisungsentscheidung aus. § 327 Nr. 2 kor. StPO wird unproblematisch angewendet, wenn die Staatsanwaltschaft im Laufe der Anklageerhebung offensichtlich diejenigen bestimmten Regelungen nicht eingehalten hat, welche die für die Anklageerhebung erforderlichen Voraussetzungen gesetzlich normieren⁴³⁵. Vertreten würde darüber hinaus eine Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Regelung auf die Umstände, in denen die Anklageerhebung nach Gesamtschau des Verfahrensvorgangs als rechtswidrig betrachtet werden muss, selbst wenn die einzelnen prozessualen Voraussetzungen für die Anklageerhebung wohl an sich beachtet wurden.

2. Meinungsstreit um deren gesetzlichen Charakter

Eine Ansicht legt § 327 Nr. 2 kor. StPO dabei so aus, dass diese Vorschrift nur für die Konstellationen gelte, in denen nicht sowohl das Ermittlungsverfahren, sondern allein das Verfahren der Anklageerhebung aufgrund des Verstoßes gegen die gesetzliche Regelung als rechtswidrig zu sehen ist⁴³⁶. Begründet wird dies damit, dass der Wortlaut eng auszulegen sei. Vor diesem Hintergrund wären allein Verstöße gegen die prozessualen Voraussetzungen für die Anklageerhebung in den Anwendungsbereich des § 327 Nr. 2 kor. StPO einzubeziehen.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur verlangt dagegen, dass § 327 Nr. 2 kor. StPO als

⁴³¹ KOGH 2004 Do 4693, 26.11.2004; 2001 Do 6777, 12.7.2001.

⁴³² *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 34, Rn. 15; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 15, Rn. 9; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1473.

⁴³³ KOGH 2013 Do 10958, 28.5.2015; 2012 Do 11431, 14.5.2015.

⁴³⁴ *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 6; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 49, Rn. 16; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 204, Rn. 15.

⁴³⁵ Z.B. siehe oben 2. Teil, C. III. 4. b).

⁴³⁶ *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 46, Rn. 30.

eine „Generalklausel“ zu verstehen sei⁴³⁷. Dies sei auch vom Gesetzgeber gewollt, weil § 327 Nr. 2 kor. StPO im Gegensatz zu den anderen Gründen nicht spezifiziert oder bestimmt formuliert sei. Dadurch lasse sich die Schwäche der Regelungsform der Prozessurteile beheben, die darin liegt, dass lediglich das Vorliegen der „aufgezählten“ Gründe ein Prozessurteil hervorrufen kann. Somit wird das Konzept vertreten, dass auch die nicht geregelten Gründe für die gerichtliche Verfahrensbeendigung anzunehmen seien. Darüber hinaus gelte die Vorschrift auch bei einem über den bloßen Verstoß gegen einfachgesetzliche Regelungen hinausgehenden Verstoß gegen verfassungsrechtliche Regelungen wie den Gleichheitsgrundsatz (Art. 11 I kor. Verfassung), das due-process-Prinzip (Art. 12 I kor. Verfassung) oder das Beschleunigungsgebot (Art. 27 III kor. Verfassung)⁴³⁸.

Früher erließ der KOGH Prozessurteile unter Anwendung dieser Vorschrift, nur wenn die prozessualen Voraussetzungen für die Anklageerhebung nicht gegeben waren. Von diesem Standpunkt führte er im Falle einer rechtswidrigen Ermittlung wie einer unbefugt durchgeführten Festnahme an, dass § 327 Nr. 2 kor. StPO hierbei nicht gelte und es vielmehr eines Ausschlusses der Beweise, die unter Anwendung unzulässiger Ermittlungsmethoden gewonnen wurden, bedürfe⁴³⁹.

Inzwischen änderte der KOGH jedoch seinen Standpunkt. Er bejahte die Anwendung des § 327 Nr. 2 kor. StPO, wo ein Abgeordneter aufgrund seiner Indemnität (Art. 42 kor. Verfassung⁴⁴⁰) begünstigt zu behandeln war⁴⁴¹. Danach scheitert die Strafverfolgung gegen die zum Anwendungsbereich der Indemnität gehörende Handlung an dieser gesetzlichen Grundlage. Im Falle eines Lockspitzeinsatzes ging der KOGH zudem von der Rechtswidrigkeit der Ermittlung aus und nahm an, dass das Verfahren gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO einzustellen sei, weil das gesamte Verfahren zur Anklageerhebung aufgrund des Verstoßes gegen die gesetzliche Regelung rechtswidrig durchgeführt worden sei⁴⁴². Ferner deutete der KOGH die Möglichkeit der Anwendung dieser Vorschrift auf die Konstellationen an, in denen die Staatsanwaltschaft ihre exklusive Befugnis zur Anklageerhebung missbräuchlich ausgeübt hat, selbst wenn der KOGH in den konkreten Entscheidungen eine solche Verfahrensbeendigung nicht annahm⁴⁴³. Dieser Standpunkt deckt sich mit der h.M. im Schrifttum.

3. Bewertung

Der Vorteil der h.M sowie Rechtsprechung liegt darin, dass der Richter in seiner Beurteilung auch die noch nicht anerkannten Gründe für ein Prozessurteil berücksichtigen kann. Mit anderen Worten bietet § 327 Nr. 2 kor. StPO eine rechtliche Grundlage für die Zuordnung diverser

⁴³⁷ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 29; *Kim*, Strafprozessrecht, S. 609; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 757; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1475.

⁴³⁸ *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 40 f.; *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 194 ff.

⁴³⁹ KOGH 92 Do 256, 24.4.1992; 90 Do 1586, 25.9.1990; 86 Do 1547, 23.9.1986.

⁴⁴⁰ Diesem kommt Art. 46 II GG gleich.

⁴⁴¹ KOGH 2009 Do 14442, 13.5.2011; 91 Do 3317, 22.9.1992.

⁴⁴² KOGH 2008 Do 7362, 23.10.2008; 2007 Do 3672, 13.7.2007; 2005 Do 1247, 28.10.2005.

⁴⁴³ Näher siehe unten 2. Teil, D.

prozessrechtlicher Belange zu Prozessvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernissen an⁴⁴⁴. Ausgehend von dieser Auffassung gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass der Anwendungsbereich des § 327 Nr. 2 kor. StPO auch diejenigen Konstellationen umfasst, wo die Staatsanwaltschaft Anklage auf Basis erheblich rechtswidriger Ermittlungen erhebt oder sie bei der Strafverfolgung ihre Befugnis missbraucht. Da eine effektivere gerichtliche Kontrolle einer rechtswidrigen Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft durch eine solche Auslegung auch im geltenden Recht möglich wird, erscheint diese Ansicht stichhaltiger. Nur wenn § 327 Nr. 2 kor. StPO als eine solche Generalklausel anzusehen wäre, könnte also das nachfolgend darzulegende, theoretische Kontrollmittel eine sinnvolle Rolle spielen.

Die schrankenlose Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 327 Nr. 2 kor. StPO führt jedoch zu einer Unklarheit über die verschiedenen Arten von Prozessvoraussetzungen und zugleich zu einer Abgrenzungsschwierigkeit zwischen Prozessurteil und Sachurteil. Aus diesem Grund ist der Umfang der Anerkennung der gerichtlichen Verfahrensbeendigung nach der Generalklausel des § 327 Nr. 2 kor. StPO zu begrenzen.

D. Weitergehende Kontrolle der Anklageerhebung

I. Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts

1. Grundlagen

Neben der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung wird noch die „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ vertreten. Die Kernaussage dieser Lehre besteht darin, dass das Strafverfahren nicht durch Verurteilung oder Freispruch, sondern durch ein Prozessurteil abgeschlossen werden müsse, wenn die Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung ihre Befugnis missbraucht hat⁴⁴⁵. Das Hauptargument dafür ist, dass die auf einer rechtswidrigen Strafverfolgung beruhende „Anklageerhebung“ als Prozesshandlung als solche zu kontrollieren sei und der Beschuldigte durch eine solche Kontrolle möglichst früh von dem ihn belastenden Strafverfahren befreit werden sollte⁴⁴⁶. Insofern unterscheidet sich ein solches Kontrollmittel vom Klageerzwingungsverfahren, weil beim Letzteren dem Gericht eine Kontrollmacht über eine rechtswidrige „Verfahrenseinstellung“ der Staatsanwaltschaft eingeräumt wird.

Liegen die Prozessvoraussetzungen vor und wurde die Anklage prozessrechtlich ordnungsgemäß erhoben, hat das Gericht grundsätzlich nur ein Sachurteil zu treffen. Ist dies nicht der Fall, scheidet der staatsanwaltschaftliche Wille, die Strafsache im Rahmen der Hauptverhandlung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dann ergeht ein Prozessurteil nach §§ 319, 326, 327, 328 kor. StPO. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn für den konkreten Fall die darin vorgeschriebenen, einzelnen Gründe einschlägig sind.

⁴⁴⁴ Dazu *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 61, Rn. 29; *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 152 f.; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1475.

⁴⁴⁵ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 8; *Kim*, Strafprozessrecht, S. 225; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 369; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 11; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 566; *Son/Shin*, Strafprozessrecht, S. 349; *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 39.

⁴⁴⁶ *Kim*, Strafprozessrecht, S. 225; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 11; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 566; *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 211.

Nicht selten kommt es allerdings zu Fällen, in denen die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft als unfair oder unrecht anzusehen ist, dies aber nicht unter die in der koreanischen StPO aufgezählten Gründe fällt. Denkbar sind Konstellationen, in denen die Rechtmäßigkeit in gleichem Maße wie bei den jeweiligen normierten Gründen tangiert ist. Denn die Notwendigkeit der Verfahrensbeendigung zugunsten des Beschuldigten gilt hier ähnlich wie es bei den offensichtlich geregelten Prozessurteilen der Fall ist. Dies ist eine mögliche Schlussfolgerung, wenn man einer Interpretation der einzelnen Gründe zugrunde legt, dass der Gesetzgeber (lediglich) einige, indes die bedeutsamsten Umstände als Gründe für Prozessurteil ausdrücklich normiert⁴⁴⁷.

Vor dem Hintergrund behauptet die „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“, dass – über das geltende Recht hinausgehend – ein Verfahren, das auf einer prozessual legalen, aber tatsächlich fehlerhaften Anklage basiert, durch das Gericht in Form eines Prozessurteils einzustellen ist. Zur Annahme des „Missbrauchs“ bedarf es eines erheblichen Verstoßes etwa gegen Prozessmaximen bzw. Grundrechte und einer damit einhergehenden Beeinträchtigung der Interessen des Beschuldigten, wobei kein Verschulden des Beschuldigten vorliegt, so dass die Ausübung des Anklageerhebungsrechts durch die Staatsanwaltschaft kaum als hinnehmbar erscheint⁴⁴⁸.

Darunter fallen fünf Fallgruppen: (1) Die Anklageerhebung trotz mangelnden Tatverdachts, (2) die Anklageerhebung durch Missbrauch des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft, (3) die auf einer rechtswidrigen Ermittlung basierende Anklageerhebung, (4) die diskriminierende Anklageerhebung und (5) die erneute Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat nach dem Urteil der Tatsacheninstanz über eine andere Straftat, welche mit der Vorgenannten in Tatmehrheit steht.

2. Die Anklageerhebung trotz mangelnden Tatverdachts

a) Problemaufriss

Nach § 69 III Nr. 2 kor. StA-VO stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein, solange „*der Sachverhalt keinen Straftatbestand erfüllt*“. Dazu zählt eindeutig der Fall, in dem kein Tatverdacht des Beschuldigten vorliegt. Trotzdem kann die Staatsanwaltschaft nach dem Opportunitätsgedanken gemäß § 247 kor. StPO ihr Ermessen so ausüben, dass die Anklage erhoben wird. In diesem Fall steht also der Beschuldigte vor Gericht, ohne dass aus Sicht eines objektiven Beobachters ein hinreichender Tatverdacht gegen ihn besteht.

Dies ist aber in der Praxis ein eher seltener Fall. Daher meinen einige, dass dem Fall nur eine theoretische Bedeutung im Rahmen der Erörterung der grundlegenden Problematik des Charakters bzw. Umfangs von Prozessvoraussetzungen beigemessen werden kann⁴⁴⁹.

Selbst wenn die Staatsanwaltschaft fachlich kompetent ist und sie ihre Objektivitätspflicht wahrnimmt, lassen sich nicht vollständig Umstände ausschließen, in denen die Staatsanwalt-

⁴⁴⁷ Kim, Strafprozessrecht, S. 225.

⁴⁴⁸ Kim, Strafprozessrecht, S. 225; ; Son/Shin, Strafprozessrecht, S. 349 f.

⁴⁴⁹ Vgl. Cho, Prozessvoraussetzungen, S. 215.

schaft trotz mangelnden oder unzureichenden Tatverdachts zum Zwecke einer Verurteilung die öffentliche Klage erhebt. Vielmehr besteht die Möglichkeit, dass die Staatsanwaltschaft auf der Grundlage ihrer überschießenden Berufung auf die soziale Gerechtigkeit oder wegen eines (ggf. unangebrachten) Anspruchs der Opfer bzw. Öffentlichkeit auf staatliches Eingreifen handelt, den mangelnden Tatverdacht außer Acht lässt und das Strafverfahren fortsetzt⁴⁵⁰.

Als Beispiele dafür zu nennen sind die Fälle der (ungerechtfertigten) Praxis wie etwa, dass eine von der Staatsanwaltschaft selbst festgenommene Person aus Prinzip nicht freigelassen wird⁴⁵¹; die Strafverfolgung auf eine beharrliche Forderung des Opfers oder Strafantragstellers erfolgt⁴⁵²; die Staatsanwaltschaft kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist eilig die Anklage erhebt⁴⁵³; die Staatsanwaltschaft die in der Anklageschrift bezeichnete Straftat austauscht⁴⁵⁴, um den Freispruch zu vermeiden⁴⁵⁵; die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten aus persönlicher Abneigung bzw. Böswilligkeit verfolgt⁴⁵⁶ usw.

b) Meinungsstand in der Literatur

(1) Die Befürworter des Freispruchs⁴⁵⁷ behaupten, dass aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage die gründliche Untersuchung des gesamten Sachverhalts in der Hauptverhandlung

⁴⁵⁰ *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 75.

⁴⁵¹ *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 76 ff. Diese Praxis habe darin ihre Ursache, dass die Staatsanwaltschaft stolz darauf sei, ohne tatsächliche und rechtliche Fehler einen Sachverhalt ermitteln zu können, und falls der Festgenommene nach der weiteren Prüfung freigelassen werden müsste, eine spätere Einholung der Zustimmung bzw. Genehmigung des Vorgesetzten als Last empfunden werde.

⁴⁵² *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 80 ff. Hierbei könnte die Staatsanwaltschaft der Meinung sein, dass es besser sei, sich durch die Anklageerhebung von der lästigen Plage durch das Opfer oder den Strafantragsteller zu befreien. Vornehmlich bei Antragsdelikten sei es zudem denkbar, dass die Staatsanwaltschaft zunächst Anklage erhebt und danach bis zum rechtskräftigen Abschluss der ersten Instanz ein Einvernehmen zwischen dem Opfer und Beschuldigten empfiehlt (welches zur Rücknahme des Antrags gemäß § 232 I kor. StPO führt). Dabei lasse sich auch berücksichtigen, dass ihr Fehler – d.h. Missverständnis des „Ob“ des Tatverdachts – nicht in Betracht käme, wenn der Strafantrag durch das Einvernehmen später zurückgenommen würde.

⁴⁵³ *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 82 ff. Beispielhaft zu nennen seien die Konstellationen, in denen die Staatsanwaltschaft ohne Wahrscheinlichkeit der Verurteilung die Anklage in der Hoffnung erhebt, vor Ablauf der Verjährungsfrist durch die weiteren Ermittlungen etwaige Zeugen zu finden oder dass der Täter aus tätiger Reue gesteht.

⁴⁵⁴ Im koreanischen Strafverfahren bedarf dies grundsätzlich einer Änderung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft unter Genehmigung des Gerichts (§ 298 kor. StPO), wenn in der Hauptverhandlung die Sach- oder Rechtslage und somit die anzuwendende Vorschrift abzuweichen sind. Denn die Untersuchung oder Beurteilung durch das Gericht darf nur aufgrund der in der Anklage bezeichneten Tat erfolgen. Ausnahmsweise ordnet das Gericht zur Verurteilung wegen einer anderen Straftat die Änderung der Anklageschrift von Amts wegen an, wenn nach seiner Beurteilung ein einheitlicher Prozessgegenstand anzunehmen ist. Im Vergleich dazu gilt in Deutschland §§ 264, 265 StPO, wonach das Gericht jederzeit durch einen Hinweis auf die Veränderung seines rechtlichen Gesichtspunkts eine Verurteilung wegen einer anderen Straftat erlassen darf, solange der Prozessgegenstand für identisch gehalten wird.

⁴⁵⁵ *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 85 f. Als ein Beispiel lasse sich anführen, dass die Staatsanwaltschaft anfangs die Anklage wegen sexueller Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 301 kor. StGB) erhebt, aber im Lauf der Hauptverhandlung nachgewiesen wird, dass keine Kausalität zwischen der Gewalt und Todesfolge vorlag und das Vorliegen des Vorsatzes unklar war. Trotzdem versucht die Staatsanwaltschaft die Änderung der Anklageschrift zu sexueller Vergewaltigung (§ 297 kor. StGB), um den Täter zumindest wegen einer milderen Tat bestrafen zu lassen.

⁴⁵⁶ Etwa *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 216.

⁴⁵⁷ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 13; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 16; *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 94.

benötigt werde und darauffolgend ein Sachurteil ergehen solle. Diese Konstellation gehöre also nicht zu den gesetzlich geregelten Gründen für das Prozessurteil.

(2) Dagegen wird vertreten, dass hierbei das Verfahren zur Anklageerhebung auf Grund des Verstoßes gegen die gesetzliche Regelung rechtswidrig erscheine, so dass die Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO einschlägig sei⁴⁵⁸. Diese Ansicht beruft sich darauf, dass die Anklageerhebung zum Zwecke einer Verurteilung das Vorliegen des Tatverdachts voraussetze. Somit stelle der fehlende Tatverdacht einen Mangel der für die Anklageerhebung zwingend erforderlichen (Prozess-)Voraussetzung dar, so dass das Verfahren nicht mehr fortgeführt werden dürfe.

(3) Schließlich wird die analoge Anwendung des Anklageabweisungsbeschlusses gemäß § 328 I Nr. 4 kor. StPO befürwortet⁴⁵⁹. Denn dies betreffe den Fall, in dem der Inhalt der Anklageschrift keine strafbaren Gründe beinhaltet.

c) Bewertung

Zunächst spricht gegen die Annahme des § 328 I Nr. 4 kor. StPO, dass die Vorschrift mit dem Fall des mangelnden Tatverdachts nichts zu tun hat. § 328 I Nr. 4 kor. StPO gilt nur für die Konstellationen, in denen mit Blick auf den in der Anklageschrift angegebenen Inhalt ein Straftatbestand von vornherein nicht erfüllt ist, oder die Anklageerhebung aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlagen zur Bestrafung auch ohne Überprüfung des „Ob“ des Tatverdachts für rechtswidrig gehalten wird⁴⁶⁰. Bei § 328 I Nr. 4 kor. StPO geht es daher von Anfang an nicht um eine Entstehung des staatlichen Strafanspruchs⁴⁶¹. Vielmehr wird bei dieser Fallgruppe der eine Bestrafung des Täters auslösende Tatverdacht selbst in Frage gestellt, ohne den der staatliche Strafanspruch überhaupt nicht entsteht. Daraus folgt, dass die Anwendung des § 328 I Nr. 4 kor. StPO scheitert⁴⁶².

Der Vorteil der Annahme des § 327 Nr. 2 kor. StPO liegt selbstverständlich darin, dass eine vorzeitige Entlassung des Beschuldigten aus dem rechtswidrig durchgeführten Verfahren gewährt werden kann⁴⁶³. Gegen diese Ansicht bleibt allerdings einzuwenden⁴⁶⁴, dass (i) es in der koreanischen StPO keine gesetzliche Grundlage dafür gebe, (ii) die gerichtliche Untersuchung des Tatverdachts vor Beginn der Hauptverhandlung eine doppelte Untersuchung durch das Gericht darstelle, (iii) ein solches Vorurteil des Richters eine Voreingenommenheit begründen könne, (iv) ein Freispruch deshalb vorteilhaft für den Beschuldigten sei, weil dabei eine materielle Rechtskraft eintrete, und (v) die Aufklärung des „Ob“ des Tatverdachts u.a. zeitlich auf-

⁴⁵⁸ Kim, Strafprozessrecht, S. 226; Lee, Strafprozessrecht, S. 370; Shin, Strafprozessrecht, S. 569; Cho, Prozessvoraussetzungen, S. 225. Eingeschränkt Son/Shin, Strafprozessrecht, S. 350 f., die danach differenzieren wollen, ob angesichts der Anklageschrift der Mangel des Tatverdachts ersichtlich sei.

⁴⁵⁹ Zurzeit wird dieser Auffassung nicht gefolgt.

⁴⁶⁰ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 10; Cho, Prozessvoraussetzungen, S. 225.

⁴⁶¹ Shin, Strafprozessrecht, S. 568.

⁴⁶² Zustimmung Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 10; Kim, Strafprozessrecht, S. 226; Shin, Strafprozessrecht, S. 568; Chae, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 94; Cho, Prozessvoraussetzungen, S. 225.

⁴⁶³ Bae/Yi/Jung/Rhee, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 11; Kim, Strafprozessrecht, S. 226; Lee, Strafprozessrecht, S. 370; Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 14; Shin, Strafprozessrecht, S. 568.

⁴⁶⁴ Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 16; Chae, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 96 ff.

wändig sei, so dass das Interesse des Beschuldigten an der vorzeitigen Entlassung aus dem Verfahren verloren gehe. Durch die Gegenargumente gegen diese Einwände könnte indes die Annahme der Verfahrensbeendigung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO mit den folgenden Begründungen vertreten werden:

(i) Gegen das oben genannte Argument wird der Einwand vorgebracht, dass sich dies nur akzeptieren lässt, wenn die in der koreanischen StPO angegebenen Gründe für das Prozessurteil für abschließend gelten. Wie bereits erwähnt, kann jedoch der Anwendungsbereich des § 327 Nr. 2 kor. StPO zugunsten des Beschuldigten erweitert werden, indem § 327 Nr. 2 kor. StPO mit Recht als eine Generalklausel interpretiert wird⁴⁶⁵. Ohne einen Tatverdacht gelingt die Strafverfolgung nicht, weil auch nach der Untersuchung im Hauptverfahren eine Verurteilung überhaupt nicht getroffen werden kann. Dies besagt, dass der fehlende Tatverdacht zum Zeitpunkt der Anklageerhebung einen bedeutsamen prozessualen Fehler darstellt, welcher den aufgezählten Gründen wohl entspricht. Beide Umstände laufen auf dasselbe Ergebnis hinaus, nämlich, dass ein solches Verfahren nicht mehr fortgesetzt werden muss und darf. Vor dem Hintergrund ist daran festzuhalten, dass eine gerichtliche Verfahrenserledigung auf Basis des § 327 Nr. 2 kor. StPO zu plädieren ist.

(ii) Ein stichhaltiger Kritikpunkt an dieser Begründung besteht darin, dass der Tatverdacht kein starres Element ist, sondern die Verdachtsgrade je nach dem Stadium des Strafverfahrens unterschiedlich zu behandeln sind⁴⁶⁶. Während für die gerichtliche Bewilligung der Anklageerhebung selbst die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung nötig ist, bedarf es zur Verurteilung nach Abschluss der Hauptverhandlung einer richterlichen Überzeugung. Richtigerweise ist folglich die abgestufte Beurteilung durch das Gericht zu bejahen, damit das Gericht je nach Zeitpunkt des Verfahrens entsprechend vorgehen kann. Dies stellt mithin keine doppelte Untersuchung dar. Dagegen würde aber wiederum sprechen, dass das koreanische Recht ein Verfahrensstadium wie das „Zwischenverfahren“ in Deutschland nicht kennt. Auch die koreanische StPO gibt jedoch dem Angeklagten die Möglichkeit, vor der Beweisaufnahme (§ 290 kor. StPO), die den Beginn der gründlichen Untersuchung in der Hauptverhandlung darstellt, die für ihn günstigen Umstände anzugeben (§ 286 II kor. StPO). Dies zeigt deutlich, dass die Möglichkeit einer vorherigen Verhinderung der Durchführung der untauglichen Hauptverhandlung auch in der koreanischen StPO besteht⁴⁶⁷. Denn das Gericht kann unter Berücksichtigung der Angaben des Angeklagten das Verfahren frühzeitig einstellen, bevor die eigentliche Hauptverhandlung beginnt.

(iii) Selbst wenn das Gericht wie dargestellt zur frühzeitigen Einstellung die Anklageerhebung überprüfen darf, bestehen noch Bedenken wegen der Befangenheit des Richters. Das Argument gilt natürlich für den Fall, in dem das Gericht den Tatverdacht annimmt und sich weiter entschließt, das Hauptverfahren durchzuführen. Der Zweifel kommt jedoch nicht auf, wenn das Gericht den Tatverdacht ablehnt und das Verfahren dadurch einstellt. Denn in diesem Fall genießt der Beschuldigte bereits den Vorteil, frühzeitig vom vergeblichen Strafver-

⁴⁶⁵ Siehe oben 2. Teil, C. IV.

⁴⁶⁶ Dazu *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 221.

⁴⁶⁷ Zutreffend *Kim*, Strafprozessrecht, S. 226; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 569.

fahren befreit zu sein; die Parteilichkeit des Richters wird dort kaum problematisiert. Der Bedenken wegen Befangenheit kann nur dann vorliegen, wenn der Tatverdacht vom Gericht bejaht wird und darauffolgend die Prüfung im Rahmen der Hauptverhandlung stattfindet. Somit ist die Ansicht, die nur auf den Fällen des bejahten Tatverdachts basiert und damit die Möglichkeit der Anwendung des Prozessurteils verneint, nicht schlüssig.

(iv) Sowohl der Freispruch als auch das Prozessurteil können letztendlich positiv auf das Ansehen des Beschuldigten in der persönlichen und sozialen Umgebung wirken. Dem Beschuldigten kann ggf. das Prozessurteil auf Basis des mangelnden Tatverdachts allerdings nachteilig erscheinen, weil die Staatsanwaltschaft später auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel die Klage wieder aufnehmen kann. Denn die materielle Rechtskraft tritt bei Prozessurteilen nicht ein. Demgemäß wird der Vorrang des Freispruchs vor dem Prozessurteil vertreten. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass die Wiederaufnahme der öffentlichen Klage aus den genannten Umständen zur üblichen Praxis bzw. Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Auffindung der materiellen Wahrheit gehört⁴⁶⁸. Dies scheint sich somit nicht als spezielle Begründung zu eignen, um den Vorrang des Freispruchs für den Beschuldigten zu rechtfertigen.

(v) Zwar könnte man meinen, dass der Vorteil des § 327 Nr. 2 kor. StPO, nämlich die vorzeitige Beendigung des Verfahrens, letztendlich deshalb scheitern würde, weil zur Aufklärung des „Ob“ des Tatverdachts normalerweise eine gründliche und damit zeitaufwändige Prüfung des Sachverhalts erforderlich ist. Im Falle einer solchen ausführlichen Prüfung könnte somit das Prozessurteil (ausnahmsweise) genauso lange dauern wie das Sachurteil (Freispruch). Die Annahme des § 327 Nr. 2 kor. StPO führt jedoch bei dieser Fallgruppe nicht dazu, dass bei allen Konstellationen unabhängig vom Einzelfall das Prozessurteil ergeht. Es reicht nämlich aus, wenn die vorzeitige Entlassung des Beschuldigten aus dem Verfahren (nur) für den Fall ermöglicht würde, in dem die Tatsache nicht kompliziert und der Tatverdacht offensichtlich nicht vorhanden erscheint; der Schutz des Beschuldigten kann und muss mindestens in solchen Fällen verwirklicht werden.

Zusammenfassend ist daran festzuhalten, dass im Falle des fehlenden Tatverdachts das Verfahren grundsätzlich durch die Anwendung des § 327 Nr. 2 kor. StPO einzustellen ist.

3. Die Anklageerhebung durch Missbrauch des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft

a) Problemaufriss

Die Staatsanwaltschaft stellt grundsätzlich nach § 69 III Nr. 1 kor. StA-VO⁴⁶⁹ das Verfahren ein, wenn „mit Rücksicht auf § 51 kor. StGB eine Strafverfolgung nicht erforderlich ist, selbst wenn der Sachverhalt strafbar ist“. Dies bezieht sich vor allem auf die Fälle, in denen die Schuld des Beschuldigten gering ist und (damit) das Opfer die Verfolgung des Beschuldigten

⁴⁶⁸ Vgl. Cho, Prozessvoraussetzungen, S. 223.

⁴⁶⁹ Eventuell gilt hierbei auch § 69 III Nr. 5 (f) kor. StA-VO, wobei die Einstellung erfolgt, wenn „angesichts aller Umstände des Einzelfalls die Schuld des Täters gering ist und kein oder höchst geringes öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht, so dass die Ermittlung als entbehrlich anzusehen ist“.

nicht wünscht⁴⁷⁰. Die Problematik eines Missbrauchs des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft entsteht häufig dann, wenn die Staatsanwaltschaft ohne hinreichende Begründung die Anklage erhebt, obwohl sie in der Vergangenheit in vergleichbaren Konstellationen regelmäßig das Verfahren wegen Geringfügigkeit eingestellt hat⁴⁷¹.

Fraglich ist, welches Urteil das Gericht zu erlassen hat, wenn die Staatsanwaltschaft diese Geringfügigkeit ignoriert und die Anklageerhebung vornimmt.

b) Meinungsstand in der Literatur

(1) Der überwiegende Ansatz plädiert für die Annahme eines Schuldspruchs (Sachurteils)⁴⁷² mit der Begründung, dass die Anklage auf jeden Fall unter Erfüllung sämtlicher prozessualer Bedingungen erhoben worden sei und die Schlüssigkeit der Beweismittel wohl bejaht werden könne, selbst wenn die Staatsanwaltschaft ihr Ermessen missbraucht zu haben scheint. Außerdem stehe der Staatsanwaltschaft nach dem Opportunitätsprinzip die Befugnis zu, entweder eine Anklageerhebung oder Einstellung vorzunehmen, so dass das Gericht nicht an Stelle der Staatsanwaltschaft aus kriminalpolitischer Sicht das Strafverfahren erledigen dürfe. Hinzu kommt, dass die mit dem Opportunitätsprinzip verbundenen Umstände nicht als Prozessvoraussetzungen behandelt werden sollten. Das Gericht könne zudem hierbei neben der Verurteilung einerseits verwarnen, die Strafe bestimmen und sich die Verurteilung zu dieser Strafe vorbehalten (§ 59 kor. StGB) oder andererseits die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung aussetzen (§ 62 kor. StGB).

(2) Dagegen wird die Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO behauptet⁴⁷³. Diese Ansicht geht davon aus, dass die Staatsanwaltschaft nicht nach freiem, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen ihre Entscheidung über die Anklageerhebung treffen sollte. Daraus ergibt sich, dass die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft einer Überprüfung durch das Gericht zu unterwerfen sei, auch wenn das Opportunitätsprinzip als Regelfall gilt. Diese Lehre stützt sich darauf, dass ein solches Verfahren zur Anklageerhebung für rechtswidrig gehalten werde und damit diese Situation dem § 327 Nr. 2 kor. StPO unterfalle.

(3) Daneben wird die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung (§ 326 kor. StPO) angenommen⁴⁷⁴. Dies nimmt die Notwendigkeit an, den Missbrauch des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft durch das Prozessurteil zu kontrollieren, welches materielle Rechtskraft auslöst.

c) Bewertung

Da hierbei der Täter in Wirklichkeit schuldig ist, scheint es zumindest plausibel zu sein, zuerst den Schuldspruch zu erlassen und dabei die mit dem Opportunitätsprinzip verbundenen

⁴⁷⁰ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 14; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 371.

⁴⁷¹ Zu sonstigen möglichen Fallkonstellationen *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 110 ff.

⁴⁷² *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 18; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 20; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 570; *Son/Shin*, Strafprozessrecht, S. 351; *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 124; *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 228.

⁴⁷³ *Kim*, Strafprozessrecht, S. 227; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 371 f.

⁴⁷⁴ Zurzeit wird dieser Auffassung nicht gefolgt.

Umstände für ihn begünstigend zu berücksichtigen. Nicht zu verkennen ist allerdings das Interesse des Beschuldigten an der frühzeitigen Beendigung des rechtswidrigen Verfahrens. Dem Beschuldigten erscheint es eindeutig besser, wenn die Geringfügigkeit seiner Straftat nicht erst bei Urteilsverkündung, sondern bereits vor Beginn der Hauptverhandlung berücksichtigt würde. Darüber hinaus führt die Annahme der Einstellungskompetenz der Staatsanwaltschaft auf Basis des Opportunitätsprinzips nicht dazu, ihr die willkürliche Entscheidung darüber zu überlassen. Auch ihre Anklageerhebung aus dem Opportunitätsgedanken muss infolgedessen der gerichtlichen Kontrolle unterliegen, falls ihr Verfolgungsermessen offensichtlich missbräuchlich ausgeübt worden wäre. Entsprechend gilt, dass ihre Verfahrenseinstellung nach dem Opportunitätsprinzip auch beim Klageerzwingungsverfahren der gerichtlichen Überprüfung unterliegt⁴⁷⁵.

Damit ergibt sich zusammenfassend, dass das Gericht vor Beginn der Hauptverhandlung eine missbräuchliche Strafverfolgung der Staatsanwaltschaft unter Zugrundelegung des Opportunitätsprinzips überprüfen muss.

4. Die auf einer rechtswidrigen Ermittlung basierende Anklageerhebung

a) Problemaufriss

In Korea regelt § 308-2 kor. StPO⁴⁷⁶ einen allgemeinen Grundsatz des Beweisverwertungsverbots – ähnlich wie die *exclusionary rule* aus anglo-amerikanischem Rechtssystem –, wonach alle in der Ermittlungsphase rechtswidrig gewonnenen Beweise im Hauptverfahren auszuschließen sind. § 308-2 kor. StPO umfasst als eine Generalklausel fast alle Konstellationen in Bezug auf Beweisverwertungsverbote, es sei denn, es handelt sich um den Verstoß gegen bloße verfahrensrechtliche Regelungen. Die Beweisverwertungsverbote werden aber erst im Hauptverfahren wirksam und führen letztendlich zu einem Freispruch.

Die Rechtswidrigkeit der Ermittlungshandlungen kann jedoch ggf. so schwerwiegend sein, dass die alsbaldige Beendigung des Verfahrens ohne die Durchführung der Hauptverhandlung als angemessen erachtet wird. Diskutiert wird daher, ob bei solchen Konstellationen die Verfahrenseinstellung mittels Prozessurteile anzunehmen ist.

b) Meinungsstand in der Literatur

(1) Einige lehnen ab, diese Fallgruppe zu den Fällen des Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft mitzuzählen⁴⁷⁷. Daraus folgt notwendigerweise, dass hierbei lediglich Beweisverwertungsverbote in Betracht kommen und das Gericht unter Ausschluss der rechtswidrig erlangten Beweismittel ein Sachurteil zu treffen habe.

(2) Dagegen wird vertreten, dass eine frühzeitige Verfahrensbeendigung in besonderen Aus-

⁴⁷⁵ Zutreffend *Lee*, Strafprozessrecht, S. 372; ergänzend *Kim*, Strafprozessrecht, S. 227, der davon ausgeht, dass die Kriterien für die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft wie die Kriterien für die Strafzumessung des Gerichts deutlich aufzustellen seien.

⁴⁷⁶ „Beweisverwertungsausschluss“ (§ 308-2 kor. StPO): „Nicht verwertbar sind Beweismittel, die unter Missachtung des ordnungsgemäßen Verfahrens erlangt worden sind“.

⁴⁷⁷ *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 12; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 567.

nahmefällen anzunehmen sei⁴⁷⁸. Dies sei namentlich der Fall, wenn im Laufe des Ermittlungsverfahrens gravierende Verstöße gegen bestimmte Vorschriften erfolgten. Wenn diese Rechtswidrigkeit der Ermittlungstätigkeit bis zum Strafverfolgungsverfahren fortwirke, so werde die mit der Rechtswidrigkeit der Ermittlung eng verbundene Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft unwirksam. Dies führe zur Annahme der Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO, der als eine Generalklausel bei den Umständen des rechtswidrig durchgeführten Strafverfolgungsverfahrens greift. Solche Anknüpfung der Rechtswidrigkeit der Anklageerhebung an die Ermittlungshandlung ist beispielsweise denkbar, wenn die Staatsanwaltschaft selbst vom Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält oder einen Sachverhalt unter unmittelbarer Einschaltung von Polizeibeamten erforscht⁴⁷⁹.

c) Rechtsprechung

Der KOGH favorisiert kein Prozessurteil nach § 327 Nr. 2 kor. StPO, sondern nur den Ausschluss der Beweise für die Fälle von rechtswidrigen Ermittlungen wie von ordnungswidrig durchgeführten Festnahmen⁴⁸⁰. Im konkreten Fall entschied das Gericht also, das Verfahren fortzusetzen, so dass der Angeklagte erst nach der Hauptverhandlung und letztendlich durch das Beweisverwertungsverbot mit einem Sachurteil als Endprodukt freigesprochen werden konnte.

Bei einer rechtswidrigen Tatprovokation durch Lockspitzel⁴⁸¹ sprach der KOGH hingegen aus, dass das Verfahren gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO einzustellen sei⁴⁸². Dabei begründete der KOGH seine Entscheidung nicht konkret und ausreichend; er führte nur aus, dass die Strafverfolgung dem zur Tat Provozierten gegenüber „nicht als eine rechtmäßige Ausübung der Strafverfolgungsbefugnis durch die Staatsanwaltschaft anzusehen“ sei⁴⁸³. Ferner verwies er bei der Anwendung des § 327 Nr. 2 kor. StPO nicht auf das in der Literatur vertretene Argument, dass der Anwendungsbereich des § 327 Nr. 2 kor. StPO als eine Generalklausel umfangreich ausgelegt werden könne.

⁴⁷⁸ *Kim*, Strafprozessrecht, S. 229 f.; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 375 f.; *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 160; ähnlich *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 205, 214, der zwar die Kategorisierung dieser Fallgruppe unter die Fälle des Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft leugnet, die Verfahrenseinstellung jedoch annimmt, wenn solche Umstände unter Verfahrenshindernisse fallen könnten.

⁴⁷⁹ Zur ausführlichen Darstellung nach den jeweiligen Fallkonstellationen *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 161 ff.

⁴⁸⁰ KOGH 96 Do 561, 14.5.1996; 92 Do 256, 24.4.1992; 90 Do 1586, 25.9.1990; 86 Do 1547, 23.9.1986.

⁴⁸¹ Im Allgemeinen kategorisiert man die Fälle eines Einsatzes des Lockspitzels unter die Fälle der rechtswidrig geführten Ermittlung. Allerdings erscheint es gewissermaßen fraglich, ob sich die rechtswidrige Ermittlungshandlung mit der rechtswidrigen Tatprovokation der Strafverfolgungsorgane gänzlich gleichstellen lässt. Denn die Rechtswidrigkeit liegt bei letzterem lediglich in der zuvor vorgenommenen Tatprovokation durch die Strafverfolgungsbehörden (den Staat), nicht in der Ermittlungshandlung selbst vor. Die Ermittlungsperson erlangt nämlich die Beweismittel in der Regel rechtmäßig, weil die Beweise in dem Verhalten des zur Tat Verlockten wurzeln, der tatsächlich selbst tätig war.

⁴⁸² KOGH 2013 Do 1473, 28.3.2013; 2008 Do 7362, 23.10.2008; 2007 Do 10804, 13.3.2008; 2007 Do 3672, 13.7.2007; 2006 Do 2339, 12.7.2007; 2005 Do 1247, 28.10.2005. Dies sei der Fall, wenn eine ursprünglich unverdächtige Person erst durch die List bzw. Intrige eines Ermittlungsorgans zu einer Straftat verleitet wird. Dass ein Ermittlungsorgan einer bereits zur Tat entschlossenen Person die bloße Gelegenheit zur Tatbegehung anbietet oder diese unterstützt, indem es die Tatbegehung erleichtert, reiche freilich für die Annahme der Tatprovokation nicht aus.

⁴⁸³ Vgl. KOGH 2005 Do 1247, 28.10.2005.

d) Bewertung

Die Befürworter des Sachurteils betonen die positive Wirkung des Beweisverwertungsverbots (*exclusionary rule*). Durch seine konsequente Durchsetzung im ganzen Ermittlungsverfahren würden sich die Staatsorgane dazu entschließen, von ihrer rechtswidrigen Ermittlungstätigkeiten Abstand zu nehmen, denn die auf diese Weise erlangten Beweismittel wären später im Hauptverfahren unverwertbar. Dies hat zur Folge, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht zu illegalen Praktiken ermutigt würden. Trotzdem kann dieser Lösungsweg die Anklageerhebung *per se* und die darauffolgende Eröffnung der Hauptverhandlung nicht verhindern. Zudem könnte ein Schuldspruch zum Nachteil des Angeklagten ergehen, solange neben den Beweismitteln, die wegen des Beweisverwertungsverbots unverwertbar sind, andere rechtmäßig gewonnene Beweise vor Gericht präsent wären. Das Beweisverwertungsverbot allein gewährleistet damit nicht, alle Situationen bezüglich der rechtswidrigen Ermittlungen erschöpfend sowie ausreichend zu kontrollieren.

Daraus ergibt sich, dass im Falle der auf rechtswidrigen Ermittlungen basierenden Anklageerhebung das Verfahren durch Prozessurteil zu beenden ist. Denn der Staatsanwaltschaft ist der Fehler zuzuschreiben, dass sie bei der Anklageerhebung über die erhebliche Rechtswidrigkeit der Ermittlungen ohne Überlegung hinwegsieht oder solche Handlungen absichtlich vornimmt⁴⁸⁴. Da die Anklageerhebung für den Übergang vom Ermittlungsverfahren zum Hauptverfahren eine große Rolle spielt, steht der zum Anklageerhebungsrecht befugten Staatsanwaltschaft als Rechtsexperte die Kompetenz und Pflicht zu, das „Ob“ der Rechtswidrigkeit der Ermittlungshandlungen umfassend zu prüfen. Sofern es der Staatsanwaltschaft nicht gelungen ist, diese Aufgabe zu erfüllen, ist das Verfahren zum Schutz des Beschuldigten nicht weiter fortzusetzen.

5. Die diskriminierende Anklageerhebung

a) Problemaufriss

Diese Fallgruppe bezieht sich auf Situationen, in denen die Staatsanwaltschaft die Anklage nur gegen einige Beschuldigten unter mehreren Beschuldigten erhebt, die dieselbe Straftat begangen haben, und die Ermittlung gegen die anderen Beschuldigten nicht weiterführt bzw. das Verfahren gegen sie einstellt. Dies erfolgt vor allem bei politischen Sachen oder Bestechungsfällen⁴⁸⁵. Da dieses sich relativ häufig ereignende Problem den Gleichheitsgrundsatz (Art. 11 I kor. Verfassung) berührt, stehen sich diesbezüglich zwei Meinungen gegenüber.

b) Meinungsstand in der Literatur

(1) Zuerst kann die ein Sachurteil annehmende Ansicht⁴⁸⁶ vorgestellt werden, dass die diskriminierende Anklageerhebung nicht als Grund für ein Prozessurteil genannt sei und die Staatsanwaltschaft nach dem Opportunitätsprinzip ihr Verfolgungsermessen ausüben dürfe.

⁴⁸⁴ Hierzu *Kim*, Strafprozessrecht, S. 230.

⁴⁸⁵ Etwa *Kim*, Strafprozessrecht, S. 228; *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 128.

⁴⁸⁶ *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 24; *Son/Shin*, Strafprozessrecht, S. 352.

Darüber hinaus müsste das Gericht für die Feststellung des „ob“ der Ungleichbehandlung auch die Strafsachen, gegen welche keine Anklage erhoben wurde, berücksichtigen; dies sei unzulässig, weil sich der Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung grundsätzlich nicht auf solche Strafsachen erstrecke. Ein Schuld- oder Freispruch müsse demnach nach Abschluss der Hauptverhandlung erlassen werden.

(2) Bei dieser Fallgruppe sei die Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO anzuwenden⁴⁸⁷, weil die Anklageerhebung offensichtlich gegen den Gleichheitssatz erfolgt sei. Da § 327 Nr. 2 kor. StPO beim „Verstoß gegen die gesetzliche Regelung“ eine gerichtliche Kontrolle in Anspruch nimmt, gelte selbstverständlich die Vorschrift auch für den Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, wobei die Rechtswidrigkeit im Verfahren auf verfassungsrechtlicher Ebene anerkannt sei. Dafür reiche aber allein die Konstellation nicht aus, dass es andere, nicht angeklagte Personen gibt. Zur Annahme des § 327 Nr. 2 kor. StPO sollte die Anklageerhebung nicht auf willkürlichen Kriterien basieren und nicht in Widerspruch zu bisherigen üblichen Rechtsdurchsetzung stehen.

c) Rechtsprechung

Der KOGH nahm zunächst die Möglichkeit des Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts an. Danach würde die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft unwirksam, wenn die Staatsanwaltschaft ihre Verfolgungsermessensbefugnis „erheblich missbraucht“, indem sie „willkürlich“ von ihrem Strafverfolgungsrecht Gebrauch macht und dem Beschuldigten dadurch „schwerwiegende Beeinträchtigung“ zufügt. Für die Annahme der Ausübung des willkürlichen Strafverfolgungsrechts genügt nicht die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft mit dienstlicher Fahrlässigkeit tätig war; zumindest wird eine gewisse Absicht der Staatsanwaltschaft benötigt⁴⁸⁸.

Trotzdem neigt der KOGH im Falle der diskriminierenden Anklageerhebung generell dazu, den Missbrauch des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft abzulehnen. Der Staatsanwaltschaft stehe nämlich ein Beurteilungsspielraum zur Anklageerhebung zu, so dass ihre Anklageerhebung auf Grund solcher Ermessensausübung keinen Missbrauch des Anklageerhebungsrechts darstelle, es sei denn, die Staatsanwaltschaft habe ihre Verfolgungsermessensbefugnis erheblich missbraucht. Selbst wenn mehrere Täter einen gleichen bzw. ähnlichen Straftatbestand erfüllt hätten, könnte je nach Tätern oder Umständen der Tatbegehungen ein Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund vorliegen⁴⁸⁹. Allein aus der Tatsache, dass die Anklage lediglich gegen einen Beschuldigten erhoben wurde, während gegen die übrigen, die dieselbe oder schwerere Straftat begangen hatten, keine Anklage erhoben wurde, ergebe sich somit nicht automatisch, dass die Anklageerhebung einen Missbrauch des Anklageerhe-

⁴⁸⁷ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 22; *Kim*, Strafprozessrecht, S. 228; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 373; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 571 f.; *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 153; ähnlich *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 234 f., der davon ausgeht, dass diese Fallgruppe unter Verfahrenshindernisse falle.

⁴⁸⁸ KOGH 2007 Do 9737, 14.2.2008; 2004 Do 482, 27.4.2004.

⁴⁸⁹ KOGH 90 Do 646, 8.6.1990.

bungsrechts wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz bzw. Gemeinssinn darstelle⁴⁹⁰. Somit stehe es der Staatsanwaltschaft zu, unter Berücksichtigung der Schwere der Sachverhaltserforschung selektiv gegen einige Täter Anklage zu erheben⁴⁹¹.

Konkret bejahte der KOGH bislang in keinem Fall die Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO gestützt auf die erhebliche Ungleichbehandlung entgegen Art. 11 I kor. Verfassung.

d) Die Notwendigkeit des subjektiven Elementes?

Hierbei ist umstritten, ob zur Annahme der Verfahrenseinstellung wegen des Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts ein subjektives Element der Staatsanwaltschaft erforderlich ist. Dies wird namentlich bei diesen und der nachfolgend zu erwähnenden Fallgruppen diskutiert. Wie oben beschrieben, führt der KOGH aus, dass es in Bezug auf den Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz neben dem objektiven Umstand mindestens einer „gewissen Absicht“ der Staatsanwaltschaft bedürfe. In den einschlägigen Fällen hat der KOGH den objektiven Umstand verneint, so dass ein solches subjektive Element in der eigentlichen Entscheidung nie geprüft wurde⁴⁹².

Unter den Befürwortern der Anwendung des § 327 Nr. 2 kor. StPO findet sich eine Stimme, welche die Notwendigkeit des subjektiven Elementes leugnet⁴⁹³. Eine sinnvolle Rolle spiele dabei nur, ob ein Umstand der Diskriminierung als objektiv angemessen betrachtet werden könne. Ein subjektives Element, das sich generell nicht einfach aufklären lasse, sei lediglich als Hilfsmittel zur Beurteilung dieser Angemessenheit des objektiven Umstandes zu berücksichtigen.

Dagegen spricht, dass der Missbrauch des Anklageerhebungsrechts nur zu befürworten ist, wenn die Staatsanwaltschaft absichtlich, vorsätzlich oder zumindest (grob) fahrlässig die missbräuchliche Anklage erhebt⁴⁹⁴. Dies lässt sich damit begründen, dass eigentlich auch für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht nur ein objektiv rechtswidriger Umstand, sondern auch ein subjektives Element des Betroffenen erforderlich sei, welches einen Willen darstellt, anderen Schaden zuzufügen. Das Argument scheint von der US-amerikanischen Rechtsprechung beeinflusst worden zu sein. Zum ersten Mal stellte *United States Court of Appeals for the Second Circuit* im Jahre 1974 zwei wesentliche Anforderungen für die Bejahung einer diskriminierenden Anklageerhebung: (i) Während andere in ähnlicher Lage wegen Verhaltensweisen, die der Anklage gegen ihn zugrunde liegen, im Allgemeinen nicht angeklagt worden sei, sei nur der Beschuldigte strafrechtlich verfolgt worden, und (ii) die diskriminierende Anklageerhebung des Staates gegen ihn sei tückisch oder mit böser Absicht, d.h. aufgrund unzulässiger Erwägungen wie Rasse, Religion oder dem Wunsch, die Ausübung verfassungsmä-

⁴⁹⁰ KOGH 2014 Do 10199, 24.12.2014; 2011 Do 1701, 31.1.2013; 2010 Do 9349, 12.7.2012; 2006 Do 1623, 22.12.2006.

⁴⁹¹ KOGH 2017 Do 13458, 5.12.2017.

⁴⁹² Das koreanische Obergericht (KOG), welches ein Berufungsgericht darstellt, nahm indes gelegentlich in seinen unterinstanzlichen Rechtsprechungen den objektiven Umstand sowie das subjektive Element an.

⁴⁹³ *Kim*, Strafprozessrecht, S. 228; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 373.

⁴⁹⁴ Vgl. *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 231.

ßiger Rechte zu hemmen, erfolgt. Diese beiden wichtigen Elemente werden als „absichtliche und gezielte Diskriminierung“ bezeichnet, die den Einwand des Beschuldigten begründet⁴⁹⁵. Danach entschied der *Supreme Court of the United States* (der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten), dass es einer diskriminierenden Absicht bedürfe⁴⁹⁶.

Auch unter den Befürwortern des subjektiven Elementes gibt es die Kritik, dass sich ein solcher innere Wille nicht beweisen lasse⁴⁹⁷, weshalb auch im US-amerikanischen Rechtssystem die diskriminierende Anklageerhebung selten angenommen wurde⁴⁹⁸. Der innere Wille der Staatsanwaltschaft lässt sich jedoch durch eine Gesamtbetrachtung des Sachverhalts oder anhand eines Vergleichs mit sonstigen ähnlichen Strafsachen mittelbar mutmaßen und aufklären⁴⁹⁹. Auf diese Weise kann etwa auch ein Vorsatz eines Täters bereits in der Praxis erwiesen werden und niemand behauptet, dass dies problematisch ist. Entscheidend ist vielmehr, wie genau eben jener innere Wille bewiesen werden kann, und wer die Beweislast dafür tragen muss.

Dies führt somit letztendlich zur Problematik der Beweislast. In der US-amerikanischen Rechtsprechung trägt der Beschuldigte, der Einwendungen gegen die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft erheben will, die Beweislast⁵⁰⁰. Dagegen wird in Korea teilweise vertreten, dass es für den Beschuldigten ausreicht, die objektive Tatsache vorzutragen. Da die Staatsanwaltschaft auch in der Anklageerhebungsphase die Beweislast übernehme, sei sie dazu verpflichtet, das Nichtvorliegen des objektiven Umstandes – ggf. sowie ihres subjektiven Elementes – zu beweisen⁵⁰¹.

e) Bewertung

Unter Berücksichtigung der Verfolgungsermessensbefugnis der Staatsanwaltschaft ist im Grunde ein Verbot einer selektiven Anklageerhebung weder geboten noch möglich. Denn es

⁴⁹⁵ „To support a defense of selective or discriminatory prosecution, a defendant bears the heavy burden of establishing, at least prima facie, (1) that, while others similarly situated have not generally been proceeded against because of conduct of the type forming the basis of the charge against him, he has been singled out for prosecution, and (2) that the government's discriminatory selection of him for prosecution has been invidious or in bad faith, i.e., based upon such impermissible considerations as race, religion, or the desire to prevent his exercise of constitutional rights. These two essential elements are sometimes referred to as intentional and purposeful discrimination“ (United States v. Berrois, 501 F.2d 1207 (2d Cir. 1974)). Zu sonstigen vorangegangenen Rechtsprechungen Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, S. 107.

⁴⁹⁶ „Selective prosecution claims may appropriately be judged according to ordinary equal protection standards. These standards require petitioner to show both that the passive enforcement policy had a discriminatory effect and that it was motivated by a discriminatory purpose“ (Wayte v. United States, 470 U.S. 598 (1985); United States v. Armstrong, 517 U.S. 456 (1996)).

⁴⁹⁷ Lee, Strafprozessrecht, S. 373.

⁴⁹⁸ Vgl. Cho, Prozessvoraussetzungen, S. 232; Dengler, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 316.

⁴⁹⁹ Bejahend Chae, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 154 f. Zu denken sei etwa an Konstellationen, in denen bereits zum Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens durch die Presse heftige Kritik am Vorliegen einer diskriminierenden Ermittlungstätigkeit ausgeübt wurde, die Staatsanwaltschaft jedoch ungeachtet dessen die Anklage erhebt; die diskriminierende Anklageerhebung durch einen Staatsanwalt erfolgt, der bisher mit politischer Voreingenommenheit tätig war usw. In diesen Fällen kann man schlussfolgern, dass sich die Staatsanwaltschaft mit Absicht oder mindestens grober Fahrlässigkeit für die Anklageerhebung entscheidet.

⁵⁰⁰ United States v. Berrois, 501 F.2d 1207 (2d Cir. 1974); Wayte v. United States, 470 U.S. 598 (1985); United States v. Armstrong, 517 U.S. 456 (1996) usw.

⁵⁰¹ Kim, Strafprozessrecht, S. 228.

ist gewissermaßen unvermeidbar, dass selbst unter denen, welche die gleiche Straftat begangen haben, nur einige bestraft werden und andere nicht. Dies hängt nämlich von Fall zu Fall von den Umständen ab, z.B. inwieweit der Staatsanwaltschaft die Ermittlungspersonen oder – ausrüstungen zum Zeitpunkt des Eingreifens in die Sache zur Verfügung standen⁵⁰². Erscheinen die Kriterien für die Entscheidung der Staatsanwaltschaft mit Blick auf den Zeitpunkt der Behandlung der Sache und aus Sicht der für die Sache zuständigen Staatsanwaltschaft angemessen, so kann eine selektive Anklageerhebung demzufolge grundsätzlich angenommen werden.

Anders verhält es sich, wenn solche Beurteilungskriterien als äußerst willkürlich erachtet werden müssen; wie wenn die Entscheidung der Staatsanwaltschaft den angeklagten Betroffenen beispielsweise hinsichtlich von Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glauben, religiöser oder politischer Anschauung zu benachteiligen scheint. Das Gebot der Gleichbehandlung gilt für das gesamte Strafverfahren. Dieser Gesichtspunkt findet sich auch in Fällen der Verfassungsbeschwerde. Wenn ein Geschädigter mit der Behauptung, durch die „Einstellungsverfügung“ der Staatsanwaltschaft in seinem Grundrecht auf Gleichbehandlung verletzt zu sein, eine Verfassungsbeschwerde vor dem koreanischen Verfassungsgericht (KVerfG) erhebt, so betrachtet das KVerfG die Verfassungsbeschwerde häufig als begründet und hebt folglich die Einstellungsverfügung mit dem Argument auf, dass der Gleichheitssatz beeinträchtigt werde⁵⁰³. Dies heißt umgekehrt, dass auch eine erhebliche Verletzung des Rechts auf Gleichheit des Beschuldigten wegen der missbräuchlichen „Anklageerhebung“ durch die Kontrolle des Gerichts auszugleichen ist⁵⁰⁴. Dadurch lässt sich nämlich das Gebot der Gleichbehandlung im Bereich der Anklageerhebung auf verfassungsrechtlicher Ebene konkret verkörpern. Zudem kann man dies ebenso mit der Begründung vertreten, dass § 327 Nr. 2 kor. StPO auch den Fall der Verstöße gegen die verfassungsrechtlichen Prinzipien umfasst.

Allein der objektive Umstand bietet dennoch keine ausreichenden Gründe für die Annahme eines Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft. Dann bestünde die Gefahr, dass derjenige, gegen den – anders als gegen die anderen – eine Anklage erhoben wurde, jederzeit das Vorliegen der objektiven Voraussetzung geltend macht und damit die Verfahrenseinstellung in Anspruch nimmt. Vor diesem Hintergrund ist eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieser Fallgruppe zu verhindern und ein subjektives Element zu verlangen. Somit bedarf es für die gerichtliche Kontrolle einer Absicht oder mindestens grober Fahrlässigkeit der Staatsanwaltschaft; nämlich ob die Diskriminierung z.B. auf Grund von Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glauben, religiöser oder politischer Meinung usw. erfolgte und daher nicht gerechtfertigt werden kann.

Der Betroffene muss zunächst dem Gericht sofort nach der Anklageerhebung geltend machen, dass ein solcher Umstand besteht, es sei denn, das Gericht prüft ihn von Amts wegen. Möglicherweise kann aber ggf. nicht auf einen Blick festgestellt werden, ob eine Diskriminierung vorliegt. Denn dafür ist ein Vergleich mit den Umständen der anderen nicht angeklagten

⁵⁰² *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 151.

⁵⁰³ Etwa KVerfG 96 Heonma 247, 28.1.1999.

⁵⁰⁴ Richtigerweise *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 153.

Personen und eine Beurteilung der sowohl einschlägigen als auch sonstigen ähnlichen Sachen erforderlich. Seine Geltendmachung kann damit ggf. auch nach Beginn der Prüfung in der Hauptverhandlung erfolgen. Nicht zulässig ist indessen die Geltendmachung erst zum Zeitpunkt der Abschlussphase der gerichtlichen Untersuchung, weil sie dann lediglich eine Verfahrensverzögerung verursacht⁵⁰⁵. In diesem Fall hat das Gericht solche diskriminierenden Umstände nur im Rahmen einer Strafzumessung zu berücksichtigen, wenn eine Verurteilung zu treffen wäre.

Die zuletzt zu erläuternde Problematik betrifft die Frage, welches Urteil das Gericht erlassen muss, wenn die Staatsanwaltschaft die Anklage gegen den Betroffenen nach der Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO wegen des Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz wieder aufnehmen würde. Die Anklageabweisungsentscheidung als ein Prozessurteil löst grundsätzlich keine materielle Rechtskraft aus, so dass die Wiederaufnahme der Anklage in der Regel möglich sein mag. Hierbei sind zwei mögliche Konstellationen auseinander zu halten: Die Wiederaufnahme der Anklage gegen den Betroffenen ist zunächst zulässig, wenn die Staatsanwaltschaft (nach einer weiteren Ermittlung) eine Anklage ebenfalls gegen diejenigen, die bislang nicht angeklagt wurden, erheben würde. In diesem Fall hat das Gericht den Betroffenen mit einem Sachurteil (Verurteilung oder Freispruch) entweder schuldig oder unschuldig zu sprechen, weil bezüglich der nachfolgenden Anklageerhebung das Strafverfolgungsrecht der Staatsanwaltschaft selbst rechtmäßig ausgeübt wurde⁵⁰⁶. Dagegen darf eine solche Wiederaufnahme der Anklage gegen den Betroffenen nicht vorgenommen werden, solange keine Anklageerhebung gegen die bislang nicht angeklagten Personen erfolgen würde und die weitere Ermittlung nur gegen den Betroffenen zum Zwecke der Nachholung von Beweisen durchgeführt würde. Denn hierbei liegt keine Sachverhaltsänderung vor, da der Grund für die Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO nicht in den unzureichenden Beweisen gegen den Betroffenen, sondern in der Nichtverfolgung anderer Personen lag. Insofern ist anzunehmen, dass im Falle der diskriminierenden Anklageerhebung ein beschränkter Strafklageverbrauch eintritt. Der Strafklageverbrauch kann nämlich ausnahmsweise nur dann eintreten, wenn keine Anklageerhebung gegen die bisher nicht angeklagten Personen erfolgt. Diese Fallgruppe unterscheidet sich in diesem Punkt von den sonstigen Fallgruppen, in denen im Grunde keine materielle Rechtskraft eintritt.

6. Die erneute Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat

a) Problemaufriss

In dieser Konstellation erhebt die Staatsanwaltschaft die zweite Anklage (Nachtragsanklage) wegen einer Tat, deren Anklage bisher eingestellt worden war, nachdem sie die erste Anklage vorher nur wegen einer anderen Tat erhoben hat. Diese steht mit der Tat, die Gegenstand der Nachtragsklage ist, in Tatmehrheit und wäre eigentlich mit ihr zugleich anzuklagen gewesen. Bezüglich der ersten Anklage muss bereits ein Urteil der Tatsacheninstanz (bzw. der Beru-

⁵⁰⁵ Vgl. *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 156.

⁵⁰⁶ Zutreffend *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 157.

fungsinstanz) ergangen sein⁵⁰⁷. Dies ist deshalb erforderlich, weil eine Untersuchung des gesamten Sachverhalts bei Verbindung zusammenhängender Strafsachen nur dem erstinstanzlichen Gericht oder Berufungsgericht obliegt.

Erhebt die Staatsanwaltschaft hingegen gleichzeitig „eine“ Anklage wegen aller von ihr erkannten Straftaten, die zueinander in Tatmehrheit stehen, so kann das Gericht im Rahmen des § 38 kor. StGB⁵⁰⁸ gegen den Angeklagten eine (kollektive) Strafe wegen all dieser Taten verhängen, indem es die verbundenen Strafsachen zusammen prüft. Es kann ebenso eine Strafaussetzung zur Bewährung (§ 62 kor. StGB) erlassen. Bei der jetzt in Rede stehenden Fallgruppe kann jedoch eine gemeinsame Untersuchung der verschiedenen Straftaten wegen der gesondert vorgenommenen Anklageerhebung nicht erfolgen. Vor diesem Hintergrund hat das Gericht die Urteile wegen der ersten und zweiten Straftaten separat zu sprechen⁵⁰⁹.

Diese Erörterung entwickelte sich aus den Rechtsprechungen des KOGH in den 1990er Jahren und basierte vor allem auf der Gesetzeslage von vor 2005. Damals hieß § 39 I kor. StGB a.F. lediglich: *„Liegt eine Tat von mehreren Taten vor, die nicht gleichzeitig entschieden worden ist, so wird eine Strafe wegen dieser angeklagten Tat verhängt“*. Erhebt die Staatsanwaltschaft die Anklage wegen der mehreren in Tatmehrheit stehenden Straftaten nicht gleichzeitig, war das Gericht mithin damals bei der Entscheidung über die nachträgliche Strafsache befugt, ohne Rücksicht auf die Strafe über die vorangegangene Sache eine Strafe zu verhängen. Wäre dies zulässig, würde dem Angeklagten keine Gelegenheit gegeben, durch eine einmalig stattfindende Verhandlung bei der Strafzumessung begünstigt werden zu können. Er müsste ferner ungerechtfertigterweise an mehreren Verfahren doppelt teilnehmen⁵¹⁰. Hinzu kommt, dass wegen der mehrmals geführten Verfahren kaum seinem Interesse an der Besserstellung durch eine Strafaussetzung zur Bewährung (§ 62 kor. StGB a.F.) Raum gegeben werden könnte⁵¹¹.

Daraus ergab sich der Versuch, diese Fallgruppe als einen Fall des Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft zu subsumieren. Somit entstand die folgende Meinungsverschiedenheit.

b) Meinungsstand in der Literatur

(1) Ein Sachurteil wird zunächst favorisiert⁵¹² mit der Begründung, dass die separat vorgenommenen Anklageerhebungen nicht rechtswidrig erscheinen. Das Argument wird darauf gestützt, dass die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet sei, wegen sämtlicher betroffener Strafsachen immer zugleich Anklage zu erheben. Sie könne nach Einschätzung der gesamten Umstände des Einzelfalls darüber entscheiden, ob gleichzeitig eine Anklage oder getrennt mehrere

⁵⁰⁷ Folglich reicht es sogar aus, wenn das Verfahren vollkommen rechtskräftig abgeschlossen ist.

⁵⁰⁸ Die Vorschrift regelt die Art und Weise der Bildung der Gesamtstrafe bei Tatmehrheit und ist demnach vergleichbar mit §§ 53, 54 StGB.

⁵⁰⁹ Natürlich ist die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung gemäß § 326 Nr. 1 kor. StPO zu der nachträglichen Anklage wegen der zweiten Straftat zu treffen, wenn die beiden Straftaten als eine einheitliche Tat im prozessualen Sinne angenommen würden. Denn die materielle Rechtskraft erstreckt sich auf die zweite Strafsache.

⁵¹⁰ Lee, Strafprozessrecht, S. 373; Son/Shin, Strafprozessrecht, S. 353.

⁵¹¹ Zur damaligen Situation eingehend Shin, Strafprozessrecht, S. 572; Cho, Prozessvoraussetzungen, S. 237.

⁵¹² Lee/Cho, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 26.

Anklagen zu erheben sind.

(2) Die Vertreter der Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO⁵¹³ sind der Meinung, dass die nachträgliche Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft missbräuchlich sei, solange sie zuerst willkürlich nur die erste Anklage wegen einer Tat erhoben habe und anschließend zum Nachteil des Beschuldigten die zweite Anklage wegen einer anderen Tat erhebe. Dies sei namentlich der Fall, wenn die gesonderten Strafverfolgungen durch die Staatsanwaltschaft nicht gerechtfertigt sind. Ein typisches Beispiel dafür ist, dass der Beschuldigte von vornherein Geständnisse über die gesamten Taten abgelegt habe, so dass die Staatsanwaltschaft in der Regel die Anklage wegen aller Straftaten hätte erheben müssen.

c) Rechtsprechung

Zum ersten Mal im Jahre 1994 wurde die Fallgruppe der erneuten Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat vor Gericht zum Diskussionsgegenstand. Der Angeklagte gestand damals beim Ermittlungsverfahren alle in Tatmehrheit stehenden Straftaten (Urkundenfälschung sowie Betrug). Trotzdem erhob die Staatsanwaltschaft zunächst lediglich die Anklage wegen Betrug und nach dem Urteil der Tatsacheninstanz die nachträgliche Anklage wegen Urkundenfälschung.

Nach der unterinstanzlichen Rechtsprechung des koreanischen Obergerichts (KOG) Pusan sei in diesem Fall die Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO zu erlassen⁵¹⁴. Der Grund dafür ist, dass das Anklageerhebungsrecht der Staatsanwaltschaft nur insoweit ausgeübt werden dürfe, als es den Grundgedanken der Verfassung und des Strafverfahrens nicht untergrabe. Wenn die Ausübung ihres Anklageerhebungsrechts zwar formell rechtmäßig, aber tatsächlich rechtswidrig erscheine, so sei eine solche Ausübung des Anklageerhebungsrechts hinsichtlich des Rechtsmissbrauchs zu kontrollieren und der Beschuldigte frühzeitig vom Strafverfahren zu befreien. Im konkreten Fall sei das Interesse des Angeklagten an der Besserstellung durch die Strafaussetzung zur Bewährung (§ 62 kor. StGB a.F.) wegen der doppelt durchgeführten Verfahren verletzt worden, und zwar ohne sein Verschulden. Dies stelle im Ergebnis einen Missbrauch des Anklageerhebungsrechts dar.

Der Ansicht schloss sich die darauffolgende Rechtsprechung des KOGH nicht an⁵¹⁵. Er nahm grundsätzlich bei dieser Fallgruppe die „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ an, erhob jedoch strenge Anforderungen daran. Im Grunde erscheine es angebracht, dass die Staatsanwaltschaft die zweite Straftat zusammen mit der verbundenen ersten Straftat strafrechtlich zu verfolgen habe, wenn sie bereits in der Ermittlungsphase beide erfasst habe. Selbst wenn dies der Fall wäre, sei ein Missbrauch des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft freilich nur anzunehmen, wenn (i) sie ihre Verfolgungsermessensbefugnis erheb-

⁵¹³ *Bae/Yi/Jung/Rhee*, Strafprozessrecht, § 22, Rn. 27; *Kim*, Strafprozessrecht, S. 228; *Lee*, Strafprozessrecht, S. 374; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 572 f.; *Son/Shin*, Strafprozessrecht, S. 354; ähnlich *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, S. 220, wonach es ausreichend sei, wenn die Staatsanwaltschaft grob fahrlässig handelt.

⁵¹⁴ KOG Pusan 93 No 1497, 7.9.1994.

⁵¹⁵ KOGH 94 Do 2658, 13.2.1996; ebenfalls dem nachkommend KOGH 2004 Do 2189, 8.7.2004; 98 Do 1273, 10.7.1998.

lich missbrauchen würde, indem sie „willkürlich“ von ihrem Strafverfolgungsrecht Gebrauch mache; (ii) wenn die doppelt vorgenommenen Anklageerhebungen auf einer Vernachlässigung oder fehlerhafter Unterlassung der Staatsanwaltschaft beruhen würde; und (iii) wenn für die doppelt stattfindenden Verhandlungen kein Verschulden des Angeklagten vorliegen würde. Der KOGH verneinte bei der konkreten Beurteilung des Sachverhalts (i) den erheblichen Missbrauch der Verfolgungsermessensbefugnis der Staatsanwaltschaft und (ii) ihre Vernachlässigung oder fehlerhafte Unterlassung in Bezug auf ihr Übersehen der zweiten Straftat zum Zeitpunkt der ersten Anklageerhebung. Er bejahte allerdings (iii) das Verschulden des Angeklagten mit der Begründung, dass der Angeklagte einen Antrag auf Verbindung der zusammenhängenden Strafsachen hätte stellen können, dies aber unterlassen hat und wegen der ersten Straftat rechtskräftig verurteilt wurde.

Darüber hinaus verlangte der KOGH bei dieser Fallgruppe ebenfalls ein subjektives Element der Staatsanwaltschaft in derselben Weise wie bei der oben erwähnten diskriminierenden Anklageerhebung. Zur Annahme der Ausübung des willkürlichen Strafverfolgungsrechts sei nämlich nicht ausreichend, dass die Staatsanwaltschaft mit dienstlicher Fahrlässigkeit gehandelt hat; mindestens sei dafür eine „gewisse Absicht“ der Staatsanwaltschaft erforderlich⁵¹⁶.

Es gab bislang noch keine Fälle, in denen der KOGH ausdrücklich den Missbrauch des Anklageerhebungsrechts aufgrund der willkürlichen Ausübung des Strafverfolgungsrechts der Staatsanwaltschaft annahm. Das Revisionsgericht hob jedoch einmal in seiner Rechtsprechung im Jahre 2001 das angefochtene Urteil auf und verwies die Sache an das Gericht niedriger Ordnung mit dem Argument zurück, dass ein Zweifel hinsichtlich des möglicherweise willkürlich ausgeübten Anklageerhebungsrechts bestehe⁵¹⁷. Das erkennende Gericht lehnte aber nach der weiteren Prüfung der Tatsache solchen Missbrauch des Anklageerhebungsrechts ab. Da der Angeklagte gegen das Urteil keine Revision eingelegt hat, wurde das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen⁵¹⁸.

d) Bewertung

Diese Fallgruppe genießt derzeit in Literatur und Praxis weniger Aufmerksamkeit. Denn seit der Gesetzesänderung des § 39 I kor. StGB im Jahre 2005 ist das Gericht bei der Entscheidung über die später verfolgte Tat dazu verpflichtet, die vorher verhängte Strafe zu berücksichtigen. § 39 I kor. StGB lautet: *„Liegt eine Tat von mehreren Taten vor, die nicht gleichzeitig entschieden worden sind, so wird eine Strafe wegen der Tat verhängt, die unter Berücksichtigung eines fiktiven Verfahrens, in welchem wegen der fraglichen Tat zusammen mit den weiteren Taten eine Anklage erhoben worden wäre, gerecht zu sein scheint. In diesem Fall kann das Gericht die Strafe mildern oder von ihr absehen“*. Dies wirkt für den Angeklagten

⁵¹⁶ KOGH 2001 Do 3026, 7.9.2001; 99 Do 577, 10.12.1999. Auch bei sonstigen Konstellationen, die diese Fallgruppe nicht betreffen, entscheidet sich der KOGH regelmäßig auf der Grundlage dieser Anforderung darüber, ob die Staatsanwaltschaft ihr Strafverfolgungsrecht missbraucht hatte, solange der Angeklagte dies später geltend gemacht hatte; etwa KOGH 2018 Do 10447, 28.9.2018; 2014 Do 3923, 12.7.2018; 2017 Do 16223, 13.12.2017 usw.

⁵¹⁷ KOGH 2001 Do 3026, 7.9.2001.

⁵¹⁸ KOG Seoul 2001 No 8398, 5.11.2002.

im Rahmen der Strafzumessung vorteilhaft. Der Gesetzgeber lockerte zugleich zugunsten des Angeklagten die Voraussetzungen für die Strafaussetzung zur Bewährung und begrenzte die Gründe für deren Widerruf (§§ 62, 64 kor. StGB). Daraus folgt, dass die Gefahr des Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts gewissermaßen geringer wurde⁵¹⁹.

Daraus folgt allerdings keineswegs, dass diese Fallgruppe gar keine diskussionswürdigen Probleme böte. Die vom KOGH aufgestellten Maßstäbe für die Beurteilung des „Ob“ des Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts können nämlich weiterhin als Kriterien für die gerichtliche Kontrolle eine sinnvolle Rolle spielen. Ferner lässt sich auch nach § 39 I kor. StGB die Strafmilderung oder das Absehen von der Strafe zugunsten des Angeschuldigten lediglich im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigen, nicht jedoch im Rahmen der Prozessvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernissen, welche eine frühzeitige Verfahrenseinstellung ermöglichen⁵²⁰. Nicht gehemmt wird somit die als rechtswidrig angesehene, zweite Anklageerhebung selbst.

Diese Schwierigkeit lässt sich namentlich verdeutlichen, wenn die Staatsanwaltschaft „mit Absicht der Rache“ die zweite Anklage erhebt. Beispielsweise zu nennen sind die Konstellationen, in denen die Staatsanwaltschaft ihre vorherige Entscheidung über die Verfahrenseinstellung hinsichtlich der zweiten Tat zurücknimmt und die Anklage deshalb doch noch erhebt, weil der Angeklagte gegen sie Strafanzeige erstattet hat. Diese Umstände werden teilweise im Schrifttum als kontrollwürdig erachtet, weil eine derartige Strafverfolgung selbst inakzeptabel erscheine und die rechtmäßig auszuübenden Rechte des Angeklagten daran zunichte werden können⁵²¹. Auch in US-amerikanischen Rechtsprechungen wird die Anklageerhebung mit Absicht der Rache (*vindictive indictment*) ggf. für unwirksam gehalten, selbst wenn der einschlägige Fall mit der koreanischen Fallgruppe nicht ganz übereinstimmt. Dabei stellte der wegen Vergehen (*misdemeanor*) verurteilte Angeklagte einen Antrag auf *trial de novo*. Die Staatsanwaltschaft erhob danach eine Anklage wegen Verbrechen (*felony*) hinsichtlich der „gleichen Sache“⁵²², weshalb ein *trial de novo* scheiterte. Der *Supreme Court of the United States* erklärte diesbezüglich zum ersten Mal, dass es unter Zugrundelegung des due-process-Prinzips (*Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*) verfassungsrechtlich nicht erlaubt sei, dass die Staatsanwaltschaft durch ihre nachfolgende Anklageerhebung zum Zwecke der Erhöhung der Strafe auf das Recht des Angeklagten auf *trial de novo* nachteilig wirke⁵²³. Das Gericht muss mindestens in rechtswidrige Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft mit Absicht der Rache eingreifen können. Solche Fälle sollten somit zum Schutz der Rechte des Angeklagten nicht dem freien Willen der Staatsanwaltschaft überlassen werden.

Da auch hier das subjektive Element der Staatsanwaltschaft in Betracht kommt, muss wie-

⁵¹⁹ Dazu *Kim*, Strafprozessrecht, S. 228; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 574.

⁵²⁰ Näher *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 204.

⁵²¹ *Kim*, Strafprozessrecht, S. 229; *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 26.

⁵²² Der Punkt unterscheidet sich von dieser Fallgruppe, in der es um mehrere in Tatmehrheit stehende Straftaten geht.

⁵²³ *Blackledge v. Perry*, 417 U.S. 21 (1974); *Thigpen v. Roberts*, 468 U.S. 27 (1984); zum vorangegangenen vorbildlichen Fall *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969), wobei es sich um ein „gerichtliches Urteil“ mit Absicht der Rache handelt.

derum die Frage nach der Beweislast gestellt werden. Wie oben ausgeführt, ist die Staatsanwaltschaft für den Nachweis verantwortlich: Wenn der Staatsanwaltschaft der Nachweis gelingt, dass ein Umstand bzw. guter Grund vorlag, dass sie damals wegen der zweiten Straftat keine Anklage erheben konnte, ist die Vermutung widerlegt, dass die Staatsanwaltschaft mit Absicht der Rache gehandelt hat⁵²⁴. Die rechtswidrige Anklageerhebung sollte sonst der Kontrolle des Gerichts unterliegen.

II. Zwischenergebnis

Während in Korea das Gericht mittels des Klageerzwingungsverfahrens gemäß §§ 260 ff. kor. StPO eine rechtswidrige „Verfahrenseinstellung“ der Staatsanwaltschaft überprüfen und damit korrigieren kann, lässt sich die gerichtliche Kontrolle über eine rechtswidrige „Anklageerhebung“ nur durch die Anwendung der Vorschriften von Prozessurteilen verwirklichen. Selbst wenn die Überprüfung durch das Gericht erst nach Eröffnung der Hauptverhandlung erfolgt, könnte dadurch ein rechtswidrig begonnenes Hauptverfahren zugunsten des Beschuldigten frühzeitig beendet werden. Der Hauptzweck der Kontrolle ist nämlich die „vorzeitige Entlassung des Beschuldigten aus dem Verfahren“.

In der koreanischen StPO sind zwar die einzelnen Gründe für Prozessurteile abschließend geregelt. Trotzdem erscheint die Kontrolle über die oben dargestellten, in der Regelung nicht aufgezählten Gründe nötig. Diesem Gedanken wird in der koreanischen Rechtsordnung dadurch Rechnung getragen, dass man § 327 Nr. 2 kor. StPO als eine „Generalklausel“ auslegt. Selbst wenn ein Bedürfnis der restriktiven Auslegung des § 327 Nr. 2 kor. StPO anzuerkennen wäre, würde der Vorschrift weiterhin große Bedeutung zukommen. Denn die zwar offen gelassene, aber ausdrücklich geregelte Norm eröffnet die Möglichkeit, dem erheblichen Verstoß gegen verfassungsrechtliche Prinzipien aktiv entgegenzutreten. Einen solchen Gedanken präsentiert die „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“. Ihr folgt auch der KOGH, welcher bei der Auslegung des § 327 Nr. 2 kor. StPO einen großen Wert auf das Rechtsstaatsprinzip, den fair-trial-Grundsatz, das due-process-Prinzip, den Gleichheitsgrundsatz usw. legt.

Ausgehend von der Ansicht, die die jeweiligen Gründe gemäß §§ 319, 326, 327, 328 kor. StPO mit Prozessvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernissen verbunden sieht, lässt sich diese Lehre zudem mit Recht befürworten, indem man das Wesen von Prozessvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernissen ins Auge fasst. In der Literatur wird nämlich vertreten, dass die Grenzziehung des Begriffs des Verfahrenshindernisses nicht mit aller Schärfe vorgenommen werden könne. Aus diesem Grund umfassen Verfahrenshindernisse ebenso das verfassungsrechtliche Konzept sowie die gemeinschaftliche Rechtsidee, so dass diese mittels des vagen, doch erweiterbaren Begriffs der Verfahrenshindernisse unmittelbar auf das Verfahrensrecht übertragen werden können. § 327 Nr. 2 kor. StPO habe folglich eine „Vermittlungsfunktion“. Dadurch könnten die verfassungsrechtlichen Prinzipien auf das Strafverfahrensrecht Einfluss ausüben⁵²⁵.

⁵²⁴ Ebenfalls *Blackledge v. Perry*, 417 U.S. 21 (1974).

⁵²⁵ Eingehend *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 169 ff.

Natürlich heißt dies keinesfalls, dass jede Beeinträchtigung der verfassungsrechtlichen Prinzipien automatisch unter Anwendung des § 327 Nr. 2 kor. StPO zu einer Verfahrensbeendigung führt. Eine solche Verfahrensweise hätte Abgrenzungsschwierigkeiten zur Folge, wann ein Prozessurteil oder Sachurteil auszusprechen ist. Aus dem Vorhergehenden kann man aber schließen, dass die „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ nur für die Fälle gelten soll, in denen die staatsanwaltschaftliche Anklageerhebung offensichtlich entgegen ihrem eigentlichen Zweck erfolgt, nämlich einen unter Verdacht stehenden strafwürdigen Täter in einem rechtmäßigen Verfahren zu verfolgen. Aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich der Lehre auf den schwerwiegenden Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Prinzipien bzw. das Opportunitätsprinzip und den Fall zu beschränken, in dem kein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Die Staatsanwaltschaft sollte ferner bei der Anklageerhebung ein subjektives Element besitzen, d.h. absichtlich, vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig die missbräuchliche Anklage erheben. Obgleich der KOGH das subjektive Element nur im Rahmen der 4. sowie 5. Fallgruppe erwähnt, kann dies auch für die übrigen Fallgruppen gelten. Wäre dessen Vorliegen problematisch, muss die Staatsanwaltschaft den ihre Anklageerhebung begründenden Umstand vortragen und beweisen, um der Vermutung des Vorliegens jenes subjektiven Elementes zu entgehen. Durch diese strengen Anforderungen lässt sich eine uferlose Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Lehre vermeiden.

Der gerichtlichen Kontrolle sollte also die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft unterliegen, wenn die Anklageerhebung (1) trotz mangelnden Tatverdachts, (2) durch Missbrauch des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft, (3) auf Basis einer rechtswidrigen Ermittlung, (4) diskriminierend lediglich gegen den Beschuldigten, oder (5) nachträglich wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat nach dem Urteil der Tatsacheninstanz über eine andere Straftat, welche mit der Vorgenannten in Tatmehrheit steht, erfolgt und die Staatsanwaltschaft dabei mit missbräuchlicher Absicht oder mindestens grober Fahrlässigkeit handelt. Dies bedeutet zugleich, dass sich der Anwendungsbereich des § 327 Nr. 2 kor. StPO auf solche fünf Fallgruppen erstreckt, und zwar über die Konstellationen hinaus, in denen die Verfahren für die Anklageerhebung selbst nicht prozessordnungsgemäß durchgeführt werden.

E. Ergebnis des 2. Teils

Der koreanischen Staatsanwaltschaft stehen verschiedene Möglichkeiten der Abschlussverfügung zur Verfügung, die gesetzlich nicht auf der koreanischen StPO, sondern auf der Verordnung (StA-VO) beruhen. Die einzelnen Gründe werden grob in drei Fallgruppen unterteilt: Anklageerhebung, Verfahrenseinstellung und Abgabe der Sache an eine andere Staatsanwaltschaft bzw. das zuständige Gericht. Für die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft gelten das Offizialprinzip und das Anklagemonopol (§ 246 kor. StPO). Dies entspricht dem Gedanken des deutschen Strafverfahrens. Eine Auflistung der Gründe für die Verfahrenseinstellung der Staatsanwaltschaft erfolgt in kor. StA-VO, wobei die häufigsten Fallgruppen der Einstellung in § 69 III kor. StA-VO normiert sind. § 69 III Nr. 2 bis Nr. 5 kor. StA-VO nennt zunächst verschiedene Fallkonstellationen für die Verfahrenseinstellung aus materiell- bzw. verfahrensrechtlichen oder tatsächlichen Gründen. § 69 III Nr. 1 kor. StA-VO, der die Vorschrift des § 247 kor. StPO konkretisiert, regelt ferner eine Einstellungsmöglichkeit aus Opportuni-

tätsgründen. Mittels der letztgenannten Einstellungsmöglichkeit kann die Staatsanwaltschaft trotz des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts und der Prozessvoraussetzungen unter Berücksichtigung des § 51 kor. StGB das Verfahren erledigen. Im Unterschied zu §§ 153 ff. StPO verweisen aber § 247 kor. StPO sowie § 69 III Nr. 1 kor. StA-VO lediglich als Einstellungskriterien auf die Umstände des § 51 kor. StGB und kennen keine einzelnen Konstellationen. In Korea wird übrigens das durch § 247 kor. StPO ausgeprägte Opportunitätsprinzip als Regelfall angenommen, anders als bei der deutschen StPO, wo §§ 152 II, 170 I StPO grundsätzlich die Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft fordern.

Zur Vorbeugung von Situationen, in denen die Staatsanwaltschaft durch Missbrauch ihres Ermessens eine fehlerhafte Anklage erhebt, bietet die koreanische StPO bereits ein gewisses Kontrollmittel durch das Gericht. Obwohl das koreanische Recht das „Zwischenverfahren“ der deutschen StPO nicht kennt, beschließt das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht an dessen Stelle nach der Anklageerhebung alles, was in Deutschland gesondert im Zwischen- und Hauptverfahren abgehandelt wird. Das Gericht erlässt nämlich ein Prozessurteil, wenn einer der ausdrücklich gesetzlich geregelten Gründe greift. Als Beispiele dafür schreibt die koreanische StPO vier Arten von Prozessurteilen vor, d.h. „Entscheidung über die Unzuständigkeit“ (§ 319 kor. StPO), „Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung“ (§ 326 kor. StPO), „Anklageabweisungsentscheidung“ (§ 327 kor. StPO) und „Anklageabweisungsbeschluss“ (§ 328 kor. StPO), worin jeweils verschiedene Gründe zur Beendigung eines Verfahrens enthalten sind. Die einzelnen Gründe lassen sich den Prozessvoraussetzungen (oder Verfahrenshindernissen) zuordnen, welche die Eröffnung der Hauptverhandlung begründen. Diese Prozessurteile dienen der „frühzeitigen Beendigung des rechtswidrigen Verfahrens für den Beschuldigten (Angeklagten)“. Im Gegensatz zu den sonstigen Prozessurteilen löst § 326 kor. StPO materielle Rechtskraft aus.

Einen besonderen Charakter hat u.a. § 327 Nr. 2 kor. StPO, wonach das Gericht die Anklageabweisungsentscheidung dann zu treffen hat, *„wenn das Verfahren zur Anklageerhebung aufgrund des Verstoßes gegen die gesetzliche Regelung rechtswidrig durchgeführt worden ist“*. Da § 327 Nr. 2 kor. StPO im Gegensatz zu anderen Gründen nicht spezifiziert oder bestimmt formuliert ist, verstehen die h.M. sowie der KOGH die Vorschrift als eine „General Klausel“. Danach liefert § 327 Nr. 2 kor. StPO eine rechtliche Grundlage für die Zuordnung diverser prozessrechtlicher Belange zu Prozessvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernissen, so dass die Vorschrift auch bei einem über den bloßen Verstoß gegen einfachgesetzliche Regelungen hinausgehenden Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze gilt. Daraus ergibt sich, dass zum Anwendungsbereich des § 327 Nr. 2 kor. StPO auch die Konstellationen gehören, in denen die Staatsanwaltschaft die Anklage aufgrund einer erheblich rechtswidrigen Ermittlung erhebt oder sie ihre Befugnis zur Strafverfolgung missbraucht. Ausgehend von dieser Auslegung entwickelte sich in Korea die „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“, welche als ein theoretisches gerichtliches Kontrollmittel erachtet wird.

Die Kernaussage dieser Lehre liegt darin, dass das Strafverfahren nicht durch Verurteilung oder Freispruch, sondern durch Prozessurteil zu beenden ist, wenn die Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung ihre Befugnis missbraucht hat. Der Hintergrund besteht darin, dass es

nicht selten zu Fällen kommt, in denen die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft zwar als missbräuchlich anzusehen ist, die aber nicht den in der koreanischen StPO aufgezählten Gründen unterfallen. Aus diesem Grund erscheint es notwendig, über das geltende Recht hinausgehend solche Konstellationen in Form eines Prozessurteils vornehmlich mittels der Generalklausel § 327 Nr. 2 kor. StPO zu kontrollieren. Ein solcher „Missbrauch“ geht von einem erheblichen Verstoß etwa gegen Prozessmaximen bzw. Grundrechte und einer damit einhergehenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung der Interessen des Beschuldigten aus. Parallel zum Grundgedanken der Prozessurteile ist der Hauptzweck dieser Lehre daher die „vorzeitige Entlassung des Beschuldigten aus dem rechtswidrigen Verfahren“. Als Beispiele hierfür werden in der Regel fünf Fallgruppen genannt: (1) Die Anklageerhebung trotz mangelnden Tatverdachts, (2) die Anklageerhebung durch Missbrauch des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft, und zwar namentlich bei geringer Schuld des Beschuldigten, (3) die auf einer erheblich rechtswidrigen Ermittlung basierende Anklageerhebung, (4) die diskriminierende Anklageerhebung dergestalt, dass die Staatsanwaltschaft bloß gegen einige unter mehreren Beschuldigten Anklage erhebt, die dieselbe Straftat begangen haben, und zugleich das Verfahren gegen die anderen Beschuldigten einstellt, und (5) die erneute Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat nach dem Urteil der Tatsacheninstanz über eine andere Straftat, welche mit der Vorgenannten in Tatmehrheit steht. Zur Vermeidung einer uferlosen Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieser Lehre ist ihre Reichweite grundsätzlich etwa auf den schwerwiegenden Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Prinzipien zu beschränken. Zum gleichen Zwecke ist eine weitere Anforderung an das subjektive Element der Staatsanwaltschaft zu stellen, so dass die Lehre nur für eine absichtliche oder grob fahrlässige Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft gelten sollte. Daher wird die Staatsanwaltschaft grundsätzlich so angesehen, als ob sie bei der Anklageerhebung ein subjektives Element besessen hätte. Nur wenn die Staatsanwaltschaft nachweist, dass ein begründeter Umstand für ihre Anklageerhebung vorlag, so wird die Vermutung widerlegt, dass die Staatsanwaltschaft mit einem derartigen subjektiven Element gehandelt hat.

Im Folgenden wird nunmehr untersucht, ob und inwiefern die Diskussion über die gerichtliche Kontrollmöglichkeit in Korea auf das deutsche Rechtssystem übertragbar ist.

3. Teil: Übertragbarkeit der Diskussion in Korea auf das deutsche Recht

A. Vergleich zwischen deutschem und koreanischem Recht

Um die Überlegung zum koreanischen Strafverfahrensrecht auf das deutsche Strafverfahren zu übertragen, ist zunächst ein Vergleich der Regelungsformen in beiden Ländern anzustellen. In dieser Arbeit kommt es vor allem auf die gerichtliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung an, welche zu einer sofortigen Verfahrensbeendigung führen. Die gerichtliche Einstellung hängt aber mit der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft in dem Punkt zusammen, dass beide regelmäßig aufgrund gleicher bzw. ähnlicher Gründe erfolgen. Vor diesem Hintergrund ist es im Sinne eines besseren Rechtsvergleichs empfehlenswert, alle gesetzlichen Normen der – von der Staatsanwaltschaft sowie vom Gericht vorgenommenen – Verfahrenseinstellungen in beiden Ländern insgesamt heranzuziehen und miteinander zu vergleichen.

I. Unterschiede in der Regelungsform

1. Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft

a) Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip

Im deutschen Strafverfahren erfolgen die staatsanwaltschaftlichen Verfahrenseinstellungen nach dem Gedanken des Opportunitätsprinzips unter Anwendung der §§ 153 ff. StPO, welche verschiedene Umstände umfassen, welche die Strafverfolgungsinteressen als relativ niedrig darstellen. Dieselbe Funktion haben ebenso § 247 kor. StPO und § 69 III Nr. 1 kor. StA-VO, wonach die Staatsanwaltschaft jederzeit nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen unter Berücksichtigung des § 51 kor. StGB auf eine Strafverfolgung verzichten kann, auch wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt und alle für die Verfolgung erforderlichen Prozessvoraussetzungen bestehen. Die Einstellung gemäß § 69 III Nr. 5 (f)⁵²⁶ kor. StA-VO ist insbesondere mit der gemäß § 153 I StPO vergleichbar. Zudem ist die Bedeutung der Einstellung gemäß § 69 III Nr. 4 (g)⁵²⁷ kor. StA-VO nichts anderes als die Einstellung gemäß § 153b I StPO.

Daraus gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass § 247 kor. StPO und die genannten Umstände der kor. StA-VO mit §§ 153 ff. StPO vergleichbar sind⁵²⁸. Der Umstand, dass das koreanische Recht – im Vergleich zum deutschen Recht – weder die Unterscheidung zwischen Vergehen und Verbrechen noch die Mitwirkung (Zustimmung) des für die Eröffnung des

⁵²⁶ Bei dem Fall, in dem „*angesichts aller Umstände des Einzelfalls die Schuld des Täters gering ist und kein oder äußerst geringes öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht, so dass die Ermittlung als entbehrlich anzusehen ist*“.

⁵²⁷ Bei dem Fall, in dem „*von der Strafe auf Grund der gesetzlichen Regelung abgesehen worden ist*“.

⁵²⁸ Zustimmend *Shin*, Anklagepflicht, S. 207 f.

Hauptverfahrens zuständigen Gerichts (und ggf. zusätzlich des Beschuldigten) bei der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft kennt⁵²⁹, ändert nichts an dieser Schlussfolgerung.

b) Sonstige Einstellungen

Der deutschen Staatsanwaltschaft steht die Einstellungsbefugnis gemäß § 170 II StPO zu, wenn nach ihrer Beurteilung ein hinreichender Tatverdacht nicht vorliegt oder ein Verfahrenshindernis besteht. Dies entspricht § 69 III Nr. 2 bis 5 kor. StA-VO.

Die Einstellung gemäß § 69 III Nr. 2⁵³⁰ bzw. Nr. 3⁵³¹ kor. StA-VO stellt zunächst die Verfahrensbeendigung aus materiell-rechtlichen sowie tatsächlichen Gründen dar, die auch in der deutschen Rechtspraxis zur Einstellung gemäß § 170 II StPO führt. Ferner geht es bei der Einstellung gemäß § 69 III Nr. 5 (a)⁵³², (c)⁵³³, (e)⁵³⁴ und (g)⁵³⁵ kor. StA-VO um Konstellationen, in denen ein gewisser Tatverdacht vorliegen kann, aber ein „hinreichender“ Tatverdacht, der die Strafverfolgung ermöglicht, im konkreten Fall nicht gegeben ist⁵³⁶. Somit sind diese vier Umstände als Ausprägung der Verfahrenseinstellung aus tatsächlichen Gründen zu sehen. Die bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen erfolgende Einstellung ist zudem mit dem Mangel von Verfahrenshindernissen (oder dem Vorliegen von Prozessvoraussetzungen) eng verbunden. Ausgehend hiervon lässt sich sagen, dass sich die einzelnen Gründe zur Einstellung gemäß § 69 III Nr. 4⁵³⁷ kor. StA-VO sowie zur Einstellung gemäß § 69 III Nr. 5 (b)⁵³⁸ und (d)⁵³⁹ kor. StA-VO auf Verfahrenshindernisse oder Prozessvoraussetzungen beziehen, so dass die Thematik auch in Deutschland entsprechend erörtert werden kann.

Die Einstellung der Staatsanwaltschaft gemäß § 170 II StPO findet ebenfalls ihr Pendant in der koreanischen Gesetzeslage, nämlich in den vorgenannten Vorschriften der StA-VO. Der einzige Unterschied ist, dass das koreanische Recht die einzelnen Gründe in Form der Verord-

⁵²⁹ Zu den Unterschieden *Shin*, Anklagepflicht, S. 156 f.

⁵³⁰ Bei dem Fall, in dem „*der Sachverhalt keinen Straftatbestand erfüllt oder keine ausreichenden Beweise zur Bestrafung vorliegen*“.

⁵³¹ Bei dem Fall, in dem „*der Sachverhalt zwar einen Straftatbestand erfüllt, ein Rechtfertigungs- oder Schuld-ausschlussgrund jedoch vorliegt*“.

⁵³² Bei dem Fall, in dem „*es beim Erstellen eines Strafantrags oder der Erstattung einer Strafanzeige anhand der Erklärung des Antragstellers oder Anzeigenerstatters bzw. anhand der Akte offensichtlich erscheint, dass § 69 III Nr. 2 bis Nr. 4 kor. StA-VO eingreifen*“.

⁵³³ Bei dem Fall, in dem „*bereits eine Verfahrenseinstellung für denselben Fall vorgenommen worden war (Dies gilt nicht, wenn der Strafantragsteller oder Strafanzeigenerstatter glaubhaft gemacht hat, dass neue bedeutende Beweismittel erlangt worden sind)*“.

⁵³⁴ Bei dem Fall, in dem „*eine Erklärung des Strafantragstellers oder Strafanzeigenerstatters deshalb unbeachtlich ist, weil er nach Einreichung der Strafantrags- oder Strafanzeigenakte ausgeblieben ist*“.

⁵³⁵ Bei dem Fall, in dem „*konkrete Gründe oder Umstände des Falls, die für die Einleitung einer Ermittlung erforderlich sind, deshalb nicht vorliegen, weil die Strafanzeige aufgrund von unseriösen Pressemeldungen bzw. Einträgen in soziale Netzwerke oder bloßer Mutmaßung des Anzeigenerstatters erstattet wurde*“.

⁵³⁶ Das Verfolgungsinteresse ist auf dieser Linie umso schwächer, je geringer der Tatverdacht ist. Als Beispiel zu nennen ist der Fall, in dem sich die Verdachtsmomente auf anonyme Anzeigen, missbräuchliche Strafanzeigen oder eine unsichere Tatsachenbasis stützen, dazu *Hellmann*, Kühne-FS, S. 248; *KMR-StPO/Kulhanek*, § 152, Rn. 3a.

⁵³⁷ Der Grund (g) wird hier ausgeschlossen.

⁵³⁸ Bei dem Fall, in dem „*ein Strafantrag oder eine Strafanzeige entgegen §§ 224, 232 II, 235 kor. StPO gestellt oder erstattet worden ist*“.

⁵³⁹ Bei dem Fall, in dem „*ein Strafantrag nicht durch den Berechtigten gemäß §§ 223, 225 bis 228 kor. StPO gestellt worden ist*“.

nung genauer normiert.

c) Die unterschiedliche Handhabung des „Regel-Ausnahme-Verhältnisses“

Bezüglich der Einstellung nach dem Opportunitätsprinzip findet man einen nicht unerheblichen Unterschied in beiden Ländern. Nach dem deutschen Recht übernimmt die Staatsanwaltschaft die Pflicht zur Anklageerhebung, welche zur Folge hat, dass das Legalitätsprinzip den Regelfall darstellt (§§ 152 II, 170 I StPO), während das koreanische Recht das Opportunitätsprinzip als Regelfall vorsieht (§ 247 kor. StPO)⁵⁴⁰. Daher stellt sich die Frage, ob bereits hieran der Vergleich der Einstellungsmodelle nach dem Opportunitätsprinzip in beiden Ländern scheitert.

Die unterschiedlichen Sichtweisen, d.h. ob man das Opportunitätsprinzip oder das Legalitätsprinzip als Regelfall sieht, dürften jedoch irrelevant sein. Die Stärke des Legalitätsprinzips ist nämlich mit den Schwächen des Opportunitätsprinzips eng verbunden. Im Umkehrschluss bedeutet dies wiederum, dass die Stärke des Opportunitätsprinzips die Schwächen des Legalitätsprinzips darstellt. Vor diesem Hintergrund ist eine Betrachtungsweise, nach der das eine Prinzip Vorrang vor dem anderen besitzt, nicht sachgerecht und somit abzulehnen. Die „richtige“ Einstellung bzw. Vorgehensweise wäre wohl – selbst wenn je nach Umständen einzelner Länder⁵⁴¹ eines der Prinzipien als Regelfall anerkannt ist – zu versuchen, die Schwächen oder die aus der Priorität des einen Prinzips folgenden Risiken durch Einbeziehung und Anerkennung der Vorzüge des anderen Prinzips zu verbessern bzw. zu beseitigen⁵⁴².

Zudem weicht die grundlegende Situation in beiden Ländern, nämlich das Opportunitätsprinzip einschränken zu wollen, voneinander nicht ab. Mit zunehmender Legalisierung durch den Gesetzgeber erweitern sich die Einstellungsmöglichkeiten nach dem Opportunitätsprinzip auch in der deutschen Rechtspraxis stark⁵⁴³, obgleich das Legalitätsprinzip nach der h.M in Deutschland noch als Regelfall angesehen wird. Dieser Zustand führt zwingend dazu, dass die entsprechende Einstellungsbefugnis der Staatsanwaltschaft jedenfalls zu beschränken ist, weil die Ausnahmefälle nicht die Grundmaxime verdrängen sollten und eine derartige Rechtspraxis gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze verstoßen kann. Auch in Korea, wo eigentlich das Opportunitätsprinzip als Regelfall favorisiert wird, besteht allgemein Einigkeit darüber, dass die freie Entscheidung der Staatsanwaltschaft möglichst umfangreich einer instanzinternen oder -externen Kontrolle unterliegen sollte. Es bestehen also dahingehend keine Unterschiede zwischen beiden Ländern, dass die Staatsanwaltschaft ihre Kompetenz zur Strafverfolgung oder Verfahrenseinstellung ermessensfehlerfrei, d.h. so angemessen wie möglich, auszuüben hat⁵⁴⁴. In diesem Sinne nimmt auch *Kausch* die Vergleichbarkeit an, indem er die

⁵⁴⁰ Siehe oben 2. Teil, A. III. 2.

⁵⁴¹ Neben Korea nehmen beispielsweise etwa Japan, die Vereinigten Staaten von Amerika, England, Frankreich, die Niederlande, Belgien, Dänemark und Norwegen die Opportunität als Grundmaxime an. Zu den jeweiligen Rechtslagen näher *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 285 ff.; ebenso *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 604; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 1441 ff.

⁵⁴² Zutreffend *Lee/Cho*, Strafprozessrecht, § 25, Rn. 15.

⁵⁴³ Zur Darstellung unter Heranziehung der zahlenmäßigen Erhebung *Fünfsinn*, Schlothauer-FS, S. 100 ff.; *Heinz*, Kühne-FS, S. 215 ff.

⁵⁴⁴ Ebenfalls *SK-StPO/Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 10.

Möglichkeit der Ausdehnung des Opportunitätsgedankens kritisch analysiert⁵⁴⁵. Die Einstellung der Staatsanwaltschaft nach der § 248 japanischen StPO⁵⁴⁶, die mit der § 247 kor. StPO übereinstimmt und auf dem Opportunitätsprinzip basiert, stimme auch mit §§ 153 ff. StPO überein, welche die Befugnisse der Staatsanwaltschaft erweitern und zur „völligen Ausschaltung des Richters“ führen⁵⁴⁷.

Die Vergleichbarkeit zwischen § 247 kor. StPO und §§ 153 ff. StPO folgt ferner auch aus der begrenzten Kapazität des Staates zur Strafverfolgung. Wegen der zeitlichen und räumlichen Grenze des staatlichen Strafanspruchs⁵⁴⁸, die alle Staatsorgane betrifft, erfolgt nämlich notwendigerweise eine weitgehende Entkriminalisierung durch die Staatsanwaltschaft auch in Ländern, wo eine legalitätsgeprägte Strafrechtsordnung gilt. Die Annahme des Legalitätsprinzips als Regelfall führt mithin nicht automatisch zu einer niedrigeren Einstellungsquote. Das Opportunitätsprinzip unterscheidet sich vom Legalitätsprinzip lediglich in dem Punkt, dass das Vorgenannte „positiv oder aktiv“ solche Grenze anerkennt, während das Letztere sie nur „negativ oder passiv“ zubilligt⁵⁴⁹.

Folglich scheitert die Vergleichbarkeit der Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft in beiden Ländern nicht am abweichenden Verständnis des „Regel-Ausnahme-Verhältnisses“. Die Rechtspraktiken in Deutschland und Korea bezüglich der Verfahrenseinstellung auf Basis des Opportunitätsgedankens überschneiden sich im Ergebnis miteinander – unabhängig davon, wo man den Schwerpunkt der Grundmaxime setzt.

2. Einstellung als gerichtliche Kontrollentscheidung

a) Analyse der Verschiedenheiten in gesetzlicher Form

(1) Der wesentliche Unterschied zwischen dem deutschen und koreanischen Strafverfahren besteht darin, dass Letzteres kein „Zwischenverfahren“ kennt. Daraus folgen die grundlegenden Unterschiede in der Form der gerichtlichen Verfahrenseinstellung in beiden Ländern.

(i) Geht es zunächst um die mangelnde Prozessvoraussetzung oder das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses, erfolgt die Verfahrenseinstellung durch das Gericht in Deutschland je nach Zeitpunkt unterschiedlich: „Im Zwischenverfahren“ bietet § 204 I StPO zunächst die Möglichkeit der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens. „Ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens bis zum Beginn der Hauptverhandlung“ steht dem Gericht die Befugnis gemäß § 206a I StPO zu, außerhalb der Hauptverhandlung das Verfahren einzustellen⁵⁵⁰. „Nach Beginn der Hauptverhandlung“ wird schließlich das Hauptverfahren gemäß

⁵⁴⁵ *Kausch*, Richter vor dem Richter, S. 237 ff.

⁵⁴⁶ Dazu *Ikeda*, ZStW 130 (2018), 438 f. Zu den Besonderheiten der japanischen gesellschaftlichen Struktur mit Bezugnahme auf solche opportunitätsgeleitete Verfahrensordnung *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 291 f.; natürlich sind diese Eigenschaften nicht ohne weiteres auf die koreanische Gesellschaft übertragbar, selbst wenn die Gesetzeslagen in Korea und Japan gleichgesetzt werden können.

⁵⁴⁷ *Kausch*, Richter vor dem Richter, S. 239.

⁵⁴⁸ Dazu *Bae/Hong*, Kriminalpolitik, § 73, Rn. 10.

⁵⁴⁹ Zutreffend *Bae/Hong*, Kriminalpolitik, § 73, Rn. 12.

⁵⁵⁰ Aus diesem Grund wird vertreten, dass § 206a StPO falsch eingeordnet ist, dazu *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 174.

§ 260 III StPO⁵⁵¹ durch einen Spruch im Urteil eingestellt. Zu diesem Zeitpunkt gilt natürlich der Grundsatz des „Vorrangs des Freispruchs vor der Einstellung“.

Im koreanischen Strafverfahren wird die Einstellung hingegen lediglich „nach Eröffnung des Hauptverfahrens“ in Form eines Prozessurteils gemäß §§ 319, 326, 327, 328 kor. StPO vorgenommen. Es ist dann gleichgültig, ob die Hauptverhandlung bereits begonnen ist. Ein Freispruch zugunsten des Angeklagten scheint auch im koreanischen Rechtssystem sachgerecht zu sein, wenn die Untersuchung in der Hauptverhandlung fast abgeschlossen ist, durch welche die Strafwürdigkeit des Angeklagten nicht nachweisbar und ein Grund für Prozessurteil erst in der Hauptverhandlung gefunden oder eingetreten ist⁵⁵².

Würde man den Umstand, dass in der koreanischen StPO das Zwischenverfahren nicht existiert, unberücksichtigt lassen und die oben genannten Unterschiede sehen, so würde man den falschen Schluss ziehen, der Verfahrenseinstellung gemäß §§ 319, 326, 327, 328 kor. StPO entspreche lediglich die Verfahrenseinstellung gemäß §§ 206a I, 260 III StPO. Doch ist dem entgegenzuhalten, dass die grundlegende Funktion der Verfahrenseinstellungen gemäß § 204 I StPO und §§ 206a I, 260 III StPO von Natur aus als identisch gesehen wird. Der Unterschied besteht vielmehr nur in ihrem Zeitpunkt – d.h.: § 204 I StPO erfolgt vor, aber §§ 206a I, 260 III StPO nach Eröffnung des Hauptverfahrens. Tatsächlich üben sie die gleiche Funktion aus, das Verfahren durch die Kontrolle des Gerichts sofort nach seiner Kenntnisnahme der jeweiligen Umstände zu beenden, ohne eine gründliche Untersuchung oder Prüfung des Einzelfalls wie in der Hauptverhandlung vorzunehmen. Berücksichtigt man die unterschiedliche Einteilung der Prozessabschnitte in beiden Ländern, kommt man zum Ergebnis, dass die im Hauptverfahren erfolgende Verfahrenseinstellung gemäß §§ 319, 326, 327, 328 kor. StPO – neben der Verfahrenseinstellung gemäß §§ 206a I, 260 III StPO – auch der Verfahrenseinstellung gemäß § 204 I StPO im Stadium des Zwischenverfahrens gleichkommt.

(ii) Im Falle des fehlenden Tatverdachts wird das Verfahren in Deutschland „vor Eröffnung des Hauptverfahrens (im Zwischenverfahren)“ gemäß § 204 I StPO eingestellt. Das Gericht muss freilich „nach Eröffnung des Hauptverfahrens“ gemäß § 267 V StPO einen Freispruch erlassen. Im Unterschied dazu muss das koreanische Gericht in diesem Fall grundsätzlich den Freispruch gemäß § 325 kor. StPO aussprechen. Die „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ ermöglicht aber die Verfahrenseinstellung unter Anwendung des § 327 Nr. 2 kor. StPO, solange das Fehlen eines Tatverdachts zu jener frühen Zeit eindeutig angenommen wird. Folgt man dieser zutreffenden Auffassung, bestehen hier keine Unterschiede zwischen beiden Ländern – bis auf den Punkt, dass das Prozessurteil gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO erst nach Beginn (Eröffnung) des Hauptverfahrens ergeht.

(iii) Die Verfahrenseinstellungen nach dem Opportunitätsprinzip gemäß §§ 153 II, 153a II StPO erfolgen im deutschen Strafverfahren in jeder Lage des Verfahrens, nämlich sowohl im

⁵⁵¹ Die Einstellung nach dieser Vorschrift hat den Charakter eines Prozessurteils und kommt in Betracht im Falle eines Verfahrenshindernisses, das sich erst im Laufe der Hauptverhandlung herausstellt, vgl. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 488; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 24, Rn. 6; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 31, Rn. 1.

⁵⁵² Siehe oben 2. Teil, C. III. 6.

Zwischen- als auch im Hauptverfahren⁵⁵³. Bei § 153b II StPO kann das Gericht von seiner Einstellungsbefugnis bis zum Beginn (§ 243 I 1 StPO) der erstinstanzlichen Hauptverhandlung Gebrauch machen; danach kann das Absehen von Strafe nur unter Anwendung der einschlägigen materiell-rechtlichen Regelungen im Urteil ausgesprochen werden⁵⁵⁴. In Korea ist dagegen die gerichtliche Überprüfung der einschlägigen Umstände nur unter Anwendung des § 327 Nr. 2 kor. StPO möglich, wenn man von der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ ausgeht. Auch hier gilt das unter Punkt (ii) Gesagte.

(2) Nicht identisch zu sein scheint zudem die gerichtlichen Entscheidungsformen in beiden Ländern. In Deutschland ergeht die gerichtliche Verfahrenseinstellungsentscheidung durch „Beschluss“ bei Einstellungen nach dem Opportunitätsprinzip gemäß §§ 153 II 3, 153a II 3 StPO⁵⁵⁵, bei Einstellung vor Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 204 StPO und bei Einstellung nach Eröffnung des Hauptverfahrens bis zum Beginn der Hauptverhandlung gemäß § 206a I StPO, während das Gericht in der Hauptverhandlung bei fehlender Prozessvoraussetzung das Verfahren durch „Urteil“ einstellt (§ 260 III StPO). Darüber hinaus steht der Staatsanwaltschaft gegen den Einstellungsbeschluss gemäß §§ 206a II, 210 II Fall 1 StPO „sofortige Beschwerde“ zu, während bei §§ 153 II 4, 153a II 4 StPO der Beschluss unanfechtbar ist⁵⁵⁶. Hier gestattet jedoch die h.M. Ausnahmen⁵⁵⁷. Die Unanfechtbarkeit betreffe lediglich eine staatsanwaltschaftliche Ermessensausübung, nicht ein Fehlen einer unverzichtbaren prozessualen Voraussetzung. Eine einfache Beschwerde nach § 304 StPO sei daher ausnahmsweise zulässig, wenn z.B. die eingestellte Straftat ein Verbrechen (§ 12 I StGB) darstelle oder die erforderliche Zustimmung der Staatsanwaltschaft bzw. des Angeschuldigten nicht bestehe⁵⁵⁸. Anders ist die Lage bei einer „endgültigen“ Einstellung nach Erfüllung von Auflagen oder Weisungen durch den Angeschuldigten im Falle des § 153a II StPO⁵⁵⁹. Dort werden keine Ausnahmen wie bei § 153 II StPO eingeräumt und der Betroffene darf damit aufgrund des Vertrauensschutzes weder einfache noch sofortige Beschwerde einlegen⁵⁶⁰. Die Tat kann

⁵⁵³ Zu § 153 II StPO: HK-StPO/*Gercke*, § 153, Rn. 19; KK-StPO/*Diemer*, § 153, Rn. 31; M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 25. Zu § 153a II StPO: HK-StPO/*Gercke*, § 153a, Rn. 39; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153a, Rn. 59; M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 48.

⁵⁵⁴ HK-StPO/*Gercke*, § 154b, Rn. 7; KK-StPO/*Diemer*, § 153b, Rn. 6; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153b, Rn. 7; LR-StPO/*Mavany*, § 153b, Rn. 20; M-G/S/*Schmitt*, § 153b, Rn. 3; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153b, Rn. 12; SSW-StPO/*Schnabl*, § 153b, Rn. 4.

⁵⁵⁵ Bei § 153b II StPO gibt es zwar keine einschlägige Norm, sie erfolgt aber ebenfalls durch Beschluss, dazu M-G/S/*Schmitt*, § 153a, Rn. 3; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153b, Rn. 14.

⁵⁵⁶ Dies gilt gleichermaßen für § 153b II StPO, selbst wenn dort keine ausdrückliche Regelung vorliegt, dazu BGHSt 10, 88, 91 f.; HK-StPO/*Gercke*, § 153b, Rn. 9; KK-StPO/*Diemer*, § 153b, Rn. 9; M-G/S/*Schmitt*, § 153b, Rn. 6; LR-StPO/*Mavany*, § 153b, Rn. 24.

⁵⁵⁷ Zu § 153 II StPO: *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 632; BeckOK-StPO/*Beukelmann*, § 153, Rn. 36; HK-StPO/*Gercke*, § 153, Rn. 23; KK-StPO/*Diemer*, § 153, Rn. 38; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153, Rn. 34; LR-StPO/*Mavany*, § 153, Rn. 86; MüKo-StPO/*Peters*, § 153, Rn. 54; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 65 f. Zu § 153a II StPO: Die Darstellung bei § 153 II StPO gilt auch für „vorläufige“ Einstellung, dazu *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 646; HK-StPO/*Gercke*, § 153a, Rn. 43; LR-StPO/*Mavany*, § 153a, Rn. 151; M-G/S/*Schmitt*, § 153a, Rn. 57; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153a, Rn. 87; SSW-StPO/*Schnabl*, § 153a, Rn. 35.

⁵⁵⁸ Ausführlich im Einzelnen *Jostes*, Leistungsstörungen, S. 102 ff.

⁵⁵⁹ HK-StPO/*Gercke*, § 153a, Rn. 44; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153a, Rn. 71; LR-StPO/*Mavany*, § 153a, Rn. 152 f.; M-G/S/*Schmitt*, § 153a, Rn. 57; MüKo-StPO/*Peters*, § 153a, Rn. 60; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153a, Rn. 88.

⁵⁶⁰ *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 648; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 607.

allerdings nur weiterverfolgt werden, wenn sie tatsächlich ein Verbrechen gewesen wäre (§ 153a II 2 i.V.m. I 5 StPO).

Dagegen ergeht in Korea nur der Anklageabweisungsbeschluss gemäß § 328 kor. StPO in Form eines „Beschlusses“. Im Übrigen gewährt § 328 II kor. StPO der Staatsanwaltschaft die Anfechtbarkeit mit „sofortiger Beschwerde“. Das Gericht spricht indes sonstige Prozessurteile im „Urteil“ aus, welches lediglich mit Berufung und Revision anfechtbar ist.

Trotz dieser Unterschiede in der gesetzlichen Form bleibt das Wesentliche gleich. Der Unterschied beschränkt sich also lediglich auf die gerichtliche Entscheidungsart, d.h. ob eine solche Entscheidung des Gerichts entweder durch Urteil (nach der mündlichen Verhandlung) oder durch Beschluss (ohne mündliche Verhandlung) ergeht. Der – oben erwähnte – wesentliche Charakter der vorzeitigen Verfahrenseinstellung durch das Gericht bleibt unberührt gleich. Mit anderen Worten, stellt die Frage nach der Entscheidungsart lediglich ein sekundäres Problem dar, welches lediglich aus der Wahl oder Entschließung des Gesetzgebers resultiert.

(3) Schließlich wird die Frage unterschiedlich beantwortet, ob nach dem Zeitpunkt der gerichtlichen Verfahrenseinstellung eine Wiederaufnahme einer Ermittlung oder Anklage durch die Staatsanwaltschaft möglich ist. Verbunden hiermit ist die Problematik, ob ein (beschränkter) Strafklageverbrauch angenommen wird.

Bei der Nichteröffnung des Hauptverfahrens kann die Klage nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel wieder aufgenommen werden (§ 211 StPO). Im Unterschied dazu kann bei Opportunitätsvorschriften die Straftat nicht mehr als Vergehen verfolgt werden (§ 153a II 2 i.V.m. I 5 StPO), solange der Beschuldigte die ihm vom Gericht auferlegten Auflagen und Weisungen fristgerecht und vollständig erbracht hat (§ 153a II 2 i.V.m. I 3 StPO). Denn ihre Erfüllung⁵⁶¹ stellt ein endgültiges Verfahrenshindernis dar⁵⁶². Beide Normen laufen zwar auf dasselbe Ergebnis hinaus, dass nur der „beschränkte“ Strafklageverbrauch eintritt. Im Hinblick auf den Umfang des Strafklageverbrauchs sind sie jedoch zu differenzieren, denn für die Wiederaufnahme bedarf es bei § 211 StPO einer Feststellung neuer Tatsachen bzw. Beweismittel, aber bei § 153a II StPO einer Heraufstufung vom Vergehen zum Verbrechen⁵⁶³. Bezüglich des § 153 II StPO wird übrigens kontrovers diskutiert, ob und auf welcher Grundlage die beschränkte Rechtskraft anzunehmen ist. Im Schrifttum wird die analoge Anwendung des § 153a I 5 StPO, § 373a StPO oder §§ 174 II, 211 StPO befürwortet⁵⁶⁴. Dies gilt auch für § 153b II StPO⁵⁶⁵. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass § 153b StPO sowohl auf Vergehen als auch auf Verbrechen angewendet wird, während es bei § 153 StPO lediglich um Vergehen geht. Vor diesem Hintergrund erscheint die Wiederaufnahme dort nur bei der Feststellung

⁵⁶¹ Zu den Folgen der mangelhaften Leistungserfüllungen des Beschuldigten näher *Jostes*, Leistungsstörungen, S. 91 ff.

⁵⁶² *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 337d; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 10, Rn. 21; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 27; *M-G/S/Schmitt*, § 153a, Rn. 45; *SSW-StPO/Schnabl*, § 153a, Rn. 30.

⁵⁶³ Entgegen dem Wortlaut wird teilweise behauptet, dass auch bei § 153a II StPO für die Wiederaufnahme die Feststellung neuer Tatsachen oder Beweismittel erfordert werde, vgl. *Jostes*, Leistungsstörungen, S. 82.

⁵⁶⁴ Näher *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 336; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 628 ff.

⁵⁶⁵ *M-G/S/Schmitt*, § 153b, Rn. 3.

neuer Tatsachen oder Beweismittel möglich⁵⁶⁶.

Abweichend davon tritt grundsätzlich „keine“ materielle Rechtskraft in Korea ein, wenn das Gericht durch ein Prozessurteil das Verfahren einstellt, so dass die Staatsanwaltschaft jederzeit eine erneute Strafverfolgung vornehmen kann⁵⁶⁷. Das Prozessurteil löst indes ausnahmsweise den „unbeschränkten“ Strafklageverbrauch aus, wenn es sich um die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung gemäß § 326 kor. StPO handelt. Aufgrund der Unmöglichkeit der Weiterführung des Verfahrens bejahen die h.M. sowie der KOGH dort die materielle Rechtskraft zugunsten des Beschuldigten⁵⁶⁸. Der „beschränkte“ Strafklageverbrauch kann außerdem bei der diskriminierenden Anklageerhebung (4. Fallgruppe) mit der Folge angenommen werden, dass die Wiederaufnahme der Anklage gegen den Beschuldigten nicht erlaubt ist, solange eine Anklageerhebung gegen die bisher nicht angeklagten Personen ungerichtlich unterbleibt⁵⁶⁹. Denn es mangelt hierbei an einer Sachverhaltsänderung, die der Feststellung neuer Tatsachen nach §§ 174 II, 211 StPO entspricht.

Hinsichtlich dieser Unterschiede gelten ebenfalls die schon unter Abschnitt (2) gewonnenen Erkenntnisse. Denn das „Ob“ der Annahme des (beschränkten) Strafklageverbrauchs stellt keinen entscheidenden Grund dar, um die Vergleichbarkeit der gerichtlichen Verfahrenseinstellungen in beiden Ländern zu verneinen. Soweit man aus theoretischer Sicht auf den Charakter der gerichtlichen Kontrolle abstellt, gewinnt diese gesetzgeberische Entschließung nämlich nur nachrangige Bedeutung.

b) Vergleichbarkeit der einzelnen Gründe

(1) Die gerichtliche Entscheidung über die Unzuständigkeit in beiden Ländern scheint in ihrer gesetzlichen Form bzw. Bedeutung ähnlich zu sein. Das Gebot, eine Strafsache vor ein gesetzlich zuständiges Gericht zu stellen, greift auf das Prinzip des gesetzlichen Richters (Art. 101 I 2 GG) zurück⁵⁷⁰. Es ist auch in Art. 27 I kor. Verfassung normiert.

Nach § 319 kor. StPO hat das Gericht seine Unzuständigkeit zu erklären, wenn vor einem örtlich oder sachlich unzuständigen Gericht eine Anklage erhoben wurde. Das Gericht muss das Vorliegen der Zuständigkeit, welches eine Prozessvoraussetzung darstellt, „jederzeit“ von Amts wegen prüfen (§ 1 kor. StPO). (i) Bezüglich der örtlichen Unzuständigkeit gilt einerseits § 320 kor. StPO, wonach das Gericht seine örtliche Unzuständigkeit nur aussprechen darf, wenn der Angeklagte Einwände erhebt, was „bis zum Beginn seiner Vernehmung zur Sache in der Hauptverhandlung“ erfolgen soll. Insofern entsteht eine Präklusionswirkung. Beim Zusammentreffen mehrerer Gerichtsstände muss außerdem das nach § 13 kor. StPO unzuständig

⁵⁶⁶ HK-StPO/*Gercke*, § 153b, Rn. 10; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 153b, Rn. 11; LR-StPO/*Mavany*, § 153b, Rn. 25; MüKo-StPO/*Peters*, § 153b, Rn. 22; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153b, Rn. 15; SSW-StPO/*Schnabl*, § 153b, Rn. 6.

⁵⁶⁷ Selbstverständlich erfolgt eine bloße Wiederaufnahme der Klage nach dem betreffenden Prozessurteil nur selten. Die Staatsanwaltschaft erhebt also in der Regel eine erneute Anklage, wenn später neue Tatsachen oder Beweismittel festgestellt werden. Dies ist mit §§ 174 II, 211 StPO vergleichbar. Somit ist anzuerkennen, dass „*de facto*“ der „beschränkte“ Strafklageverbrauch in der Praxis eintritt.

⁵⁶⁸ Siehe oben 2. Teil, C. III. 3. a).

⁵⁶⁹ Siehe oben 2. Teil, D. I. 5. e).

⁵⁷⁰ BGHSt 18, 79, 81; 40, 120, 122; 45, 58, 59; KMR-StPO/*von Heintschel-Heinegg*, § 6, Rn. 1.

gewordene Gericht einen Anklageabweisungsbeschluss gemäß § 328 I Nr. 3 kor. StPO erlassen, weshalb das Hauptverfahren vor dem Gericht nicht stattfindet. (ii) Andererseits liegt bei der örtlichen Unzuständigkeit eine Sonderregelung vor, um den unnötigen Aufwand zu vermeiden, der durch die Entscheidung gemäß § 319 kor. StPO und die anschließende, erneute Anklageerhebung bei einem zuständigen Gericht entsteht⁵⁷¹. § 8 II kor. StPO bietet dafür eine Möglichkeit: *„Ist die Sache, für welche die Zuständigkeit des Strafrichters gegeben ist, aufgrund einer Änderung der Anklageschrift eine Sache geworden, für welche die Zuständigkeit der Strafkammer gegeben ist, so muss das Gericht durch Beschluss die Sache an das zuständige Gericht abgeben“*. Man kann sich auch einen umgekehrten Fall vorstellen, in dem aufgrund der Änderung der Anklageschrift (§ 298 kor. StPO) die Sache, für welche die Zuständigkeit der Strafkammer gegeben ist, eine Sache wird, für welche ein Strafrichter zuständig ist. Dazu fehlt aber eine gesetzliche Norm in der koreanischen StPO. Diese Sache bleibt infolgedessen weiter Strafkammersache. Eine Verweisung oder Abgabe an das Gericht mit dem Strafrichter kommt nicht in Betracht⁵⁷². Bei mehrfacher Rechtshängigkeit einer und derselben Strafsache, die unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten aufruft, bestimmt der Strafkammer im Übrigen das zuständige Gericht (§ 12 kor. StPO); hierbei muss sich das nach § 12 kor. StPO unzuständig gewordene Gericht ebenfalls auf § 328 I Nr. 3 kor. StPO berufen.

Ähnliches gilt auch im deutschen Strafverfahren: (i) Das Vorliegen der örtlichen Zuständigkeit wird auch dort als eine Prozessvoraussetzung angenommen, das Gericht muss dies aber lediglich „bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens“, nämlich nur im Zwischenverfahren, von Amts wegen prüfen (§ 16 I StPO)⁵⁷³. Kontrovers diskutiert wird, in welcher Art das Gericht bei fehlender örtlicher Zuständigkeit im Zwischenverfahren eine Entscheidung treffen muss: Nach der h.M. hat das Gericht sich durch Beschluss für unzuständig zu erklären („Unzuständigkeitserklärung“)⁵⁷⁴. Denn mit Blick auf den Wortlaut des § 199 I StPO dürfe allein das „zuständige“ Gericht über die Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens entscheiden⁵⁷⁵. Nachdem es sodann an die Staatsanwaltschaft die Akten zurückgesandt hat, muss diese die Anklage zurücknehmen (§ 156 StPO) und erneut vor einem zuständigen Gericht erheben⁵⁷⁶. Dagegen spricht die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 204 StPO) mit der Begründung, dass eine solche Unzuständigkeitserklärung nach der h.M. zur Umgehung der (dem Angeschuldigten günstigeren) Rechtsfolgen der §§ 120 I 2, 211 StPO führe⁵⁷⁷. Diese Problematik scheint jedoch in der Praxis nicht weiter bedeutsam zu sein, weil der Vorsitzende

⁵⁷¹ *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1471. Andernfalls muss das Gericht getreu dem Grundsatz nach § 319 kor. StPO das Verfahren einstellen.

⁵⁷² KOGH 2013 Do 1658, 25.4.2013; *Shin*, Strafprozessrecht, S. 1471.

⁵⁷³ Das Gericht kann dabei mögliche Ermessensfehler der Staatsanwaltschaft bei ihrer Gerichtsstandsauswahl prüfen, dazu LR-StPO/*Erb*, § 16, Rn. 6. Zum neuesten Beitrag über die Grenzen des Wahlrechts der Staatsanwaltschaft *Park*, Beulke-FS, S. 927 ff.

⁵⁷⁴ RGSt 32, 50, 51; BGHSt 43, 122, 124; OLG Hamm NStZ-RR 1999, 16, 17 f.; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 16, Rn. 5; BeckOK-StPO/*Ritscher*, § 204, Rn. 5; HK-StPO/*Zöller*, § 16, Rn. 2; KK-StPO/*Scheuten*, § 16, Rn. 4; LR-StPO/*Erb*, § 16, Rn. 12; M-G/S/*Schmitt*, § 16, Rn. 4; MüKo-StPO/*Ellbogen*, § 16, Rn. 4; SK-StPO/*Weßlau*, § 16, Rn. 6; SK-StPO/*Paeffgen*, § 204, Rn. 8.

⁵⁷⁵ KMR-StPO/*Seidl*, § 199, Rn. 18.

⁵⁷⁶ Ändert die Staatsanwaltschaft trotzdem ihren Standpunkt nicht, ist der Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO jedenfalls unvermeidbar, vgl. *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 544.

⁵⁷⁷ *Hegmanns*, Strafverfahren, Rn. 618; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 204, Rn. 7.

des Gerichts im Falle der örtlichen Unzuständigkeit regelmäßig im Rahmen der Vorprüfung der Anklageschrift die Staatsanwaltschaft zur Anklagerücknahme und anschließend zur Anklageerhebung vor dem zuständigen Gericht anregen würde – etwa nach § 201 StPO⁵⁷⁸.

„Nach dem Eröffnungsbeschluss“ gelten §§ 206a I, 260 III StPO⁵⁷⁹. Hierbei darf das Gericht seine Unzuständigkeit nur auf Einwand des Angeklagten aussprechen, der nur „bis zum Beginn seiner Vernehmung zur Sache in der Hauptverhandlung“ geltend zu machen ist (§ 16 2 und 3 StPO)⁵⁸⁰. Erhebt der Angeklagte erst nach Beginn der Vernehmung zur Sache einen solchen Einwand, so ist seine Unzuständigkeitsrüge (§ 338 Nr. 4 StPO) präkludiert. Daraus folgt, dass es sich bei der örtlichen Zuständigkeit nur um eine „zeitliche befristete“ Prozessvoraussetzung handelt⁵⁸¹. Beim Zusammentreffen mehrerer Gerichtsstände gilt § 12 StPO; das nach der Vorschrift unzuständig gewordene Gericht muss das Verfahren nach §§ 206a I, 260 III StPO einstellen⁵⁸².

(ii) Auch die sachliche Zuständigkeit stellt eine Prozessvoraussetzung dar⁵⁸³, deren Fehlen das Gericht – im Unterschied zu § 16 1 StPO – „in jeder Lage des Verfahrens“ von Amts wegen zu prüfen hat (§ 6 StPO). Bei fehlender sachlicher Zuständigkeit erfolgt im Allgemeinen keine Verfahrenseinstellung bzw. Ablehnung der Eröffnung. Vielmehr gelten je nach Verfahrensstadium die folgenden Regelungen⁵⁸⁴: „Vor Eröffnung des Hauptverfahrens“ (im Zwischenverfahren) § 209 StPO, „nach dem Eröffnungsbeschluss vor Beginn der Hauptverhandlung“ § 225a StPO und „nach Beginn einer Hauptverhandlung“, § 270 StPO. Natürlich ist das Verfahren (nach dem Eröffnungsbeschluss) nach §§ 206a I, 260 III StPO einzustellen, solange keine bestimmten Regelungen greifen⁵⁸⁵.

Da bei sachlicher Unzuständigkeit die Verhandlung in der Regel ohne Einstellung vor einem in den jeweiligen Vorschriften genannten Gericht durchgeführt wird, erfolgt die gerichtliche Kontrolle durch die Verfahrenserledigung zum Zeitpunkt des Zwischenverfahrens nur selten. Die Verfahrenseinstellung wird mithin insbesondere relevant, wenn es um die örtliche Unzuständigkeit geht. Trotz der kleinen Unterschiede in den Regelungsformen sind beide Rechtslagen im Großen und Ganzen gleichzusetzen. Sie sind u.U. bei der örtlichen Unzuständigkeit insofern deckungsgleich, als deren Vorliegen als wirksame Prozessvoraussetzung eine entscheidende Rolle für die Entscheidung des „Ob“ der gerichtlichen Verfahrenseinstellung spielt.

⁵⁷⁸ LR-StPO/Stuckenberg, § 204, Rn. 7.

⁵⁷⁹ Heghmanns, Strafverfahren, Rn. 618; HK-StPO/Zöller, § 16, Rn. 3; KK-StPO/Scheuten, § 16, Rn. 6; LR-StPO/Erb, § 16, Rn. 14; M-G/S/Schmitt, § 16, Rn. 4; MüKo-StPO/Ellbogen, § 16, Rn. 7; SK-StPO/Weßlau, § 16, Rn. 8.

⁵⁸⁰ Zu den Gegenständen der Geltendmachung näher LR-StPO/Erb, § 16, Rn. 8 i.V.m. § 6a, Rn. 10 ff.

⁵⁸¹ Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 12, Rn. 51; Volk/Engländer, GK StPO, § 14, Rn. 12; HK-StPO/Zöller, § 16, Rn. 1; KK-StPO/Scheuten, § 16, Rn. 1; KMR-StPO/Fischer, § 16, Rn. 1; LR-StPO/Erb, § 16, Rn. 1; LR-StPO/Stuckenberg, § 206a, Rn. 74; M-G/S/Schmitt, § 16, Rn. 1; MüKo-StPO/Ellbogen, § 16, Rn. 1.

⁵⁸² KK-StPO/Scheuten, § 12, Rn. 4.

⁵⁸³ BGHSt 18, 79, 81; 45 58, 59; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 12, Rn. 24; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 146; Volk/Engländer, GK StPO, § 14, Rn. 12; HK-StPO/Zöller, § 6, Rn. 1; KK-StPO/Scheuten, § 6, Rn. 1; LR-StPO/Stuckenberg, § 206a, Rn. 75; M-G/S/Schmitt, § 6, Rn. 1; MüKo-StPO/Ellbogen, § 6, Rn. 1; SSW-StPO/Börner, § 6, Rn. 1.

⁵⁸⁴ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 36; KK-StPO/Scheuten, § 6, Rn. 5; LR-StPO/Stuckenberg, § 206a, Rn. 75; eingehend Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 21, Rn. 5.

⁵⁸⁵ KMR-StPO/von Heintzel-Heinegg, § 6, Rn. 4.

Die „Unzuständigkeitserklärung“, welche bezüglich der Rechtsfolge der örtlichen Unzuständigkeit von der h.M. vertreten wird, führt im Ergebnis ebenso eine Beendigung des Verfahrens herbei⁵⁸⁶. Daraus folgt, dass in beiden Ländern das Gericht im Falle der örtlichen (und sachlichen) Unzuständigkeit zur Korrektur des verfassungswidrigen Umstandes in die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft eingreifen darf.

(2) Die gerichtliche Verfahrenseinstellung gemäß § 204 StPO erfolgt aus tatsächlichen bzw. rechtlichen Gründen oder aufgrund von vorliegenden Verfahrenshindernissen (bzw. mangelnden Prozessvoraussetzungen). Wie oben genannt, finden sich solche Gründe auch in den einzelnen Gründen gemäß §§ 326, 327, 328 kor. StPO.

Die Einstellung wegen Gesetzesänderung (§ 206b StPO) lässt sich zunächst mit § 326 Nr. 4 kor. StPO gleichstellen, der den Fall umfasst, in dem *„die Strafe aufgrund der nachträglichen Änderung oder Aufhebung der anwendbaren Vorschriften aufgehoben worden ist“*. Ferner erscheint die Einstellung aus tatsächlichen Gründen (§ 204 StPO) vergleichbar mit der gemäß § 328 I Nr. 4 kor. StPO, wonach das Gericht das Prozessurteil zu erlassen hat, wenn *„der Inhalt der Anklageschrift keine strafbaren Gründe beinhalten, selbst wenn er faktisch wahr sein mag“*. In der deutschen Literatur werden zudem verschiedene Umstände als „typische“ Verfahrenshindernisse generell anerkannt⁵⁸⁷. Diese sind den sonstigen Gründen der §§ 326, 327, 328 kor. StPO gleichzusetzen, welche die der Eröffnung bzw. Durchführung der Hauptverhandlung zugrundeliegenden Prozessvoraussetzungen verkörpern. Bezogen auf die Einstellung aus materiell-rechtlichen Gründen (§ 204 StPO), namentlich mangels hinreichenden Tatverdachts, besteht zwar in der koreanischen StPO keine deutliche Regelung. § 327 Nr. 2 kor. StPO kann allerdings als eine rechtliche Grundlage herangezogen werden, wenn man mithilfe der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ zum Zwecke des Schutzes des Beschuldigten § 327 Nr. 2 kor. StPO als eine Generalklausel auslegt. Auch der KOGH nahm z.B. die Möglichkeit der „Anklageabweisungsentscheidung gemäß § 327 Nr. 2 kor. StPO aufgrund einer fehlenden Prozessvoraussetzung“ eindeutig an⁵⁸⁸.

(3) Entsprechendes gilt für die Opportunitätsvorschriften nach §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO, welche die Geringfügigkeit der Schuld des Beschuldigten (Angeschuldigten) voraussetzen. Mit der Annahme der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ gelangt man ebenfalls zum Ergebnis, dass der Beschuldigte über § 327 Nr. 2 kor. StPO – wie bei der Anwendung der §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO⁵⁸⁹ – zum Genuss der ihn begünstigenden Wirkung, nämlich der frühzeitigen Verfahrensbeendigung, kommt.

II. Zwischenergebnis

Anders als in der deutschen StPO findet man in der koreanischen StPO ausdrückliche Regelungen zu den konkreten Gründen für die Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft sowie den Erlass eines Prozessurteils durch das Gericht. Trotz der unterschiedlichen Begriff-

⁵⁸⁶ Hierzu LR-StPO/*Erb*, § 16, Rn. 12.

⁵⁸⁷ Siehe oben I. Teil, A. I.

⁵⁸⁸ KOGH 2014 Do 224, 10.7.2014; 2010 Do 11987, 27.1.2011.

⁵⁸⁹ Das darinstehende – zu streichende – Zustimmungserfordernis gilt natürlich nicht für § 327 Nr. 2 kor. StPO.

lichkeiten und der Regelungsformen entsprechen Bedeutung, Rechtsfolge und die einzelnen Gründe dieser Prozessurteile in der koreanischen StPO den der §§ 204 I, 206a I, 260 III StPO sowie §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO. Denn die meisten Gründe für ein Prozessurteil werden auch in Deutschland als Prozessvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernisse anerkannt. Zudem kann man die Fälle des fehlenden Tatverdachts oder der Opportunitätseinstellungen, die aufgrund der fehlenden Regelungen in der koreanischen StPO auftreten, durch die Anwendung der Generalklausel des § 327 Nr. 2 kor. StPO lösen – unter Annahme der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man unter Berücksichtigung der Entwicklungsgeschichte der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“. Diese Lehre wird zwar ursprünglich von der Diskussion über „*dismissal*“ im US-amerikanischen Rechtssystem hergeleitet, welches über das japanische Recht auf das koreanische Rechtssystem übertragen wurde. Gleichzeitig entwickelte sich die Lehre jedoch auf Basis der Diskussionen über die Prozessvoraussetzungen bzw. die Objektivitätspflicht der Staatsanwaltschaft, welche wiederum ihre Grundlage im kontinental-europäischen Rechtssystem haben⁵⁹⁰. Daher können die einzelnen Fallgruppen der Lehre ebenfalls im deutschen Rechtssystem auftreten und problematisiert werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die gerichtlichen Prozessurteile im koreanischen Recht mit der gerichtlichen Verfahrenseinstellung bzw. Ablehnung des Eröffnungsbeschlusses im Zwischenverfahren (oder in der Hauptverhandlung) funktional gleichzusetzen sind. Die richterliche Kontrolle durch die Prozessurteile im koreanischen Recht und die Verfahrenseinstellung bzw. der Nichteröffnungsbeschluss im deutschen Zwischenverfahren sind von Sinn und Zweck her kompatibel, so dass die Diskussion in Korea wohl auf die deutsche StPO übertragbar ist.

B. Untersuchung der Fallgruppen der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ nach geltendem Recht

Ausgehend von der Vergleichbarkeit der Regelungsformen sowie Rechtspraktiken in beiden Ländern ist nun zu untersuchen, ob die im koreanischen Recht unter dem Aspekt der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ behandelten Fallgruppen auch in der deutschen Rechtspraxis eine sachentsprechende Behandlung erfahren. Die erste Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, ob das geltende Recht bereits die Möglichkeit anbietet, die Problematik der rechtswidrig ausgeübten Anklageerhebungsbefugnis der Staatsanwaltschaft aufzulösen. Ist dies nicht der Fall, wäre nach einer anderweitigen Möglichkeit zur Behandlung der fünf Fallgruppen zu suchen. Nachfolgend wird somit die Rechtslage und die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung nach einzelnen Fallgruppen untersucht.

I. Erste Fallgruppe: Die Anklageerhebung trotz mangelnden Tatverdachts

Im Falle der Anklageerhebung trotz mangelnden Tatverdachts muss das Gericht gemäß § 204 I StPO beschließen, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen, wenn sich die Staatsanwaltschaft für die Anklageerhebung entscheidet. Denn das Gericht übernimmt die Verpflichtung,

⁵⁹⁰ Hierzu *Cho*, Prozessvoraussetzungen, S. 212.

den Tatverdacht aufzuklären, wenn die Staatsanwaltschaft dem Richter die Verfahrensherrschaft übergibt⁵⁹¹. Die fehlerhafte Entscheidung der Staatsanwaltschaft über das „Ob“ des hinreichenden Tatverdachts soll daher durch die eigene Beurteilung des Gerichts im frühen Zeitpunkt – d.h. im Rahmen des Zwischenverfahrens – korrigiert werden. Diese rechtswidrige Konstellation lässt sich mithin in Deutschland auf jeden Fall *de lege lata* sachgerecht lösen.

Anders liegt die Sache aber in Korea, wo diese Frage zu einem der umstrittensten Problemgebiete gehört⁵⁹². Nach der koreanischen StPO werden zur Erhebung der öffentlichen Klage keine bestimmten Gründe wie „genügender Anlass“ (§ 170 I StPO) oder „hinreichender Tatverdacht“ (§ 203 StPO) benötigt⁵⁹³. Die koreanische Staatsanwaltschaft kann auf Basis des Opportunitätsprinzips lediglich mit Rücksicht auf § 51 kor. StGB (Voraussetzungen der Strafzumessung) die Anklageerhebung nicht vornehmen (§ 247 kor. StPO). Gesetzlich nicht vorgeschrieben ist aber, wann sie die öffentliche Klage erheben darf und muss. Nur § 69 III Nr. 2 kor. StA-VO gibt der Staatsanwaltschaft ein gewisses Kriterium, nach welchem sie beim Nichtvorliegen eines Straftatbestandes das Verfahren einstellen kann. Ferner kennt das koreanische Strafverfahren ein Verfahrensstadium wie das Zwischenverfahren nicht, so dass eine gesetzliche Grundlage zur Kontrolle über die Anklageerhebung vor Eröffnung des Hauptverfahrens fehlt. Dies scheint der Grund zu sein, warum in Korea anders als in Deutschland beim mangelnden Tatverdacht eine derart lebhaftige Debatte entsteht.

II. Zweite Fallgruppe: Die Anklageerhebung durch Missbrauch des Verfolgungsermessens der Staatsanwaltschaft

Erhebt die Staatsanwaltschaft bei Geringfügigkeit durch Missbrauch ihrer eigenen Verfolgungsermessensbefugnisse Anklage, so ist das Gericht in der Lage, nach §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren (vorläufig) einzustellen⁵⁹⁴. In Deutschland stehen also bereits im geltenden Recht Möglichkeiten zur gerichtlichen Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Opportunitätsentscheidung zur Verfügung.

Im Gegenteil dazu existieren diesbezüglich keine normativen Regelungen in der koreanischen StPO. Da in Korea insbesondere das Opportunitätsprinzip als Regelfall angenommen wird, wird diese Problematik noch intensiver diskutiert. Denn wegen der Annahme des Opportunitätsprinzips als Grundmaxime erscheint es noch zweifelhafter, ob die grundsätzlich der Staatsanwaltschaft zustehende Entscheidungsermächtigung durch Einschreiten eines Außenstehenden kontrolliert werden darf. Daraus folgen die unterschiedlichen Standpunkte, inwieweit ein Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft anzuerkennen ist⁵⁹⁵.

Obwohl hierfür im deutschen Recht gesetzliche Regelungen bestehen, ist diese Lösungsstrategie jedoch auch in Deutschland nicht unproblematisch. Wie oben erwähnt, ist die gesetzli-

⁵⁹¹ *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 531; *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 217.

⁵⁹² Siehe oben 2. Teil, D. I. 2.

⁵⁹³ *Shin*, Anklagepflicht, S. 147.

⁵⁹⁴ Siehe oben 1. Teil, A. II.

⁵⁹⁵ Siehe oben 2. Teil, D. I. 3.

che Gestalt der Opportunitätsvorschriften, welche die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten bei der gerichtlichen Verfahrenseinstellung fordern (mit Ausnahme des § 153a II StPO), nicht sachgerecht⁵⁹⁶.

III. Dritte Fallgruppe: Die auf einer rechtswidrigen Ermittlung basierende Anklageerhebung

Für diese Fallgruppe gibt es keine direkt anwendbaren Vorschriften in der StPO. Hier ist es lediglich möglich, dass das Gericht gemäß § 204 I StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt, wenn solche Gründe Verfahrenshindernisse darstellen würden.

In der Rechtsprechung und Literatur wurden die Verfahrenshindernisse oder Prozessvoraussetzungen zwar bislang zum Zwecke der klaren Darstellung in einige Teilbereiche untergliedert. Dies soll aber nicht besagen, dass nur die bereits im Allgemeinen anerkannten Gründe⁵⁹⁷ zur Verfahrenshindernisse gehören. Der Katalog wird vielmehr als „entwicklungsoffen“ angesehen⁵⁹⁸. Ausschlaggebend ist damit, wie weit der Anwendungsbereich von Verfahrenshindernissen oder Prozessvoraussetzungen erweitert werden darf. Hierbei handelt es sich um „untypische oder noch offen liegende“ Verfahrenshindernisse.

Es scheint freilich auf den ersten Blick zweifelhaft, ob sich diese Fallgruppe den untypischen Verfahrenshindernissen zuordnen lässt. In meisten Fällen, in denen die Ermittlungstätigkeiten durch die Strafverfolgungsbehörde verfahrensordnungswidrig durchgeführt wurden, nahm der BGH keine Verfahrenshindernisse an. Für einen schwerwiegenden Verfahrensmangel wären keine Verfahrenshindernisse, sondern nur Revisionsgründe gemäß §§ 337, 338 StPO anzunehmen⁵⁹⁹. Ein denkbare Beispiel ist der Einsatz von gegen § 136a StPO verstoßenden rechtswidrigen Ermittlungsmaßnahmen. Da die Rechtsfolge solcher Verfahrensverstöße im Ermittlungsstadium nach § 136a III 2 StPO lediglich ein Verwertungsverbot ist, geht es dabei nur um die Behandlung des betreffenden Bereichs in der Hauptverhandlung, aber eben nicht um die Verfahrenseinstellung wegen eines Verfahrenshindernisses vor (und während) der Hauptverhandlung. Selbst bei ihrer Annahme als ein Verfahrenshindernis könne dies nur in wenigen extremen Ausnahmefällen erfolgen, in denen „das Verfahren insgesamt desavouiert ist“⁶⁰⁰.

Beachtenswert ist allerdings die Rechtsprechung des BGH im Falle eines Lockspitzeinsatzes. Ab 1984 plädierte der BGH ständig für den Fall die sog. Strafzumessungslösung, wonach die rechtsstaatswidrige Tatprovokation nicht zu einem Verfahrenshindernis führe; dies sei vielmehr lediglich revisionsrechtlich zu überprüfen und im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Angeschuldigten strafmildernd zu berücksichtigen⁶⁰¹. Die Rechtsprechung nahm nämlich

⁵⁹⁶ Näher siehe oben 1. Teil, B. II. 2.

⁵⁹⁷ Siehe oben 1. Teil, A. I.

⁵⁹⁸ Zu der Formulierung SSW-StPO/*Beulke*, Einl., Rn. 90; zustimmend LR-StPO/*Kühne*, Einl. K, Rn. 39; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 206a, Rn. 41.

⁵⁹⁹ Näher BGH NJW 1984, 2300, 2301; Ebenso *Volk/Engländer*, GK StPO, § 14, Rn. 30; HK-StPO/*Gercke/Temming*, Einl., Rn. 79; KK-StPO/*Senge*, Vor § 48, Rn. 85; MüKo-StPO/*Günther*, § 110c, Rn. 44; SSW-StPO/*Beulke*, Einl., Rn. 90; *Sinn/Maly*, NStZ 2015, 379, 383.

⁶⁰⁰ Vgl. *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 474, Fn. 73.

⁶⁰¹ BGH NJW 1984, 2300, 2301 f. Eine Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO könne aber ggf. bei Vergehen in Betracht kommen (BGH NJW 1984, 2300, 2302).

als Ausgleich für den Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 I 1 EMRK durch den Staat eine strafmildernde Verurteilung an⁶⁰². Im Jahre 2014 entschied jedoch der EGMR in seiner jüngsten Rechtsprechung, dass dieser Ausweg konventionswidrig sei und die Verletzung von Art. 6 I 1 EMRK durch ein Beweisverwertungsverbot zu kompensieren sei⁶⁰³. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR führte das BVerfG aus, dass bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation eine Verfahrenseinstellung aufgrund der Annahme eines Verfahrenshindernisses „nur in extremen Ausnahmefällen aus dem Rechtsstaatsprinzip“ hergeleitet werden könne⁶⁰⁴. Basierend auf beiden Rechtsprechungen bejahte der 2. Strafsenat des BGH im Jahre 2015 entgegen dem bisherigen Standpunkt in seiner allerneuesten Entscheidung, dass der Verstoß gegen Art. 6 I 1 EMRK zur „Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses“ führe⁶⁰⁵. Er erklärte, dass die Strafzumessungslösung angesichts der aktuellen Rechtsprechung des EGMR nicht mehr haltbar sei⁶⁰⁶ und ferner keine vollständige Wiedergutmachung im Sinne von Art. 41 EMRK darstelle, es sei denn, sie führe zu einem vollständigen Absehen von Strafe⁶⁰⁷. Natürlich darf der Schluss nicht voreilig gezogen werden, dass der BGH seine Ansicht vollständig zugunsten der Verfahrenshindernislösung geändert hat. Denn der 1. Strafsenat befürwortete genauso wie früher die Strafzumessungslösung und lehnte ein Verfahrenshindernis ab, das die Verurteilung des Angeklagten ausschließt⁶⁰⁸. Derzeit bleibt es unklar, welcher Ansicht sich die anderen Strafsenate anschließen und welche einheitliche, höchstrichterliche Rechtsprechung in Zukunft ergehen wird⁶⁰⁹.

Allein die Annahme eines Verfahrenshindernisses bei unzulässigem Lockspitzeinsatz würde zur Einordnung des Falls unter die untypischen Verfahrenshindernissen führen. Dann würde § 204 I StPO gelten, der wiederum eine gerichtliche Verfahrenseinstellung ermöglicht. Sowohl bei sonstigen rechtswidrig durchgeführten Ermittlungshandlungen als auch bei der Annahme

⁶⁰² BGH NJW 2000, 1123, 1126 f.

⁶⁰³ EGMR NJW 2015, 3631, 3634 f. Damit ein Verfahren im Sinne des Art. 6 I EMRK fair sei, müssten alle durch polizeiliche Anstiftung gewonnenen „Beweismittel ausgeschlossen“ oder auf andere Weise „vergleichbare Ergebnisse herbeigeführt“ werden. Da eine erhebliche Milderung der Strafe selbst z.B. nicht „ein Verfahren mit vergleichbaren Ergebnissen wie der Ausschluss der Beweismittel“ sein könne, erscheine die Kompensation durch die Strafzumessungslösung zu schwach, um die Verletzung des Fairnessgebots ausreichend zu heilen. Zustimmend *Petzsche*, JR 2015, 88, 89; *Pauly*, StV 2015, 411, 412.

⁶⁰⁴ BVerfG NJW 2015, 1083, 1084. Das BVerfG greift zusätzlich den Gedanken auf, dass die Strafzumessungslösung dem Art. 6 I EMRK auch mit Blick auf das Urteil des EGMR nicht widerspricht (BVerfG NJW 2015, 1083, 1085). Die Strafgerichte hätten zudem zukünftig zu berücksichtigen, in vergleichbaren Fällen ausdrücklich „ein Verwertungsverbot bezüglich der unmittelbar durch die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gewonnenen Beweise“ auszusprechen (BVerfG NJW 2015, 1083, 1086).

⁶⁰⁵ BGH NJW 2016, 91, 94; zustimmend *Mitsch*, NStZ 2016, 57 f.

⁶⁰⁶ Unter die Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) falle auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Bereich methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung des innerstaatlichen Rechts. Auch die gegen vorrangiges Recht verstoßende, schematische „Vollstreckung“ einer Entscheidung des EGMR könne Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip beeinträchtigen (BGH NJW 2016, 91, 94). Der 2. Strafsenat des BGH verneinte auch die Beweisverwertungsverbotslösung, weil sie dem nationalen Rechtssystem nicht entspreche (BGH NJW 2016, 91, 96).

⁶⁰⁷ BGH NJW 2016, 91, 95.

⁶⁰⁸ BGH NStZ 2015, 541, 542; NStZ 2018, 355, 358. Natürlich ist zu berücksichtigen, dass der 1. Strafsenat in beiden Fällen von vornherein eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation verneint hatte, d.h. deren Voraussetzungen als nicht erfüllt gesehen hat, hierzu *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 993, Fn. 59.

⁶⁰⁹ Ebenso *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 288; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 993.

der Strafzumessungslösung im Falle eines tatprovokierenden polizeilichen Lockspitzels würde jedoch der Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO nach geltendem Recht nicht ergehen, wenn man der h.M. oder der bisherigen hauptsächlichen Ansicht des BGH folgen würde. Vor diesem Hintergrund besteht eine Gesetzeslücke.

IV. Vierte Fallgruppe: Die diskriminierende Anklageerhebung

(1) Grundsätzlich sind alle Verdächtigen, die dieselbe Tat begangen haben, nach dem Legalitätsprinzip strafrechtlich zu verfolgen, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Da alle Beteiligten die gleiche Tat begangen haben, muss die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über Anklageerhebung oder Verfahrenseinstellung grundsätzlich einheitlich getroffen werden. Das deutsche Recht kennt aber das Opportunitätsprinzip, so dass die Staatsanwaltschaft aufgrund der Opportunitätsvorschriften die Anklage gegen einige von mehreren Beteiligten nicht erheben kann, wenn besondere Umstände hinzutreten. Bei dieser Fallgruppe findet somit ein Vergleich der Lage des angeklagten Beschuldigten (Angeschuldigten) mit der Lage der sonstigen Beteiligten statt, gegen die das Verfahren eingestellt wurde. Obgleich die Anklage gegen den Beschuldigten selbst angesichts des Legalitäts- bzw. Opportunitätsgedanken ordnungsgemäß erhoben wurde, sollte eine solche Anklageerhebung für ungerechtfertigt gehalten werden, wenn sich die den Beschuldigten belastende Entscheidung ohne besondere Umstände allein gegen ihn richtet.

(2) Auch in Deutschland kann es derartige Fälle von diskriminierender Anklageerhebung geben. Zu denken ist hier an eine nur gegen einige (missliebige) von mehreren Verdächtigen gerichtete Strafverfolgung etwa wegen Steuerhinterziehung aus politischem bzw. wirtschaftlichem Interesse oder eine diskriminierende Anklageerhebung aus rassistischen Gründen⁶¹⁰.

In der Tat gab es in Deutschland bislang einige einschlägige Vorfälle, die vor Gericht gelangten. In einem Fall, wo ein Beschuldigter (Arzt) die Verfahrenseinstellung mit der Begründung verlangte, dass das (noch nicht abgeschlossene) Ermittlungsverfahren willkürlich sowie verfassungswidrig nur gegen ihn und nicht auch gegen andere Tatbeteiligten (andere Ärzte) durchgeführt werde, konnte der Beschuldigte nach der Rechtsprechung einen Rechtsschutz gegen das bloße Betreiben des Ermittlungsverfahrens vor dessen Abschluss nicht beanspruchen⁶¹¹. Dies zeigt, dass die subjektiven Rechte des Beschuldigten im Sinne des Art. 19 IV GG⁶¹² nicht bereits deshalb tangiert sind, weil die Staatsanwaltschaft unter Verstoß gegen das Legalitätsprinzip (§§ 152 II, 170 I StPO) das nur gegen den Beschuldigten gerichtete Ermittlungsverfahren einleitet⁶¹³. In einem anderen Fall behauptete ein Beschuldigter, dass ein aus dem Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 3 GG herzuleitendes Verfahrenshindernis deshalb vorliege, weil er wegen eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 3 StVO verfolgt worden sei, während Straftaten und Ordnungswidrigkeiten von bestimmten Nachbarn seit langem nicht verfolgt

⁶¹⁰ Zu solcher Möglichkeit *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 40, Fn. 2.

⁶¹¹ OLG Karlsruhe NSTZ 1982, 434; zur hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerde BVerfG NSTZ 1982, 430. Hierbei leitete die Staatsanwaltschaft nur gegen einen Antragsteller, den leitenden Arzt der Intensivstation eines Krankenhauses, ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der fahrlässigen Tötung ein.

⁶¹² Zur Rechtsschutzmöglichkeit des Beschuldigten nach Art. 19 IV GG ausführlich siehe unten 3. Teil, C. II. 1.

⁶¹³ Vgl. *Volk/Engländer*, GK StPO, § 19, Rn. 12.

worden seien⁶¹⁴. Diesbezüglich bejahte zwar das Gericht die Verletzung des Legalitätsprinzips durch die Verfolgungsbehörde, indem sie die Taten der Nachbarn außer Acht ließ. Aus der Tatsache folge jedoch kein rechtliches Hindernis für die Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten gegen den Beschuldigten.

Daraus folgt, dass es der Rechtsprechung nicht unbedingt als gesetzeswidrig erscheint, wenn sich ein Ermittlungsverfahren nicht auf alle Betroffenen erstreckt, die im Sinne des § 152 II StPO sogar in gleicher Weise verdächtig sind. Aus diesem Grund kann der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren eine gerichtliche Überprüfung über die diskriminierende Ermittlung der Staatsanwaltschaft wegen des Verstoßes gegen Art. 19 IV GG nicht in Anspruch nehmen.

(3) Eine ausdrückliche Stellungnahme des BGH oder BVerfG zu der über die bloße Einleitung bzw. Fortführung der Ermittlung hinausgehende Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft findet man noch nicht. Trotzdem lassen sich unter Berücksichtigung des geltenden Rechts folgende Überlegungen anstellen: Stellt man darauf ab, dass bei dieser Fallgruppe die Verfahrenseinstellung gegen die sonstigen Personen vornehmlich aus dem Opportunitätsprinzip erfolgt, so kann man zum Ergebnis gelangen, dass die gerichtliche Kontrolle über die nur gegen den Beschuldigten gerichtete Anklageerhebung auch mittels der Vorschriften §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO ermöglicht werden sollte⁶¹⁵.

Für diese Umstände sieht das deutsche Strafverfahrensrecht allerdings vor, dass die Staatsanwaltschaft nach Einreichung der Anklageschrift jederzeit befugt ist, ihre Zustimmung zur gerichtlichen Einstellung nach §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO zu verweigern⁶¹⁶. Einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt eine solche Verweigerung nicht⁶¹⁷. Die Staatsanwaltschaft dürfte in diesen Fällen eher – im Interesse der Aufrechterhaltung ihrer Entscheidung zur (ggf. absichtlich oder zumindest grob fahrlässig unternommenen) Anklageerhebung – einer Zustimmung zur gerichtlichen Verfahrenserledigung abgeneigt sein. Genau an dieser Verweigerung scheitert daraufhin eine effektive Kontrolle durch das Gericht, wenn man sich lediglich auf §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO fokussiert.

(4) Eine andere Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung der Anklageerhebung im Rahmen des Zwischenverfahrens kommt nur dann in Betracht, wenn die diskriminierende Anklageerhebung zu (untypischen) Verfahrenshindernissen gehören würde. Dann würde § 204 I StPO gelten.

Bezüglich der diskriminierenden Anklageerhebung geht es namentlich um einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Fraglich ist dann, ob die Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über die Anklageerhebung die einzelnen Beteiligten ungleich behandelt hat. Eine solche Ungleichbehandlung kann gemäß Art. 3 GG in der unterschiedlichen Handhabung vergleich-

⁶¹⁴ OLG Hamburg NStZ 1988, 467.

⁶¹⁵ Auf dieser Linie *Terbach*, NStZ 1998, 172, 173, wonach der Beschuldigte bei gleichheitswidrig oder willkürlich verweigerter Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach §§ 153 II, 153a II StPO die gerichtliche Überprüfung mit der Begründung beanspruchen könne, dass die Verletzung des Art. 3 I GG als subjektiv-öffentliches Recht im Sinne des Art. 19 IV GG gegeben sei.

⁶¹⁶ Zum möglichen fiktiven Beispiel *Strubel/Sprenger*, NJW 1972, 1734, 1737.

⁶¹⁷ Siehe oben 1. Teil, B. II. 2. c).

barer Sachverhalte liegen. Dafür müssen Vergleichsgruppen von Sachverhalten gebildet werden, die im Wesentlichen identisch sind⁶¹⁸. Wenn mehrere Personen eine gleiche oder mindestens ähnliche Straftat (gleichzeitig) begangen haben und eine abweichende Behandlung (Anklageerhebung) solcher einzelnen Personen nach jeder vernünftigen Erwägung⁶¹⁹ als ungerechtfertigt angesehen wird, ist der Umstand im Allgemeinen als „wesentlich ungleich“ zu sehen. Diese Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft führt so zu einer Benachteiligung⁶²⁰ des Angeklagten, vor allem zu einer Beeinträchtigung seines subjektiven Rechts oder seiner schutzwürdigen Interessen⁶²¹.

Maßgeblich ist dann, ob der Verstoß gegen den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 GG zu einem Verfahrenshindernis führen kann. Eine schlichte Beeinträchtigung dieses Prinzips gibt jedoch keinen Anlass zur Annahme eines Verfahrenshindernisses, und zwar mit einer ähnlichen Begründung wie bei der Diskussion, ob die Annahme eines Verfahrenshindernisses unmittelbar aus einem Verstoß gegen das Grundgesetz, namentlich das fair-trial-Prinzip, das Rechtsstaatsprinzip oder den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, abzuleiten ist. Dies ist mit der Frage verbunden, ob ein Verfahrenshindernis „von Verfassungen wegen“ denkbar ist⁶²². Diese Problematik wird seit langem kontrovers diskutiert.

Die h.M. und die bisher überwiegende Ansicht des BGH verneinen eine derartige unmittelbare Herleitung. Für einen (schwerwiegenden) Verfahrensmangel gelten lediglich die Revisionsgründe gemäß §§ 337, 338 StPO; ein Verfahrenshindernis komme dagegen nicht in Betracht⁶²³. Da die meisten Verfahrensmängel zugleich auch das Rechtsstaatsprinzip verletzen, könne daraus nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip stets Verfahrenshindernisse bereiten⁶²⁴. Zudem sei es wegen der Weite und Unbestimmtheit dieses Prinzips bedenklich, Verfahrenshindernisse direkt aus dem Grundsatz abzuleiten⁶²⁵. Jeder unangemessene Gegenstand könnte sonst durch die willkürliche Entscheidung eines Richters in die Kategorie von Verfahrenshindernissen einbezogen werden⁶²⁶. Daneben wird teilweise einschränkend vertreten, dass die Annahme eines von Verfassungen wegen vorliegenden Verfahrenshindernisses lediglich als „ultima ratio“ in Betracht komme⁶²⁷.

Dagegen führte das BVerfG in einem Sonderfall aus, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Verfahrenshindernis aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, das selbst im Rechtsstaatsprinzip verankert ist, herzuleiten sei⁶²⁸. Diese Entscheidung ist allerdings nicht verallgemein-

⁶¹⁸ Näher Jarass/Pieroth-GG/Jarass, Art. 3, Rn. 10 ff.

⁶¹⁹ Zu dieser Formulierung Jarass/Pieroth-GG/Jarass, Art. 3, Rn. 19.

⁶²⁰ Dazu eingehend Jarass/Pieroth-GG/Jarass, Art. 3, Rn. 14 f.

⁶²¹ Siehe oben I. Teil, B. I. 4. sowie unten 3. Teil, C. II. 3. c).

⁶²² Ausführlich Volk/Engländer, GK StPO, § 14, Rn. 29 ff.; M-G/S/Schmitt, Einl., Rn. 146 ff.

⁶²³ BGH NJW 1984, 2300, 2301; zustimmend Volk/Engländer, GK StPO, § 14, Rn. 30; HK-StPO/Gercke/Temming, Einl., Rn. 79; SSW-StPO/Beulke, Einl., Rn. 90.

⁶²⁴ Insofern steht auch die 3. Fallgruppe einen Zusammenhang mit dieser Problematik.

⁶²⁵ BGH NJW 1984, 2300, 2301; Meyer-Gößner/Schmitt, Einl., Rn. 148.

⁶²⁶ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 289a; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 14, Rn. 23.

⁶²⁷ BVerfG NJW 2015, 1083, 1084.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 21, Rn. 20; im Ergebnis ebenfalls LR-StPO/Stuckenberg, § 206a, Rn. 80.

⁶²⁸ BVerfGE 1992, 277. Der Sachverhalt betrifft die Strafbarkeit und die Verfolgbarkeit von DDR-Bürgern, die für die ehemalige DDR Spionage trieben.

rungsfähig, denn sie beruht auf den besonderen Umständen der deutschen Wiedervereinigung und eine solche singuläre strafrechtliche Situation kann sich kaum wiederholen⁶²⁹. Die generelle Ableitung aus der Verfassung könnte ferner in das Gewaltenteilungsprinzip eingreifen, weil die Entscheidung über Verfahrenshindernisse grundsätzlich nur dem Gesetzgeber zukommt⁶³⁰. Ein weiterer Kritikpunkt liegt darin, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses „von Verfassungs wegen“ zur Abgrenzungsschwierigkeit zwischen materiellem und Prozessrecht führt⁶³¹.

Der 2. Strafsenat des BGH nahm aber wie angesprochen an, dass im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation eine Verfahrenseinstellung in Betracht komme. Die Verfahrenseinstellung etwa gemäß §§ 206a, 260 III StPO ergebe sich daraus, dass die Anerkennung eines Verfahrenshindernisses an die provozierte Tat selbst und damit an die unmittelbare Folge der rechtsstaatswidrigen Handlung anknüpfe⁶³². Hieraus lässt sich herleiten, dass der 2. Strafsenat des BGH *de facto* aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens sowie dem Rechtsstaatsprinzip die gerichtliche Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses bejahen wollte. Der Gedanke könnte gleichermaßen für den Fall gelten, in dem es um einen Verstoß gegen den Gleichheits- oder Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geht. Eine vollständige Änderung der Rechtsprechungslinie bedeutet dies indes keineswegs, weil – wie bereits ausgeführt – der 1. Strafsenat des BGH immer noch anderer Auffassung ist. Zudem sind hier ebenfalls die Kritiken am Urteil des BVerfG einschlägig.

Somit wäre eine gerichtliche Verfahrenseinstellung gemäß § 204 I StPO bei dieser Fallgruppe nicht möglich, folgte man der überwiegenden Meinung in der Literatur sowie der Rechtsprechung.

V. Fünfte Fallgruppe: Die erneute Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat

(1) Im Unterschied zu der Situation in Korea stellt sich bei dieser Fallgruppe nach geltendem Recht die Frage nicht, ob die Staatsanwaltschaft wegen der bisher eingestellten Straftat nachträglich Anklage erheben darf. Zunächst erfolgt eine nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (§ 55 I StGB), wenn ein rechtskräftig Verurteilter „vor“ der Vollstreckung der gegen ihn erkannte Strafe wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Nach der Vorschrift können Einzelstrafen auch bei separater Aburteilung durch die Einbeziehung in das spätere Urteil nachträglich berücksichtigt werden⁶³³. Deren Gedanke entspricht wohl dem des § 39 I kor. StGB.

„Nach“ der Vollstreckung der gegen ihn erkannten Strafe muss dagegen zwingend ein erneutes Urteil wegen der nachträglich angeklagten Straftat ergehen. In diesem Fall gilt § 154 StPO, da es hierbei um das Zusammentreffen mehrerer Taten geht, welche zueinander in Tatmehr-

⁶²⁹ Ebenso Meyer-Gößner/Schmitt, Einl., Rn. 149a; SSW-StPO/Beulke, Einl., Rn. 122.

⁶³⁰ Eingehend Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 14, Rn. 25.

⁶³¹ Dazu Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 62.

⁶³² BGH NJW 2016, 91, 96.

⁶³³ Lackner/Kühl-StGB/Heger, § 55, Rn. 1.

heit stehen. Die Staatsanwaltschaft kann daher grundsätzlich von der Strafverfolgung absehen, wenn die Voraussetzungen des § 154 I StPO vorliegen. Von dieser Einstellungsermächtigung soll so früh wie möglich Gebrauch gemacht werden, auch ohne „Durchermittlung“ des Einzelfalls⁶³⁴. Wenn die Staatsanwaltschaft also keine Anklage erhebt, so hat das Gericht keine Gelegenheit, sich mit der eingestellten Straftat zu befassen⁶³⁵. Das auf diese Weise eingestellte Verfahren lässt sich aber jederzeit durch die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft wieder aufnehmen, solange kein Verfahrenshindernis (z.B. Verjährung) vorliegt; § 154 III, IV StPO gilt nur für den Fall der gerichtlichen Einstellung gemäß § 154 II StPO⁶³⁶. Hierbei wird im Allgemeinen vertreten, dass die Wiederaufnahme nicht willkürlich erfolgen dürfe und es zugunsten des Beschuldigten eines „sachlich einleuchtenden Grundes“ bedürfe⁶³⁷. Erhebt sie trotzdem die öffentliche Klage, so kann nunmehr das Gericht nach § 154 II StPO auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren in jeder Lage vorläufig einstellen. Das Gericht muss dabei die zu erwartende Gesamtstrafe berücksichtigen und eine umfassende Abwägung in Bezug auf das Strafverfolgungsinteresse vornehmen⁶³⁸. Die gerichtliche Verfahrensbeendigung kann aber nicht von Amts wegen erfolgen; ein Antrag der Staatsanwaltschaft ist dafür immer nötig⁶³⁹. Dies wird damit begründet, dass die Staatsanwaltschaft die „Hüterin des staatlichen Strafanspruchs“ darstellt⁶⁴⁰.

(2) Aus der gesetzlichen Grundlage folgt somit, dass eine erneute Anklageerhebung selbst grundsätzlich nicht rechtswidrig erscheint. In einem Sonderfall, in dem die Staatsanwaltschaft mit Absicht der Rache oder entgegen ihrer Absprache mit dem Angeklagten die Anklage wegen einer Tat erhebt, deren Verfahren schon eingestellt wurde, wird dagegen die Beendigung des Verfahrens als sachgemäß erachtet. Denn es geht dabei um einen Verstoß gegen das Fairnessgebot durch die aktive Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft. Nach geltendem Recht ist das Gericht nach § 154 II StPO zwar in der Lage, durch die (vorläufige) Verfahrenseinstellung eine Kontrolle über die nachträgliche Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft vorzunehmen. Solche Befugnis bleibt jedoch beschränkt, weil dafür ein Antrag der Staatsanwaltschaft erforderlich ist. In einem derartigen Sonderfall würde freilich die Staatsanwaltschaft den Antrag zugunsten des Beschuldigten in der Regel nicht stellen. Vor dem Hintergrund ist auch hier zu diskutieren, ob eine solche als rechtswidrig angesehene Situation ein Verfahrenshindernis herbeiführen kann, damit § 204 I StPO Anwendung findet.

Auch in Deutschland gab es in der Vergangenheit Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft ihre „Zusage“, wegen einer Tat später keine Anklage zu erheben, nicht einhielt. Dort prüfte der BGH, ob dieser Umstand zu einem Verfahrenshindernis führt. Im konkreten Fall hat die Staats-

⁶³⁴ SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 154, Rn. 29.

⁶³⁵ Volk/Engländer, GK StPO, § 12, Rn. 31; M-G/S/Schmitt, § 154, Rn. 6; SSW-StPO/Schnabl, § 154, Rn. 7.

⁶³⁶ BGHSt 30, 165 f.; BGH NSTZ-RR 2007, 20; Volk/Engländer, GK StPO, § 12, Rn. 31; HK-StPO/Gercke, § 154, Rn. 10; KK-StPO/Diemer, § 154, Rn. 20; KMR-StPO/Kulhanek, § 154, Rn. 15b; MüKo-StPO/Teßmer, § 154, Rn. 67; SSW-StPO/Schnabl, § 154, Rn. 10.

⁶³⁷ Vgl. BGHSt 54, 1; BeckOK-StPO/Beukelmann, § 154, Rn. 17; KMR-StPO/Kulhanek, § 154, Rn. 15a; LR-StPO/Mavany, § 154, Rn. 39; M-G/S/Schmitt, § 154, Rn. 21a; MüKo-StPO/Teßmer, § 154, Rn. 68; SSW-StPO/Schnabl, § 154, Rn. 10; SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 154, Rn. 29.

⁶³⁸ SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 154, Rn. 32.

⁶³⁹ KK-StPO/Diemer, § 154, Rn. 23; LR-StPO/Mavany, § 154, Rn. 42; M-G/S/Schmitt, § 154, Rn. 16.

⁶⁴⁰ MüKo-StPO/Teßmer, § 154, Rn. 54.

anwaltschaft wegen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) Anklage erhoben, aber von der Verfolgung der zweiten Tat (Lohnsteuerhinterziehung (§ 370 AO) nach § 154 I StPO abgesehen. Der Angeklagte wurde sodann zu einer Geldstrafe verurteilt und legte eine Berufung ein, um nicht mehr wegen der Lohnsteuerhinterziehung bestraft zu werden. Danach hat die sachbearbeitende Staatsanwaltschaft die Zusage erteilt, wegen der zweiten Tat nicht weiter zu verfolgen, so dass der Angeklagte im Vertrauen in die Zusage seine Berufung zurückgenommen hat. Trotz ihrer Zusage hat die Staatsanwaltschaft später wegen der Lohnsteuerhinterziehung Anklage erhoben⁶⁴¹.

Der BGH verneinte ein Verfahrenshindernis, selbst wenn die nicht eingehaltene Zusage der Staatsanwaltschaft einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 III GG darstelle. Dieser Umstand sei aber im Rahmen der Strafzumessung als ein wesentlicher Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen, da die Straftat unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens angeklagt wurde⁶⁴². Das Argument stützt sich zugleich auf die oben genannte Rechtsprechung des BGH, dass sich ein Verfahrenshindernis aus einem Verstoß gegen das Grundgesetz nicht unmittelbar herleiten lasse. Somit könne man einem Verfahrenshindernis wegen des Verstoßes gegen das Fairnessprinzip nicht beipflichten.

Dem wird indes mit der Begründung entgegnet, dass die Wiederaufnahme der Staatsanwaltschaft bei der Nichteinhaltung ihrer Zusage unter dem Gesichtspunkt eines Rechtsmissbrauchs als willkürlich sowie fairnesswidrig angesehen werde⁶⁴³. Da durch die Anklageerhebung wegen der bisher gemäß Einstellungszusage nicht verfolgten Straftat die Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgt, die den Beschuldigten belastet, sollte die Gegenmeinung die erneute Anklageerhebung als unzulässig halten. Aus diesem Grund wird teilweise vertreten, dass das Unterlassen der Einstellung nach § 23 EGGVG anfechtbar sei⁶⁴⁴, die Wiederaufnahme „unzulässig“ sei⁶⁴⁵ oder die Annahme eines Verfahrenshindernisses „angemessen“ wäre⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ Nach der h.M. ist die Wiederaufnahme – wie bereits erwähnt – jederzeit möglich (vgl. M-G/S/Schmitt, § 154, Rn. 21a), so dass eine weitergehende Absprache grundsätzlich rechtlich nicht verbindlich sei und es bei der Entscheidung der Wiederaufnahme lediglich um das Vorhandensein eines „sachlich einleuchtenden Grundes“ gehe, hierzu *Weigend*, JR 1991, 257, 258 f.

⁶⁴² BGHSt 37, 10; zustimmend *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 31; § 14, Rn. 30; KK-StPO/*Diemer*, § 154, Rn. 21; KMR-StPO/*Kulhanek*, § 154, Rn. 15c; *Gatzweiler*, NSTZ 1991, 46 f.; teilweise kritisch *Weigend*, JR 1991, 257, 260, der zwar ein Verfahrenshindernis wegen des fair-trial-Verstoßes der Staatsanwaltschaft verneint, doch zugleich folgender Zweifel aufwirft: Ein Dilemma liege hierbei darin, dass der fair-trial-Grundsatz einerseits dem Angeklagten die Einhaltung einer zulässigen Absprache für den Angeklagten gewähre, aber andererseits den Angeklagten bei einer rechtswidrigen Zusicherung weitgehend schutzlos lasse. Zur Vereinbarkeit der Zusage im Rahmen des § 154 I StPO mit dem Legalitätsprinzip *Schünemann*, Gutachten, 58. DJT, S. B 90 ff.

⁶⁴³ SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 154, Rn. 30.

⁶⁴⁴ *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 603, der allerdings dies in Bezug auf die Nichteinhaltung einer Zusage durch die Staatsanwaltschaft in allen Einstellungsfällen gemäß §§ 153 ff. StPO erwähnt, nicht allein in Fällen gemäß § 154 StPO.

⁶⁴⁵ SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 154, Rn. 30, wobei dann aber nicht hinreichend erklärt wird, ob solche Fälle ein Verfahrenshindernis begründen würden, vgl. zur ähnlichen Bemerkung MüKo-StPO/*Teßmer*, § 154, Rn. 68, Fn. 140.

⁶⁴⁶ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 11, Rn. 9. Zur Bejahung eines Verfahrenshindernisses durch das der Bindungswirkung gemäß § 257c IV StPO unterliegende Gericht in einem ähnlichen Fall, in dem eine zulässige Verständigung „im Hauptverfahren“ erfolgt, aber die Staatsanwaltschaft danach ihre Zusage nicht einhält, eine Teileinstellung gemäß § 154 II StPO beim Gericht zu beantragen, hierzu *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 289c, 396e.

Bei Letzterem könnte § 204 I StPO angewendet werden.

Nach der überwiegenden Auffassung der Literatur sowie der Rechtsprechung lässt sich ein Verfahrenshindernis nicht anerkennen. Eine Verfahrenseinstellung im Rahmen des Zwischenverfahrens durch Anwendung des § 204 I StPO würde also keinesfalls erfolgen.

(3) Eine verstärkte Rechtswidrigkeit der Anklageerhebung liegt vor, wenn die Staatsanwaltschaft „mit Absicht der Rache“, d.h. in Erwiderung auf die Ausübung von Rechten des Angeklagten⁶⁴⁷, die zweite Anklage erhebt. Bezüglich der oben genannten Rechtsprechung ist ein solcher Umstand beispielsweise denkbar, wenn die Staatsanwaltschaft die Berufung des Angeklagten deshalb für verwerflich hält, weil er gegen die Strafverfolgungsbehörde einen Strafantrag etwa wegen ihrer rechtswidrigen Ermittlungstätigkeiten stellte und infolgedessen die Tat nach Einstellung des Verfahrens strafrechtlich verfolgt. Diese staatsanwaltschaftliche Entscheidung lässt sich weder hinsichtlich der Notwendigkeit der gerichtlichen Interessenabwägung im Sinne des § 154 II StPO noch aus Sicht des fair-trial- oder Rechtsstaatsprinzips rechtfertigen. Denn die Wiederaufnahme durch die Staatsanwaltschaft ist grundsätzlich ohne Willkür vorzunehmen, welche der rechtswidrigen Absicht gleichsteht. Somit liegt ein Fall der erheblichen Beeinträchtigung des fair-trial-Grundsatzes bzw. Rechtsstaatsprinzips vor, so dass es auch hierbei um einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze geht. Der Fall ist jedoch nach der h.M. sowie Rechtsprechung nicht in die Kategorie der Verfahrenshindernisse einzuordnen, deren Annahme nach § 204 I StPO die frühzeitige Verfahrenseinstellung durch das Gericht ermöglicht.

C. Reformüberlegungen

I. Problemaufriss

Wie oben ausgeführt, ist es mit Ausnahme der 1. Fallgruppe nicht möglich, die Fälle des Missbrauchs der Anklageerhebung mithilfe des geltenden Rechts befriedigend zu lösen. Für die Fallgruppen Nr. 3 bis 5 existieren keine anwendbaren Vorschriften, da unklar zu sein scheint, ob sie jeweils in den Bereich von Verfahrenshindernissen kategorisiert werden können. Denn nur wenn sie als Verfahrenshindernis gesehen werden könnten, würde § 204 I StPO für die gerichtliche Verfahrenseinstellung gelten. Bei der 2. Fallgruppe scheint überdies auch diese Lösung nicht auszureichen, um eine wirkungsvolle richterliche Kontrolle über die Strafverfolgung der Staatsanwaltschaft vollumfänglich zu verwirklichen. Denn die einschlägigen Vorschriften für die Einstellung des Gerichts verlangen die Einholung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten (mit Ausnahme des § 153a II StPO).

Nach geltendem Recht besteht demnach kein genügender Schutz in Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über die Anklageerhebung unsachgemäß tätig ist. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf liegt somit vor, um die Möglichkeit rechtswidriger bzw. missbräuchlicher Anklage auszuräumen und dadurch die Beschuldigten (Angeschuldigten) vor der Gefahr zu schützen, die in der Fortführung des Strafverfahrens liegt. Vor diesem

⁶⁴⁷ Eine solche Anklageerhebung wird auch in US-amerikanischen Rechtsprechungen als *vindictive or retaliatory prosecution* genannt, etwa *United States v. Goodwin*, 457 U.S. 368 (1982).

Hintergrund sind zunächst die bisher in Deutschland *de lege ferenda* diskutierten Kontrollmöglichkeiten durch das Gericht zu überprüfen. Dabei wird untersucht, ob sie einerseits dem Beschuldigten ausreichende Schutzmöglichkeiten, andererseits dem Gericht effektive Überprüfungsmöglichkeiten anbieten. Hierzu werden nachfolgend die Möglichkeit der Einführung des Einstellungserzwingungsverfahrens in der Phase des Ermittlungsverfahrens (II.) und die Vorschläge zur Verbesserung des Zwischenverfahrens (III.) erläutert. Anschließend wird die nach hiesiger Einschätzung vorzugswürdige Konzeption für eine neue Ausgestaltung des geltenden Rechts entwickelt (IV.). Ausgehend davon wird abschließend ein Lösungsweg vorgeschlagen, der aus der Auseinandersetzung mit der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ abgeleitet wird (V.).

II. Die Einführung des Einstellungserzwingungsverfahrens als Option

Nach der Anklageerhebung sind Fehler bei vorangegangenen Verfahren grundsätzlich im Zwischenverfahren zu überprüfen und zu korrigieren. Andererseits sollte aber dem Beschuldigten frühzeitig möglich sein, schon vor der Anklageerhebung in der Ermittlungsphase durch Einschreiten des Gerichts Schutz vor einem ihn benachteiligen Verfahren zu erhalten. Dabei ist auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV 1 GG zurückzugreifen, die im Falle der Verletzung eines subjektiven Rechts durch die öffentliche Gewalt den Betroffenen einen Rechtsweg gewährt. Somit ist zunächst zu prüfen, welche Ausprägung der verfassungsrechtliche Anspruch innehat und wie sich der einschlägige Meinungsstand in Rechtsprechung sowie Literatur darstellt.

1. Meinungsstand

a) Rechtsweggarantie nach Art. 19 IV GG

Aus dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit ergibt sich, dass den Gerichten die letztverbindliche Kontrolle über jedes Staatshandeln zusteht⁶⁴⁸. Dieses Gebot umfassenden Rechtsschutzes gewährt Art. 19 IV GG auf verfassungsrechtlicher Ebene. Mit der Verwirklichung des Art. 19 IV GG wird auch der dem Rechtsstaatsprinzip entstammende, allgemeine Justizgewährungsanspruch gewährleistet⁶⁴⁹. Damit man diese Rechtsweggarantie erfolgreich in Anspruch nehmen kann und darf, müssen die folgenden Bedingungen erfüllt sein:

(1) Zunächst muss eine Rechtsverletzung durch die „öffentliche Gewalt“ vorliegen. Nach der h.M. stellt der Träger der öffentlichen Gewalt des Staates die Exekutive dar⁶⁵⁰. Vor dem Hintergrund wird Art. 19 IV GG als die Kontrolle der Verwaltung durch unabhängige Richter bezeichnet. Der Beurteilungsspielraum der Verwaltung ist demnach nur in begrenzten Ausnahmefällen zu bejahen, und die gerichtliche Kontrolle über Rechtsbegriffe ist im Allgemeinen erlaubt⁶⁵¹. Die Rechtsprechung gehört hingegen grundsätzlich nicht zum Anwendungsbereich

⁶⁴⁸ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 444.

⁶⁴⁹ Jarass/Pieroth-GG/Jarass, Art. 19, Rn. 12.

⁶⁵⁰ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 444.

⁶⁵¹ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 447.

des Art. 19 IV GG⁶⁵², da dieser einen Rechtsschutz nicht gegen den Richter, sondern durch den Richter ermöglicht⁶⁵³.

(2) Der Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG erstreckt sich lediglich auf „subjektive Rechte“ des öffentlichen oder des privaten Rechts⁶⁵⁴. Nicht immer nötig ist zwar die Verletzung von Grundrechten⁶⁵⁵, ein bloßes Interesse ist allerdings nicht ausreichend⁶⁵⁶. Zur Beurteilung dieser „subjektiven“ Eigenart kommt die verletzte Rechtsordnung im Interesse des Einzelnen in Betracht; hinwegzusehen ist indessen über die sich allein aus dem Interesse der Allgemeinheit herleitenden Verletzungen⁶⁵⁷. Nur demjenigen, dessen „eigene“ Rechte beeinträchtigt worden sind, steht mithin dieser Anspruch zu, so dass eine Popular- und Verbandsklage nicht in Art. 19 IV GG erfasst sind⁶⁵⁸. Als schutzbedürftige Grundrechtsträger sind alle natürlichen Personen, einschließlich Ausländer⁶⁵⁹, sowie juristische Personen des Privatrechts einschließlich der ausländischen zu nennen⁶⁶⁰. Natürlich sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht mitenthalten⁶⁶¹.

(3) Hinzu kommt, dass eine „Verletzung“ eigener Rechte geltend gemacht werden muss. Sie tritt nur dort auf, wo das materielle (Grund-)Recht dem Opfer diese subjektiven Rechte verleiht, weil Art. 19 IV GG *per se* keine bestimmten Kriterien für den Anwendungsbereich des subjektiv-rechtlichen Gehalts aufzeigt⁶⁶². Eine rechtswidrige sowie belastende Maßnahme gegen die unmittelbar einschlägigen Opfer kann folglich immer unter die Verletzung fallen, weil dabei ihre Grundrechte nach Art. 2 I GG gewöhnlich berührt werden⁶⁶³. Dagegen sind Drittbetroffene in ihren subjektiven Rechten nur verletzt, wenn das (einfache) Recht auch ihrem Schutz dient⁶⁶⁴.

(4) Schließlich ist das „Offenstehen des Rechtswegs“ zu garantieren. Dies bedeutet sowohl die Gewähr des Zugangs zu den Gerichten als auch einen effektiven Rechtsschutz für den Verletzten⁶⁶⁵. Wenn es sich insbesondere um Grundrechtsbeeinträchtigungen handelt, muss mithin eine gerichtliche Überprüfung auch nach Abschluss einzelner Maßnahmen durch den Staat vorgenommen werden⁶⁶⁶. Obwohl prozessrechtliche Anforderungen wie Präkulationsvorschriften oder Ausschlussfristen⁶⁶⁷ als nachteilig anzusehen ist, weil sie die Rechtsschutz-

⁶⁵² BVerfGE 65, 76, 90; 107, 395, 404; *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 444; *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 45.

⁶⁵³ BVerfGE 76, 93, 98.

⁶⁵⁴ *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 36.

⁶⁵⁵ BVerfGE 96, 110, 114 f.

⁶⁵⁶ BVerfGE 83, 182, 194; 113, 273, 310.

⁶⁵⁷ BVerfGE 116, 1, 11, 83, 182, 194; *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 37.

⁶⁵⁸ *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 446.

⁶⁵⁹ BVerfGE 65, 76, 90; 67, 43, 58.

⁶⁶⁰ *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 45.

⁶⁶¹ BVerfGE 129, 108, 118; *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 45.

⁶⁶² *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 36.

⁶⁶³ *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 446.

⁶⁶⁴ *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 39, 41.

⁶⁶⁵ BVerfGE 112, 185, 207; 117, 244, 268; *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 448; *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 50.

⁶⁶⁶ BVerfGE 104, 220, 233; 117, 244, 268; *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 448; *Jarass/Pieroth-GG/Jarass*, Art. 19, Rn. 62.

⁶⁶⁷ BVerfGE 88, 118, 124.

möglichkeit einschränken können, stehen sie der Effektivität des Rechtsschutzes nicht entgegen, solange der Rechtsschutz nicht wesentlich erschwert wird⁶⁶⁸.

b) Kein Bedürfnis des Rechtsschutzes des Beschuldigten

Die überwiegende Meinung und die Rechtsprechung stehen auf dem Standpunkt, dass dem Beschuldigten im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens ein Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 IV GG nicht gewährt wird. Selbst wenn die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft zur „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des Art. 19 IV GG gehöre, eröffne Art. 19 IV GG als Erstes prinzipiell keinen Rechtsschutz gegen diejenigen Einzelmaßnahmen im Laufe des Ermittlungsverfahrens, die lediglich die abschließende Verfügung wie die Anklageerhebung oder Verfahrenseinstellung vorbereiten⁶⁶⁹. Somit stünden nur solche von der Staatsanwaltschaft ergriffenen Maßnahmen bzw. Prozesshandlungen, die in Form von Zwangsmaßnahmen in Grundrechte des Betroffenen eingreifen, im Zusammenhang mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG⁶⁷⁰. Denn nur dann kann bejaht werden, dass diese Maßnahme den Beschuldigten belasten. Daraus folgt, dass es dem Beschuldigten an der Verletzung seiner Rechte mangle, solange es sich um die Rechtmäßigkeit der sonstigen Ermittlungstätigkeiten handele, d.h. der Einleitung oder Fortführung eines Ermittlungsverfahrens zum Zwecke einer Strafverfolgung⁶⁷¹.

Dies ist u.a. der Fall, wenn es um §§ 153, 153a StPO geht, in denen lediglich die Annahme oder Verneinung des „öffentlichen Interesses“ problematisch sei. Denn es komme dort nicht direkt auf die subjektiven Rechte des Beschuldigten an, sondern (auch) auf die allgemeine Justizförmigkeit⁶⁷². In diesem Sinne dürfe die Staatsanwaltschaft sogar bei der Einleitung und Durchführung des Ermittlungsverfahrens diskriminierend tätig sein, indem sie nur gegen einen Beschuldigten, nicht aber gegen alle Betroffenen eingehe⁶⁷³. Die Überprüfung durch das Gericht komme somit allenfalls später und nur im Bereich der Strafzumessung in Betracht⁶⁷⁴.

Darüber hinaus garantiere Art. 19 IV GG nicht immer einen sofortigen Rechtsschutz, sondern einen Rechtsschutz „in (innerhalb) angemessener Zeit“, welcher noch „zur rechten Zeit“ erlangt werden könne⁶⁷⁵. Diese „Angemessenheit“ der Dauer eines Verfahrens sei durch Einzelfallerwägung zu beurteilen⁶⁷⁶. Dem Beschuldigten werde jedoch die Möglichkeit gegeben, sich im weiteren gerichtlichen Zwischen- oder Hauptverfahren zu verteidigen, in welchem regelmäßig weitreichenderer und umfassenderer Rechtsschutz möglich sei als bei der Nachprü-

⁶⁶⁸ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 449; Jarass/Pieroth-GG/Jarass, Art. 19, Rn. 62.

⁶⁶⁹ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 321; Volk/Engländer, GK StPO, § 19, Rn. 12; Rieß/Thym, GA 1981, 189, 201.

⁶⁷⁰ OLG Karlsruhe NStZ 1982, 434, 435; ebenso BVerfG-Vorprüfungsausschuss NJW 1984, 1451.

⁶⁷¹ BGHSt 16, 225, 228; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 29, Rn. 4; KK-StPO/Mayer, EGGVG § 23, Rn. 37; Keller, GA 1983, 497, 520.

⁶⁷² Entsprechend BGHSt 16, 225, 228; BVerfG NJW 1979, 1591, 1592; Keller, GA 1983, 497, 515. In der Regel befasst sich dieses Problem mit §§ 153, 153a StPO, es würde freilich auch für Fälle des Nichtvorliegens eines hinreichenden Tatverdachts gelten, es sei denn, ein Schuldspruch wäre später sicher zu erwarten.

⁶⁷³ OLG Karlsruhe NStZ 1982, 434; BVerfG NStZ 1982, 430. Zu dem Fall siehe oben 3. Teil, B. IV.

⁶⁷⁴ BVerfG NJW 1979, 1591, 1592.

⁶⁷⁵ BVerfG NStZ 1985, 228; NStZ 2004, 447; zustimmend Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 321; Volk/Engländer, GK StPO, § 10, Rn. 75.

⁶⁷⁶ BVerfGE 55, 349, 369.

fung unselbstständiger Ermittlungsmaßnahmen im Ermittlungsstadium⁶⁷⁷. Jedenfalls stehe zumindest das Gericht dem Beschuldigten zur Seite; es hat jederzeit, auch nach der Anklageerhebung, das Vorliegen der Voraussetzungen zur Einstellung nach §§ 153 II, 153a II StPO zu prüfen⁶⁷⁸.

Es sei im Ergebnis deshalb nicht erforderlich, den Beschuldigten bereits vor Abschluss des Ermittlungsverfahrens zur Erhebung eines Einspruchs gegen die Nichteinstellung der Staatsanwaltschaft zu berechtigen, da keine Verletzung seiner subjektiven Rechte vorliege.

c) Annahme des Verstoßes gegen die Rechtsschutzgarantie

Die Gegenmeinung findet hinsichtlich der Ablehnung der Anwendung des Art. 19 IV GG wenig Beifall. Ihr zufolge gewähre Art. 19 IV GG einen Rechtsschutz auch gegen die Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft „über positivistische Einengungen hinweg“⁶⁷⁹. Somit sei die Anwendbarkeit des Art. 19 IV GG für den Beschuldigten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zu bejahen und die Entscheidung der Staatsanwaltschaft sollte selbstverständlich gerichtlicher Überprüfung unterliegen⁶⁸⁰.

Begründet wird dies wie folgt: Auch die Einleitung, Fortsetzung und Beendigung des Ermittlungsverfahrens – einschließlich der Anklageerhebung – durch die Staatsanwaltschaft stellen die Ausübung einer „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des Art. 19 IV GG dar⁶⁸¹. Der Beschuldigte sei zudem als außerstaatliches Subjekt dazu berechtigt, gerichtliche Entscheidung zu beanspruchen⁶⁸². Schließlich entstehe eine Beeinträchtigung der „subjektiv-öffentlichen“ Rechte des unschuldigen Beschuldigten im Sinne des Art. 19 IV GG auch durch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, wie es auch die Anklageerhebung sein könne⁶⁸³. Denn jede rechtswidrige Durchführung eines Strafverfahrens bedeute einen staatlichen Eingriff in die Freiheitssphäre des Beschuldigten, so dass damit mindestens sein Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt werde⁶⁸⁴. Ggf. gäbe es ferner bei einer diskriminierenden Anklageerhebung eine Beeinträchtigung des Gleichheitsgebots nach Art. 3 GG⁶⁸⁵. Hinzu kommt, dass das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeitsprinzip) nicht eingehalten würde, wenn die Staatsanwaltschaft trotz eindeutig einstellungsreifer Situation das Ermitt-

⁶⁷⁷ BVerfG NStZ 2004, 447; *Rieß*, NStZ 1982, 435, 436; *Strubel/Sprenger*, NJW 1972, 1734, 1737; so auch *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 167.

⁶⁷⁸ Vgl. *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 126.

⁶⁷⁹ Hierzu *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 370.

⁶⁸⁰ *Füßer/Viertel*, NStZ 1999, 116, 117; *Heinrich*, NStZ 1996, 110, 112; *Schenke*, NJW 1976, 1816, 1819 f.; *Strubel/Sprenger*, NJW 1972, 1734, 1735; ähnlich *Amelung*, Rechtsschutz, S. 25; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 176.

⁶⁸¹ OLG Karlsruhe NStZ 1982, 434, 435; BVerfG NJW 2001, 1121, 1123, wonach die Staatsanwaltschaft trotz ihrer organischen Eingliederung in die Justiz unter die Exekutive falle; BVerfG (Kammer) NStZ 2002, 211; *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 371 f.; *Schenke*, NJW 1976, 1816, 1819; *Strubel/Sprenger*, NJW 1972, 1734, 1735; *Rose*, Rechtsschutz, S. 63, der davon ausgeht, dass die Staatsanwaltschaft der Judikative zuzuordnen sei.

⁶⁸² *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 376 f.

⁶⁸³ *Strubel/Sprenger*, NJW 1972, 1734, 1735.

⁶⁸⁴ *Heinrich*, NStZ 1996, 110, 112; ähnlich *Lagodny*, JZ 1998, 568, 570.

⁶⁸⁵ *Heinrich*, NStZ 1996, 110, 113; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 178.

lungsverfahren weiter fortführe⁶⁸⁶. Denn die Geeignetheit scheidet jedenfalls aus Mangel eines legitimen Zwecks wie der Vorbereitung auf die Hauptverhandlung oder der Bestätigung der Unschuld aus⁶⁸⁷.

Folglich ist daran festzuhalten, dass ein dringendes Rechtsschutzbedürfnis für den Beschuldigten bestehe und die Entscheidung der Staatsanwaltschaft in jeglicher Form gerichtlich kontrollierbar sein müsse, namentlich dann, wenn ihre Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls als objektiv willkürlich zu erachten sei⁶⁸⁸.

2. Vorschlag eines dogmatischen Lösungswegs

a) Vorschläge in der Literatur

Ausgehend von der Anerkennung des Rechtsschutzbedürfnisses wird in der Literatur teilweise die Einführung eines gerichtlichen Einstellungserzwingungsverfahrens gefordert.

Nach *Rieß* solle der Beschuldigte – ähnlich wie beim Klageerzwingungsverfahren gemäß §§ 172 ff. StPO – befugt sein, gegen die Verweigerung der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft, einschließlich ihrer Verzögerung bzw. Unterlassung der gebotenen Verfahrenseinstellung, einen Antrag auf Verfahrenseinstellung zu stellen⁶⁸⁹. Halte der Beschuldigte die gegen ihn geführten Ermittlungen für rechtswidrig, müsse er frühestens ein Jahr nach Beginn des Ermittlungsverfahrens in der Lage sein, einen Antrag auf Einstellung des Verfahrens stellen⁶⁹⁰. Das durch den Antrag des Beschuldigten verletzte Interesse an der Strafverfolgungseffizienz lasse sich also ausgleichen, indem eine Sperrfrist gesetzt werde⁶⁹¹. Lehne die Staatsanwaltschaft trotzdem die Einstellung ab, sei sie verpflichtet, dem Beschuldigten darüber Auskunft zu erteilen⁶⁹². Dann könne er zuerst gegen diese Nichteinstellung eine (Vorschalt-)Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft einlegen, welche die Gewährleistung des vorrangigen innerstaatsanwaltschaftlichen Kontrollsystems sowie die Verringerung der Belastung des Oberlandesgerichts ermögliche⁶⁹³. Gegen einen ablehnenden Bescheid des vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft könne der Beschuldigte durch seinen Verteidiger binnen einer Frist von einem Monat eine gerichtliche Entscheidung beim Oberlandesgericht⁶⁹⁴ beantragen⁶⁹⁵. Während bei § 172 III 1 StPO strenge formelle Voraussetzungen

⁶⁸⁶ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1321. Zur Voraussetzung der „Einstellungsreife“ ausführlich *Hilger*, JR 1985, 93, 94 f.; auch LR-StPO/*Graalmaan-Scheerer*, § 170, Rn. 11; MüKo-StPO/*Kölbl*, § 170, Rn. 7; SK-StPO/*Wohlers/Albrecht*, § 170, Rn. 16.

⁶⁸⁷ *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 124.

⁶⁸⁸ *Heinrich*, NSTZ 1996, 110, 113; ebenso solche Ausnahmefälle bejahend BVerfG NJW 1979, 1591, 1592.

⁶⁸⁹ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1319, 1326 f. Befürwortend *Böttcher*, Dahn-FS, S. 246.

⁶⁹⁰ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1328. Diskussionsbedürftig sei allerdings die Verfahrensdauer nach LR-StPO/*Graalmaan-Scheerer*, § 170, Rn. 13.

⁶⁹¹ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1326.

⁶⁹² *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1328. Geht es um einen nachträglichen Rechtsschutz, muss der Betroffene durch Mitteilung rechtzeitig die Verletzung seiner Rechte zur Kenntnis nehmen und dadurch die Möglichkeit eines Anspruchs auf richterliche Entscheidung erhalten, vgl. *Welp*, Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, S. 13; ähnlich *Radtke*, Schlothauer-FS, S. 468, der hervorhebt, dass der Beschuldigte (bei fehlender Verteidigung) auch im Ermittlungsverfahren über die Widerspruchsmöglichkeit belehrt werden müsse.

⁶⁹³ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1329.

⁶⁹⁴ Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts entspreche der beim Klageerzwingungsverfahren gemäß § 172 IV StPO, vgl. *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1329.

gen für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung vorgesehen sind, bedürfe es hierbei solcher Anforderungen nicht⁶⁹⁶. Erscheine dem Oberlandesgericht das einschlägige Verfahren einstellungsreif, müsse es die Staatsanwaltschaft verpflichten, das Verfahren einzustellen⁶⁹⁷. Da hierbei die Verantwortung für die Abschlussentscheidung bei der Staatsanwaltschaft bleibe, dürfe freilich das Gericht selbst solche Einstellungsverfügung nicht treffen⁶⁹⁸. Das Gericht dürfe daher lediglich entscheiden, ob die Ermittlungen abgeschlossen sind und die Entscheidung der Staatsanwaltschaft zulässig erscheint⁶⁹⁹. Halte das Oberlandesgericht dagegen den Antrag für unzulässig oder unbegründet, verwerfe es ihn. Sei durch weitere Ermittlungen der Staatsanwaltschaft jedoch die Verfahrenseinstellung zu erwarten, könne das Oberlandesgericht seine Entscheidung über die Verwerfung für eine bestimmte Zeit aufschieben⁷⁰⁰. Zudem erledige sich das Verfahren vor dem Oberlandesgericht, sofern die Staatsanwaltschaft selbst im Laufe des Einstellungserzwingungsverfahrens die Verfahrensbeendigung vornehme⁷⁰¹. Erst nach einer Sperrfrist von sechs Monaten dürfe der Beschuldigte einen neuen Antrag auf Verfahrenseinstellung stellen; dies diene der Vermeidung einer beliebigen Wiederholung des Antrags durch den Beschuldigten, um die Fortsetzung des Ermittlungsverfahrens zu verhindern⁷⁰².

Auch *Satzger* schlägt bei der Verweigerung der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft eine gerichtliche Kontrolle vor. *Satzger* stellt dabei vornehmlich auf Opportunitätsvorschriften wie §§ 153, 153a StPO ab. Bei (willkürlicher) Nichteinstellung der Staatsanwaltschaft trotz des – nach der Ansicht des Beschuldigten – Vorliegens der Voraussetzungen des § 153 I StPO oder § 153a I StPO stehe dem Beschuldigten die Befugnis zu, gegen die Entscheidung der Staatsanwaltschaft gerichtlich vorzugehen⁷⁰³. Dieser Rechtsbehelf des Beschuldigten, gegen die Durchführung der Ermittlungen die Verfahrenseinstellung erzwingen zu können, müsse von der Konstellation „Einstellungsreife“ ausgehen, welche bei der richterlichen Überprüfung als ein alleiniges Kriterium zu sehen sei⁷⁰⁴. Natürlich würde die Schaffung des Einstellungserzwingungsverfahrens der Effektivität der Strafrechtspflege zuwiderlaufen, weil dadurch eine Lähmung des Verlaufs des Ermittlungsverfahrens herbeigeführt würde⁷⁰⁵. Somit sei eine zeitliche Grenze anzusetzen, innerhalb derer der Beschuldigte den Strafverfolgungsversuch nicht hemmen dürfe. Dabei sei eine Sperrfrist von etwa einem Jahr ab Einleitung der Ermittlungen vertretbar⁷⁰⁶. Scheinen weitere Ermittlungen nach der Sicht des Gerichts keine neue Sachverhaltserklärung zu versprechen, sei das Ermittlungsverfahren alsbald abzubrechen⁷⁰⁷.

⁶⁹⁵ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1331.

⁶⁹⁶ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1327; ebenso bejahend LR-StPO/*Graalmaan-Scheerer*, § 170, Rn. 13.

⁶⁹⁷ Die prozessualen Rechte des Verletzten werden dadurch nicht beschränkt, da der Verletzte nach der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft nach §§ 172 ff. StPO anfechtbar sei, vgl. *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1330.

⁶⁹⁸ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1326.

⁶⁹⁹ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1330.

⁷⁰⁰ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1329 f.

⁷⁰¹ *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1331.

⁷⁰² *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1328 f.

⁷⁰³ *Satzger*, Gutachten, 65. DJT, S. C 80.

⁷⁰⁴ *Satzger*, Gutachten, 65. DJT, S. C 84 f.

⁷⁰⁵ *Satzger*, Gutachten, 65. DJT, S. C 83.

⁷⁰⁶ *Satzger*, Gutachten, 65. DJT, S. C 84.

⁷⁰⁷ *Satzger*, Gutachten, 65. DJT, S. C 84.

b) Gesetzliche Lage in Österreich

Die österreichische StPO bietet bereits ein Verfahren für die Einstellung des Ermittlungsverfahrens auf Antrag des Beschuldigten in § 108 öStPO, der am 1.1.2008 in Kraft trat⁷⁰⁸:

„Antrag auf Einstellung

§ 108. (1) Das Gericht hat das Ermittlungsverfahren auf Antrag des Beschuldigten einzustellen, wenn

1. auf Grund der Anzeige oder der vorliegenden Ermittlungsergebnisse feststeht, dass die dem Ermittlungsverfahren zu Grunde liegende Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht oder die weitere Verfolgung des Beschuldigten sonst aus rechtlichen Gründen unzulässig ist, oder

2. der bestehende Tatverdacht nach Dringlichkeit und Gewicht sowie im Hinblick auf die bisherige Dauer und den Umfang des Ermittlungsverfahrens dessen Fortsetzung nicht rechtfertigt und von einer weiteren Klärung des Sachverhalts eine Intensivierung des Verdachts nicht zu erwarten ist.

(2) Der Antrag ist bei der Staatsanwaltschaft einzubringen. Ein Antrag auf Einstellung gemäß Abs. 1 Z 2 darf frühestens drei Monate, wird dem Beschuldigten jedoch ein Verbrechen zur Last gelegt, sechs Monate ab Beginn des Strafverfahrens eingebracht werden. Die Staatsanwaltschaft hat das Verfahren einzustellen (§§ 190, 191) oder den Antrag längstens binnen vier Wochen mit einer allfälligen Stellungnahme an das Gericht weiterzuleiten. § 106 Abs. 5 letzter Satz gilt sinngemäß.

(3) Das Gericht hat den Antrag als unzulässig zurückzuweisen, wenn er nicht vom Beschuldigten oder vor Ablauf der im Abs. 2 erwähnten Fristen eingebracht wurde, und im Übrigen in der Sache zu entscheiden.

(4) Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Beschluss auf Einstellung des Verfahrens hat aufschiebende Wirkung“.

Der Grundgedanke dieser Vorschrift ist, dass der Beschuldigte durch ein ohne genügende Gründe weitergeführtes Ermittlungsverfahren in der Regel benachteiligt wird. Beispielhaft zu nennen ist eine dienstliche Suspendierung während des betreffenden Verfahrens oder ein schlechtes Ansehen in der sozialen Umgebung⁷⁰⁹.

Die in § 108 I öStPO vorgesehenen Gründe können als konkrete Maßstäbe zur Beurteilung der „Einstellungsreife“ herangezogen werden⁷¹⁰. Das Gericht muss daher zur Annahme einer vorzeitigen Verfahrenseinstellung diese Gründe ins Auge fassen. Aufgrund der bisherigen Ermittlungsergebnisse muss das Gericht es als gewiss ansehen, dass eine weitere Verfolgung rechtlich entbehrlich wäre. Dafür reicht es nicht aus, dass ein Freispruch in der Hauptverhandlung bloß zu erwarten ist⁷¹¹. Im Übrigen stellt eine lange Überlegung der Staatsanwaltschaft

⁷⁰⁸ Auf die Vorschrift hinweisend *Moos*, Jung-FS, S. 593; *Böttcher*, Dahs-FS, S. 244 f.; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 374 f.; *Satzger*, Gutachten, 65. DJT, S. C 85.

⁷⁰⁹ *Seiler*, Strafprozessrecht, Rn. 656; *Böttcher*, Dahs-FS, S. 245.

⁷¹⁰ Hierzu *Satzger*, Gutachten, 65. DJT, S. C 85.

⁷¹¹ *Seiler*, Strafprozessrecht, Rn. 657.

über das „Ob“ der Anklageerhebung keinen Einstellungsgrund aus § 108 I öStPO dar; vielmehr gilt dafür lediglich § 106 I öStPO, wonach jeder Person das Recht zusteht, Einspruch einzulegen, wenn sie im Ermittlungsverfahren etwa durch eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme durch die Staatsanwaltschaft in ihrem subjektiven Recht verletzt wurde⁷¹².

Während das Gericht im Falle des § 195 I öStPO – parallel zum Klageerzwingungsverfahren – auf Antrag des Opfers die Staatsanwaltschaft zur Fortführung eines bereits eingestellten Ermittlungsverfahrens nur veranlassen kann⁷¹³, beschließt es beim Einstellungserzwingungsverfahren an Stelle der Staatsanwaltschaft die Einstellung selbst. Obgleich der Richter hierbei keine Verfahrensherrschaft hat, bejahte der Gesetzgeber eine solche gerichtliche Verfahrensbeendigung zugunsten des Beschuldigten⁷¹⁴.

3. Bewertung

a) Die Bedeutung und Problematik des Einstellungserzwingungsverfahrens

In der Tat gewinnt das Einstellungserzwingungsverfahren eine eigenständige Relevanz lediglich im Laufe eines Ermittlungsverfahrens. Denn sein Ziel liegt in der Erreichung einer sofortigen Verfahrensbeendigung gegen den Willen der Staatsanwaltschaft, die Ermittlung fortzuführen und ggf. Anklage zu erheben.

Nach geltendem Recht steht dem Beschuldigten dieses Recht aber nicht zu: Zwar ist in § 153a I 1 StPO ein Zustimmungserfordernis des Beschuldigten⁷¹⁵ bei der Einstellung geregelt; er kann durch seine Anregung zur Anwendung dieser Vorschrift⁷¹⁶ im Hinblick auf den Gang des Verfahrens seine Meinung äußern. Dennoch stellt seine Zustimmung oder Anregung vor der Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft kein effektives Schutzmittel dar, weil dabei allein der Staatsanwaltschaft die Befugnis der Entscheidung über die Nichteinstellung zusteht. Der Beschuldigte kann zwar mit seinem Einverständnis eine „Einstellung“ beeinflussen⁷¹⁷. Dies führt allerdings nicht umgekehrt dazu, dass die Versagung seiner Zustimmung eine „Nichteinstellung“ bedeutet. Über die Nichteinstellung kann die Staatsanwaltschaft folglich bei § 153a I StPO ohne Mitwirkung des Beschuldigten entscheiden, und zwar auch bei §§ 153 I, 153b I StPO. Dasselbe gilt gleichermaßen für die Fälle des § 170 II StPO. Sowohl bei §§ 153, 153a, 153b StPO als auch bei § 170 II StPO stehen dem Beschuldigten gesetzlich keine Rechte zu,

⁷¹² Bertel/Venier, Strafprozessrecht, Rn. 185.

⁷¹³ Ähnlich liegt es bei § 175 StPO, wobei die Durchführung einer gerichtlichen Anordnung der Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft obliegt.

⁷¹⁴ Dazu Moos, Jung-FS, S. 594.

⁷¹⁵ Die Zustimmung ist eine Ausprägung für den Beschuldigten, den an ihn gerichteten rechtlichen Vorwurf abzulehnen und zu vermeiden, vgl. Deiters, ZStW 130 (2018), 491, 509.

⁷¹⁶ Eine solche Anregung ist natürlich gebilligt, vgl. M-G/S/Schmitt, § 153a, Rn. 10.

⁷¹⁷ Trotzdem wird auch dabei dem Beschuldigten kein genügender Schutz gewährt, denn eine Entscheidungsfreiheit ist bei der Zustimmung nicht gegeben; er befindet sich daher *de facto* in einer Nötigungssituation, die seine Zustimmung erzwingt und seine Autonomie vermindert, vgl. näher Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 584, 601.1; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 87; Volk/Engländer, GK StPO, § 12, Rn. 25; M-G/S/Schmitt, § 153a, Rn. 2; SK-StPO/Weßlau/Deiters, § 153a, Rn. 17; Britz/Jung, Meyer-Goßner-FS, S. 315; Deiters, ZStW 130 (2018), 491, 510; Hassemer, Legalität, S. 535; Hüls, Ermittlungstätigkeit, S. 120 f., 146; Isfen, ZStW 125 (2013), 325, 332; Kausch, Richter vor dem Richter, S. 56 f.; Rose, Rechtsschutz, S. 112 ff.; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 61; Stuckenberg, Weßlau-GS, S. 369, 374, 380 ff., 386 f.

von der Staatsanwaltschaft ihre Abschlussentscheidung einzufordern⁷¹⁸. Mangels einer gesetzlichen Grundlage besteht keine Möglichkeit für den Beschuldigten, eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft (§§ 153 I, 153a I, 153b I, 170 II StPO) zu verlangen oder durch gerichtliche Kontrolle (§§ 153 II, 153a II, 153b II StPO) die Staatsanwaltschaft nach Anklageerhebung zur Erteilung der Zustimmung zu einer gerichtlichen Einstellung zu erzwingen, selbst wenn die Anklageerhebung infolge des (evidenten) Vorliegens der Einstellungsvoraussetzungen für missbräuchlich bzw. angemaßt gehalten wird⁷¹⁹.

Damit erscheint einigermaßen sachgerecht, dem Beschuldigten einen frühzeitigen Rechtsschutz auch in diesem Prozessabschnitt zur Verfügung zu stellen. Die Bedeutung des Einstellungserzwingungsverfahrens liegt insofern darin, die Stellungnahme des Beschuldigten zur Erlangung einer Verfahrenseinstellung zu gewährleisten und darauffolgend die Erwidern des Gerichts auf den Anspruch des Beschuldigten in Gestalt einer Nachprüfung der Einstellungsvoraussetzungen gesetzlich zu normieren, und zwar bereits im Ermittlungsverfahren.

Als ein Nachteil könnte es allerdings angesehen werden, dass der Beschuldigte sein Recht auf Rüge missbrauchen und dadurch die Ermittlungstätigkeiten der Anklagebehörde stören könne. Aus diesem Grund sollte dem Beschuldigten die vorgenannte Möglichkeit allerfrühestens ein Jahr nach Beginn der Ermittlung gegen die Fortführung des Ermittlungsverfahrens eingeräumt werden. Allerdings könnten Umstände gegeben sein, in denen sich die Staatsanwaltschaft später zum Zeitpunkt der Abschlussverfügung entschließt, mangels genügenden Tatverdachts bzw. Beweismitteln oder mangels Einstellungsvoraussetzungen aus Opportunität keine öffentliche Klage zu erheben. Wäre dies der Fall, erübrigt sich das Begehren des Beschuldigten nach der frühzeitigen Überprüfung durch das Gericht, weil mit der Beendigung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft das Rechtsschutzbedürfnis endgültig wegfällt.

Dem Gericht würde es ferner schwerfallen, vor dem Abschluss der Ermittlung über die Einstellungsreife des laufenden Verfahrens zu entscheiden. Denn die endgültige Anfertigung und Einreichung der Anklageschrift, die für die Beurteilung des „Ob“ der Verfahrenseinstellung maßgeblich ist, erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt als dem, an dem der Beschuldigte die Verfahrensbeendigung erzwingen wollte. Bis zum „endgültigen“ Abschluss des Ermittlungsverfahrens bleibt sein Rechtsschutzbedürfnis durch das Gericht in der Schwebe⁷²⁰, weil bis dahin dem Gericht keine „abgeschlossenen“ Ergebnisse als Gegenstand zur Beurteilung der Anfechtbarkeit vorgebracht worden sind. Durch die Möglichkeit der Einstellungserzwingung des Beschuldigten im Stadium des Ermittlungsverfahrens würde folglich das Interesse des Beschuldigten dem der Strafverfolgungsorgane in unhaltbarer Weise vorgezogen.

b) Differenzierung zum Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen

Die bisher dargestellten Erkenntnisse besagen natürlich nicht, dass dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren überhaupt keine Rechtsweggarantie zusteht. Vielmehr können die oben

⁷¹⁸ Vgl. *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 123 f.

⁷¹⁹ Ähnlich *Heinrich*, NStZ 1996, 110, 114.

⁷²⁰ Dazu BVerfG NStZ 1985, 228.

ausgeführten Schutzbedürfnisse des Beschuldigten⁷²¹ auch vor der Anklageerhebung gelten⁷²². Aus diesem Grund sind die erhebliche Schlechterstellung sowie die schwerwiegenden Eingriffe in Grundrechte des Beschuldigten auch in diesem Stadium zu berücksichtigen.

Somit sind nach der in der Literatur allgemein anerkannten Auffassung strafprozessuale Zwangsmaßnahmen auch im Ermittlungsverfahren anfechtbar⁷²³: Der Beschuldigte kann aufgrund des Art. 19 IV GG nicht nur gegen die Anordnung, sondern auch gegen die Art und Weise der Durchführung andauernder Zwangsmaßnahmen durch die Staatsanwaltschaft oder Polizei vorgehen. Seine Grundrechtseingriffe etwa in die Freiheit (z.B. Festnahme), die körperliche Unversehrtheit (z.B. Blutprobenentnahme) oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (z.B. Online-Durchsuchung) sind durch die direkte (bei Beschlagnahme) oder analoge (bei sonstigen Maßnahmen) Anwendung des § 98 II 2 StPO auszugleichen. Darüber hinaus erstreckt sich der Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG auf die bereits erledigten Zwangsmaßnahmen. Bei den in § 101 I StPO aufgezählten, verdeckten Maßnahmen gilt einerseits § 101 VII 2 StPO als eine Sonderregelung, wonach der Beschuldigte „(auch) nach Beendigung der Maßnahme bis zu zwei Wochen nach ihrer Benachrichtigung die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme sowie der Art und Weise ihres Vollzugs beantragen“ kann; der Nachweis eines bestimmten Rechtsschutzinteresses ist dazu nicht nötig. Anders ist die Lage bei den übrigen abgeschlossenen Maßnahmen. Hierbei kann der Beschuldigte nur mit Feststellungsinteressen wie Rehabilitationsinteresse, Wiederholungsfahrer oder tiefgreifende Grundrechtseingriffe in analoger Anwendung des § 98 II 2 StPO die gerichtliche Entscheidung beantragen; auch dies beruht auf dem Gebot des Art. 19 IV GG.

Trotzdem bedarf es einer Abgrenzung der Problematik der Anfechtbarkeit der Nichteinstellung durch die Staatsanwaltschaft von den Eingriffen in die Grundrechte des Betroffenen im Rahmen von Zwangsmaßnahmen durch die Verfolgungsbehörde. Dabei nämlich handelt es sich lediglich um den Fall, dass der durch die „einzelnen“ Zwangsmaßnahmen in seinen Rechten verletzte Beschuldigte einen Antrag auf die Überprüfung von deren Rechtmäßigkeit stellt; er darf dann das Gericht nicht zwingen, das „gesamte“ Verfahren *per se* zu annullieren oder zu beenden. Da die einzelnen Ermittlungstätigkeiten mit den damit verbundenen Zwangsmaßnahmen „unmittelbar“ jene Grundrechtseingriffe herbeiführen können, ist ein Rechtsschutzbedürfnis legitimerweise anzunehmen, während die (bloße) Fortführung der Ermittlung oder die Nichteinstellung – wie bereits gesagt – zu solchen Beeinträchtigungen nur „mittelbar“ bewegt. Daraus folgt, dass die Zubilligung des Rechtsschutzes gegen die Nichteinstellung durch die Staatsanwaltschaft nicht mit einer Anerkennung des Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Zwangsmaßnahmen gleichzusetzen ist.

⁷²¹ Siehe oben I. Teil, B. I. 4.

⁷²² Mit Blick auf eine Verzögerung der Einstellung trotz Einstellungsreife *Füßer/Viertel*, NStZ 1999, 116, 117 f.; *Hilger*, JR 1985, 93, 95 f.; *Rieß*, Roxin-FS, 2001, S. 1325.

⁷²³ Statt aller *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 1811 ff.; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 10, Rn. 75 ff.; zum Vorschlag *de lege ferenda Amelung*, Rechtsschutz, S. 65 ff.; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 19, Rn. 25 f.; *Rieß/Thym*, GA 1981, 189, 210 f. Nach der österreichischen StPO ist ein Einspruch des Beschuldigten an das Gericht wegen Verletzung seiner Rechte im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft schon gesetzlich normiert (§§ 106, 107 öStPO).

c) Differenzierung zum Rechtsschutz gegen die verweigerte Zustimmung der Staatsanwaltschaft

Eine vergleichbare Problematik zur Unüberprüfbarkeit staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen durch das Gericht findet sich ebenfalls in der oben genannten Konstellation, in denen die Staatsanwaltschaft mit ihrer Versagung der Zustimmung dem Einstellungsbeschluss des Gerichts gemäß §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO entgegensteht⁷²⁴. Dabei wurde schon erwähnt, dass es mit Art. 19 IV GG nicht kompatibel ist, wenn die gerichtliche Entschließung zur Verfahrensbeendigung an der Staatsanwaltschaft scheitern würde.

Zu behandeln ist freilich die – hier dargestellte – Nichteinstellung, nämlich die „verweigerte Einstellung“ der Staatsanwaltschaft abweichend von der – oben erwähnten – „verweigten Zustimmung“ der Staatsanwaltschaft: Erstere bezieht sich auf das laufende Ermittlungsverfahren, das noch nicht abgeschlossen ist; die Nichteinstellung der Staatsanwaltschaft stellt demgemäß lediglich eine „unselbstständige und vorläufige“ Maßnahme dar, welche keine Rechtsverletzung im Sinne des Art. 19 IV GG rechtfertigt⁷²⁵. Anders steht es im letzteren Fall, der nach der Anklageerhebung liegt, wo die Verfahrensherrschaft schon auf das Gericht übergegangen ist und das Gericht demnach auf Basis der Anklageschrift, der die „endgültige“ Entscheidung der Staatsanwaltschaft über das „Ob“ der Strafverfolgung zugrunde liegt, die einschlägige Sache einschätzen kann. Ab dem Zeitpunkt, in dem das Gericht selbst darüber entscheiden darf, ob die staatsanwaltschaftliche Erwägung rechtmäßig ist und die Einstellungsbedingungen – entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft – vorliegen, ist ein Verstoß gegen die subjektiven Rechte des Beschuldigten im Sinne des Art. 19 IV GG mit Recht anzunehmen, solange die Nachprüfung des Gerichts aus irgendwelchen Gründen unberechtigterweise gehemmt oder begrenzt würde⁷²⁶. Auf Grund dieser zeitlichen Differenz kommt die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art. 19 IV GG zu dem anderslautenden Ergebnis, dass nicht bei „verweigelter Einstellung“ der Staatsanwaltschaft, sondern allein bei ihrer „verweigten Zustimmung“ „nach“ der Anklageerhebung ein Eingriff in Art. 19 IV GG gegenüber dem Beschuldigten gegeben ist⁷²⁷.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist demzufolge daran festzuhalten, dass es für den Beschuldigten keines Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG bedarf, wenn es um die Abschlussverfügungen der Staatsanwalt-

⁷²⁴ Siehe oben I. Teil, B. II. 2. c).

⁷²⁵ Zutreffend ebenso *Terbach*, Einstellungserzwingungsverfahren, S. 53 ff.

⁷²⁶ Zutreffend ebenso *Terbach*, Einstellungserzwingungsverfahren, S. 55 f.

⁷²⁷ Zu beachten ist auch insofern, dass die Zustimmung des Gerichts „vor“ der Anklageerhebung (§§ 153 I, 153a I, 153b I StPO) keine Entscheidung, sondern lediglich eine interne Prozessklärung darstellt, die nicht mit Beschwerde anfechtbar und damit einer gerichtlichen Überprüfung entzogen ist, vgl. BGH NJW 1993, 605, 606; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 632; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 18; *BeckOK-StPO/Beukelmann*, § 153, Rn. 11; *HK-StPO/Gercke*, § 153, Rn. 23; *KK-StPO/Diemer*, § 153, Rn. 19; *KMR-StPO/Kulhanek*, § 153, Rn. 15; *LR-StPO/Mavany*, § 153, Rn. 49; *M-G/S/Schmitt*, § 153, Rn. 11, 34, 35; *SK-StPO/Weßlau/Deiters*, § 153, Rn. 62; *SSW-StPO/Schnabl*, § 153, Rn. 12; *Jostes*, Leistungsstörungen, S. 149 ff. Somit liegt auch hierbei kein Verstoß gegen Art. 19 IV GG vor; zutreffend BVerfG (Kammer) NStZ 2002, 211. Zur Anfechtbarkeit einzelner Verfahrensbeteiligten näher *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 358 ff.

schaft geht. Er kann damit im Rahmen des Ermittlungsverfahrens keine gerichtliche Kontrolle der Nichteinstellung der Staatsanwaltschaft beantragen. Die Einführung des Einstellungserzwingungsverfahrens kommt nicht in Betracht.

Selbst wenn ein solches Verfahren eingeführt würde, bestünden indessen immer noch Probleme bei den Fallgruppen Nr. 3 bis 5 der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“. Denn dem Beschuldigten wäre in diesen Fällen nicht zuzumuten, einen Antrag auf Verfahrenseinstellung bei dem zuständigen Gericht zu stellen, solange man nicht sicher davon ausgehen kann, dass die jeweiligen Fallkonstellationen tatsächlich Verfahrenshindernisse darstellen würden. Denn das Gericht würde den Anspruch des Beschuldigten nur anerkennen, wenn die einschlägige Sache nach geltendem Recht eindeutig einstellungsreif erschiene. Dies wäre aber kaum der Fall⁷²⁸.

e) Erwägenswerte Grundgedanken des Einstellungserzwingungsverfahrens im Interesse des Beschuldigten

Die Etablierung eines Einstellungserzwingungsverfahrens ist deshalb aus den vorgenannten Gründen unnötig. Vielmehr lässt sich aus den bereits gewonnen Erkenntnissen ein beachtenswertes Konzept zur Verbesserung des geltenden Rechts erarbeiten.

Der Beschuldigte kann erstens unmittelbare Einwendungen gegen das rechtswidrig durchgeführte Ermittlungsverfahren vorbringen, um Verletzungen seiner Rechte auszugleichen. Da dem Beschuldigten das Befugnis, sich in jedem Strafverfahren ausreichend zu verteidigen, zukommt, darf er in jedem Verfahren rechtswidrigen sowie missbräuchlichen Tätigkeiten durch Strafverfolgungsbehörden widersprechen⁷²⁹ und deren richterliche Überprüfung beanspruchen.

Zweitens hat der Beschuldigte – mittelbar – die Wahl, durch Einschreiten des Gerichts das ihn belastende Verfahren fortführen oder einstellen zu lassen. Dies bedeutet natürlich nicht, dass er den Gang des Verfahrens nach Belieben bestimmen darf und damit das „Ob“ der Verfahrenserledigung von seiner Meinung abhängig gemacht wird. Vielmehr steht auch hier allein dem Gericht die Entscheidungsbefugnis zu⁷³⁰. Dennoch würde der Umstand, dass das Gericht bei der Entscheidung über das „Ob“ einer einstellungsreifen Sache die Stellungnahme der Betroffenen berücksichtigt und seine Entscheidung begründet, bei den Betroffenen einen positiven Eindruck hinterlassen. Dieser Eindruck führt letztendlich dazu, dass der Beschuldigte das Ergebnis der gerichtlichen Entscheidung eher annimmt, selbst wenn das Gericht seiner Forderung nicht entspricht. Aus diesem Grund wäre es wünschenswert, dem Beschuldigten eine ausdrücklich in der StPO normierte Gelegenheit zu geben, Stellung zur Einstellung oder Fortführung des Verfahrens zu nehmen. Zudem sollte das Gericht verpflichtet werden, im Falle einer ablehnenden Entscheidung diese auch eindeutig zu begründen.

Natürlich stellt sich dann die Frage, welcher Zeitpunkt hierfür angemessen erscheint. Festzuhalten ist, dass ein derartiges Konzept auch im geltenden Recht, d.h. im Zwischenverfahren,

⁷²⁸ Siehe oben 3. Teil, B.

⁷²⁹ Namentlich bei der Verdachtsprüfung hervorhebend *Schlothauer*, Lüderssen-FS, S. 771 f.; ebenfalls *Radtke*, *Schlothauer*-FS, S. 467.

⁷³⁰ Siehe ebenso oben 1. Teil, B. II. 2. d).

verwirklicht werden könne⁷³¹. Es besteht folglich keine Notwendigkeit eines Einstellungserzwingungsverfahrens bereits im Ermittlungsverfahren. Die richterliche Kontrolle lässt sich vielmehr unter Verwendung der – ergänzten bzw. verbesserten – Regelungen der §§ 153 ff., 199 ff. StPO vor der Hauptverhandlung vornehmen. Aus dieser Erwägung folgt, dass ein erhöhter Rechtsschutz für den Beschuldigten (Angeschuldigten) berechtigterweise im Rahmen des Zwischenverfahrens verwirklicht werden sollte.

III. Verbesserung des Zwischenverfahrens

1. Ausgangspunkt

Wie bereits erwähnt, muss man angesichts einer richterlichen Kontrolle der Anklageerhebung in erster Linie darauf abstellen, das schon in der StPO vorgesehene Zwischenverfahren auszunutzen. Das Zwischenverfahren als „Gelenkstelle“ zwischen dem Ermittlungs- und Hauptverfahren⁷³² wird aber bislang wenig beobachtet⁷³³. Infolge der verschwommenen Ausnutzung des Zwischenverfahrens in der Rechtspraxis wird deshalb sogar seine Daseinsberechtigung in Frage gestellt. Im Folgenden wird somit zunächst darauf eingegangen, wie diese Frage historisch diskutiert wurde⁷³⁴.

2. Auseinandersetzung mit dem Wesen des Zwischenverfahrens

a) Kritik am Zwischenverfahren

(1) In der Praxis wird das Zwischenverfahren zunächst wegen der minimalen Quote der gerichtlichen Nichtzulassung der Anklage kritisiert. Das Gericht beschließt in 99 Prozent aller Fälle die Eröffnung des Hauptverfahrens⁷³⁵. Diese Statistik zeigt deutlich die mangelnde Effektivität des Zwischenverfahrens.

Interpretiert man diesen Umstand positiv, mag der Grund in der gründlichen Ermittlung der Anklagebehörde liegen, die dazu führt, dass bei fast allen Sachen auch der Richter nach seiner Einschätzung die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung annimmt⁷³⁶. Will man dagegen die negative Seite hervorheben, könnte man meinen, dass dies daran liegt, dass sich der Richter an der Auffassung der Staatsanwaltschaft orientiert und die Aktenlage nur noch oberflächlich

⁷³¹ Zutreffend BVerfG NStZ 2004, 447, wonach der umfassende Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 IV GG im gerichtlichen Zwischenverfahren (und auch im Hauptverfahren) erreicht werden könne; ebenso LR-StPO/*Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 11; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 33; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 69, 159; *Hofer*, Zukunft, S. 20; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 132 f.; vornehmlich bei Opportunitätsvorschriften befürwortend *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 178.

⁷³² *Vormbaum*, ZIS 2015, 328.

⁷³³ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 94 f.; *Mavany*, JA 2015, 488.

⁷³⁴ Zur übersichtlichen Darstellung LR-StPO/*Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 15-17.

⁷³⁵ Zu den statistischen Hinweisen *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 621, Fn. 34; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 172; HK-StPO/*Julius/Schmidt*, § 204, Rn. 2; LR-StPO/*Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 13; SK-StPO/*Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 19; SSW-StPO/*Rosenau*, § 199, Rn. 3; *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 113; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 74; *Hofer*, Zukunft, S. 28; *Leipold*, Schlothauer-FS, S. 346; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 163 ff.; *Traut/Nickolaus*, StraFo 2012, 51, 52.

⁷³⁶ *Deutscher Richterbund*, DRiZ 1963, 115, 116; *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 120.

bzw. schematisch prüft⁷³⁷. Sowohl die erhebliche Arbeitsbelastung des Richters⁷³⁸ als auch das (vage) Vertrauen des Richters darin, dass die Strafverfolgungsorgane das Ergebnis der Ermittlungen bereits ausreichend geprüft hätten, könnten Grund dafür sein⁷³⁹. Zudem würde das Gericht in Zweifelsfällen eher die Eröffnung des Hauptverfahrens bevorzugen, weil der gerichtliche Eröffnungsbeschluss nach geltendem Recht nicht anfechtbar ist (§ 210 I StPO) und eine aufwändige Begründung wie bei der Ablehnung der Eröffnung (§ 204 I StPO) entfällt⁷⁴⁰. Die Ablehnung der Eröffnung ist durch die Staatsanwaltschaft anfechtbar (§ 210 II Fall 1 StPO) und muss begründet werden.

Des Weiteren können dafür Konstellationen verantwortlich sein, in denen das Gericht im Zwischenverfahren auch aus Opportunitätsgründen das Verfahren einstellt⁷⁴¹ oder die Staatsanwaltschaft zur Umgehung einer gerichtlichen Nichteröffnung die Anklage zurücknimmt⁷⁴². Überdies spielt auch zurückhaltendes Verhalten des Angeschuldigten sowie des Verteidigers im Zwischenverfahren für die „Deaktivierung“ des Zwischenverfahrens eine Rolle; dabei besteht nämlich die Besorgnis, dass der Angeschuldigte und sein Verteidiger aus taktischen Gründen nicht alle Entlastungsbeweise im Stadium des Zwischenverfahrens vorbringen können, weil sich dies im Falle des Scheiterns für den Angeschuldigten in der Hauptverhandlung nachteilig auswirken könnte⁷⁴³.

Jedenfalls lässt diese Rechtspraxis – gleichgültig, ob ein tatsächlicher Nachweis für die Ineffizienz des Zwischenverfahrens vorliegt⁷⁴⁴ – bei allen Verfahrensbeteiligten den negativen Eindruck entstehen, dass das Zwischenverfahren im gesamten Verfahrensgang nur eine untergeordnete Rolle spiele und die aktive Teilnahme an solchem Verfahrensabschnitt damit nutzlos sei.

(2) Andererseits liegt ein weiterer und entscheidender Kritikpunkt in der Gefahr der Voreingenommenheit des Richters, der beim Zwischenverfahren mitgewirkt hat. Dies ergibt sich vor allem aus der gegenwärtigen Struktur des Strafprozesses, dass „das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht“ über die Eröffnung entscheidet (§ 199 I StPO). Somit kann ein Richter, der im vorangegangenen Zwischenverfahren eine Verurteilungswahrscheinlichkeit gegen den Angeschuldigten angenommen hat, weiterhin in der Hauptverhandlung tätig sein. Dieses Verfahren kann also bei dem Angeschuldigten den Eindruck erwecken, dass der Richter mit ei-

⁷³⁷ *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 71; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 3 f.; *Hofer*, Zukunft, S. 33; *Leipold*, Schlothauer-FS, S. 347; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 67; *Schünemann*, StV 2000, 159, 163; LR-StPO/*Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 16; SK-StPO/*Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 7b.

⁷³⁸ *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 72.

⁷³⁹ *Schünemann*, StV 2000, 159, 162; *Traut/Nickolaus*, StraFo 2012, 51, 54.

⁷⁴⁰ *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 116; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 73; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 140 f.; *Hofer*, Zukunft, S. 33; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 332; ähnlich auch *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 68; M-G/S/*Schmitt*, Vor § 198, Rn. 2.

⁷⁴¹ SSW-StPO/*Rosenau*, § 199, Rn. 3; *Mavany*, JA 2015, 488, 489; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 329; auch *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 675, der diese Möglichkeit als „bequem erscheinende Ersatzlösung“ beschreibt.

⁷⁴² Dazu *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 141 f.; *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 76.

⁷⁴³ *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 675; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 164; *Hofer*, Zukunft, S. 33; SK-StPO/*Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 17a.

⁷⁴⁴ Auch *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 69 verneint zwar den Nachweis der Ineffizienz, nimmt aber gleichzeitig Reformbedürfnis an.

nem „Vorurteil“ über seine Schuld in die Hauptverhandlung geht⁷⁴⁵.

Diese Personenidentität des Richters im Zwischen- und Hauptverfahren lässt ferner Zweifel am Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 I 1 EMRK aufkommen. Nach der Rechtsprechung des EGMR richte sich die Frage des „Ob“ der Befangenheit des Richters nach den Umständen des Einzelfalls, so dass allein die richterliche Beteiligung an einem Frühstadium des Verfahrens (*pre-trial decision*) keine berechtigten Zweifel hinsichtlich seiner Voreingenommenheit herbeiführe. Maßgeblich sei vielmehr, welche Inhalte bei der „Vorentscheidung“ in Betracht kommen würden⁷⁴⁶. Die Vorbefassung des Richters des erkennenden Gerichts zu einem früheren Zeitpunkt des Verfahrens sei folglich nur inkompatibel mit den Vorgaben des Art. 6 I 1 EMRK, wenn besondere Umstände bestehen würden. Dies ist namentlich der Fall, wenn die vom Richter geprüften Gegenstände keine anderen sind als die später zu beurteilenden⁷⁴⁷. Damit das Gericht im Zwischenverfahren den Eröffnungsbeschluss erlässt, hat es das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts und damit die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung in der nachfolgenden Hauptverhandlung zu bejahen. Daraus folgt, dass der eröffnende Richter die gleichen Fragen oder Gegenstände prüft, mit denen sich der erkennende Richter ebenso in der Hauptverhandlung zur Feststellung der Verurteilung befasst⁷⁴⁸.

Dagegen kann man ggf. einwenden, dass die richterliche Prüfung im Zwischenverfahren nur auf der vorläufigen Prognose des hinreichenden Tatverdachts beruhe, während im Hauptverfahren die Überzeugung des Richters für die Verurteilung erforderlich sei. Ausgehend von der Beschränkung auf die „vorläufige“ Verdachtsprüfung im Zwischenverfahren sowie dem unterschiedlichen Grad des subjektiven Elementes scheint das BVerfG in seiner Rechtsprechung⁷⁴⁹ im Vertrauen auf die Fähigkeit des Richters grundsätzlich zu unterstellen, dass dieser im Zwischenverfahren nicht befangen sei⁷⁵⁰. Ferner wird eingewendet, dass der Richter auch beim Erlass eines Haftbefehls eine solche vorläufige Entscheidung treffe, was aber nicht stets zu seiner Befangenheit führe⁷⁵¹.

Jedoch liegt der entscheidende Punkt in der Vergleichbarkeit der Prüfungspunkte bzw. -gegenstände des Zwischenverfahrens und der Hauptverhandlung⁷⁵². Gerichtliche Beweiserhebungen erfolgen ebenso im Zwischenverfahren (§§ 201, 202 StPO) wie in der Hauptverhandlung. Der Richter, der sich für die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden hat, ist folglich

⁷⁴⁵ E. Schmidt, Lehrkommentar, Rn. 161, Fn. 285; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 352; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 622; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 3; LR-StPO/Stuckenberg, Vor § 198, Rn. 16; SK-StPO/Paeffgen, Vor § 198, Rn. 12; Dengler, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 117; Ernst, Zwischenverfahren, S. 88 ff.; Hofer, Zukunft, S. 30; Albrecht, ZIS 2012, 163, 166; Traut/Nickolaus, StraFo 2012, 51, 57; Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 285; Wohlers, Roxin-FS, 2011, S. 1314; einschränkend Loritz, Kritische Betrachtungen, S. 56 f., der zwar davon ausgeht, dass die derzeitige Form des Zwischenverfahrens nicht *per se* zu befangenen Richtern führe, aber solche Bedenken im Einzelfall wohl vorliegen könnten.

⁷⁴⁶ Zu den Rechtsprechungen Wohlers, Roxin-FS, 2011, S. 1319.

⁷⁴⁷ Vgl. Wohlers, Roxin-FS, 2011, S. 1320.

⁷⁴⁸ Wohlers, Roxin-FS, 2011, S. 1323 f., 1327.

⁷⁴⁹ BVerfG NJW 1971, 1029.

⁷⁵⁰ Vgl. Ernst, Zwischenverfahren, S. 103; Salditt, I. Roxin-FS, S. 688; der Ansicht beipflichtend Deutscher Richterbund, DRiZ 1963, 115, 116.

⁷⁵¹ Vgl. SK-StPO/Paeffgen, Vor § 198, Rn. 9.

⁷⁵² Isfen, ZStW 125 (2013), 325, 328.

wie in der Hauptverhandlung zum Zwecke der Bestätigung der (Prognose der) Verurteilung tätig. Daraus ergibt sich, dass in der Tat die Verdachtsprüfung im Zwischenverfahren angesichts der Struktur des gesamten Verfahrens bzw. seitens des Angeschuldigten einer Schuldfeststellung im Hauptverfahren gleichkommt⁷⁵³. Denn es geht nicht um einen tatsächlichen Nachweis über die Befangenheit des Richters, der am Erlass des Eröffnungsbeschlusses mitgewirkt hat, sondern um Zweifel an seiner Unparteilichkeit „aus Sicht des Angeschuldigten bzw. eines objektiven Dritten“⁷⁵⁴. Hier gibt es also keinen Unterschied zwischen den – den Angeschuldigten belastenden – richterlichen Beurteilungen im Zwischen- und Hauptverfahren. Zudem ist die gerichtliche Entscheidung im Zwischenverfahren nicht gänzlich mit dem Erlass eines Haftbefehls vergleichbar, denn es geht bei Ersterem um die gerichtliche Prüfung aufgrund der Anklageschrift, die vom Abschluss der Ermittlung ausgeht, während bei Letzterem die Ermittlung noch nicht beendet ist und damit deren Ergebnis noch nicht feststeht.

Natürlich wollten Richter aufgrund ihrer Professionalität diese Besorgnis als „allgemeines Misstrauen“ abwerten⁷⁵⁵. Teilweise wird überdies vertreten, dass das Problem durch sorgfältige Fortbildungen gelöst werden könne, die dazu beitragen soll, dass mehr Berufsrichter diese Gefahr vor Augen haben würden⁷⁵⁶. Das Vertrauen in die Sachkompetenz der Richter scheint auf den ersten Blick nachvollziehbar, die Befürchtung eines unfairen Verfahrens sowie die – häufig unbewusst erfolgende⁷⁵⁷ – psychologische Vorbelastung sind aber allein mit solch theoretischen Mitteln nicht auszuräumen. Der Befund wurde inzwischen durch empirische Untersuchungen unter Zugrundelegung einer psychologischen Perspektive belegt. Die teilweise computergestützt durchgeführten Simulationsexperimente gingen von der „Theorie der kognitiven Dissonanz“ aus. Danach suchen Menschen bei ihren konsekutiven Entscheidungen nach widerspruchsfreien Beziehungen zwischen ihrem Wissen und ihrer Ansicht, so dass sie beim Auftreten einer ihrem Wissen zuwiderlaufenden Dissonanz diese beseitigen wollen. Daraus folgt, dass Informationen, die mit einer bereits einmal als richtig gesehenen Hypothese vereinbar sind, „systematisch überschätzt“ werden, während Informationen, die der vorherigen Entscheidung widersprechen, „systematisch unterschätzt“ werden. Dies wird als „Inertia- oder Perseveranz -Effekt“ genannt⁷⁵⁸. Mit der Grundidee der Theorie deckten sich im Wesentlichen die Ergebnisse der Experimente, wonach Richter als Probanden dazu neigten, an einem aus den Ermittlungsakten kommenden, einmal geformten Tatbild weiter festzuhalten, dissonante Informationen weniger zu akzeptieren und im Zweifel neue Informationen in Richtung auf eine Selbstbestätigung der vorherigen Hypothesen zu verarbeiten⁷⁵⁹. Eine solche Neigung

⁷⁵³ Zustimmend *Isfen*, ZStW 125 (2013), 325, 329; *Wohlers*, Roxin-FS, 2011, S. 1327.

⁷⁵⁴ EGMR, *Kristiansen vs. Norwegen*, Urt. v. 17.12.2015, §§ 47 ff.; BGHSt 24, 335, 336; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 116, 118; *Wohlers*, Roxin-FS, 2011, S. 1317; LR-StPO/*Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 21.

⁷⁵⁵ *Deutscher Richterbund*, DRiZ 1963, 115 f.; so auch vgl. *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 105 f.; *Mavany*, JA 2015, 488, 490; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 330.

⁷⁵⁶ *Gössel*, Meyer-Goßner-FS, S. 190.

⁷⁵⁷ *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 172.

⁷⁵⁸ Dazu *Schünemann*, StV 2000, 159, 160; ebenso *Bandilla/Hassemer*, StV 1989, 551, 552 f.; *Albrecht*, ZIS 2012, 163, 166 f.; *Gössel*, Meyer-Goßner-FS, S. 188 f.; *Hofer*, Zukunft, S. 31; *Mavany*, JA 2015, 488, 489; *Traut/Nickolaus*, StraFo 2012, 51, 54; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1, Rn. 16; KMR-StPO/*Seidl*, Vor § 198, Rn. 10 f.; LR-StPO/*Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 20; SK-StPO/*Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 13; zu den weiteren entsprechenden Erkenntnissen *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 94 ff., 120 ff.

⁷⁵⁹ *Schünemann*, StV 2000, 159, 163, 165.

wird auch auf den anfangs angesprochenen Begriff „Vorverständnis“⁷⁶⁰ gestützt; Richter können sich nämlich von Natur aus („aus anthropologischen Gründen“) von ihrem Vorverständnis nicht entfernen, so dass sie die echte Wirklichkeit („objektive Wahrheit“) kaum erreichen und lediglich mit den in ihrer Hand liegenden Informationen die Wahrheitsfindung unternehmen können⁷⁶¹. Es kann daher für den Eröffnungsrichter eine „psychologische Überforderung“ darstellen, die im Zwischenverfahren erlangten Erkenntnisse aus seinem Gedächtnis völlig zu beseitigen⁷⁶². Zugleich kann dies faktisch zu einer „institutionellen Gefährdung der Unschuldsvermutung“ führen, die in Art. 6 II EMRK verankert ist⁷⁶³.

b) Fokus auf den Zweck des Zwischenverfahrens

Trotz der dargelegten Bedenken behält die gegenwärtige deutsche StPO das Zwischenverfahren als ein Instrument für den Übergang vom Ermittlungsverfahren zum Hauptverfahren bei. Denn das Zwischenverfahren spielt im Hinblick auf den Verlauf des gesamten Verfahrens verschiedene wichtige Rollen:

(1) Wie bereits mehrmals erwähnt, dient das Zwischenverfahren zuerst vor allem der gerichtlichen Überprüfung der rechtswidrigen bzw. missbräuchlichen Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft, welche wiederum eine frühzeitige Fehlerkontrolle ermöglicht. Angesichts der Nachteile für den Angeschuldigten (Beschuldigten) im Falle einer öffentlich durchgeführten Hauptverhandlung⁷⁶⁴ kommt ihm die Abwendung eines unnötigen bzw. ungerechtfertigten Hauptverfahrens zugute. Seine psychische bzw. soziale Belastung infolge des Grundsatzes der Öffentlichkeit (§ 169 GVG) lässt sich also verringern – nicht zuletzt, wenn nach der Prüfung in der Hauptverhandlung eine Verfahrenseinstellung oder sogar ein Freispruch nahe liegt⁷⁶⁵. Diese gerichtliche Aufgabe wird daher häufig als „negative Kontrollfunktion“⁷⁶⁶, „Filterfunktion“⁷⁶⁷ oder „Garantiefunktion“⁷⁶⁸ bezeichnet. Teilweise wird sie auch „Verdachtskontrolle“⁷⁶⁹ genannt, um den Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung deutlich aufzuzeigen. Dadurch kann der Schutz des Angeschuldigten vor ungerechtfertigten Hauptverhandlungen oder unrichtigen Anklagen bereits im Frühstadium garantiert werden⁷⁷⁰. Letztendlich verhindert

⁷⁶⁰ Dazu *Hassemer*, Warum Strafe sein muss, S. 189 ff.

⁷⁶¹ Auf dieser Linie *SK-StPO/Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 14.

⁷⁶² *Gössel*, Meyer-Goßner-FS, S. 206; ebenso *Foertsch*, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 25.

⁷⁶³ *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 622.1; ebenfalls *LR-StPO/Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 20; *SK-StPO/Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 17; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 66; *Mavany*, JA 2015, 488, 489; *Traut/Nickolaus*, StraFo 2012, 51, 54; a.A. *BVerfG NJW* 1990, 2741; *Wohlers*, Roxin-FS, 2011, S. 1314. Zu einer näheren Auseinandersetzung mit der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 58 ff.

⁷⁶⁴ Siehe oben I. Teil, B. I. 4.

⁷⁶⁵ *Koch*, StV 2002, 222, 223; *Schäpe*, Mangelhaftigkeit, S. 119.

⁷⁶⁶ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 2; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 70; *Linden*, Referat, 60. DJT, S. M 43; *Salditt*, I. Roxin-FS, S. 687; *Schäpe*, Mangelhaftigkeit, S. 119; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328.

⁷⁶⁷ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 93; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 16, Rn. 2; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 538; *LR-StPO/Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 12; *M-G/S/Schmitt*, Vor § 198, Rn. 1; *SK-StPO/Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 5; *SSW-StPO/Rosenau*, § 199, Rn. 4; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 126; *Koch*, StV 2002, 222, 223; *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 76; *Salditt*, I. Roxin-FS, S. 687; *Schäpe*, Mangelhaftigkeit, S. 119.

⁷⁶⁸ *Foertsch*, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 14.

⁷⁶⁹ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 57; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 114.

⁷⁷⁰ *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 363.

dies, dass der Angeschuldigte zu einem bloßen Objekt des Strafverfahrens degradiert und damit sein Persönlichkeitsrecht (Art. 1 I, 2 I GG) beeinträchtigt wird⁷⁷¹. Das Zwischenverfahren ist somit eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) und der Notwendigkeit eines dazu verpflichteten, staatlichen Handelns⁷⁷². Da nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein staatlicher Eingriff in die Rechte der Bürger auf das erforderliche Maß begrenzt werden muss, muss auch bezüglich der rechtswidrigen Anklageerhebung dem Angeschuldigten eine frühzeitige Schutzmöglichkeit zur Verfügung stehen, damit er möglichst wenig belastet würde⁷⁷³. Das Zwischenverfahren dient auf diese Weise der Realisierung dieses Gedankens.

Auch seitens der Justiz erscheint das Zwischenverfahren hilfreich. Die dadurch ermöglichte Vermeidung einer unnötigen bzw. überflüssigen Hauptverhandlung bewirkt zugleich Justizentlastung oder Ressourcenschonung⁷⁷⁴, indem personelle und finanzielle Mittel sowie die unnötige Inanspruchnahme von Beweisen wie etwa Zeugen oder Sachverständigen eingespart werden können⁷⁷⁵. Die (auf einer gründlichen Prüfung basierende) Nichtzulassung der Eröffnung führt zur Verminderung der gerichtlichen Arbeitsbelastung, d.h. dort ist ein erheblich weniger Aufwand zu erwarten als bei der Durchführung des Hauptverfahrens⁷⁷⁶. Das Zwischenverfahren leistet folglich einen Beitrag zum Schutz der Justiz vor ungerechtfertigten Verfahren⁷⁷⁷ – insofern ist die Funktion des Zwischenverfahrens keine andere als die der Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft.

Zudem wird im Zwischenverfahren ein Recht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 I GG gewährleistet⁷⁷⁸. Die gesetzliche Grundlage findet sich in § 201 StPO. Da dem Angeschuldigten die Art und der Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung bekannt zu machen sind (Art. 6 III lit. a EMRK), ist die Information über den Anklagevorwurf sowie die ihn begründenden Ergebnisse der Ermittlung auch im Rahmen des Zwischenverfahrens unverzüglich mitzuteilen. Eine solche Mitteilung erfolgt zwar bereits im Ermittlungsverfahren. Da diese Informationen allerdings erst nach dem Zeitpunkt der Anklageerhebung, wo die Ermittlungen (vollständig) abgeschlossen sind, klarer sind⁷⁷⁹, wird die Mitteilung in dieser Phase für hoch-

⁷⁷¹ Gössel, Meyer-Goßner-FS, S. 192.

⁷⁷² KMR-StPO/Seidl, Vor § 198, Rn. 1; Dengler, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 112.

⁷⁷³ Ernst, Zwischenverfahren, S. 20.

⁷⁷⁴ BMJV, Bericht der Expertenkommission, S. 94; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 16, Rn. 2; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 539; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 171; Dengler, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 111; Ernst, Zwischenverfahren, S. 21; Foertsch, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 22; Leipold, Schlothauer-FS, S. 348 f.

⁷⁷⁵ Loritz, Kritische Betrachtungen, S. 45 f.; Schäpe, Mangelhaftigkeit, S. 119; KMR-StPO/Seidl, Vor § 198, Rn. 1.

⁷⁷⁶ Heghmanns, Zwischenverfahren, S. 71.

⁷⁷⁷ Mavany, JA 2015, 488, 489.

⁷⁷⁸ BMJV, Bericht der Expertenkommission, S. 94; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 16, Rn. 3; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 621; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 173; BeckOK-StPO/Ritscher, § 201, Rn. 1; HK-StPO/Julius/Schmidt, § 201, Rn. 1; KK-StPO/Schneider, § 201, Rn. 1; KMR-StPO/Seidl, § 201, Rn. 1; LR-StPO/Stuckenberg, Vor § 198, Rn. 10; § 201, Rn. 1; M-G/S/Schmitt, § 201, Rn. 1; MüKo-StPO/Wenske, § 201, Rn. 2; SK-StPO/Paeffgen, Vor § 198, Rn. 5; SSW-StPO/Rosenau, § 199, Rn. 2; Foertsch, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 23, 69, 100; Hofer, Zukunft, S. 21; Loritz, Kritische Betrachtungen, S. 46; Mavany, JA 2015, 488, 491.

⁷⁷⁹ Auf dieser Linie Heghmanns, Zwischenverfahren, S. 123.

wertiger gehalten. Mithilfe dieser Methode kann das Zwischenverfahren der Stärkung der Beteiligungsrechte des Angeschuldigten dienen⁷⁸⁰, welche zur gerichtlichen Feststellung des „Ob“ der Eröffnung des Hauptverfahrens von Bedeutung sind⁷⁸¹.

Das Recht auf rechtliches Gehör des Angeschuldigten wird ferner in diesem Stadium u.a. bei notwendiger Verteidigung durch einen Pflichtverteidiger verbessert (§ 141 II 1 Nr. 4 StPO)⁷⁸². Da dem Verteidiger ein uneingeschränktes Einsichtsrecht in die Ermittlungsergebnisse eingeräumt wird (§ 147 II i.V.m. § 169a StPO), kann er sich in Kenntnis aller Ermittlungsergebnisse auf die Verteidigung vorbereiten⁷⁸³. Die (durch die Regelung stets) gesteigerte Einflussmöglichkeit des Verteidigers auf die gerichtliche Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist vorteilhaft für den Angeschuldigten, denn die Aktivitäten des Verteidigers richten sich in der Regel auf eine ihn entlastende Nichteröffnung des Hauptverfahrens. Diese Vorteile überwiegen die mit der frühzeitigen Bekanntgabe seiner Verteidigungsstrategien verbundenen Nachteilen, nämlich einen möglichen Kenntnisvorsprung der seinem Mandanten gegenüberstehende Strafverfolgungsbehörde in der Hauptverhandlung⁷⁸⁴. Darüber hinaus kann seine aktive Verteidigung in diesem Stadium ggf. zu einem zeitlichen Aufschub führen, der mit der Verbesserung der Beweislage bzw. Verminderung des Anklagevorwurfs für den Angeschuldigten einhergeht, selbst wenn der Eröffnungsbeschluss zu erwarten ist⁷⁸⁵.

Daneben wird zusätzlich eine umfassende Prüfung der Zuständigkeit des erkennenden Gerichts vor Beginn der Hauptverhandlung ermöglicht (§§ 6, 6a, 16, 209, 209a StPO)⁷⁸⁶. Dies deckt sich mit einem verfassungsrechtlichen Gebot, d.h. dem Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 I 2 GG⁷⁸⁷. Diese vorzeitige Überprüfung verhindert eine nachträgliche Verschiebung der Zuständigkeit und damit verbundene doppelte Arbeit. Schließlich wird frühzeitige Gewährung der Rechtssicherheit erreicht⁷⁸⁸.

(2) Die bisher genannten Vorzüge des Zwischenverfahrens gehen grundsätzlich von einer Nichtzulassung der Eröffnung des Hauptverfahrens aus. Überdies fungiert das Zwischenverfahren aber auch bei einem Eröffnungsbeschluss als Mittel zur Vorbereitung auf die kommende Hauptverhandlung⁷⁸⁹. Das Gericht kann sich nämlich durch die Überprüfung der Sache bereits vor Beginn der Hauptverhandlung einen Überblick über die Ergebnisse der Ermittlung sowie die wichtigsten Beweise verschaffen. Dies führt zur Verkürzung und Beschleunigung des späteren Hauptverfahrens sowie zur Einsparung erheblicher Kosten⁷⁹⁰. Natürlich ist der Beschleunigungsgrundsatz im ganzen Verlauf des Zwischenverfahrens zu beachten, so dass

⁷⁸⁰ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 56.

⁷⁸¹ Vgl. *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 121.

⁷⁸² *KMR-StPO/Seidl*, Vor § 198, Rn. 1; *SK-StPO/Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 7a.

⁷⁸³ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 94.

⁷⁸⁴ *Leipold*, *NJW-Spezial* 2006, 231, 232.

⁷⁸⁵ *Gubitz*, *JA* 2007, 369.

⁷⁸⁶ *LR-StPO/Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 10; *SK-StPO/Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 5; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 58.

⁷⁸⁷ *SK-StPO/Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 7a.

⁷⁸⁸ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 112.

⁷⁸⁹ *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 112; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 2 f.; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 55, 59 f.

⁷⁹⁰ *Foertsch*, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 23; *Vormbaum*, *ZIS* 2015, 328, 335.

im Falle einer Entscheidungsreife der Eröffnungs- oder Nichteröffnungsbeschluss zeitnah ergehen sollte⁷⁹¹.

c) Bewertung

Grundsätzlich erhält das Zwischenverfahren seine eigene Bedeutung, wenn das laufende Verfahren schon dort im Interesse des Angeschuldigten beendet wird. Geht man somit von der Vermeidung der Eröffnung der Hauptverhandlung aus, so gelangt man notwendigerweise zu der Schlussfolgerung, dass der Schwerpunkt des Zwischenverfahrens in erster Linie auf der „vorzeitigen Beendigung des rechtswidrigen Verfahrens für den Angeschuldigten“ liegt. Zudem muss das Zwischenverfahren die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte ermöglichen, selbst wenn letztendlich die Beendigung des Verfahrens nicht erreicht würde. Der Schutz des Angeschuldigten ist daher als erster Zweck des Zwischenverfahrens zu berücksichtigen⁷⁹². Auf diesen hohen symbolischen Wert des Zwischenverfahrens als Abschirmungsmittel für den Angeschuldigten darf man somit nicht vorschnell verzichten⁷⁹³.

Dieser Wert des Zwischenverfahrens stößt jedoch zunächst – wie oben erwähnt – auf Bedenken wegen seiner mutmaßlichen Ineffizienz. Gegen diese Kritik – fast in 99 Prozent der Fälle werde die Eröffnung zur Hauptverhandlung zugelassen – wird indes eingewendet, dass die Belastung der unschuldigen Angeschuldigten immer berücksichtigt werden muss, selbst wenn dies tatsächlich nur bei 1 Prozent der Fälle der Fall. Zwar lässt sich nicht in Abrede stellen, dass generell die Staatsanwaltschaft nach ihrer sachgemäßen Beurteilung Anklage erhebt und daraufhin der Eröffnungsbeschluss in meisten Fällen ergeht. Nicht vollständig ausgeschlossen werden aber in der Praxis Konstellationen, in denen die Staatsanwaltschaft bewusst – etwa unter Einfluss von politischen Belangen – oder unbewusst – etwa auf der Grundlage einer verkannten Einschätzung des Sachverhalts wegen seiner Komplexität – eine fehlerhafte Anklageerhebung vornimmt. In diesen Fällen darf allein das Schutzbedürfnis des Angeschuldigten infolge der niedrigen Quote der Nichteröffnungsentscheidung nicht unbeachtet bleiben. Vielmehr muss man daraus einen Umkehrschluss ziehen: „Nicht lediglich 1 Prozent, sondern tatsächlich eine nicht unerhebliche Zahl der Angeschuldigten benötigt den Schutz vor rechtswidrigen Verfahren“. Unabhängig von der Gesamtzahl bzw. dem Prozentsatz der Gesamtmenge muss sich das Strafverfahren mithin stets darum bemühen, den Bürgern, ja selbst einem einzigen Bürger, effektive Schutzmittel zu gewähren⁷⁹⁴. Darin besteht das eingangs erwähnte, hauptsächliche Ziel der „Kodifikation des Strafverfahrens“⁷⁹⁵. Lehnt das Gericht daraufhin die Eröffnung der Hauptverhandlung ab, würde eine mögliche Mehrbelastung, welche jedenfalls

⁷⁹¹ KMR-StPO/Seidl, Vor § 198, Rn. 3a; SK-StPO/Paeffgen, Vor § 198, Rn. 21a. Für die Beschleunigung müssen sich auch der Angeschuldigte und Verteidiger darum bemühen, unnötige Einwendungen zu vermeiden und ihre Handlungen sachgerecht abzuwägen, hierzu *Leipold*, Schlothauer-FS, S. 353.

⁷⁹² Zustimmung *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 66; *Koch*, StV 2002, 222, 223; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 335.

⁷⁹³ Mit Recht *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 352; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 622.2; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 3; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 16, Rn. 1; LR-StPO/*Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 18; SK-StPO/*Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 15; *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 343; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 119; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 47.

⁷⁹⁴ Zustimmung *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 76.

⁷⁹⁵ Siehe oben Einleitung, A.

aus der Durchführung des Zwischenverfahrens folgt, nicht als „Schaden“ betrachtet; eine solche Belastung sollte vielmehr – auch seitens der Justiz – als ein dem Schutz des Angeschuldigten dienender Aufwand positiv gewürdigt werden.

Das bisher Gesagte gilt allerdings nur für die Fälle, in denen das Verfahren letztendlich durch die Ablehnung der Eröffnung beendet wird. Im Falle der Eröffnung der Hauptverhandlung werden hingegen die angesprochenen Kritikpunkte wiederum aufgeworfen, nämlich dass einerseits das Interesse der Verfahrensbeschleunigung bzw. Kostensenkung gefährdet werde und andererseits die Befürchtung der Befangenheit des Richters bestehe.

Der erste Kritikpunkt wird zunehmend auch von Befürwortern einer Verbesserung des Zwischenverfahrens dahingehend geltend gemacht, dass vom Zwischenverfahren in erster Linie im Interesse der Verringerung des Aufwands und der dadurch möglichen Ökonomisierung des Hauptverfahrens Gebrauch gemacht werden müsse. Folgende Versuche sind hier als Beispiele zu nennen⁷⁹⁶: Die Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentags 1994, in denen die Ausweitung des Zwischenverfahrens zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung hervorgehoben wurde⁷⁹⁷; ein Gesetzentwurf aus dem Jahre 2013, der der Effektivierung des Zwischenverfahrens zum Ziel gesetzt hat, Kosten zu ersparen⁷⁹⁸; und der Bericht der Expertenkommission, die vom Juli 2014 bis zum September 2015 stattfand. In deren Einleitung findet sich der folgende Satz: „Auch das Zwischenverfahren ist aus Sicht der Expertenkommission ein Verfahrensabschnitt, dessen Stärkung zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen kann“⁷⁹⁹.

All dies zeugt von dem Willen, den Vorrang der Interessen der Verfahrensbeschleunigung vor dem Interesse des Angeschuldigten an der frühzeitigen Entlassung aus dem Verfahren anzuerkennen. Danach könne die Verkürzung des Verfahrens genauso dem Schutz des Angeschuldigten dienen, weil er dadurch unverzüglich Vorkehrungen für seine Verteidigung in der Hauptverhandlung treffen könne.

Dem ist jedoch mit Recht zu widersprechen. Der Terminus „Schutz des Angeschuldigten“ hat verschiedene Bedeutungen. Der durch die Verfahrensbeschleunigung zu erreichende Schutz geht grundsätzlich von der Eröffnung des Hauptverfahrens aus. Bei der Nichteröffnung, welche – wie dargelegt – das Zwischenverfahren als erster zu bezwecken hat, geht es dagegen um den Schutz im Sinne der „vorzeitigen Beendigung des rechtswidrigen Verfahrens für den Angeschuldigten“. Wenn es zu einem Widerstreit zwischen beiden Belangen kommt⁸⁰⁰, muss die Priorität beim letztgenannten Schutz des Angeschuldigten liegen. Denn für den Angeschuldigten kommt die Nichteröffnung immer vor der Eröffnung. Zudem wäre die Beibehaltung des Zwischenverfahrens im gegenwärtigen Rechtssystem entbehrlich, wenn nur auf die Verfahrensbeschleunigung abzustellen wäre. Die Effektivierung des Hauptverfahrens kann auch – nach der gerichtlichen Entschließung zur Eröffnung des Hauptverfahrens – in der Phase

⁷⁹⁶ Vgl. *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 334 f.

⁷⁹⁷ Etwa *Gössel*, Gutachten, 60. DJT, S. C 62; teilweise bejahend *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 73, 81.

⁷⁹⁸ Zu dessen gesetzgeberischen Hintergrund *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 334.

⁷⁹⁹ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 5.

⁸⁰⁰ Hierbei bedarf es ggf. einer Interessenabwägung zwischen den widerstreitenden Prozessmaximen, vgl. *Döling*, Meyer-Goßner-FS, S. 112

der Vorbereitung für die Hauptverhandlung (§§ 212 ff. StPO) erreicht werden, und zwar ohne die Einrichtung des Zwischenverfahrens. Dies zeigt sich daran, dass auch in anderen Ländern wie Korea, in denen kein Zwischenverfahren existiert, die Verfahrensbeschleunigung in der Phase der Vorbereitung für die Hauptverhandlung (etwa §§ 266 ff. kor. StPO) erreicht wird.

Somit ist festzuhalten: Das Zwischenverfahren ist eine wichtige Institution, die grundsätzlich zwecks der Nichteröffnung des Hauptverfahrens dem Schutz des Angeschuldigten, d.h. seiner frühzeitigen Beendigung des Verfahrens, dienen sollte. Wird der Verfahrensbeschleunigung, welche die Eröffnung des Hauptverfahrens voraussetzt und sowohl im Zwischenverfahren als auch in allen sonstigen Verfahrensstadien zu beachten ist, relativer Vorrang gewährt, darf dies aber nicht zur Rechtfertigung der Beeinträchtigung des Interesses des Angeschuldigten benutzt werden, frühzeitig von einem ungerechtfertigten Verfahren befreit sein zu wollen. Die Beschleunigung des Hauptverfahrens sowie die Einsparung von Kosten sind folglich allein als ein positiver Nebeneffekt des Zwischenverfahrens zu bewerten⁸⁰¹.

Noch bleibt freilich der zweite Kritikpunkt, das Bedenken wegen der Voreingenommenheit des Richters. Fokussiert man diesbezüglich nur auf den oben genannten Hauptzweck des Zwischenverfahrens, so scheint die Problematik gewissermaßen entkräftet zu sein, weil auch sie von der Konstellation der Eröffnung der Hauptverhandlung ausgeht. Dieses Problem lässt sich dennoch nicht genau so wie das der Verfahrensbeschleunigung behandeln. Denn die Befangenheit des Richters führt unmittelbar zu einer Schlechterstellung des Angeschuldigten in der Hauptverhandlung unter dem Aspekt, dass dadurch die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung erheblich erhöht würde. Berücksichtigt man die hohe Quote von Eröffnungsentscheidungen in der Rechtspraxis, ist eine solche Besorgnis nicht zu unterschätzen. Trotzdem wird dies nicht zwingend zu einem Grund für die vollständige Abschaffung des Zwischenverfahrens, soweit dieser Nachteil gesetzgeberisch ausgeräumt werden könnte. Ausgehend davon sind nunmehr die dafür erforderlichen Lösungswege zu untersuchen.

3. Alternative Reformvorschläge

In Anbetracht der vorliegenden Ausführungen werden bisher viele Reformvorschläge unterbreitet, um *de lege ferenda* das Zwischenverfahren effektiver zu gestalten. Diese Vorschläge zielen sowohl auf die Möglichkeit der Beseitigung bzw. Verminderung der Kritikpunkte des Zwischenverfahrens als auch auf die Gewährleistung seiner grundlegenden Funktionen.

Im Folgenden muss man sich auf die Lösungswege konzentrieren, die am häufigsten vertreten werden. Sie lassen sich grob in drei Richtungen gliedern: (i) Eine personelle Trennung zwischen eröffnendem und erkennendem Richter bzw. Spruchkörper (Gericht), (ii) die Bemühung um die Erhöhung der praktischen Effizienz und der Möglichkeit, den Angeschuldigten von einem überflüssigen Hauptverfahren zu schützen, und (iii) die Auferlegung einer Einwendungspflicht des Angeschuldigten. Hinsichtlich des Vorschlags (i), dessen Zweck in der Beseitigung der Besorgnis der Parteilichkeit des Richters liegt, werden der Ausschluss des am Zwischenverfahren teilgenommenen Richters in der nachfolgenden Hauptverhandlung (unten

⁸⁰¹ Zustimmend *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 335.

a)) sowie die Einführung eines vom erkennenden Gericht getrennten, neuen Eröffnungsgerichts (unten b)) befürwortet. Der Vorschlag (ii) umfasst die Einführung eines obligatorischen Erörterungstermins (unten c)) sowie die Schaffung eines Beschwerderechts des Angeschuldigten gegen den Eröffnungsbeschluss (unten d)). Der Vorschlag (iii), der vor allem im Bericht der Expertenkommission aus dem Jahre 2015 näher diskutiert wurde⁸⁰², zielt hauptsächlich auf eine Entlastung der Hauptverhandlung (unten e)).

Daneben gibt es noch weitere Vorschläge wie z.B. die Annahme einer gerichtlichen Verdachtsprüfung nur auf Antrag des Beschuldigten⁸⁰³, die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle nur auf schwerwiegendste Fälle durch eine abweichende Handhabung je nach sachlicher Zuständigkeit⁸⁰⁴, die Beschränkung der gerichtlichen Prüfung nur auf die formalen Voraussetzungen⁸⁰⁵, die Reduzierung des Umfangs der gerichtlichen Prüfungstätigkeit⁸⁰⁶ usw. Sie werden indes hier nicht näher erörtert.

a) Ausschluss des Richters im nachfolgenden Hauptverfahren

aa) Inhalt

(1) Der Lösungsweg, der die Verhinderung möglicher Befangenheit am sichersten gewähren kann, ist der Ausschluss des Richters, der am früher durchgeführten Zwischenverfahren mitgewirkt hat, im nachfolgenden Hauptverfahren⁸⁰⁷. Dies bedeutet, dass zwischen dem Richter in der Hauptverhandlung und dem Eröffnungsrichter Personenverschiedenheit bestehen muss. Dieser Vorschlag stützt sich darauf, dass der Umstand der Besorgnis der Parteilichkeit wegen der Personenidentität des Richters im Zwischen- und Hauptverfahren mit der Konstellation des § 23 StPO, in dem die Mitwirkung des Richters bei Vorentscheidungen zu seiner Ausschließung führt, vergleichbar sei⁸⁰⁸, oder, dass ausgehend von der strikten Begrenzung der Ausschließungsgründe (§§ 22, 23 StPO)⁸⁰⁹ nur die Möglichkeit der Anwendung der Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 24 StPO) in Betracht komme⁸¹⁰.

Eine solche Vorschrift fand sich schon in der Reichsstrafprozessordnung von 1877, wonach

⁸⁰² Vgl. *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95-101.

⁸⁰³ Vgl. etwa *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 171 ff.; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 133 ff.

⁸⁰⁴ Vgl. etwa *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 207 ff.; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 332; so auch *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95, wonach zwar „eine Stärkung der Filterfunktion des Zwischenverfahrens bei Land- und Oberlandesgerichten“ empfohlen wird, aber keine konkreteren Inhalte aufgezeigt werden.

⁸⁰⁵ Vgl. etwa *Isfen*, ZStW 125 (2013), 325, 330, Fn. 18, wonach auf Art. 174 I, II der türkischen StPO hingewiesen wird; *Wohlers*, Roxin-FS, 2011, S. 1327, wonach in Fn. 59 auf Art. 329 der schweizerischen StPO hingewiesen wird, dessen Absatz 1 lautet, dass das Gericht lediglich prüft, ob „die Anklageschrift und die Akten ordnungsgemäß erstellt sind; die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind; oder Verfahrenshindernisse bestehen“; verneinend *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 81.

⁸⁰⁶ Vgl. etwa *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 222 ff.; *Hofer*, Zukunft, S. 46 f.

⁸⁰⁷ *Isfen*, ZStW 125 (2013), 325, 326 ff.; *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 139, 151; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 333 f.; im Ergebnis ähnlich *Gössel*, Meyer-Goßner-FS, S. 206.

⁸⁰⁸ *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 333, 335, wonach ein neuer Absatz 3 in § 23 StPO hinzuzufügen sei, der lautet: „Ein Richter, der an der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens teilgenommen hat, ist von der Hauptverhandlung ausgeschlossen“; *Traut/Nickolaus*, StraFo 2012, 51, 58, wonach die Einbeziehung des Ausschlusses in § 199 StPO versucht wird.

⁸⁰⁹ Hierzu BVerfGE 46, 34, 38.

⁸¹⁰ *Isfen*, ZStW 125 (2013), 325, 326 ff.

der Richter, welcher damals die „Voruntersuchung“ geführt hat, nicht Mitglied des erkennenden Gerichts sein durfte (§ 23 II RStPO) und mehr als zwei von denjenigen Richtern, welche bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt haben, und namentlich der Richter, der Bericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft erstattet hatte, am Hauptverfahren vor der Strafkammer nicht teilnehmen durften (§ 23 III RStPO)⁸¹¹. Der Zweck dieser Vorschrift lag darin, dass ein Richter, der die Eröffnung des Hauptverfahrens befürwortet hat, wegen seiner intensiven Befassung mit der Beweislage von diesem vorgefassten Standpunkt nicht vollständig befreit werden könne, denn Menschen haben gewisse Neigung, eine bereits gefasste Ansicht weiterhin erhalten zu wollen⁸¹². Dieser Gedanke stimmt gänzlich mit dem schon dargestellten „Inertia-Effekt“ überein.

(2) Dagegen bleibt einzuwenden, dass eine personale Trennung vom Eröffnungs- und Tatrichter einen Mehraufwand verursache, auf den die Justiz wegen knapper Ressourcen nicht angemessen reagieren könne; aufgrund der zu geringen personellen Ausstattung könnten Gerichte diese Mehrarbeit gar nicht leisten⁸¹³. Dies könne zudem eine mühsame Überprüfung des Richters im Zwischenverfahren entbehrlich machen, da der Richter im Hauptverfahren auf jeden Fall die Ergebnisse der Ermittlung erneut prüfen müsse⁸¹⁴. Aus demselben Grund wirke die Personenidentität vorteilhaft für die Verfahrensbeschleunigung, weil der Tatrichter vor Beginn der Hauptverhandlung die betreffenden Akteninhalte erfasst und damit keine erneute Arbeit benötigt würde⁸¹⁵; von dieser Verkürzung der Verfahrensdauer profitiere auch der Beschuldigte letztendlich⁸¹⁶.

Angesichts des Ziels der Kostensenkung⁸¹⁷, der erheblichen organisatorischen Schwierigkeiten und des finanziellen Bedenken⁸¹⁸ wurde die ehemalige Vorschrift für die Ausschließung des am Zwischenfahren beteiligten Richters durch die sog. *Lex Emminger* von 1924⁸¹⁹ ersatzlos gestrichen⁸²⁰. Bislang scheiterte die Wiederbelebung dieser Vorschrift an der heftigen Kritik des Richterbundes⁸²¹.

⁸¹¹ Darauf hinweisend *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 3; *HK-StPO/Temming*, Vor § 22, Rn. 4; *LR-StPO/Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 19; *Arzt*, Der befangene Strafrichter, S. 62; *Isfen*, ZStW 125 (2013), 325, 329, Fn. 16; *Hofer*, Zukunft, S. 32 f.; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 333. Zu deren Gesetzgebungsentwicklung *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 52 f.; *SK-StPO/Paeffgen*, Vor § 198, Rn. 8.

⁸¹² *Hofer*, Zukunft, S. 32.

⁸¹³ *Deutscher Richterbund*, DRiZ 1963, 115, 116; *Mavany*, JA 2015, 488, 490; *Wohlers*, Roxin-FS, 2011, S. 1315, 1327.

⁸¹⁴ *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 137 f.; *M-G/S/Schmitt*, Vor § 198, Rn. 2; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 54; auch vgl. *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 334.

⁸¹⁵ *Deutscher Richterbund*, DRiZ 1963, 115, 116; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 136.

⁸¹⁶ *Mavany*, JA 2015, 488, 490.

⁸¹⁷ Vgl. *LR-StPO/Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 19; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 53; *Traut/Nickolaus*, StraFo 2012, 51, 57; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 333.

⁸¹⁸ Vgl. *Arzt*, Der befangene Strafrichter, S. 62; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 108.

⁸¹⁹ RGBl. I 1924, S. 15 ff.

⁸²⁰ *Hofer*, Zukunft, S. 33.

⁸²¹ Vgl. *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 333. Zu den Diskussionen nach der Abschaffung der Vorschrift *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 54 f.

bb) Bewertung

Die Vorschriften über die Ausschließung bzw. Ablehnung eines Richters finden ihre Rechtfertigung darin, eine mögliche Befangenheit von vornherein zu verhindern, und zwar im Interesse eines fairen Strafverfahrens⁸²², das sich aus dem in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzip ableitet. Für diesen Zweck ist eine gewisse Mehrbelastung der Justiz in Kauf zu nehmen. Den Vorschriften liegt die Wertung zugrunde, dass das Vertrauen des Beschuldigten, er sei im Laufe des gesamten Verfahrens vor unfairen Umständen geschützt, wichtiger ist als das Interesse an der Beschleunigung des Strafverfahrens sowie der Begrenzung des Personalaufwands.

Dieser Gedanke ist gleichermaßen auf die Personenidentität des Richters im Zwischen- und Hauptverfahren übertragbar. Nimmt man – wie bereits erwähnt – den „*Inertia*-Effekt“ an, so gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass der Angeklagte dann, wenn ihn sein Richter bereits im vorherigen Verfahren aufgrund derselben Prüfungspunkte bzw. -gegenstände für schuldig hielt, mit Wahrscheinlichkeit davon ausgehen darf, dass ihn der Richter auch nach der Untersuchung in der Hauptverhandlung verurteilt. Diese Konstellation unterscheidet sich nicht von den Umständen, in denen die Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung (§ 23 StPO) erforderlich ist. Nicht überzeugend sind daher die Einwände aus Sicht des erhöhten Personalaufwands bzw. der Kosteneinsparung, die zur Grundidee der Ausschließung in Widerspruch stehen. Denn solche allein monetären oder prozessökonomischen Gesichtspunkte dürfen und sollten keinesfalls ein aus dem Rechtsstaatsprinzip folgendes Vertrauen der Bürger in die Unparteilichkeit der Strafrechtspflege gefährden⁸²³.

Gegen den anderen Kritikpunkt, die Verfahrensdauer werde zulasten des Beschuldigten verlängert, sobald ein anderer Richter in der Hauptverhandlung die Sache erneut prüfen müsse, spricht ferner, dass eine solche Sichtweise das Kernstück des Zwischenverfahrens gefährdet. Denn das Zwischenverfahren hat gerade den Zweck, dem Angeschuldigten trotz möglicher Verfahrensverschleppung eine effektive Gelegenheit für seinen Schutz vor dem rechtswidrigen staatlichen Eingriff anzubieten. Im Übrigen lässt sich der praktische Grund hinzufügen, dass sich der Richter regelmäßig mit den Aktenmaterialien zweimal befasst. Denn der Zeitraum zwischen Abschluss des Zwischenverfahrens und Beginn der (Vorbereitung der) Hauptverhandlung ist in der Regel nicht kurz, so dass der Richter zur Erinnerung der Sache im Hauptverfahren die Akte noch einmal lesen muss⁸²⁴. Auch wegen dieser erneuten Befassung würde keine Zeitersparnis erreicht, doch die Gefahr der Befangenheit würde durch solche Erinnerung erhöht oder ggf. neu (wieder) entstehen.

Der als kritisch betrachtete Mehraufwand durch den Ausschluss des Richters kann somit dadurch gerechtfertigt werden, dass er sicherstellt, die Besorgnis richterlicher Befangenheit vollständig bzw. im großen Umfang zu beseitigen. Im Ergebnis empfiehlt es sich mithin, den Richter, der im Zwischenverfahren tätig war, von der nachfolgenden Hauptverhandlung vollständig

⁸²² Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 13, Rn. 1; KMR-StPO/Bockemühl, Vor § 22, Rn. 1; LR-StPO/Siolek, Vor § 22, Rn. 1.

⁸²³ Zutreffend Traut/Nickolaus, StraFo 2012, 51, 57 f.; Vormbaum, ZIS 2015, 328, 330.

⁸²⁴ Dazu Vormbaum, ZIS 2015, 328, 334.

auszuschließen.

b) Einführung einer neuen gerichtlichen Überprüfungsinstanz

aa) Inhalt

(1) Als eine andere Möglichkeit zur Hemmung der Befangenheit des Richters wird teilweise vorgeschlagen, dass ein separates Eröffnungsgericht, d.h. eine getrennte Anklagekammer, zu schaffen ist⁸²⁵. Über die Eröffnung des Hauptverfahrens müsse ein von dem für die Hauptverhandlung zuständigen Gericht verschiedenes Gericht entscheiden. Konkret besagt das Konzept daher eine Trennung der Eröffnungs- von der Hauptverhandlungszuständigkeit. Dieser Vorschlag hat seinen Vorteil sowohl in der Ausräumung der Befangenheitsbesorgnis als auch in der Verbesserung der fehlenden Kontrolle des Zwischenverfahrens⁸²⁶.

Vorbilder einer solchen „eigenen richterlichen Instanz“⁸²⁷ findet man in anderen Rechtssystemen wie der *grand jury*⁸²⁸ des US-amerikanischen Rechts oder das in der *pre-trial chamber* stattfindende *confirmation hearing* (Bestätigungsanhörung bzw. Bestätigung der Anklage vor dem Hauptverfahren) des Art. 61 IStGH-Statut⁸²⁹. In demselben Sinne kann als ein solches Beispiel auch das *preliminary hearing*⁸³⁰ des US-amerikanischen Rechts aufgeführt werden. Denn das Zwischenverfahren ist eher mit dem *preliminary hearing* vergleichbar⁸³¹, weil – trotz einiger Unterschiede⁸³² – dort die Anklageprüfung (meistens) durch juristisch ausgebildete Richter (*magistrate*) erfolgt, während bei der *grand jury* Laien diese Aufgabe übernehmen⁸³³.

(2) Hier werden die gleichen Kritikpunkte wie bei dem Vorschlag über die Trennung zwischen eröffnendem und erkennendem Richter vorgebracht. Angeführt werden z.B. die Verursachung von Mehraufwand bzw. Verzögerung durch überflüssige Arbeitsverdopplung und Auftreten von Kapazitätsproblemen⁸³⁴. Die bloße Trennung führe ferner nicht unbedingt zur Entkräftigung der bestehenden Probleme der psychologischen Vorbefassung des Gerichts, weil einerseits der Gedanke eines „strikt neutralen“ Richters nicht verwirklicht werden könne und andererseits auch die *grand jury* nach dem anglo-amerikanischen Vorbild dem

⁸²⁵ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 352; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 622.2; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 3; LR-StPO/Stuckenberg, Vor § 198, Rn. 22; SK-StPO/Paeffgen, Vor § 198, Rn. 19.

⁸²⁶ Vormbaum, ZIS 2015, 328, 334.

⁸²⁷ Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 285.

⁸²⁸ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 3; SK-StPO/Paeffgen, Vor § 198, Rn. 19. Zur *grand jury* Dengler, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 205 ff.; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, S. 128 ff.; Traut/Nickolaus, StraFo 2012, 51, 54 f.

⁸²⁹ Zu den Inhalten des *confirmation hearings* und dessen Vergleich mit dem deutschen Zwischenverfahren eingehend Hofer, Zukunft, S. 105 ff.

⁸³⁰ Zum *preliminary hearing* Dengler, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 236 ff.; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, S. 121 ff.

⁸³¹ Dengler, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 108 f.

⁸³² Das *preliminary hearing* ist ein öffentlich und kontrovers durchgeführtes Verfahren.

⁸³³ Aus diesem Grund kann die ursprünglich bezweckte Schutzfunktion im Rahmen des *preliminary hearing* besser erreicht werden als bei der *grand jury*, dazu Dengler, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 247.

⁸³⁴ Volk/Engländer, GK StPO, § 16, Rn. 1; Hofer, Zukunft, S. 50 ff., 124; Traut/Nickolaus, StraFo 2012, 51, 52; Wohlers, Roxin-FS, 2011, S. 1315, 1327.

„*Inertia*-Effekt“ unterliege⁸³⁵. Hinzu kommt der Alltagsgrund, dass Richter miteinander über ihre Verfahren reden könnten, was zum Scheitern der positiven Auswirkung der Trennung führe⁸³⁶. Schließlich wird der Lösungsweg einer kritischen Würdigung unterzogen, namentlich weil die Schaffung einer solchen eigenständigen Zwischeninstanz praktisch unbrauchbar und unrealistisch erscheine. Denn es sei dafür eine grundlegende Reform des gesamten Strafverfahrens erforderlich⁸³⁷.

bb) Bewertung

Mit der Einführung des getrennten Eröffnungsgerichts könnte man – wie beim Ausschluss des Richters – auf die heftige Kritik an der Gefahr richterlicher Befangenheit reagieren. Hierbei ist somit noch einmal zu betonen, dass das ökonomische Interesse dem Interesse des Angeschuldigten, frühzeitig aus dem Verfahren entlassen werden zu wollen, auf keinen Fall vorgeht.

Eine solche Neuschaffung führt jedoch sicherlich mehr personelle sowie administrative Kosten herbei als der Ausschluss des Richters des Zwischenverfahrens. Berücksichtigt man, dass die deutsche StPO bereits das Zwischenverfahren kennt, so scheint es überzeugender zu sein, zunächst in Beibehaltung des jetzigen gesetzlichen Rahmens nach Verbesserungsmöglichkeiten zu suchen. Insofern bedürfte es zurzeit der erstgenannten „großen Lösung“⁸³⁸ nicht, soweit die letztgenannte Option gesetzgeberisch angenommen würde. Denn dadurch könnte das gleiche positive Ziel erreicht werden, und zwar mit geringeren Kosten.

c) Annahme eines obligatorischen Erörterungstermins mit dem Angeschuldigten

aa) Inhalt

(1) Auch nach heutiger Rechtslage stehen zwar vereinzelt Vorschriften zur Verfügung, die ermöglichen, dass das eröffnende Gericht bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens Erklärungen des Angeschuldigten berücksichtigt. Der Angeschuldigte darf ggf. Anträge auf einzelne Beweiserhebungen stellen bzw. Einwendungen erheben, über welche das Gericht beschließen muss (§ 201 StPO); zudem kann das Gericht selbst zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anordnen (§ 202 StPO); erwägt das Gericht im Laufe der Prüfung der Sache die Eröffnung des Hauptverfahrens, kann es den Stand des Verfahrens mit dem Angeschuldigten erörtern (§ 202a StPO). Solche Anträge oder Einwendungen werden aber zum einen dem Gericht grundsätzlich nur schriftlich übermittelt, was eine gründliche Überprüfung erschwert. Zum anderen sind §§ 202, 202a StPO nur als „Kann-Vorschrift“ gestaltet, so dass eine bloße Unterlassung des Gerichts nicht direkt zu einer Verletzung der Gesetze führt. Das Zwischenverfahren stellt damit nicht selten lediglich eine scha-

⁸³⁵ Gössel, Meyer-Goßner-FS, S. 193 f., 202 ff.

⁸³⁶ Volk/Engländer, GK StPO, § 16, Rn. 1.

⁸³⁷ Heghmanns, Zwischenverfahren, S. 54; Vormbaum, ZIS 2015, 328, 334.

⁸³⁸ Dazu Vormbaum, ZIS 2015, 328, 334.

blondenhafte Nachprüfung der Anklageschrift durch das Gericht dar⁸³⁹. Dies führt zu einer unsachgemäßen Rechtspraxis, da sich deswegen der Angeschuldigte und sein Verteidiger im Zwischenverfahren regelmäßig nicht äußern; Einwendungen oder sonstige Erklärungen werden nur selten abgegeben; der Angeschuldigte wartet bloß auf die Hauptverhandlung⁸⁴⁰.

(2) Um die in Frage stehende Praxis zu verbessern, wird daher die Neugestaltung eines obligatorischen Erörterungstermins (Anhörungstermins) vorgeschlagen. Sein Kernstück liegt darin, dass zur Ermöglichung einer effektiven Überprüfung durch den Richter der Angeschuldigte zu dem Erörterungstermin zu laden sei⁸⁴¹. Ein solcher Erörterungsprozess verpflichte den Richter dazu, die Ergebnisse der Ermittlung sowie die staatsanwaltschaftliche Anklageerhebung gründlicher zu prüfen und dadurch sachgerechter zu beurteilen, ob die Fortführung des Hauptverfahrens wirklich erforderlich wäre⁸⁴².

Derselbe Anhörungstermin kann eine effektive sowie verstärkte Ausnutzung des Zwischenverfahrens ermöglichen. Diese positive Folge wurde bereits durch die Erfahrungen des Amtsrichters *Koch* namhaft gemacht⁸⁴³. Nach Eingang der Anklageschrift lud er im Zwischenverfahren den Angeschuldigten (und seinen Verteidiger) zu einem Termin zur richterlichen Vernehmung und Anhörung zur Anklageschrift, um persönlich mit ihm zu sprechen. Der Angeschuldigte wäre zum Erscheinen verpflichtet, er musste sich indes selbstverständlich auch in diesem Prozesstadium nicht zu seiner Beschuldigung äußern. Als Ergebnis stellte sich heraus, dass diese richterliche Vernehmung sowohl für die Eröffnung des Hauptverfahrens als auch für dessen Ablehnung nützlich sei. Liegt das Einverständnis des Angeschuldigten zur Eröffnung des Hauptverfahrens vor, so könne der Richter sofort den Eröffnungsbeschluss verkünden und ihm eine schriftliche Ladung zur Hauptverhandlung überreichen; die Zustellung der Ladung und die damit verbundenen Kosten würden entbehrlich. Auch im gegenteiligen Fall habe der Angeschuldigte ein Recht darauf, die Erhebung ihn entlastender Beweismittel frühzeitig anzuregen. Ihm sei zudem die Möglichkeit gegeben, sich durch ein „Gespräch mit dem Richter“ wirksam sein Recht auf rechtliches Gehör vor Gericht (Art. 103 I GG) zu verschaffen. Dies könne mithin bereits im Rahmen des Zwischenverfahrens dem Schutz des Angeschuldigten dienen. Würden Einwendungen des Angeschuldigten gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens dort akzeptiert, sollte die für ihn nachteilige Hauptverhandlung nicht mehr durchgeführt werden. Dies führe zu einer drastischen Abkürzung der Verfahrensdauer sowie zur Verringerung der Zahl der offenen Verfahren⁸⁴⁴. Daraus ergebe sich eine Förderung der Effizienz auch zugunsten des Gerichts, weil es sich in der Hauptverhandlung mehr auf bedeutende Fälle konzentrieren könne⁸⁴⁵. Der Nachteil, dass das Zwischenverfahren nicht unter

⁸³⁹ Vgl. *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 332, wonach „die routinemäßige Abfertigung durch das Ausfüllen eines Formulars“ möglich sei.

⁸⁴⁰ *Koch*, StV 2002, 222, 223; *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95; *Leipold*, Schlothauer-FS, S. 347; zur statistischen Darstellung *Dölling*, Meyer-Goßner-FS, S. 107; *Hofer*, Zukunft, S. 27 f.

⁸⁴¹ *Koch*, StV 2002, 222, 224; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 335; ähnlich *Ignor/Matt*, StV 2002, 102, 107, die allerdings die verpflichtete Ladung als die Voraussetzung des Erörterungstermins nicht deutlich erwähnen.

⁸⁴² Vgl. *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 332.

⁸⁴³ *Koch*, StV 2002, 222, 224 f. Zu einer ähnlichen Erfahrung bei einer großen Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main *Fischer*, StV 2003, 109 f.

⁸⁴⁴ *Koch*, StV 2002, 222, 225.

⁸⁴⁵ Vgl. *Hofer*, Zukunft, S. 38; so auch *Fischer*, StV 2003, 109, 110; *Koch*, StV 2002, 222, 224.

den Augen der Öffentlichkeit stattfindet, erledige sich, weil ein Protokoll über die Anhörung nach § 168 StPO aufzunehmen sei⁸⁴⁶.

Nach *Koch* sei dafür keine Gesetzesänderung erforderlich. Denn die gesetzliche Grundlage des obligatorischen Erörterungstermins liege in § 202 StPO⁸⁴⁷. § 202 StPO bezieht sich jedoch nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich auf die bloße Ergänzung oder Überprüfung eines Sachverhalts, den die Staatsanwaltschaft bereits im Ermittlungsverfahren umfangreich geklärt hat, damit eine mögliche Vorwegnahme der Hauptverhandlung verhindert wird⁸⁴⁸. Die Gefahr würde ansonsten entstehen, dass das Zwischenverfahren wegen der Identität von ermittelnder und entscheidender Instanz den Charakter des Inquisitionsprozesses⁸⁴⁹ oder die Funktion der früheren gerichtlichen Voruntersuchung⁸⁵⁰ gewinnt. Somit wird jene erweiterte Auslegung des § 202 StPO kritisiert, weil es bei § 202 StPO lediglich um die Aufklärung einer einzelnen bestimmten Beweisfrage gehe, die für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens gewichtig ist, aber nicht um die Vernehmung des Angeschuldigten zur Sache⁸⁵¹. Die Einführung des Erörterungstermins im Zwischenverfahren könne zwar *de lege ferenda* diskutiert werden, ein solcher Termin lasse sich aber *de lege lata* kaum auf § 202 StPO stützen⁸⁵².

Deshalb bedarf es über die gegenwärtige unzureichende Regelung hinaus der Schaffung einer klaren Rechtsgrundlage für ein Verfahren über die richterliche Vernehmung und Anhörung⁸⁵³. Vor diesem Hintergrund wird gefordert, dass der obligatorische Erörterungstermin in § 202 StPO festzuschreiben sei⁸⁵⁴.

(3) Gegen eine solche obligatorische Anhörung kann allerdings eingewendet werden, dass dadurch ein erhöhter zeitlicher und ökonomischer Aufwand sowohl für die Justiz als auch den Angeschuldigten entstehen könne⁸⁵⁵. Das mit der ausnahmslosen Anwesenheit des Angeschuldigten (oder ggf. auch sonstiger Verfahrensbeteiligten) verbundene Zwischenverfahren

⁸⁴⁶ *Koch*, StV 2002, 222, 224; ebenso *Hofer*, Zukunft, S. 39, 40.

⁸⁴⁷ *Koch*, StV 2002, 222, 224.

⁸⁴⁸ LG Berlin NStZ 2003, 504; OLG Celle StV 2012 456, 457; AG Gummersbach StV 2015, 165, 166; BeckOK-StPO/*Ritscher*, § 202, Rn. 3 f.; HK-StPO/*Julius/Schmidt*, § 202, Rn. 1; KK-StPO/*Schneider*, § 202, Rn. 2, 4; KMR-StPO/*Seidl*, § 202, Rn. 1; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 202, Rn. 3 f.; MüKo-StPO/*Wenske*, § 202, Rn. 19; SK-StPO/*Paeffgen*, § 202, Rn. 3; SSW-StPO/*Rosenau*, § 202, Rn. 2; *Foertsch*, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 87 ff.; *Beining*, HRRS 2016, 407 f.; *Leipold*, Schlothauer-FS, S. 350 f.; *Lilie*, NStZ 2003, 568; *Müller*, StV 2007, 572, 573; *Schroeder*, Paeffgen-FS, S. 850.

⁸⁴⁹ Hierzu *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 117; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 81, 92; *Schroeder*, Paeffgen-FS, S. 846, 849.

⁸⁵⁰ Vgl. *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 162; *Müller*, StV 2007, 572, 573.

⁸⁵¹ *Meyer-Goßner*, StV 2002, 394; so auch *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 16, Rn. 3; HK-StPO/*Julius/Schmidt*, § 202, Rn. 1; KK-StPO/*Schneider*, § 202, Rn. 2; M-G/S/*Schmitt*, § 202, Rn. 2; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 202, Rn. 4.

⁸⁵² *Meyer-Goßner*, StV 2002, 394.

⁸⁵³ Nach *Fischer*, StV 2003, 109, 110 könne ein solcher Anhörungstermin nach § 202 StPO wegen seiner Gestalt (Kann-Vorschrift) nur „fakultativ“ stattfinden, so dass dessen gesetzliche Verankerung eher zu begrüßen sei.

⁸⁵⁴ *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 335, wonach es empfehlenswert sei, in § 202 II StPO neu vorzuschreiben: „Vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist der Angeschuldigte zu einem Erörterungstermin zu laden. Der Beschuldigte ist verpflichtet, zu diesem Termin zu erscheinen. § 133 II gilt entsprechend“.

⁸⁵⁵ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 127.

hätte nämlich letztendlich eine Vorwegnahme der Hauptverhandlung zur Folge⁸⁵⁶. Ein weiterer Kritikpunkt liegt darin, dass auch hier die Problematik zur Befangenheit des Richters entsteht, insbesondere wenn nach der Vernehmung ein Eröffnungsbeschluss ergeht. Denn der Richter würde sich durch seine Kontaktaufnahme mit dem Angeschuldigten tiefer mit der Sache befassen als jetzt, wo der Richter die Anklageschrift einer rein schriftlichen Überprüfung zu unterziehen hat⁸⁵⁷.

bb) Bewertung

Berücksichtigt man den Hauptzweck des Zwischenverfahrens, d.h. eine vorzeitige Beendigung des rechtswidrigen Verfahrens im Interesse des Angeschuldigten, so ist ein Erörterungs- oder Anhörungstermin richtigerweise vor der gerichtlichen Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu schaffen. Ein solcher Termin muss obligatorisch sowie in Anwesenheit des Angeschuldigten stattfinden. Dies gewährt eine „direkte Konfrontation“ des Angeschuldigten mit dem eröffnenden Gericht und ermöglicht die „objektive“ Überprüfung der von der Staatsanwaltschaft eingereichten Anklageschrift. In dem Termin kann der Angeschuldigte zudem seine Meinung über das „Ob“ der Eröffnung des Hauptverfahrens äußern. Ihm steht es natürlich frei, nicht zur Sache auszusagen und jederzeit seine Meinung zu ändern⁸⁵⁸. Da er mit der Gewährleistung der Konfrontation Einwendungen gegen den Eröffnungsbeschluss und ihn entlastende Beweismittel aktiver vorbringen könnte, würden unnötige Hauptverhandlungen vermieden. Dadurch würde der Schutz des Angeschuldigten so früh wie möglich sichergestellt⁸⁵⁹.

Natürlich würde der Termin auch für die Erörterung der Sache, die später in der Hauptverhandlung behandelt wird, eine Rolle spielen, wenn der Angeschuldigte ohne Erhebung von Einwendungen mit der Eröffnung des Hauptverfahrens einverstanden wäre. Dies würde zur Förderung des Verfahrens und zur Konzentration der Hauptverhandlung auf wichtige Fragen beitragen. Diese Funktion haben jedoch bereits § 202a StPO im Stadium des Zwischenverfahrens sowie § 212 StPO in der Vorbereitungsphase der Hauptverhandlung⁸⁶⁰. Folglich sollte der Zweck des obligatorischen Erörterungstermins darin liegen, dass das Gericht durch das Gespräch mit dem Angeschuldigten mögliche Fehler oder Missbräuche bei der staatsanwalt-

⁸⁵⁶ Dazu *Meyer-Goßner*, StV 2002, 394; *KK-StPO/Schneider*, § 202, Rn. 2; *LR-StPO/Stuckenberg*, Vor § 198, Rn. 23; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 80, wonach die Vorwegnahme der Hauptverhandlung zu deren „Entwertung“ führe.

⁸⁵⁷ Vgl. *Hofer*, Zukunft, S. 39; *Ignor/Matt*, StV 2002, 102, 107.

⁸⁵⁸ Dazu *Koch*, StV 2002, 222, 224.

⁸⁵⁹ Selbst wenn man dem oben genannten Vorschlag, Ausschluss des Richters des Zwischenverfahrens, nicht folgen würde, wäre dieses Instrument auch angesichts des „Inertia-Effekts“ für die Optimierung von Verteidigungsstrategien hilfreich. Denn den Angeschuldigten entlastende Materialien werden in Gegenwart des Richters möglichst früh in das Verfahren eingebracht, so dass eine mögliche fehlerhafte Informationsverarbeitung des Richters zu einem frühen Zeitpunkt abgewendet werden könnten, hierzu *Bandilla/Hassemer*, StV 1989, 551, 554; entsprechend *HK-StPO/Julius/Schmidt*, § 201, Rn. 6; *Leipold*, NJW-Spezial 2006, 231, 232; *Leipold*, Schlothauer-FS, S. 349, wonach das Vorgehen namentlich für komplexe (wirtschaftsstrafrechtliche) Sachverhalte nützlich wäre.

⁸⁶⁰ Angesichts der Vorschrift § 212 StPO scheint die Expertenkommission bewertet zu haben, dass erst nach dem Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens ein nichtöffentlicher Erörterungstermin zur Vorbereitung der Hauptverhandlung vorzuschlagen sei als ein – möglicherweise verpflichtender – Erörterungstermin bereits im Zwischenverfahren, vgl. *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95, 113 f.

schaftlichen Ermittlungstätigkeit sowie Anklageerhebung findet und demnach die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt – und nicht, dass das Gericht etwa durch die Gewinnung eines Geständnisses des Angeschuldigten das Verfahren fortsetzt und befördert⁸⁶¹. Dieser Gedanke entspricht dem primären Ziel des Zwischenverfahrens, welches dem Schutz des Angeschuldigten durch eine vorzeitige Beendigung des Verfahrens Vorrang gegenüber dem Interesse an der Verfahrensbeschleunigung oder -förderung einräumt.

Zu beachten ist, dass ein solcher Erörterungstermin nicht mit einer „Erörterung des Verfahrensstandes“ gemäß § 202a StPO gleichgesetzt werden kann. Denn § 202a StPO gestattet die Erörterung zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten zwecks einer Verfahrensförderung in einer Konstellation, in der das Gericht von der Eröffnung des Hauptverfahrens ausgeht. In § 202a StPO steht daher der Nebensatz „Erwägt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens“. Diese Vorschrift steht seit ihrer Einfügung in die StPO im Jahre 2009⁸⁶² weithin in der Kritik, weil eine solche Kommunikation vor Zulassung der Anklage zur Verstärkung der Befangenheit des Richters führen könne⁸⁶³. Dies ist vor allem der Fall, wenn das Gericht das Gespräch über die Rechtsfolgen der vorgeworfenen Tat sucht⁸⁶⁴. Eine derartige Rechtsfolgenabwägung bedeutet nicht nur das Scheitern der Funktion des Zwischenverfahrens, die eine „negative Kontrolle“ der Anklage bezweckt, sondern erweckt auch bei einem vernünftigen Dritten den Eindruck, dass die gerichtliche Vorverurteilung bereits zu einem frühen Zeitpunkt erfolge. Denn die Rechtsfolgen und das „Ob“ der Schuld sind grundsätzlich erst nach einer aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung des Richters zu gewinnen (§ 261 StPO), so dass sich der Richter des Zwischenverfahrens mit diesen Fragen gar nicht befassen darf. Dies löst zudem die ungerechtfertigte Praxis aus, dass der Richter bereits im frühen Verfahrensstadium den Angeschuldigten zu einer solchen Verständigung anregt und dadurch sein Geständnis erhält⁸⁶⁵. Angesichts dieser Besorgnis sind auch die Befürworter des § 202a StPO der Meinung, dass die Erörterung – wie bei § 202 StPO – weder eine Nachholung wesentlicher Teile des Ermittlungsverfahrens beabsichtigen noch die Hauptverhandlung vorwegnehmen dürfe⁸⁶⁶. Im Gegenteil dazu richtet sich der hier vorgeschlagene Erörterungstermin in erster Linie auf eine „Nichtzulassung der Anklageerhebung“ unter der Voraussetzung einer Kommunikation mit dem Angeschuldigten. In diesem Fall gehen das Gericht und der Angeschuldigte von der „Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens“ aus. Somit bestehen keine Bedenken wegen möglicher Befangenheit. Denn durch den gerichtlichen Nichteröffnungsbeschluss gäbe es schlicht keine Verurteilungswahrscheinlichkeit, sobald der Angeschuldigte vor Eröffnung des Hauptverfahrens mit seinen Einwendungen Erfolg hat. Er-

⁸⁶¹ So auch *Meyer-Goßner*, StV 2002, 394, der bemerkt: „Sinnvoll könnte (doch höchstens) ein Anhörungstermin zwecks Vermeidung der Anklageerhebung sein“.

⁸⁶² BGBl. I 2009, S. 2353.

⁸⁶³ *Isfen*, ZStW 125 (2013), 325, 330 ff.; HK-StPO/*Temming*, § 202a, Rn. 11; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 202a, Rn. 6; MüKo-StPO/*Kudlich*, § 202a, Rn. 2; SK-StPO/*Paeffgen*, § 202a, Rn. 11, 37; dagegen KK-StPO/*Schneider*, § 202a, Rn. 18; M-G/S/*Schmitt*, § 202a, Rn. 2; SSW-StPO/*Rosenau*, § 202a, Rn. 2. Nicht behandelt werden hier die grundlegenden Diskussionen über die „Absprache oder Verständigung“ im Strafverfahrensrecht, weil der Schwerpunkt dieser Arbeit nicht darauf liegt.

⁸⁶⁴ *Salditt*, I. Roxin-FS, S. 695; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 202a, Rn. 1; SK-StPO/*Paeffgen*, § 202a, Rn. 6.

⁸⁶⁵ Vgl. *Salditt*, I. Roxin-FS, S. 690 f., wonach diese Praxis dem inquisitorischen Strafprozess annähern soll.

⁸⁶⁶ M-G/S/*Schmitt*, § 202a, Rn. 3; ähnlich KK-StPO/*Schneider*, § 202a, Rn. 4.

wägt das Gericht dennoch eine Eröffnung des Hauptverfahrens, würde es zwar noch um die gleiche Problematik wie bei § 202a StPO gehen; das Problem lässt sich freilich – wie schon dargestellt – durch den Ausschluss des Richters im Zwischenverfahren ausräumen. Daraus folgt, dass sich der obligatorische Erörterungstermin von der Erörterung nach § 202a StPO unterscheidet und damit im Zwischenverfahren eine eigenständige sowie bedeutende Rolle spielen könnte.

Mit der Einführung eines obligatorischen Erörterungstermins lässt sich auch dem berechtigten Grundgedanken des Einstellungserzwingungsverfahrens⁸⁶⁷ Rechnung tragen. Der obligatorische Erörterungstermin gibt dem Angeschuldigten die Gelegenheit, vor dem Richter seine Ansicht über den Fortgang des Verfahrens zu äußern. Dadurch könnte der Angeschuldigte aktiv von ihm begünstigenden Einwendungsrechten Gebrauch machen, was bereits dem Grundgedanken nach in § 201 I StPO verankert ist. Infolgedessen wäre er in der Lage, im Frühstadium des Strafprozesses seine Rolle als Subjekt wirksam wahrzunehmen⁸⁶⁸. Dies zeigt dem Angeschuldigten, dass sich der Richter immer um ein objektives und faires Verfahren bemüht⁸⁶⁹ und erhöht letztendlich sein Vertrauen in den Vorgang des Strafverfahrens bzw. die Strafrechtspflege insgesamt.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Einführung des obligatorischen Erörterungstermins in Anwesenheit des Angeschuldigten in der Phase des Zwischenverfahrens zu befürworten ist.

d) Schaffung eines Beschwerderechts des Angeschuldigten gegen den Eröffnungsbeschluss

aa) Inhalt

(1) Selbst wenn dem Angeschuldigten die Gelegenheit gegeben wird, im Zwischenverfahren durch das Gericht die ihn belastende Anklageerhebung überprüfen zu lassen, wäre er möglicherweise mit dem Ergebnis der Entscheidung nicht zufrieden, beschlösse das Gericht letztendlich die Eröffnung des Hauptverfahrens. In diesem Fall würde er den Beschluss noch einmal anfechten wollen. Diese Möglichkeit eines Rechtsmittels scheidet aber nach geltendem Recht am Regelungsinhalt des § 210 I StPO. Der Grund dafür ist, dass der Eröffnungsbeschluss keine abschließende Bewertung über die Schuld, sondern lediglich eine vorläufige Tatbewertung⁸⁷⁰ voraussetzt, die im nachfolgenden Hauptverfahren bzw. Rechtsmittelzug überprüft werden kann⁸⁷¹. Der Angeschuldigte und die Staatsanwaltschaft erhalten also die Gelegenheit, ihren Standpunkt in der öffentlichen Hauptverhandlung ausreichend und effektiver hervorzubringen⁸⁷². Hinzu kommt die Besorgnis einer Verzögerung des Verfahrens, wenn das

⁸⁶⁷ Siehe oben 3. Teil, C. II. 3. e).

⁸⁶⁸ Koch, StV 2002, 222, 224; Vormbaum, ZIS 2015, 328, 333.

⁸⁶⁹ Fischer, StV 2003, 109, 110.

⁸⁷⁰ BGHSt 23, 304, 306; OLG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 88.

⁸⁷¹ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 359; LR-StPO/Stuckenberg, § 210, Rn. 1; Mavany, JA 2015, 488, 493; differenzierend SK-StPO/Paeffgen, § 210, Rn. 5.

⁸⁷² Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 42, Rn. 17.

Beschwerderecht vom Angeschuldigten oder Verteidiger missbraucht wird⁸⁷³.

(2) Dagegen spricht, dass die Hauptverhandlung selbst zu stigmatisierenden Belastungen führt, die trotz späterer Anfechtung in der Hauptverhandlung nicht vollständig beseitigt werden könnten⁸⁷⁴. Zudem liegt der Grund für die Tatsache, dass das Gericht nicht selten vor-schnell zur Annahme der Eröffnung neigt – wie bereits dargelegt –, in der mangelnden Be-schwerdemöglichkeit des Angeschuldigten gegen den Eröffnungsbeschluss sowie in der (dar-aus folgenden) fehlenden Pflicht des Gerichts, diesen zu begründen. Diese Lücke im gelten-den Recht wird gelegentlich als „Hauptübel“ erachtet⁸⁷⁵. Somit sei dem Angeschuldigten ein Beschwerderecht zur „Überprüfung des Überprüfers“⁸⁷⁶ einzuräumen⁸⁷⁷, um die unzureichen-de Kontrolle auszugleichen.

Als entsprechendes Rechtsmittel empfiehlt es sich zum einen, dem Angeschuldigten ein Be-schwerderecht in Form der sofortigen Beschwerde zu verleihen⁸⁷⁸. Zum anderen wird eine be-fristete „Eröffnungsbeschwerde“ für den Angeschuldigten vorgeschlagen, die einen revisions-ähnlichen Charakter hat⁸⁷⁹; deren Einführung sei zusammen mit der Reduktion von Alternati-ven zum Nichteröffnungsbeschluss, d.h. der Abschaffung einer Anklagerücknahme (§ 156 StPO) sowie der Vermeidung der Aufhebung eines einmal erlassenen Eröffnungsbeschluss-es⁸⁸⁰, und mit der Schaffung einer Begründungspflicht nur in kontroversen Fällen⁸⁸¹ zu erwä-gen. Beide Vorschläge sind auf das Ziel gerichtet, eine mögliche Verlängerung der Prozess-dauer zu vermeiden.

(3) Diesbezüglich wird teilweise sogar behauptet, dass sich eine solche Eröffnungsbe-schwerde erübrige, wenn durch die Streichung des § 201 II 2 StPO dem Angeschuldigten eine Beschwerdemöglichkeit gegen die gerichtliche Ablehnung seiner Anträge sowie Einwendun-gen gemäß § 201 I 1 StPO eröffnet werde; dadurch hätte die Beschwerde nicht den Eröff-nungsbeschluss selbst, sondern lediglich eingeschränkte Einzelfragen zum Gegenstand, so dass die Beschwerde angesichts ihres Umfangs eindeutiger und schneller entschieden werden könnte⁸⁸². Diese Ansicht verkennt aber, dass das Gericht – selbst wenn es durchaus bereit ist, den Anregungen des Angeschuldigten bezüglich der einzelnen Einwendungen entgegenzu-kommen – den Eröffnungsbeschluss durchaus erlassen kann. Die Annahme der Beschwerde gegen die einzelnen Anträge bzw. Einwendungen führt somit nicht *per se* dazu, eine Be-schwerde gegen den Eröffnungsbeschluss *de lege ferenda* entbehrlich zu machen.

⁸⁷³ Vgl. *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 148.

⁸⁷⁴ HK-StPO/*Julius/Schmidt*, § 210, Rn. 1.

⁸⁷⁵ *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 76.

⁸⁷⁶ Dazu *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 332.

⁸⁷⁷ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 147 ff.; *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 76 f., 82; *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 333; *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95; bejahend auch *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 616.1; HK-StPO/*Julius/Schmidt*, § 210, Rn. 1; *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 122, 344.

⁸⁷⁸ *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 335, wonach § 210 I StPO so umzuformulieren sei: „Der Beschluss, durch den das Hauptverfahren eröffnet worden ist, kann von dem Angeklagten mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden“.

⁸⁷⁹ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S.148 ff., 169 f.

⁸⁸⁰ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S.144 ff.

⁸⁸¹ *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S.149 f.

⁸⁸² *Mavany*, JA 2015, 488, 493.

Der entscheidendere Kritikpunkt liegt – wie die Befürworter des Beschwerderechts des Angeschuldigten selbst einräumen – in Bedenken gegen die schwerwiegende Verfahrensverzögerung, die im Ergebnis zur Belastung des Angeschuldigten führen kann⁸⁸³. Zudem ist ein mit der Beschwerde verbundener Missbrauch seitens des Angeschuldigten möglich.

bb) Bewertung

Natürlich ist der Schutz der Anschuldigten vor einem rechtswidrigen Verfahren das eigentliche Ziel des Zwischenverfahrens, während das Interesse der Verfahrensbeschleunigung lediglich zweitrangig ist. Das Beschwerderecht des Angeschuldigten würde zwar zu diesem Schutz beitragen, indem vor Beginn der Hauptverhandlung eine zweite Überprüfungsmöglichkeit durch höhere Gerichte gewährt wird. Der daraus folgende Nachteil der Verfahrensverzögerung darf jedoch nicht außer Acht bleiben, so dass eine anderweitige, schneller zu erreichende Schutzmöglichkeit in Erwägung zu ziehen ist. Daher wäre die Schaffung eines Beschwerderechts für den Angeschuldigten hinfällig, sofern dem Angeschuldigten der verpflichtende Erörterungstermin angeboten würde und überdies eine gerichtliche Begründungspflicht für den Eröffnungsbeschluss⁸⁸⁴ eingeführt wird⁸⁸⁵. Denn der Schutzzweck des Angeschuldigten im Zwischenverfahren würde dadurch in hinreichendem Umfang gewährleistet. Er würde durch die Methoden zusätzliche Verteidigungsmöglichkeiten gewinnen, die er nach geltendem Recht nicht hätte erlangen können.

Auch ohne die Einführung des Beschwerderechts können im Ergebnis sowohl die Erhöhung der Schutzmöglichkeit als auch die Vermeidung der Verzögerung der Prozessdauer erreicht werden. Daraus folgt, dass die Vorschrift § 210 I StPO, die den gerichtlichen Eröffnungsbeschluss unanfechtbar macht, nicht reformbedürftig ist.

e) Einwendungsobliegenheit des Angeschuldigten

aa) Inhalt

Schließlich wird noch ein anderes Konzept präsentiert, dem Angeschuldigten im Zwischenverfahren eine mit einer Präklusionswirkung verbundene Einwendungsobliegenheit aufzuerlegen⁸⁸⁶. Die Hauptverhandlung werde häufig mit Einwendungen der Verfahrensbeteiligten (Angeschuldigten und Verteidiger) zu Verfahrensfragen verzögert und belastet. Insbesondere würden oft Einwendungen erhoben, dass Prozessvoraussetzungen nicht vorliegen oder Verfahrensfehler vorliegen würden. Dies sei namentlich dann problematisch, wenn diese Fragen bereits im Zwischenverfahren nach § 201 I 1 StPO hätten vorgebracht werden können. Denn die Geltendmachung solcher Einwendungen erst in der Hauptverhandlung lasse die wichtige

⁸⁸³ *Mavany*, JA 2015, 488, 493.

⁸⁸⁴ Hierzu *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S.149 f.; *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95; so auch *Gössel*, Gutachten, 60. DJT, S. C 73, wonach in § 203 StPO ein neuer Absatz 2 anzufügen sei, der wie folgt lautet: „In diesem Beschluss gibt das Gericht zugleich bekannt, welche der beantragten und welche sonstigen Beweiserhebungen es in der Hauptverhandlung durchzuführen beabsichtigt; [...]“; ähnlich *Schlothauer*, Lüderssen-FS, S. 770.

⁸⁸⁵ Ähnlich *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 335, wo die Einführung eines Beschwerderechts als „Alternative“ zum obligatorischen Erörterungstermin anerkannt wird.

⁸⁸⁶ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95 ff.

Filterfunktion des Zwischenverfahrens hinfällig werden und verlängere die Verfahrensdauer. Deshalb sollte man sich über diese Einwendungen, welche nicht im Zwischenverfahren, sondern erst in der Hauptverhandlung erhoben werden, hinwegsetzen⁸⁸⁷. Dabei gehe es nur um Verfahrensfragen, deren tatsächliche Grundlagen dem Angeschuldigten bereits im Zwischenverfahren anhand der Aktenmaterialien bekannt waren. Dazu zählen etwa das „Ob“ des Vorliegens von Prozessvoraussetzungen, Beanstandungen der von der Staatsanwaltschaft oder vom Gericht unzureichend durchgeführten Sachbehandlung⁸⁸⁸ und Fragen unverwertbarer Beweise⁸⁸⁹.

Nach diesem Vorschlag kann ein seiner gesetzlich zu verankernden Rügeobliegenheit nicht nachkommender Verfahrensbeiträger Einwendungen in der Hauptverhandlung nur dann vorbringen, wenn die Einwendungen auf neuen Verfahrenstatsachen beruhen, die ihm nicht erkennbar waren⁸⁹⁰; andernfalls seien die den unterbleibenden Einwendungen zugrundeliegenden Verfahrensfragen in der Hauptverhandlung nicht mehr zu behandeln oder freibeweislich aufzuklären⁸⁹¹. Ferner sollen die im Zwischenverfahren erhobenen Einwendungen der Verfahrensbeiträger grundsätzlich eine innerprozessuale Bindungswirkung für das erkennende Gericht haben⁸⁹².

Schon früher hat auch *Gössel* die diesem Vorschlag entsprechende Idee aufgezeigt: Er geht zunächst davon aus, dass das Zwischenverfahren insbesondere zwecks der Verfahrensbeschleunigung zu erweitern sei⁸⁹³. Daher sollten die Staatsanwaltschaft und der Angeschuldigte nebst seinem Verteidiger bereits im Rahmen des Zwischenverfahrens umfassend Beweisanträge stellen, solange die Beweise für die Wahrheitserforschung durch die Ermittlung seitens der Staatsanwaltschaft und für die effektive Verteidigung seitens des Angeschuldigten bedeutend seien. Würden sie dieser Verpflichtung nicht nachkommen, d.h. die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift die erforderlichen Beweisanträge oder der Angeschuldigte die durch Erklärungen gemäß § 201 StPO ermöglichenden Beweisanträge schuldhaft nicht stellen, so seien „verfahrensrechtliche Sanktionen“ aufzuerlegen. Die Anträge werden demnach nicht gestattet, es sei denn, die Beweise seien in der Hauptverhandlung präsent⁸⁹⁴. Solange verfahrenserhebliche Tatsachen und Beweismittel erst durch die Sachverhaltsermittlung bekannt würden, seien auf sie bezogene Beweisanträge so zu behandeln, als wären sie schon im Zwi-

⁸⁸⁷ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95 f. Entsprechende Präklusionswirkungsregelungen finden sich mit Bezugnahme auf eine Verfahrensfrage über die Zuständigkeit auch in §§ 6a II 3, 16 II 3 StPO.

⁸⁸⁸ Beispielsweise zu nennen sind eine unzureichend gewährte Akteneinsicht (§§ 147, 169a StPO) und unvollständig durch die Staatsanwaltschaft übermittelte Akten.

⁸⁸⁹ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 96. Bezüglich der dritten Gruppe ähnlich *Schlothauer*, Lüderssen-FS, S. 767 ff., wonach (auch) bei einem Eröffnungsbeschluss im Zwischenverfahren bisher „schwebend unwirksame“ Beweisverwertungsverbote erst durch einen Widerspruch des Angeschuldigten „aktiviert“ würden. Würde der Widerspruch daraufhin erfolgreich eingelegt, dürfte die Entscheidung im Hauptverfahren nicht basierend auf den widersprochenen Informationen getroffen werden, hierzu *Radtke*, Schlothauer-FS, S. 468.

⁸⁹⁰ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 97.

⁸⁹¹ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 98.

⁸⁹² *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 98.

⁸⁹³ *Gössel*, Gutachten, 60. DJT, S. C 62.

⁸⁹⁴ *Gössel*, Gutachten, 60. DJT, S. C 62.

schenverfahren gestellt worden⁸⁹⁵.

bb) Bewertung

Nachvollziehbar ist zwar der Gedanke, dass bereits im Zwischenverfahren der Angeschuldigte und sein Verteidiger nach § 201 StPO ihre Befugnis zu Einwendungen sowie Beweisansprüchen aktiv ausnutzen sollen. Dies trägt dazu bei, das Zwischenverfahren als effektives Verfahrensstadium auszugestalten. Zudem hat sich bereits gezeigt, dass auch die Einführung des obligatorischen Erörterungstermins dazu dienen kann.

Die Schaffung der darüberhinausgehenden Einwendungsobliegenheit mit Präklusionswirkung erscheint indes aus der Perspektive des Angeschuldigten nicht hinnehmbar. Das Ziel dieses Vorschlags ist in erster Linie die Konzentration auf die Vorbereitung auf die Hauptverhandlung und deren damit zu erreichende, effektive Entlastung⁸⁹⁶. Somit würde der Vorschlag dem grundlegenden Zweck des Zwischenverfahrens, den Angeschuldigten vor einem rechtswidrig durchgeführten Verfahren zu schützen, schaden⁸⁹⁷. Denn die Präklusionswirkung rechtfertigt eine Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten, welche dem deutschen Strafverfahren fremd ist. Eine solche Pflicht schafft hohe Anforderungen an den Angeschuldigten, der weder der Staatsanwaltschaft noch dem Gericht helfen muss⁸⁹⁸. Seine Einwendungen sowie Beweisansprüche sollten dem Angeschuldigten lediglich zum Zwecke einer effektiven Verteidigung zur Verfügung stehen. Daneben sollte auch der Verteidiger nicht dazu verpflichtet werden, einen Widerspruch einzulegen. Auch angesichts seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege (vgl. § 1 BRAO) spricht nichts für eine Mitverantwortung für die Tätigkeit des Gerichts. Vielmehr hat das Gericht selbst zur Wahrung der von Amts wegen zu beachtenden Förmlichkeiten ihm bekannte Verfahrensfehler unabhängig davon zu berücksichtigen, ob der Verteidiger dagegen aktiv tätig wird oder die Erhebung des Widerspruchs unterlassen hat⁸⁹⁹. Dies ergibt sich aus dem Untersuchungsgrundsatz (§ 244 II StPO). Demnach darf das Gericht den Verfahrensbeteiligten entsprechende Verpflichtung nicht auferlegen. Die Schaffung einer derartigen Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten führt mithin zum Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz und überdies dazu, systemfremde Elemente des Parteiprozesses aus dem anglo-amerikanischen Rechtssystem in das deutsche Verfahren einzuführen⁹⁰⁰. In diesem Sinne wird deshalb auch die „Widerspruchslösung“ im Rahmen der Beweisverwertungsverbote kritisiert⁹⁰¹.

Zudem ist der Vorschlag, dass das erkennende Gericht an die Entscheidung im Zwischenverfahren gebunden sei, im Hinblick auf die Pflicht der Sachverhaltserforschung bedenklich.

⁸⁹⁵ Gössel, Gutachten, 60. DJT, S. C 63.

⁸⁹⁶ BMJV, Bericht der Expertenkommission, S. 99; Hofer, Zukunft, S. 41.

⁸⁹⁷ BMJV, Bericht der Expertenkommission, S. 99 f.; Leipold, Schlothauer-FS, S. 350.

⁸⁹⁸ BMJV, Bericht der Expertenkommission, S. 99.

⁸⁹⁹ Kleszczewski, Strafprozessrecht, Rn. 124.

⁹⁰⁰ BMJV, Bericht der Expertenkommission, S. 99.

⁹⁰¹ Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 460a; Kleszczewski, Strafprozessrecht, Rn. 408; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 34; Volk/Engländer, GK StPO, § 28, Rn. 22; LR-StPO/Gleiß, § 136, Rn. 82 ff.; SSW-StPO/Eschelbach, § 136, Rn. 103 ff.; SK-StPO/Rogall, § 136, Rn. 80; Heghmanns, ZIS 2016, 404, 414; Velten, ZJS 2008, 76, 81 ff.; Wachter, JR 2019, 437, 449.

Problematisch wären vor allem Fälle, in denen Verfahrensfehler im Zwischenverfahren nicht dem Gericht, sondern lediglich dem Angeschuldigten bekannt waren, dieser aber keinen Einwand vorgebracht hat. Da auch in diesem Fall die Präklusionswirkung entstünde, könnte das Gericht selbst solche Fehler im Hauptverfahren nicht mehr heilen⁹⁰².

Obwohl der Vorzug dieses Konzepts u.a. in der Verfahrensbeschleunigung liegt, wird dies auch durch die Schaffung der Präklusionswirkung keineswegs garantiert. Denn der Angeschuldigte würde im Zwischenverfahren zur Vermeidung der möglichen Präklusion schon aus Prinzip viele Einwendungen erheben, selbst wenn diese später nicht von Bedeutung sein sollten⁹⁰³. Da diese überflüssige und unnötige Geltendmachung selbstverständlich keinen effektiven Schutz des Angeschuldigten darstellt, würde im Ergebnis weder die erfolgreiche Verteidigung für den Angeschuldigten noch die Verkürzung des Verfahrens noch eine Ersparnis an Mehraufwand erreicht⁹⁰⁴.

Nur auf den ersten Blick scheint die Ansicht von *Gössel* mit dem Grundsatz der Waffengleichheit vereinbar zu sein, weil sie sowohl die Staatsanwaltschaft als auch den Angeschuldigten nebst seinem Verteidiger dazu verpflichtet, umfassend Beweisanträge zu stellen⁹⁰⁵. Hiergegen wird zu Recht eingewendet, dass eine solche Verpflichtung den Angeschuldigten zumeist überlasten wird, während sie umgekehrt nicht zu einer Mehrbelastung der Staatsanwaltschaft führt, weil die Staatsanwaltschaft ohnehin das wesentliche Ermittlungsergebnis in der Anklageschrift anzugeben hat⁹⁰⁶. Somit wird die Waffengleichheit durch den Vorschlag im Ergebnis nicht gewährt.

Mithin ist der Vorschlag abzulehnen.

IV. Eigene Auffassung

1. Teilweise Annahme der bisherigen Diskussionen

In Anbetracht des Hauptziels des Zwischenverfahrens verdient seine ersatzlose Abschaffung⁹⁰⁷ keinen Beifall. Vielmehr sollte überlegt werden, wie die aus dem geltenden Recht folgenden Probleme zu lösen sind. Wie bereits erwähnt, könnten zwei Ansätze positiv herangezogen werden, um die gegen das Zwischenverfahren aufgeworfenen Vorwürfe auszuräumen: Einerseits der Ausschluss des Richters, der im Zwischenverfahren beim Erlass des Eröffnungsbeschlusses mitgewirkt hat, und andererseits die Einführung der obligatorischen mündlichen Verhandlung im Zwischenverfahren, in der der anwesende Angeschuldigte direkten Kontakt zum Richter hat, ähnlich wie es beim – teilweise im Schrifttum vertretenen – Erörte-

⁹⁰² *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 100; auf dieser Linie *Hofer*, Zukunft, S. 43.

⁹⁰³ *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 100; *Hofer*, Zukunft, S. 42; *Linden*, Referat, 60. DJT, S. M 43.

⁹⁰⁴ *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 68; *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 117 f.

⁹⁰⁵ Dazu *Gössel*, Gutachten, 60. DJT, S. C 63.

⁹⁰⁶ Zu den weiteren Kritiken an der *Gössels* Ansicht *Müller*, Referat, 60. DJT, S. M 68 f.

⁹⁰⁷ Vertretend etwa *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 161, Fn. 285; *Linden*, Referat, 60. DJT, S. M 43 f., 57 f., der danach eine neue Verfahrensgestaltung konzipiert: Das Gericht prüfe nach Anklageerhebung bis zur Terminbestimmung allein das „Ob“ des Vorliegens von Prozessvoraussetzungen; liege ein Verfahrenshindernis vor, weise das Gericht die Anklage durch Beschluss zurück, während andernfalls die Hauptverhandlung eröffnet werde. Diese Gestalt entspricht der jetzigen koreanischen StPO – solange man den Anwendungsbereich des § 327 Nr. 2 kor. StPO eng auslegt.

rungstermin der Fall ist.

a) Ausschluss des Richters des Zwischenverfahrens

Das Hauptmotiv der Ausschließung eines Richters nach §§ 22, 23 StPO liegt darin, die Unparteilichkeit des zur Entscheidung befugten Richters zu gewährleisten⁹⁰⁸. Nach dem verfassungsrechtlichen Gebot, d.h. dem Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 I 2 GG, muss sich das Gericht vom zu würdigenden Sachverhalt und den anderen Beteiligten fernhalten, um eine mögliche Voreingenommenheit von vornherein auszuschließen⁹⁰⁹. Dies dient gleichzeitig der Verwirklichung des Grundsatzes des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 I 1 EMRK⁹¹⁰. Insbesondere die Konstellationen des § 23 StPO, in denen die Teilnahme des Richters an Vorentscheidungen seine Ausschließung herbeiführt, zeigen deutlich, dass die Personenidentität des Richters im Zwischen- und Hauptverfahren bei der Untersuchung in der Hauptverhandlung zu einer möglichen Voreingenommenheit führen kann. Sobald die Vortätigkeit des Richters vom Beschuldigten als unsachgemäß angesehen wird, weil der Richter, der bereits einen Tatverdacht bejaht hat, auch die Beweise in der Hauptverhandlung würdigt, ist das Verfahren für den Beschuldigten nicht mehr neutral. Dies hat zur Folge, dass er die endgültige Entscheidung des Gerichts kaum akzeptieren kann. Deshalb sollte der an der Eröffnungsentscheidung teilnehmende Richter auf Basis des fair-trial-Prinzips und des infolgedessen schutzwürdigen Vertrauens des Angeklagten in die Unparteilichkeit der Rechtspflege von der Hauptverhandlung ausgeschlossen werden. Dies entspricht ferner dem Grundgedanken des Akkusationsprinzips, der sich eigentlich an der Unvoreingenommenheit des Richters im Stadium der Beurteilung „in der Hauptverhandlung“ orientiert.

Ohnehin geht es lediglich um das Ablehnungsverfahren (§§ 24 ff. StPO); es sei denn, der Ausschluss von der Hauptverhandlung würde in § 23 StPO geregelt. Denn die Mitwirkung eines Richters bei Vorentscheidungen führt nur bei Vorliegen einer evidenten gesetzlichen Grundlage „kraft Gesetzes“ zu seinem Ausschluss⁹¹¹. Auch nach der Rechtsprechung wurde mithin die Anwendung des § 23 StPO verneint⁹¹². Da zudem allein solche (bloße) Mitwirkung grundsätzlich keine automatische Ablehnung eines Richters begründet⁹¹³, kann die die Ablehnung auslösende Besorgnis der Befangenheit je nach Ablehnungsverfahren unterschiedlich beurteilt werden. Der Ausschluss des Richters ist somit *de lege ferenda* in den Katalog des

⁹⁰⁸ Hierzu *Arzt*, Der befangene Strafrichter, S. 6 f.

⁹⁰⁹ BVerfG NJW 1967, 1123; 1971, 1029; 2013, 1058, 1061.

⁹¹⁰ *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 13, Rn. 1; *KMR-StPO/Bockemühl*, Vor § 22, Rn. 1; *LR-StPO/Siolek*, Vor § 22, Rn. 1; *Schairer*, Der befangene Staatsanwalt, S. 30 ff.

⁹¹¹ BVerfGE 46, 34, 38; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 73; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 8, Rn. 5; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 19, Rn. 2; *HK-StPO/Temming*, Vor § 22, Rn. 3; *KK-StPO/Scheuten*, § 23, Rn. 1; *KMR-StPO/Bockemühl*, § 23, Rn. 1; *LR-StPO/Siolek*, § 23, Rn. 1; *M-G/S/Schmitt*, § 23, Rn. 1; *MüKo-StPO/Conen/Tsambikakis*, § 23, Rn. 3; *SSW-StPO/Kudlich/Noltensmeier*, § 23, Rn. 2; *SK-StPO/Weßlau/Deiters*, § 23, Rn. 1; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 110.

⁹¹² BVerfG NJW 1971, 1029; BGHSt 9, 233, 235.

⁹¹³ BGH NJW 2014, 2372; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 8, Rn. 9; *HK-StPO/Temming*, § 24, Rn. 17; *KK-StPO/Scheuten*, § 24, Rn. 8; *M-G/S/Schmitt*, § 24, Rn. 12; *MüKo-StPO/Conen/Tsambikakis*, § 24, Rn. 50; *Ernst*, Zwischenverfahren, S. 202; bezüglich eines Eröffnungsbeschlusses einschränkend *LR-StPO/Siolek*, § 24, Rn. 49 f. Zur Annahme einer richterlichen Vortätigkeit als Ablehnungsgrund auch bei Fällen, die mit gesetzlich normierten Ausschließungsgründen (§ 23 StPO) vergleichbar sind, vgl. *SK-StPO/Weßlau/Deiters*, § 23, Rn. 3.

§ 23 StPO einzubeziehen, um den nachhaltigen und einheitlichen Ausschluss des Richters in der Praxis zu garantieren. Effektiv abgewendet wird dadurch die Gefahr, dass der Richter unbewusst unter Einfluss seiner zuvor getroffenen Entscheidung parteiisch bleibt bzw. widersprechende Informationen blockiert, welche später etwa im Hauptverfahren erneut präsentiert werden („*Inertia*-Effekt“)⁹¹⁴.

b) Einführung der obligatorischen mündlichen Verhandlung in Anwesenheit des Angeschuldigten

Das Gericht muss vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens einen obligatorischen Erörterungstermin ansetzen, indem es den Angeschuldigten und seinen Verteidiger zu dem Termin lädt. Zwar entsteht dadurch ein zeitlicher und kostenmäßiger Mehraufwand. Der Hauptzweck des Zwischenverfahrens liegt jedoch – wie dargestellt – im Schutz des Angeschuldigten.

Zum Schutz des Angeschuldigten bedarf es einer „unmittelbaren Konfrontation“ mit dem die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließenden Gericht, damit dieser durch Anhörung des Angeschuldigten in die Lage versetzt wird, den Sachverhalt objektiv zu prüfen. Ohne die Anhörung würde das Gericht in der Regel nur die durch die staatsanwaltschaftliche Anklageschrift übermittelten, einseitigen Informationen zur Kenntnis nehmen. Ohne jene Möglichkeit der Begegnung kann die gerichtliche Prüfung allein aufgrund der von der Staatsanwaltschaft oder von dem Angeschuldigten vorgelegten, schriftlichen Akten oder Einwendungen routinemäßig erfolgen⁹¹⁵. Die bedeutende Rolle der persönlichen Anhörung liegt folglich darin, dass der Angeschuldigte mit ihrer Hilfe einen gerichtlichen Nichteröffnungsbeschluss herbeiführen kann. Aus diesem Grund unterscheidet sich die Bedeutung des obligatorischen Erörterungstermins von der Bedeutung des Ausschlusses des Richters: Während der Ausschluss des Richters des Zwischenverfahrens zur Behebung der Befangenheit nach der Eröffnung des Hauptverfahrens beiträgt, stellt die Schaffung des obligatorischen Erörterungstermins einen wichtigen Baustein dar, um die „Ablehnung“ der Eröffnung des Hauptverfahrens selbst auszulösen.

Der Terminus kann indes zu einem unnötigen Missverständnis Anlass geben. Die „Erörterung“ lässt sich ggf. so verstehen, dass diese Institution einer „Verständigung oder Absprache“ gleichzustellen ist. Eine solche Institution unterscheidet sich jedoch von einer Erörterung des Verfahrensstandes mit den Verfahrensbeteiligten (§ 202a StPO) in dem Punkt, dass Letztere von der Eröffnung des Hauptverfahrens ausgeht⁹¹⁶. Somit ist die Erörterung mit den Verfahrensbeteiligten überflüssig und unzulässig, wenn das Gericht die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens erwägt⁹¹⁷. Im Gegensatz dazu bezieht sich der obligatorische Erörterungstermin im Zwischenverfahren auf §§ 201, 202 StPO, die grundsätzlich eine große Rolle

⁹¹⁴ Ebenso *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 335.

⁹¹⁵ *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 115.

⁹¹⁶ Natürlich muss das Gericht noch nicht völlig entschlossen sein, das Hauptverfahren zu eröffnen, vgl. LR-StPO/*Stuckenberg*, § 202a, Rn. 3.

⁹¹⁷ BeckOK-StPO/*Ritscher*, § 202a, Rn. 6; KK-StPO/*Schneider*, § 202a, Rn. 3; KMR-StPO/*Seidl*, § 202a, Rn. 4; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 202a, Rn. 3; M-G/S/*Schmitt*, § 202a, Rn. 3; MüKo-StPO/*Kudlich*, § 202a, Rn. 5; SK-StPO/*Paeffgen*, § 202a, Rn. 29; SSW-StPO/*Rosenau*, § 202a, Rn. 11; einschränkend HK-StPO/*Temming*, § 202a, Rn. 6.

für die „Hemmung“ der Eröffnung des Hauptverfahrens spielen⁹¹⁸. Daraus ergibt sich, dass für die Benennung dieser Institution ein anderer Terminus vorzuschlagen ist. Diesbezüglich kommt auch in Abgrenzung zur Erörterung nach § 202a StPO der Terminus „mündliche Verhandlung“ in Betracht, der auch im Strafverfahren bei der „Haftprüfung“ (§§ 118, 118a StPO) und im „*confirmation hearing* (Bestätigung der Anklage vor dem Hauptverfahren)“ im Bereich des Internationalen Strafgerichtshofs (Art. 61 IStGH-Statut) verwendet wird. Das Ziel des letztgenannten Verfahrens, den Angeschuldigten vor einer ungerechtfertigten Anklage zu schützen⁹¹⁹, stimmt mit dem Zweck des Zwischenverfahrens überein. Ebenso ist das Verfahren bei der Haftprüfung, das eine Freilassung des Beschuldigten bezweckt, mit dem Zwischenverfahren vergleichbar, das zur Entlassung des Angeschuldigten aus dem Verfahren führt. Das Gesetz sollte deshalb den Begriff „obligatorische mündliche Verhandlung“ verwenden.

Konkret ist diese mündliche Verhandlung wie folgt zu gestalten: Die Anwesenheit des Angeschuldigten ist grundsätzlich verpflichtend, um die Anhörungsfunktion zu gewährleisten. Ausnahmen sind nur in bestimmten Fällen zu erlauben, in denen seine Anwesenheit rechtlich und tatsächlich nicht zu erwarten ist; dabei kann sich die gesetzliche Anlehnung an § 118a II StPO sowie Art. 61 II IStGH-Statut aufführen. Dem Angeschuldigten muss dabei die Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzutragen, die Vornahme einzelner Beweiserhebungen zu beantragen, die von der Staatsanwaltschaft beigebrachten Beweismittel anzufechten oder selbst Beweismittel beizubringen; diesbezüglich wird auf § 201 I 1 StPO sowie Art. 61 VI IStGH-Statut verwiesen. Dadurch wird dem Angeschuldigten die Gelegenheit gewährt, direkt vor dem Richter seine Ansicht entweder zur Einstellung oder zur Fortführung des Verfahrens zu äußern⁹²⁰. Obgleich § 118a I StPO sowie Art. 61 I, V IStGH-Statut sogar die Anwesenheitspflicht des Anklägers erfordern, reicht hingegen im Rahmen des Zwischenverfahrens die Überreichung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 199 II 2 StPO aus. Denn mit der Überreichung wird die Absicht der Staatsanwaltschaft, die Eröffnung des Hauptverfahrens zu fordern, bereits kundgetan⁹²¹.

Selbstverständlich muss der Richter nach der mündlichen Verhandlung der Ansicht des Angeschuldigten nicht folgen. Jedoch empfiehlt es sich, dass das Gericht eine ablehnende Entscheidung – z.B. wenn trotz der Einwendungen des Angeschuldigten der Eröffnungsbeschluss ergeht – begründet⁹²². Würde man somit die obligatorische mündliche Verhandlung und die gerichtliche Begründungspflicht anerkennen, entfällt die Forderung, dem Angeschuldigten beim Eröffnungsbeschluss ein Beschwerderecht zu verleihen sei. Denn für den Angeschuldigten erscheint es auch zeitlich vorteilhafter, sich mithilfe der Informationen, die er durch die Mitwirkung bei der mündlichen Verhandlung sowie durch die gerichtliche Begründung des

⁹¹⁸ Zustimmend *Meyer-Goßner*, StV 2002, 394.

⁹¹⁹ *Hofer*, Zukunft, S. 118.

⁹²⁰ Vgl. Siehe oben 3. Teil, C. II. 3. e).

⁹²¹ Natürlich verbietet dies keinesfalls die Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der mündlichen Verhandlung, denn § 168c I, V 1 StPO räumt eindeutig ihr Mitwirkungsrecht ein. Zu dem Mitwirkungsrecht vgl. *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S. 133.

⁹²² Vgl. Siehe oben 3. Teil, C. II. 3. e).

Eröffnungsbeschlusses erhalten hat, in der Hauptverhandlung zu verteidigen, als nach Einlegung der Beschwerde auf die Erwidern eines höheren Gerichts zu warten.

2. Das Erfordernis gesetzlicher Klarstellungen des § 204 StPO

a) Ausgangspunkt

Über die oben erläuterten und in Deutschland bereits diskutierten Vorschläge hinaus kann ein weiterer Vorschlag unterbreitet werden, der auf der in der koreanischen Rechtswissenschaft entwickelten „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ aufbaut. Um das Zwischenverfahren effektiver zu gestalten, sollten in § 204 StPO die Gründe für die Ablehnung des Eröffnungsbeschlusses konkretisiert werden. Dazu sollten sowohl die Gründe, die bereits im Allgemeinen anerkannt sind und bei Vorliegen zu einem Nichteröffnungsbeschluss führen, als auch die Umstände gehören, die aufgrund der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ als kontrollbedürftig betrachtet werden. Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist ein anderweitiger Lösungsweg nicht erwägenswert, wie etwa die gerichtliche Kontrolle mittels einer Generalklausel des § 327 Nr. 2 kor. StPO vornehmen zu wollen.

Zu einem sachentsprechenden Ergebnis kommt der Vorschlag, eine Begründungspflicht sei für den „Eröffnungsbeschluss“ zu regeln⁹²³. Würden die Gründe für die Nichtzulassung der Eröffnung des Hauptverfahrens eindeutig normiert, würde dies automatisch die Begründung des Eröffnungsbeschlusses erfordern. Denn das Gericht würde den Eröffnungsbeschluss nur dann erlassen, wenn die aufgelisteten Gründe zu seiner Ablehnung nicht vorlägen. Das Gericht käme so seiner Begründungspflicht für die Eröffnung des Hauptverfahrens nach, und zwar in „negativer“ oder „mittelbarer“ Weise.

Im Folgenden ist nunmehr zu klären, warum solche gesetzlichen Klarstellungen dringlich erscheinen. Diesbezüglich sind folgende drei Aspekte zu diskutieren: (i) der Gedanke des Rechtsmissbrauchs, in dem eigentlich die Grundlage der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ liegt, (ii) die kriminalpolitische Überlegung, d.h. die Bedeutung des Festhaltens am Legalitätsprinzip und (iii) die rechtspraktischen Vorteile für den Richter, die Staatsanwaltschaft und den Angeschuldigten.

b) Missbrauch der Befugnisse

Im geltenden Recht thematisieren einige Vorschriften den Gedanken des Rechtsmissbrauchs, um grob missbräuchliche oder zweckwidrige Verwendung von prozessualen Befugnissen des Verfahrensbeteiligten zu verhindern. Beispielsweise zu nennen sind etwa die Verwerfung eines unzulässigen Ablehnungsantrags (§ 26a StPO), die Ausschließung eines Verteidigers (§ 138a I Nr. 2 StPO), das Ausbleiben des Angeklagten in der Verhandlung mit ungenügenden Gründen (§ 230 II StPO), die Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit durch den Angeklagten (§ 231a StPO), die Zurückweisung von Fragen durch den Vorsitzenden bei einer missbräuchlichen Verwendung des Fragerechts (§ 241 StPO), die Ablehnung von Beweisanträgen (§ 244 III 2, 3 StPO) und die Ablehnung der Unterbrechung der Verhandlung bei einem offenbar

⁹²³ Vgl. *Heghmanns*, Zwischenverfahren, S.149 f.; *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 95.

mutwilligen oder nur zur Verfahrensverzögerung gestellten Antrag des Angeklagten im Falle einer Nachtragsanklage (§ 266 III 1 Fall 2 StPO). Diese Vorschriften bilden offensichtlich die „Vorkehrungen gegen einen Missbrauch von prozessualen Rechten“⁹²⁴.

Aus den Beispielen in der StPO ergibt sich, dass der zu untersagende Rechtsmissbrauch in der Regel von einem dysfunktionalen Verhalten in der Absicht ausgeht, prozessfremde – z.B. politische – oder prozesswidrige Zwecke zu erreichen – z.B. eine Prozessverschleppung oder Prozessvereitelung⁹²⁵. Ein Missbrauchsfall ist also tatsächlich gegeben, wenn im konkreten Einzelfall die Ausübung der prozessualen Befugnis wegen ihrer Zweckwidrigkeit als unzulässig erachtet wird oder zukünftig zu beschränken bzw. vollständig zu entziehen ist. Für die Beurteilung des „Ob“ der Zweckwidrigkeit kommt nur der Sinn der einschlägigen Befugnis selbst, nicht der des Strafverfahrens oder Strafverfahrensrechts insgesamt in Betracht⁹²⁶. Insofern decken sich diese Begriffsbestimmung sowie ihre Voraussetzungen mit dem oben Gesagten, wonach auch die „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ sowohl einen objektiven Umstand als auch ein subjektives Element des Betroffenen in Anspruch nimmt⁹²⁷.

In der Literatur ist es allerdings umstritten, ob die Einführung eines allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots mit der Folge der Entziehung bestimmter Befugnisse⁹²⁸ zu befürworten ist. *De lege lata* und *de lege ferenda* ist zu Recht anzunehmen, dass eine solche allgemeine Missbrauchsklausel, welche sämtliche, missbräuchlich vorgenommene Prozesshandlungen unzulässig macht, nicht in einer tauglichen Gestalt rechtlich handhabbar ist⁹²⁹ und wegen ihrer Unbestimmtheit die Aushöhlung prozessualer Rechte des Verfahrensbeteiligten bedeuten kann⁹³⁰. Daraus kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass das Ziel des Rechtsmissbrauchsverbots ausschließlich durch eine „enumerative Aufzählung“ der einzelnen Gründe erreicht werden kann. Die einzelnen prozessualen Befugnisse sind nicht durch die Anwendung eines einheitlichen allgemeinen Rechtsmissbrauchsprinzips, sondern je nach den jeweils auftretenden Konstellationen unterschiedlich zu behandeln⁹³¹. Erforderlich ist somit eine ausdrückliche gesetzliche Normierung, welche die konkreten Fälle umfasst, in denen ein „Missbrauch, der gewiss nicht den Regelfall bildet“⁹³², vorliegt.

Bei den meisten Fällen, die bereits im Gesetz verankert sind, handelt es sich zwar um Prozesshandlungen des Angeklagten oder seines Verteidigers⁹³³. Das Gebot der Vermeidung des

⁹²⁴ Hierzu LR-StPO/Kühne, Einl. H, Rn. 41.

⁹²⁵ KK-StPO/Fischer, Einl., Rn. 67; M-G/S/Schmitt, Einl., Rn. 111; SK-StPO/Wohlers, Einl., Rn. 101; zur verschiedenen Begriffsbestimmung Niemöller, StV 1996, 501 f.

⁹²⁶ MüKo-StPO/Kudlich, Einl., Rn. 345.

⁹²⁷ Siehe oben 2. Teil, D. I. 5. d).

⁹²⁸ Eingehender gesagt ist die einzelne Befugnisausübung zurückzuweisen oder ggf. ihre zukünftige Ausübung zu verneinen, vgl. MüKo-StPO/Kudlich, Einl., Rn. 346.

⁹²⁹ Vgl. LR-StPO/Kühne, Einl. H, Rn. 57; M-G/S/Schmitt, Einl., Rn. 111; Niemöller, StV 1996, 501, 502.

⁹³⁰ Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19, Rn. 13; KMR-StPO/Eschelbach, Vor § 226, Rn. 11; SK-StPO/Wohlers, Vor § 137, Rn. 64; ausführlich LR-StPO/Kühne, Einl. H, Rn. 60 f.

⁹³¹ Auf dieser Linie Vogel, NJW 1978, 1217, 1223; ebenso Hassemer, Meyer-Goßner-FS, S. 139.

⁹³² Hierzu MüKo-StPO/Kudlich, Einl., Rn. 344.

⁹³³ Ein klassisches Beispiel mit Bezugnahme auf das Beweisantragsrecht des Angeklagten vgl. BGHSt 38, 111 sowie des Verteidigers vgl. BGH NJW 2005, 2466.

Rechtsmissbrauchs gilt indes auch für die Tätigkeiten der Strafverfolgungsbehörden⁹³⁴. Darunter fallen die Konstellationen, in denen ein Verfahren durch die Staatsanwaltschaft mit einer unhaltbaren Begründung sowohl eingestellt als auch strafrechtlich verfolgt wird. Insbesondere fügt die missbräuchlich vorgenommene Anklageerhebung – wie oben genannt⁹³⁵ – dem Beschuldigten einen erheblichen Nachteil zu, der die entscheidende Bedingung für die Missbrauchskontrolle darstellt⁹³⁶. Das Verbot solcher Handlungen der Staatsanwaltschaft beruht auf ihrer Pflicht, auch zugunsten des Beschuldigten die prozessuale Wahrheit zu verfolgen (§ 160 II StPO)⁹³⁷. Folgt die Staatsanwaltschaft dieser Pflicht nicht, bedarf es einer Korrektur ihrer dysfunktionalen Maßnahmen. Zu deren Kontrolle kann neben ordentlichen Rechtsmitteln genauso die Nichteröffnung des Hauptverfahrens in Betracht kommen⁹³⁸. Eine Prozesshandlung, die zwar zum rechtlich missbilligten Zwecke erfolgt, aber keinen Verstoß gegen ein konkretes gesetzliches Verbot darstellt, wird jedoch grundsätzlich nicht als unwirksam, sondern lediglich als unzulässig angesehen⁹³⁹. An der Wirksamkeit kann die Überprüfung (Kontrolle) solcher missbräuchlichen Handlung scheitern, es sei denn, eine Verbotsnorm und deren Beurteilungskriterien liegen vor. Deshalb ist deren Verbot ausdrücklich in der StPO zu regeln.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die gesetzliche Präzisierung des § 204 StPO durch die Auflistung der konkreten Gründe dient der Vermeidung eines Missbrauchs des prozessualen Rechts der Staatsanwaltschaft, d.h. des allein ihr zustehenden Anklageerhebungsrechts. Zumindest dem Gericht ist demzufolge die Möglichkeit zu geben, im Rahmen des Zwischenverfahrens solche Fälle durch Ablehnung der Eröffnung zu kontrollieren.

c) Kriminalpolitische Aspekte

In der Rechtspraxis kommt es in vielen Fällen trotz des Vorliegens einer Straftat nicht zu einer Verurteilung. Die Gründe dafür sind z.B. die polizeiliche Unkenntnis etwa wegen fehlender Anzeige der Bürger, die mangelnde Aufnahmebereitschaft der Strafverfolgungsbehörden etwa wegen ihrer Geschäftsaufteilung in mehreren Kriminalitätsbereichen bzw. nach den Verfolgungsstrategien, die staatsanwaltschaftlichen Verfahrenseinstellungen aufgrund der Nichtnachweisbarkeit eines hinreichenden Tatverdachts bzw. aufgrund des Opportunitätsgedanken, die gerichtlichen Entscheidungen wie Verfahrenseinstellung, Erlass eines Strafbefehls oder Freispruch im Zwischen- oder Hauptverfahren usw. All dies wird als „Selektion“ bei der Strafverfolgung bezeichnet⁹⁴⁰.

Besonderes Augenmerk sollte dabei auf die Verfahrenseinstellung der Staatsanwaltschaft ge-

⁹³⁴ Zutreffend KK-StPO/*Fischer*, Einl., Rn. 73; LR-StPO/*Kühne*, Einl. H, Rn. 66; SK-StPO/*Wohlers*, Einl., Rn. 101.

⁹³⁵ Siehe oben I. Teil, B. I. 4.

⁹³⁶ Dazu *Hassemer*, Meyer-Goßner-FS, S. 140.

⁹³⁷ LR-StPO/*Kühne*, Einl. H, Rn. 45.

⁹³⁸ Richtigerweise LR-StPO/*Kühne*, Einl. H, Rn. 66.

⁹³⁹ Vgl. *Volk/Engländer*, GK StPO, § 15, Rn. 13; M-G/S/*Schmitt*, Einl., Rn. 111.

⁹⁴⁰ Ausführlich *Neubacher*, Kriminologie, § 4, Rn. 7 ff.; *Kunz/Singelstein*, Kriminologie, § 19, Rn. 2 ff.; *Zipf*, Kriminalpolitik, S. 132 ff.; *Kerner*, Kriminalstatistik, S. 296 ff.; *Bae/Hong*, Kriminalpolitik, § 15, Rn. 2 ff.; grundlegend *Sack*, Selektion, S. 462 ff.

legt werden. Diese Einstellung erfolgt in der Regel infolge der eingeschränkten Erkenntnisfähigkeit bzw. des „Vorverständnisses“ der Staatsanwaltschaft⁹⁴¹. Solche Umstände werden namentlich im Falle der Einstellung aus Opportunitätsgründen als eine der tatsächlichen Grenzen der Aufrechterhaltung des Legalitätsprinzips (als Regelfall) dargestellt⁹⁴². Diesbezüglich behauptet *Zipf* mit Recht, dass die „Selektion“ im Strafverfahren zwar unvermeidbar sei, die Gründe für die Einstellung aber zum Ausschluss einer ungleichmäßigen bzw. verzerrenden Selektion sowie zur Klärung deren Kriterien gesetzlich präzisiert und detailliert zu bestimmen seien⁹⁴³. Diese Verrechtlichung erscheint möglich, vor allem wenn den staatlichen Strafverfolgungsorganen die Delikte bekannt worden sind⁹⁴⁴. Dementsprechend eröffnet der Gesetzgeber die Möglichkeit der Einstellung in §§ 153 ff. StPO. Weil die Selektionsvorgänge keine Ausnahmeerscheinung mehr darstellten, müssten die Gründe für den Verzicht auf Strafverfolgung erweitert werden; gleichzeitig seien die Gründe für die als Durchbrechung der Strafverfolgung angesehenen Einstellungsvorschriften möglichst bestimmt zu regeln, damit im Grundsatz am Legalitätsprinzip festgehalten werden könne und die Einstellung nicht im beliebigen Ermessen der Staatsanwaltschaft stehe. So könnten die Einstellungsgründe als „generelle Verfahrenshindernisse“ ausformuliert werden⁹⁴⁵. Im Ergebnis ist für die (opportunitätsgeprägte) Selektion eine klare Rechtsgrundlage zu schaffen.

Diese Erkenntnisse können ebenso auf sonstige Selektionsvorgänge übertragen werden. Dazu gehören nämlich die Fälle, in denen einerseits – neben der Staatsanwaltschaft – das Gericht das Verfahren einstellen kann und andererseits die Verfahrenseinstellung – neben Opportunitätsgründen – wegen mangelnden hinreichenden Tatverdachts erfolgt. In diesem Sinne haben die Vorschriften §§ 153 I, 153a I, 153b I, 170 II StPO und die Vorschriften §§ 153 II, 153a II, 153b II, 204 StPO eine vergleichbare Funktion bei der Selektion eines Strafverfahrens. Der einzige Unterschied liegt darin, dass bei Ersteren die Selektion in Form einer Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft erfolgt, welcher eine alleinige Befugnis zur Abschlussverfügung zusteht, während bei Letzteren die auf einer (aus Sicht des Gerichts) verfehlten Beurteilung der Staatsanwaltschaft basierende Anklageerhebung im Stadium des Zwischenverfahrens in Form eines Einstellungs- oder Nichteröffnungsbeschlusses durch das Gericht aussortiert wird.

Die gerichtliche Verfahrensbeendigung hat zwar den Anschein, als ob sie durch die Verhinderung der Anklageerhebung das Legalitätsprinzip beschränken würde, das auf den ersten Blick nur dann eingehalten zu werden scheint, wenn eine Strafverfolgung gelingt. Jedoch trägt die gerichtliche Verfahrensbeendigung im Gegenteil zur Beibehaltung des Legalitätsprinzips bei. Denn der Zweck des Legalitätsprinzips erzwingt keinesfalls, dass alle Strafsachen – mit hinreichendem Tatverdacht und Prozessvoraussetzungen – strafrechtlich zu verfolgen sind. Die Grundidee des Legalitätsprinzips stellt vielmehr den Anklagezwang dar, der von „strafverfolgungsreifen“ Umständen ausgeht, in denen über das bloße Vorliegen eines hinreichen-

⁹⁴¹ *Hassemer*, Legalität, S. 532 f.; *Bae/Hong*, Kriminalpolitik, § 25, Rn. 14.

⁹⁴² SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, Vor § 151, Rn. 28; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 86.

⁹⁴³ Dazu *Zipf*, Kriminalpolitik, S. 137 ff.; ebenfalls *Hassemer*, Legalität, S. 539.

⁹⁴⁴ *Zipf*, Kriminalpolitik, S. 138.

⁹⁴⁵ *Zipf*, Kriminalpolitik, S. 139.

den Tatverdachts und der Prozessvoraussetzungen hinaus zusätzlich noch der Umstand „kein Missbrauch des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft“ vorliegen sollte. Näheres zu diesem Umstand wird unter Abschnitte b) oben ausgeführt. Somit muss ein Sachverhalt umgekehrt dann „einstellungsreif“ sein, wenn (i) ein hinreichender Tatverdacht fehlt, (ii) ein Verfahrenshindernis besteht oder (iii) „die Anklageerhebung zum Nachteil des Angeschuldigten als erheblich missbräuchlich erachtet wird“. Auf der Kehrseite der Verfolgungspflicht steht demzufolge der Gedanke, dass die Staatsanwaltschaft tatsächlich eine „Nichtverfolgungspflicht“ trifft, solange zumindest einer der drei Gründe vorliegt. Man darf also nur einräumen, eine Anklage werde unter Festhalten am Legalitätsprinzip erhoben, wenn die Staatsanwaltschaft einen Sachverhalt nicht rechtswidrig – nämlich bei den fehlenden Gründen (i) sowie (ii) – „und zugleich“ nicht missbräuchlich – nämlich beim fehlenden Grund (iii) – strafrechtlich verfolgt. Nur wenn nirgendwo ein Missbrauch des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft gegeben ist, kann daher das Legalitätsprinzip als solches, d.h. die Verfolgungspflicht „im echten Sinne“, vollumfänglich realisiert werden.

Kommt die Staatsanwaltschaft dieser Pflicht nicht nach, besteht daher Handlungsbedarf seitens des Gerichts, um die daraus folgende, missbräuchliche Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft zu verhindern. Natürlich liefert das geltende Recht in einem gewissen Maße die Möglichkeit dazu, indem es dem Gericht die Kompetenz zur Verfahrensbeendigung verleiht. Allerdings kann das Gericht nur dann mittels des § 204 StPO als effektive Kontrollinstanz fungieren, wenn es um die Gründe (i) und (ii) geht, während in Bezug auf den Grund (iii) die gesetzliche Grundlage nur im Falle der Opportunitätseinstellungen (§§ 153 II, 153a II, 153b II StPO) vorliegt. Bei den sonstigen Umständen, in denen die Fallgruppen Nr. 3 bis 5 der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ vorliegen, hat der Angeschuldigte im Zwischenverfahren leider keine andere Wahl, als schutzlos auf die Einleitung des Hauptverfahrens zu warten, selbst wenn eine erhebliche Beeinträchtigung seiner Grundrechte bereits erfolgt ist oder mit deren Auftreten mit Beginn des Zwischenverfahrens zu rechnen ist.

Die Überlegungen von *Zipf* sind somit zum Schließen dieser Lücken auf die gerichtliche Entscheidung über die Ablehnung des Hauptverfahrens im Bereich des Zwischenverfahrens übertragbar. Berücksichtigt man, dass zur Beibehaltung des Legalitätsprinzips die Voraussetzungen bzw. Kriterien für die staatsanwaltschaftliche Einstellung im Sinne einer Selektion ausdrücklich zu normieren sind, so gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass auch die gesetzliche Präzisierung der Kriterien für die gerichtliche Einstellung des Verfahrens als eine Art der Selektion und zugleich ein Kontrollmittel zur Bestätigung des Gedankens des Legalitätsprinzips „im echten Sinne“ beitragen kann. Als Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass auch unter Blickwinkel der kriminalpolitischen „Selektion“ die jeweiligen Gründe sowie Voraussetzungen für die Nichteröffnung des Hauptverfahrens eindeutig bestimmt werden sollten.

d) Rechtspraktische Aspekte

Die Klarstellung der einzelnen Gründe für die Ablehnung des Hauptverfahrens würde auch in der Praxis dazu beitragen, dass die jeweiligen Justizorgane, d.h. Gericht und Staatsanwaltschaft, bei ihrer Entscheidung über die Fortführung des Verfahrens zu einer dem Angeschul-

digten besser schützenden Sichtweise kommen.

Zunächst würde eine oberflächliche Überprüfung im Zwischenverfahren weitgehend verhindert. Denn die gesetzliche Normierung konkreter missbräuchlicher Umstände führt dazu, dass der Richter bei seiner Prüfung im Zwischenverfahren über diese nicht hinwegsehen kann⁹⁴⁶. Bisher besteht die Gefahr, dass sich der Richter ggf. nachlässig positioniert, weil es für den Schutz des Angeschuldigten ausreiche, wenn das erkennende Gericht solche Umstände erst in einer späteren Phase, d.h. in der Hauptverhandlung, prüfe. Man könnte durchaus vermuten, dass eine derartige Neigung einen der Gründe dafür bildet, dass gegenwärtig fast 99 Prozent aller angeklagten Strafsachen mit dem gerichtlichen Eröffnungsbeschluss in das Hauptverfahren einmünden. Dieses problematische Stereotyp auf Seiten des Richters verschwände, wenn er bei seiner Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens stets die konkreten (Einstellungs)Gründe beachten müsste. Zugleich behielte der Richter die zentrale Rolle des Zwischenverfahrens, nämlich die vorzeitige Entlassung des Angeschuldigten aus dem rechtswidrigen Verfahren, immer vor Augen.

Die gesetzliche Präzisierung würde zudem von vornherein die staatsanwaltschaftliche Entscheidung über die Abschlussverfügung beeinflussen. Die Staatsanwaltschaft müsste ihre Absicht zur Strafverfolgung an den normierten Gründen orientieren. Eine den gesetzlichen Normen entgegenstehende Anklageerhebung würde nicht zur Eröffnung des Hauptverfahrens führen. Selbst mit dem (bloßen) Vorliegen einer ausdrücklichen Kontrollmöglichkeit durch das Gericht würde daher die Staatsanwaltschaft einerseits ihre Objektivitätspflicht stets beachten, der zufolge sie durch angemessene Ausübung ihrer Strafverfolgungsbefugnis eine mögliche rechtswidrige Ausdehnung der staatlichen Strafgewalt zu hemmen hat; andererseits könnte sie sich unter Hinweis auf die normierten Umstände gegen eine rechtswidrige, etwa aus politischem Interesse erteilte Weisung des Justizministeriums bzw. ihrer vorgesetzten Beamten zur Wehr setzen.

Die geforderte Präzisierung würde freilich auch dem Angeschuldigten im Zwischenverfahren zugutekommen, weil er sich unter Hinweis auf die genannten Gründe bei der – einzufügenden – obligatorischen mündlichen Verhandlung effektiv verteidigen könnte. Denn bei Geltendmachung einer der Gründe würde der Angeschuldigte die Ablehnung des Eröffnungsbeschlusses verlangen. Dies kann als „Einwendung gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens“ im Sinne des § 201 I 1 StPO angenommen werden.

e) Zwischenergebnis

Im Hinblick auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs, die eigentliche Bedeutung der Beibehaltung des Legalitätsprinzips und die Aufstellung bestimmter Maßstäbe für Gericht sowie Staatsanwaltschaft bei ihrer Beurteilung der Notwendigkeit der Strafverfolgung zulasten des Beschuldigten (Angeschuldigten) wird im Ergebnis festgestellt, dass es – über den gegenwärtigen Wortlaut des § 204 StPO hinaus, der im Zwischenverfahren nur die bloße Möglichkeit einer gerichtlichen Nichtzulassung des Hauptverfahrens gewährt – der gesetzlichen Präzisie-

⁹⁴⁶ Zu dieser Möglichkeit vor allem angesichts des US-amerikanischen Rechtssystems *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 315 f.

rung der konkreten Gründe für den Nichteröffnungsbeschluss des Gerichts bedarf.

In welchen Formen die – zu präzisierenden – einzelnen Gründe in § 204 StPO darzustellen sind, wird gesondert unten V. näher dargelegt.

3. Reformbedarf der Einstellungsvorschriften nach Anklageerhebung

Bezogen auf die 2. Fallgruppe, in der die Staatsanwaltschaft vor allem bei „Geringfügigkeit“ durch Missbrauch ihres Verfolgungsermessens Anklage erhebt, greifen die Einstellungsvorschriften der §§ 153 ff. StPO ein. Das Gericht kann im Zwischenverfahren das Verfahren einstellen, und zwar mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeeschuldigten (§§ 153 II, 153a II, 153b II StPO). Da jedenfalls diese Kontrollmöglichkeit in der StPO geregelt ist, scheint die Situation besser zu sein als die bei den Fallgruppen Nr. 3 bis 5, wo nach geltendem Recht bzw. nach der h.M. oder Rechtsprechung dem Angeeschuldigten keine effektiven Schutzmittel zur Verfügung stehen.

Wie bereits erwähnt⁹⁴⁷, lösen §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO das Problem aber nicht uneingeschränkt. Die Einstellung kann nur erfolgen, wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeeschuldigte zustimmen. Der Richter hat insoweit keine letztverbindliche Entscheidungsbefugnis, obwohl die Verfahrensherrschaft nach Einreichung der Anklageschrift auf ihn übergeht. Bei § 153a II StPO, der den Charakter einer Absprache hat, ist aber das Argument nicht sachgerecht, so dass dort das Zustimmungserfordernis nicht abgeschafft werden sollte.

Da die notwendige Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bzw. des Angeeschuldigten (mit Ausnahme des § 153a II StPO) bei der gerichtlichen Entscheidung gemäß §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO somit *de lege ferenda* nicht sachgerecht erscheint, ist nun ein stichhaltiger Lösungsweg zu finden. Nach *Terbach* sei die erkennbar willkürliche oder gleichheitswidrige, auf bestimmten Rechtsfehlern (Tatsachenmangel, Abwägungsausfall, -defizit, -fehlgebrauch, -disproportionalität) basierende Zustimmungsverweigerung insbesondere im Rahmen der Bewertung des „öffentlichen Interesses“ durch die Staatsanwaltschaft als rechtswidrig zu behandeln, so dass diese Rechtswidrigkeit durch die Annahme eines Rechtswegs oder – wenn dies unmöglich wäre – durch verfassungskonforme Auslegung auszugleichen sei, wonach das Gericht selbst die zu kontrollierende Zustimmungsverweigerung zu substituieren und anschließend das Verfahren ohne Zustimmung einzustellen habe⁹⁴⁸. Solche Lösungswege stellen aber gerade keine direkten Kontrollinstrumente dar. Vielmehr ist der vollständige Wegfall des Zustimmungserfordernisses vorzuziehen.

Darüber hinaus sollte an die Möglichkeit gedacht werden, Rechtsmittel sowohl gegen den Nichteinstellungs- als auch gegen den Einstellungsbeschluss einzulegen. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die Staatsanwaltschaft gegen den Einstellungsbeschluss und der Angeeschuldigte gegen den Nichteinstellungsbeschluss jeweils (sofortige) Beschwerde einlegen können sollten. Nach geltendem Recht sind beide Beschlüsse nicht anfechtbar (§§ 153 II 4, 153a II 4 StPO). Jedoch treffen auch hier die schon im Zuge des fehlenden hinreichenden Tatverdachts

⁹⁴⁷ Siehe oben I. Teil, B. II. 2.

⁹⁴⁸ *Terbach*, Einstellungserzwingungsverfahren, S. 197.

oder der fehlenden Prozessvoraussetzung angestellten Erörterungen⁹⁴⁹ zu, denen nach einerseits der Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde nach § 210 II Fall 1 StPO zusteht, während der Angeschuldigte andererseits solange kein Beschwerderecht benötigt, als zu seinem Vorteil eine obligatorische mündliche Verhandlung geschaffen würde. Die Entwürfe für die Opportunitätsvorschriften werden ausführlich im letzten Kapitel behandelt⁹⁵⁰.

V. Konkrete Erwägungen für die Klarstellungen des § 204 StPO

1. Vorüberlegung

Im Folgenden ist vornehmlich die noch nicht geklärte Frage zu behandeln, wie die Gründe für die Nichtzulassung des Hauptverfahrens in § 204 StPO zu ergänzen sind. Ihre Beantwortung lässt sich mit den Fallgruppen Nr. 1 und 3 bis 5 der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ verbinden.

Die unstreitig zu normierenden Gründe betreffen zunächst die Fälle, in denen (i) „der Angeschuldigte aus rechtlichen Gründen nicht strafbar ist, weil der Sachverhalt keinen objektiven oder subjektiven Straftatbestand erfüllt oder ein Rechtfertigungs-, Schuldauusschließungs-, Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgrund eingreift“; (ii) „eine Verurteilung des Angeschuldigten aus tatsächlichen Gründen nicht zu erwarten ist, weil ein hinreichender Tatverdacht fehlt oder nicht beweisbar ist“; (iii) „in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ein Verfahrenshindernis vorliegt oder Prozessvoraussetzungen fehlen, und zwar nicht vorübergehend, sondern endgültig“. Als dritter Grund für einen Nichteröffnungsbeschluss sind alle Umstände aufzulisten, die im Schrifttum bzw. in der Rechtsprechung allgemein als Verfahrenshindernisse oder Prozessvoraussetzungen bezeichnet werden. Dazu zählen z.B. „das Fehlen der deutschen Gerichtsbarkeit, die Unzulässigkeit des Strafrechtswegs nach § 13 GVG, das Vorliegen der Immunität von Abgeordneten, der Erlass der Amnestie, das Fehlen der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit, der Eintritt des Verbrauchs der Strafklage, der Eintritt der doppelten Rechtshängigkeit, der Eintritt der Verfolgungsverjährung, das Fehlen eines wirksamen Strafantrags, einer behördlichen Ermächtigung oder eines behördlichen Strafverlangens, das Fehlen einer wirksamen Anklage, das Fehlen eines wirksamen Eröffnungsbeschlusses, der Tod des Angeschuldigten, die Verhandlungsunfähigkeit des Angeschuldigten und die Strafunmündigkeit des Angeschuldigten“. Die 1. Fallgruppe, die an die Umstände (i) sowie (ii) anknüpft, kann auf diese Weise ausdrücklich in § 204 StPO beschrieben werden.

Aus der Auffassung, dass Beweisverwertungsverbote nicht allein im Bereich der Hauptverhandlung, sondern im ganzen Strafverfahren einschließlich des Zwischenverfahrens zu berücksichtigen seien⁹⁵¹, kann man herauslesen, dass die 3. Fallgruppe, bei der es um die auf

⁹⁴⁹ Siehe oben 3. Teil, C. IV. 1. b).

⁹⁵⁰ Siehe unten Schlussbetrachtung, B. V.

⁹⁵¹ *Schlothauer*, Lüderssen-FS, S. 763 ff.; ebenfalls BGH NJW 2017, 1828, 1829; NStZ 2018, 737; AG Saalfeld StV 2005, 320 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 610; BeckOK-StPO/*Ritscher*, § 203, Rn. 5; KK-StPO/*Schneider*, § 203, Rn. 9; LR-StPO/*Stuckenberg*, § 203, Rn. 16; M-G/S/*Schmitt*, § 204, Rn. 3 i.V.m. § 203 Rn. 2; MüKo-StPO/*Wenske*, § 203, Rn. 30; *Foertsch*, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 75 f.; ähnlich *BMJV*, Bericht der Expertenkommission, S. 97, wo dargestellt wird, dass die für den Eröffnungsbeschluss er-

einer rechtswidrigen Ermittlung basierende Anklageerhebung geht, als einer der Umstände (ii) angesehen werden kann. Denn wegen der Unverwertbarkeit der in der Ermittlung gewonnenen Beweise ist die Verurteilung des Angeschuldigten im Hauptverfahren nicht zu erwarten. Die Verfahrensbeendigung vor Beginn der Hauptverhandlung allein aufgrund der bloßen Möglichkeit des Vorliegens unverwertbarer Beweise kann aber zum Verstoß gegen das Legalitätsprinzip (§§ 152 II, 170 I StPO) führen. Die Umstände (ii) sollten daher nur vorliegen, wenn eine erhebliche Rechtswidrigkeit der Ermittlung deutlich erkennbar ist. Um dies zu klären, bedarf es freilich regelmäßig einer gründlichen Prüfung des Sachverhalts und ggf. einer Abwägung zwischen den Interessen von Strafverfolgungsbehörde und Angeschuldigten. Das eröffnende Gericht kann daher eine solche Prüfung im Stadium des Zwischenverfahrens nicht vornehmen. Denn dessen Ziel ist ja die vorzeitige Beendigung des rechtswidrig durchgeführten Verfahrens⁹⁵². Im Ergebnis kann man daran festhalten, dass es in den Fällen, in denen aus dem Ermittlungsverfahren Beweisverwertungsverbote hervorzugehen scheinen, eher darum geht, ob sie als Verfahrenshindernis beurteilt werden können⁹⁵³. Bei der 3. Fallgruppe geht es somit nicht um die Umstände (ii), sondern um die Umstände (iii). Da hierbei Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen, ob ein Verfahrenshindernis besteht oder nicht, sind die entsprechenden Kriterien eingehend anzuführen. Ausgehend davon ist zu untersuchen, wann die 3. Fallgruppe als Verfahrenshindernis zählen kann⁹⁵⁴.

Eine ähnliche Problematik besteht bei der diskriminierenden Anklageerhebung (4. Fallgruppe). Aufgrund der bisherigen Ausführungen lässt sich zunächst konstatieren, ob auch diese Fallgruppe dem Verfahrenshindernis unterfällt oder nicht. Wäre dies nicht der Fall, muss sodann die Möglichkeit besprochen werden, diese Fallgruppe nicht als einen der Umstände (i), (ii) oder (iii), sondern als einen sonstigen (bisher nicht anerkannten) Umstand gesetzlich zu regeln⁹⁵⁵.

Dasselbe gilt auch bei der erneuten Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat (5. Fallgruppe). Diese Fallgruppe wird in der Praxis vor allem dort problematisch, wo die Staatsanwaltschaft „mit Absicht der Rache“ die zweite Anklage erhebt. Wenn sie mit der Begründung zugelassen wird, dass dies noch in den Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft fällt, so würde ein schwerwiegendes Problem auftreten. Denn der Angeschuldigte könnte dann aus Angst vor einer möglichen zweiten Anklageerhebung davon absehen, seine legitimen Einwendungs- sowie Verteidigungsrechte geltend zu machen. Vor diesem Hintergrund sollte ein Lösungsweg gefunden werden, der durch die Neuregelung dieser Fallgruppe solche missbräuchlichen Konstellationen vermeidet⁹⁵⁶.

forderliche Verurteilungswahrscheinlichkeit nur aufgrund der verwertbaren aktenkundigen Beweismittel zu bejahen sei.

⁹⁵² Auf dieser Linie MüKo-StPO/Wenske, § 203, Rn. 31, wonach beim Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbotes deren Klärung der Hauptverhandlung vorbehalten bleiben müsse.

⁹⁵³ Im Ergebnis entsprechend Foertsch, Berücksichtigung von Beweisverboten, S. 112 ff., wonach bei den Konstellationen, in denen ein Eröffnungsbeschluss aufgrund einer auf unverwertbare Beweise gestützten Prognose (bereits) ergangen ist, ein Verfahrenshindernis im Sinne der Unwirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses (infolge der unwirksamen Prozesshandlung) anzunehmen und das Verfahren nach § 206a StPO einzustellen sei.

⁹⁵⁴ Siehe unten 2.

⁹⁵⁵ Siehe unten 3.

⁹⁵⁶ Siehe unten 4.

2. Behandlung der auf einer rechtswidrigen Ermittlung basierenden Anklageerhebung

a) Problemstellung

Will man aus der erheblichen Rechtswidrigkeit der Ermittlungstätigkeit eine Verfahrenseinstellung gemäß § 204 StPO herleiten, ist ein solcher Fall als ein (untypisches) Verfahrenshindernis zu erachten. Die bisher überwiegende Auffassung des BGH und die h.M. lehnt dies aber ab und geht lediglich von einem Revisionsgrund aus, d.h. behandelt die Konstellation als einen Fall, in dem nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein Sachurteil ergehen soll. Insbesondere in Bezug auf den Fall eines rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatzes deutete sich jedoch ein Anzeichen für einen möglichen Meinungswechsel des BGH an, weil der 2. Strafsenat im Jahre 2015 hier die Verfahrenseinstellung wegen eines Verfahrenshindernisses bejahte⁹⁵⁷. Daher ist zunächst zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Verfahrenshindernis anzunehmen ist. Dann könnte man zur Schlussfolgerung gelangen, ob auch diese Fallgruppe unter Verfahrenshindernisse fällt und damit als ein Grund für den Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO aufzulisten ist.

b) Standpunkt des BGH

Verfahrenshindernisse, welche Prozessvoraussetzungen negativer Art darstellen, gelten in der Regel als Bedingungen für die Zulässigkeit eines Sachurteils. Die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens hängt also davon ab, ob Verfahrenshindernisse bestehen bzw. Prozessvoraussetzungen fehlen⁹⁵⁸. Da das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses zu einem Abbruch des Verfahrens und also keiner Sachentscheidung (Freispruch oder Verurteilung) führt, ist das „Ob“ des Verfahrenshindernisses mit der Differenzierung zwischen Sachurteil und Prozessurteil verbunden. Deswegen bedarf es dringend einer Klärung, wie sich der Begriff des Verfahrenshindernisses mit aller Schärfe umgrenzen lässt⁹⁵⁹.

Auf diese Anforderung reagierte auch der BGH bereits im Falle einer unzulässigen Tatprovokation. Da sein Standpunkt auf die Ansichten in der Literatur wirkte, werden die Voraussetzungen für Verfahrenshindernisse im Fokus seiner Entscheidungen dargelegt. Er gab dort (u.a. BGH NJW 1984, 2300; NJW 2000, 1123) die Voraussetzungen sowie die Kriterien für Verfahrenshindernisse eingehend an: Verfahrenshindernisse sollen sich erstens auf Tatsachen beziehen und „einer wertenden Betrachtung“ fremd sein. Wäre dagegen zur Feststellung eines Gegenstandes ein Werturteil oder eine umfassende Prüfung aller Umstände des Falls erforderlich, so stellte ein solcher Umstand kein Verfahrenshindernis dar. Er müsste dann in der Hauptverhandlung überprüft werden⁹⁶⁰. Zweitens sollen Verfahrenshindernisse nur mit Umständen

⁹⁵⁷ Siehe oben 3. Teil, B. III.

⁹⁵⁸ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 273; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 14, Rn. 2 f.; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 972; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 662; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 14, Rn. 1; *SK-StPO/Paeffgen*, Anh. § 206a, Rn. 1.

⁹⁵⁹ Auch historisch entwickelte sich die Diskussion über Verfahrenshindernisse bzw. Prozessvoraussetzungen aus der Diskussion über die Gegenstände als absolute Revisionsgründe, dazu näher *Volk*, Prozessvoraussetzungen, S. 109 ff.

⁹⁶⁰ BGH NJW 1984, 2300, 2301.

verbunden werden, die nach dem ausdrücklich erklärten oder ersichtlichen Willen des Gesetzes für das Strafverfahren so entscheidend sind, dass von ihrem Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des Verfahrens insgesamt abhängig gemacht werden müsse⁹⁶¹. Daraus kann man folgern, dass Verfahrenshindernisse nach Möglichkeit klar im Gesetz zu regeln sind. Zur Annahme eines Verfahrenshindernisses müsse schließlich die Hinnahme von Entscheidungen nach dem Prinzip „Alles oder Nichts“ möglich sein. Sofern eine Abwägung in vielgestaltigen Abstufungen geboten ist, kämmen Verfahrenshindernisse nicht in Betracht. Diese Grundsätze sind auch im Schrifttum anerkannt, wonach Verfahrenshindernisse „abwägungsfeindlich“ sein müssen⁹⁶². Sie seien klar zu konturieren und möglichst einfach und eindeutig festzustellen⁹⁶³.

c) Stellungnahme

Nach Ansicht des BGH ist die sog. abwägungsfreundliche wertende Betrachtung unzulässig, um ein eine Prozessentscheidung auslösendes Verfahrenshindernis anzunehmen. Seine Begriffsbestimmung spielt daher eine große Rolle, um den Anwendungsbereich von Verfahrenshindernissen zu verdeutlichen. Die vom BGH aufgeführten drei Kriterien stellen ferner die maßgeblichen Leitmaßstäbe dar, mit deren Hilfe ein Prozessurteil von einem Sachurteil unterschieden werden kann.

Die Rechtsprechung wird jedoch mit der Begründung kritisiert, dass bei mehreren anerkannten Verfahrenshindernissen eine umfassende rechtliche Gesamtwürdigung des Sachverhalts für die Überprüfung ihres Vorliegens erforderlich ist. Ein Verfahrenshindernis lasse sich nämlich erst nach einer umfangreichen Sachverhaltserforschung aufklären. Zu denken sei etwa an die Frage einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung, das Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung eines relativen Antragsdelikts oder den Nicht-eintritt der Strafverfolgungsverjährung. Hinzu komme, dass es schwer zu beantworten sei, ob eine Tat anderweitig anhängig oder abgeurteilt ist. Daher lasse sich auch ein solch typisches Verfahrenshindernis wie „Ob“ der Rechtshängigkeit oder des Strafklageverbrauchs in einem anderen Verfahren nicht einfach bestimmen⁹⁶⁴. Gegen die Forderung, dass ein „ausdrücklich erklärter oder ersichtlicher Wille des Gesetzes“ vorliegen müsse, spreche überdies, dass man auf die „neuen“ Verfahrenshindernisse wie überlange Verfahrensdauer oder unzulässige Tatprovokation gar nicht reagieren könne, weil das Gesetz noch dazu schweige⁹⁶⁵.

Dem wird indes zu Recht mit dem Argument entgegengetreten, dass bei der Auslegung oder Anwendung des Gesetzes eine gewisse wertende Betrachtung in jedem Fall unverzichtbar ist. Es wäre also unmöglich, sich völlig von der Abwägung zu enthalten. Vielmehr ist besonders darauf zu achten, dass zwar eine wertende Betrachtung bei der Beurteilung des Vorliegens von Verfahrenshindernissen erfolgen kann, diese Wertung jedoch „ausdrücklich und eindeu-

⁹⁶¹ BGH NJW 1984, 2300, 2301.

⁹⁶² Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 14, Rn. 21; Kleszczewski, Strafprozessrecht, Rn. 352; Volk/Engländer, GK StPO, § 14, Rn. 25.

⁹⁶³ Hierzu Volk/Engländer, GK StPO, § 14, Rn. 4.

⁹⁶⁴ BGH NJW 2016, 91, 96.

⁹⁶⁵ Meyer-Göbner, Prozessvoraussetzungen, S. 6.

tig“ vorzunehmen ist⁹⁶⁶. Dies hieße nämlich, dass es hier nicht auf das bloße „Ob“ der Wertung, sondern darauf ankommt, „inwiefern“ eine solche wertende Betrachtung vorzunehmen ist. Bei der Prüfung der Strafverfolgungsverjährung oder des Strafklageverbrauchs bedarf es natürlich einer rechtlichen Würdigung. Trotzdem sind sie auch – jedenfalls in dem Maße, wie sie in der Hauptverhandlung für die Sachverhaltserforschung geboten ist – ohne eine umfassende, umfangreiche oder gründliche Gesamtwürdigung relativ einfach festzustellen. Als Verfahrenshindernisse kategorisierbar sind damit nur die Umstände, deren Vorliegen sich trotz eines gewissen, aber unvermeidbaren Werturteils aus Sicht eines objektiven Beobachters evident aufklären lässt.

Dies stützt sich wiederum auf die Gesichtspunkte, die in Korea bezüglich des Wesens der Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung (§ 326 kor. StPO) diskutiert werden⁹⁶⁷. Wie oben erwähnt, stellt eine solche Entscheidung ein Prozessurteil dar, selbst wenn dabei materielle Rechtskraft eintritt⁹⁶⁸. Deren Annahme beruht zwar auf der Situation, dass eine wertende Würdigung für die Feststellung der in § 326 kor. StPO aufgezählten Gründe (Strafklageverbrauch, Amnestie, Strafverfolgungsverjährung oder Änderung bzw. Aufhebung der anwendbaren Strafvorschriften) einigermaßen notwendig und ggf. intensiver ist als bei der Prüfung sonstiger Gründe gemäß §§ 327, 328 kor. StPO, die keine materielle Rechtskraft auslösen. Auch bei den Umständen nach § 326 kor. StPO erfolgt jedoch keine gründliche und umfassende Gesamtwürdigung des einzelnen Sachverhalts, weshalb die Entscheidung über das Absehen von der Anklageerhebung als ein Prozessurteil zu sehen ist.

Im Übrigen stehen die Argumente des BGH in einem engen Zusammenhang mit der Diskussion, warum ein Verfahrenshindernis nicht „von Verfassungen wegen“ anzunehmen ist⁹⁶⁹. Um ein Verfahrenshindernis direkt aus einem verfassungsrechtlichen Grundsatz wie dem Rechtsstaatsprinzip herzuleiten, wird teilweise behauptet, dass ein bereits aufgetretener irreparabler Schaden des Betroffenen und eine erhebliche Verletzung des Rechtsstaatsgebots vorliegen sollten, welche die Fortsetzung des Verfahrens nicht mehr hinnehmbar erscheinen lassen. Zu deren Feststellung sei eine Gesamtabwägung zwischen Strafverfolgungsinteressen einerseits und dem Interesse an einem fairen Verfahren andererseits vorzunehmen⁹⁷⁰. Diese Darstellung ist freilich mit dem Wesen von Verfahrenshindernissen nicht vereinbar. Kein Verfahrenshindernis liegt also vor, sofern eine umfangreiche Interessenabwägung der Umstände des Einzelfalls durch einen Richter erforderlich wird. Das Vorliegen von Verfahrenshindernissen müssen deutlich und schnell zu überprüfen sein, um darüber zu entscheiden, ob das Hauptverfahren weiter stattfinden soll. Zur Klärung eines Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 III GG oder den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird aber zwangsläufig ein großer

⁹⁶⁶ Richtigerweise *Volk/Engländer*, GK StPO, § 14, Rn. 25; *Sauer*, Grundlagen des Prozessrechts, S. 158, wo steht: „Prozessvoraussetzungen sind zwar Momente nicht nur rein tatsächlicher Natur, sondern auch rechtliche Beziehungen, aber niemals rechtliche Würdigungen oder rechtliche Forderungen“.

⁹⁶⁷ Siehe oben 2. Teil, C. III. 3. a).

⁹⁶⁸ Abweichend davon tritt in Deutschland bei allen Fällen ohne Prozessvoraussetzungen (oder mit Verfahrenshindernisse) nur ein beschränkter Strafklageverbrauch ein, wenn es um § 211 StPO geht. Dazu näher siehe oben 3. Teil, A. I. 2. a) (3).

⁹⁶⁹ Siehe oben 2. Teil, C. IV. insbesondere (3).

⁹⁷⁰ Dazu *Hillenkamp*, NJW 1989, 2841, 2847.

zeitlicher sowie kostspieliger Aufwand benötigt, weil die Beeinträchtigung mangels bestimmt anzuwendender Vorschriften bzw. aufgrund komplizierter Umstände nicht sofort feststellbar ist⁹⁷¹. Dies entspricht weder dem Wesen der Verfahrenseinstellung noch des Prozessurteils. Die umfassende Beurteilung eines kurzfristig nicht feststellbaren Umstandes sollte nicht im Zwischenverfahren (im Stadium des Prozessurteils), sondern in der Hauptverhandlung (in der Phase der Sachentscheidung) vorgenommen werden. Die Prüfung der Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, d.h. der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit, liegt nämlich in der Aufgabe des Tatrichters im Hauptverfahren.

Zu manchen Fällen erscheint es natürlich nötig, durch die frühzeitige Beendigung des Verfahrens den Beschuldigten vor der Gefahr des fortlaufenden rechtswidrigen Verfahrens zu schützen. Verfahrenshindernisse aufgrund des fair-trial- oder Rechtsstaatsprinzips können ggf. auf diese Weise zugunsten der Beschuldigten wirken. Trotzdem muss das Wesen der Verfahrenshindernisse immer in den Blick genommen werden. Berücksichtigt man, dass die Annahme eines Verfahrenshindernisses lediglich aufgrund eines Verstoßes gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze die Grenze zwischen dem Prozess- und Sachurteil verwischen kann, müssen sowohl das Interesse des Beschuldigten an der frühzeitigen Beendigung des Verfahrens als auch der Anwendungsbereich von Verfahrenshindernissen in Betracht kommen. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, ein Verfahrenshindernis auf Basis des fair-trial- oder Rechtsstaatsprinzips „nur in bestimmten Ausnahmefällen“ anzunehmen. Dadurch kann der Umfang der Anerkennung der Verfahrenseinstellung begrenzt werden.

Die Abgrenzungskriterien lassen sich wie folgt darstellen: Aus den bereits erwähnten Maßstäben für Verfahrenshindernisse ergibt sich, dass ein Strafverfahren „nur in eindeutigen Fällen, in denen komplizierte Erwägungen nicht geboten sind“, auch wegen des Verstoßes gegen das fair-trial- oder Rechtsstaatsprinzip eingestellt werden sollte. Denkbare Beispiele sind etwa die Fälle, in denen ein Einsatz rechtswidriger Ermittlungsmaßnahmen wie die Anwendung von physischer Gewalt bzw. Drohung durch Strafverfolgungsbehörden und der (sich daraus ergebende) erhebliche Eingriff in das Recht des Beschuldigten auf körperliche Unversehrtheit vorliegen⁹⁷². Ein Verfahrenshindernis ist namentlich bei einem Verstoß gegen das Folterverbot anzunehmen, wenn sich eine solche Konstellation deutlich herausstellt⁹⁷³. Bei schwerwiegender Gewalt oder Misshandlung sind die körperlichen Verletzungen von außen eindeutig feststellbar, so dass dies eine Parallele zu einem Verfahrenshindernis bildet. Denn hier kann ein objektiver Beobachter auch ohne umfangreiche rechtliche Würdigung einen offensichtlich rechtsstaatswidrigen Verstoß annehmen. Handelt es sich hingegen um seelische Beeinträchti-

⁹⁷¹ Zur Schwierigkeit der Prüfung und zur Ungewissheit des daraus folgenden Ergebnisses grundlegend *Hassmer*, Warum Strafe sein muss, S. 168 ff.

⁹⁷² Ähnlich *Schairer*, Der befangene Staatsanwalt, S. 180, wonach eine Anklage, die ein Staatsanwalt mit öffentlicher Befangenheit erhebt, nichtig und unwirksam sei und damit diese Nichtigkeit zur Einstellung gemäß §§ 204, 206a StPO führe. Das Argument lässt sich auf die erheblichen Eingriffsfälle übertragen, in denen der Staatsanwalt zum Zwecke der Anklageerhebung das Recht des Beschuldigten auf körperliche Unversehrtheit verletzt, um sein Geständnis zu erhalten.

⁹⁷³ A.A. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 289b. Der Verstoß gegen das Folterverbot zählt jedenfalls nicht zu einem Gegenstand der Interessenabwägung, so dass das Folterverbot zum unantastbaren Bereich gehört, hierzu *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 345.

gungen etwa durch Ermüdung oder verbale Drohung, ist ein Verfahrenshindernis in der Regel zu verneinen, es sei denn, die Verletzungen sind etwa durch die Angaben eines am Ermittlungsverfahren beteiligten Strafverteidigers oder durch die Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung des Beschuldigten deutlich nachweisbar.

d) Zwischenergebnis

Nicht alle Umstände dieser Fallgruppe führen grundsätzlich zum Vorliegen von Verfahrenshindernissen, weil diese sich nicht immer aus einem Verstoß gegen das fair-trial- oder Rechtsstaatsprinzip ableiten. Nur wenn die oben genannten Bedingungen erfüllt wären, würde diese Fallgruppe einen Unterfall von Verfahrenshindernissen bilden. Zu bejahen ist demnach ein Verfahrenshindernis bei einer „von außen ersichtlichen“ rechtswidrigen Ermittlungshandlung, die das Recht des Beschuldigten auf körperliche Unversehrtheit berührt. Dann gilt § 204 StPO mit der Folge, dass das Gericht durch seine Verfahrensbeendigung die Anklageerhebung kontrollieren kann, die auf einer erheblich rechtswidrigen Ermittlung aufbaut.

Ausgehend von diesen Kriterien gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass ein Verfahrenshindernis im Falle des rechtsstaatswidrigen Lockspitzeinsatzes regelmäßig nicht anzunehmen ist. Denn zur Prüfung ist in diesen Fällen der gesamte Ablauf der Ermittlung, etwa die Schwere der durch den Verführenden angewendeten Ermittlungsmethoden, die subjektive Vorstellungslage des Verlockten oder das Verhältnis zwischen dem Verführenden und der Polizei, umfassend zu berücksichtigen. Dabei sind folglich die umfangreiche Gesamtwürdigung bzw. wertende Betrachtung des Einzelfalls unverzichtbar. Zudem ist hierbei das Recht auf körperliche Unversehrtheit generell nicht betroffen, weil der Provozierende in der Regel lediglich einen seelischen Einfluss auf den zur Tat Provozierten ausübt und sich dieser danach unter einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt zu einer Straftat verleiten lässt.

Wenn in dieser Fallgruppe ein den Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO auslösendes Verfahrenshindernis objektiv vorliegt, so kommt ein subjektives Element seitens der Staatsanwaltschaft nicht in Betracht. Insofern unterscheidet sich diese Fallgruppe von den anschließenden Fallgruppen, in denen ein solches subjektives Element zu thematisieren ist⁹⁷⁴.

3. Behandlung der diskriminierenden Anklageerhebung

a) Problemstellung

Wie oben dargestellt, führt nach der Rechtsprechung die nur gegen einen Beschuldigten von mehreren (die dieselbe Straftat begangen haben) gerichtete Einleitung bzw. Fortführung eines Ermittlungsverfahrens nicht zu einem Verfahrenshindernis⁹⁷⁵. Da dies auf die über die Ermittlung hinausgehende Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft übertragbar wäre, würden deutsche Gerichte im Falle der diskriminierenden Anklageerhebung die durch die Annahme eines Verfahrenshindernisses angezeigte Verfahrensbeendigung nicht anerkennen. Auch gestützt auf die oben präsentierte Neukonzeption des Umfangs bzw. der Kriterien der Verfahrenshin-

⁹⁷⁴ Siehe unten 3. Teil, C. V. 3. a) und c).

⁹⁷⁵ Siehe oben 3. Teil, B. IV.

dernisse⁹⁷⁶ wird ferner ein Verfahrenshindernis in dieser Fallgruppe nicht angenommen.

Dennoch ist eine solche diskriminierende Anklageerhebung unter dem Aspekt nicht hinnehmbar, dass sie das Legalitätsprinzip sowie den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 3 GG tangiert. Tatsächlich bejahte das Gericht in seiner Entscheidung die Beeinträchtigung des Legalitätsprinzips wegen Außerachtlassung (Nichtverfolgung) anderer Personen, selbst wenn es letztendlich ein Verfahrenshindernis ablehnte⁹⁷⁷. Die nur gegen einen Beschuldigten gerichtete Anklageerhebung erweckt bei diesem zudem den Eindruck, dass er im Vergleich zu anderen Personen, die ihm „wesentlich nicht ungleich“ sind, von der Strafverfolgungsbehörde ungerecht behandelt worden sei. Diese Konstellation ist sicher in verfassungsrechtlicher Hinsicht bedenklich.

Somit ist diese Fallgruppe als ein Grund für die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens anzuerkennen, unabhängig davon, ob sie theoretisch den Verfahrenshindernissen zugeordnet werden kann. Im Hinblick auf die starre Rechtsprechung sowie die h.M., ein Verfahrenshindernis leite sich nicht aus dem bloßen Verstoß gegen verfassungsrechtliche Grundsätze her, ist zudem der Anwendungsbereich dieser Fallgruppe mit einer relativ strengen Voraussetzung einzuschränken, um zugleich auch die staatsanwaltschaftliche Befugnis zur Anklageerhebung bestmöglich sicherzustellen. Daraus folgt, dass es hier anders als bei den sonstigen Situationen, in denen für die Annahme der gerichtlichen Verfahrensbeendigung allein ein objektiver Umstand, d.h. das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts oder der Verfahrenshindernisse, ausreicht, neben dem objektiven Umstand der Ungleichbehandlung zusätzlich eines subjektiven Elementes wie eines Willens der Staatsanwaltschaft bedarf.

Daher wird nunmehr untersucht, wie die Anforderungen aus objektiver sowie subjektiver Perspektive zu konkretisieren sind.

b) Objektiver Umstand

Die diskriminierende Anklageerhebung setzt aus objektiver Sicht Konstellationen voraus, in denen die Staatsanwaltschaft die Anklage nur gegen einige Beschuldigten unter mehreren erhebt, die „gleiche“ Straftat begangen haben.

Die Voraussetzung „Gleichheit“ ist nach den Kriterien der Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG zu bewerten. Dazu bedarf es zunächst vergleichbarer Sachverhalte und Vergleichsgruppen. Eine solche Vergleichbarkeit richtet sich grundsätzlich nach Einzelfallerwägungen. Bezüglich der Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft werden die Sachverhalte im Wesentlichen für identisch gehalten, solange mehrere Personen einschließlich des strafrechtlich verfolgten Beschuldigten materiell-rechtlich eine gleiche oder mindestens ähnliche Straftat begangen haben. Nicht ausschlagend ist aber, ob die Begehungen als eine Tat im prozessualen Sinne betrachtet werden oder gleichzeitig erfolgten. Es reicht folglich aus, wenn die Begehungen einen gleichen oder zumindest ihrem Charakter nach ähnlichem Straftatbestand erfüllen und für die Beschuldigten keine Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs-, Strafaufhe-

⁹⁷⁶ Siehe oben 3. Teil, C. V. 2. c) und d).

⁹⁷⁷ OLG Hamburg NStZ 1988, 467.

bungs- oder Strafausschließungsgründe in Betracht kommen.

Im Ergebnis lässt sich feststellen: Eine diskriminierende Anklageerhebung liegt objektiv vor, wenn die Staatsanwaltschaft die Anklage ohne sachlichen Grund willkürlich nur gegen einige Beschuldigten erhebt.

c) Subjektives Element

Neben dem objektiven Umstand sollte die Anklageerhebung von der Erwägung der Staatsanwaltschaft ausgehen, dem Beschuldigten, gegen den Anklage erhoben wird, einen Nachteil zuzufügen. Selbst wenn nur die Einleitung und Fortführung eines Ermittlungsverfahrens betroffen war, hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung bekräftigt, dass die Einleitung oder Fortführung des gegen die Beschuldigten gerichteten Ermittlungsverfahrens rechtswidrig sei, wenn das Ermittlungsverfahren aus schlechthin unhaltbaren Erwägungen durchgeführt werde, d.h. die Staatsanwaltschaft objektiv willkürlich zum Nachteil des Beschuldigten tätig sei⁹⁷⁸. Dies gilt ebenso für Strafverfolgungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft. Die Anforderung der „Willkür“ kann insofern als ein subjektives Element erachtet werden⁹⁷⁹.

Im Falle der missbräuchlichen Anklageerhebung wird entsprechend der Regelung des § 344 StGB über bloße Bösgläubigkeit hinaus die Absicht oder Wissentlichkeit der Staatsanwaltschaft benötigt. Dass ihre Begehung in materiell-rechtlichen Hinsicht erst beim Vorliegen des subjektiven Elementes in einem solchen Grade strafbar ist, ist auch auf die hier in Frage stehenden Konstellationen übertragbar, wo es in prozessrechtlicher Hinsicht um die Verhinderung des Missbrauchs ihrer Befugnis zur Anklageerhebung geht. Dies stützt sich auch darauf, dass der Gedanke des Rechtsmissbrauchs in der Regel von einem absichtlich dysfunktionalen Verhalten ausgeht⁹⁸⁰. Die Absicht bedeutet ein zielgerichtetes Wollen, so dass ein bestimmter Zweck wie die Durchsetzung eines politischen Willens oder die Zufügung von Schäden aufgrund persönlicher Feindschaft oder Rachsucht gegenüber bestimmten Personen bzw. Personengruppen erforderlich ist⁹⁸¹. Wissentlichkeit liegt vor, wenn der Täter eine gewisse bzw. sichere Kenntnis oder Voraussicht über den Erfolg seiner Handlung besitzt⁹⁸². Allein ein bloßer bzw. bedingter Vorsatz genügt für die Erfüllung des subjektiven Elementes nicht⁹⁸³. Zudem fehlt das subjektive Element, wenn der Strafverfolgung lediglich ein Irrtum oder Missverständnis zugrunde liegt⁹⁸⁴. Hätte die Staatsanwaltschaft eine solche Absicht oder Wissentlichkeit sogar bezogen auf die Unschuld bzw. fortbestehende Nichtverfolgbarkeit des Betroffenen und auf die Unzulässigkeit der Strafverfolgung⁹⁸⁵, so ist sie wegen Verfolgung Unschuldiger gemäß § 344 StGB strafbar.

⁹⁷⁸ BVerfG NStZ 2004, 447.

⁹⁷⁹ Zur Unbestimmtheit der „willkürlichen Kriterien“ als gerichtliche Prüfungsmaßstäbe im US-amerikanischen Rechtssystem *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 315 f.

⁹⁸⁰ Siehe oben 3. Teil, C. IV. 2. b).

⁹⁸¹ Vgl. MüKo-StGB/*Voßen*, § 344, Rn. 27.

⁹⁸² Lackner/Kühl-StGB/*Heger*, § 344, Rn. 6; MüKo-StGB/*Voßen*, § 344, Rn. 28; NK-StGB/*Kuhlen*, § 344, Rn. 17; SK-StGB/*Wolters*, § 344, Rn. 14.

⁹⁸³ OLG Düsseldorf NJW 1987, 2453.

⁹⁸⁴ OLG München NStZ 1985, 549.

⁹⁸⁵ NK-StGB/*Kuhlen*, § 344, Rn. 16.

d) Exkurs: Die Frage zum beschränkten Strafklageverbrauch gemäß § 211 StPO

Nachdem das Gericht infolge des Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz den Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO erlassen hat, könnte die Staatsanwaltschaft ggf. die Anklage gegen den Beschuldigten wieder aufnehmen wollen. In diesem Fall gilt grundsätzlich § 211 StPO, so dass dafür das Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel erforderlich ist. Fraglich ist hier noch, in welchem Umfang eine solche „Neuheit“ gemäß § 211 StPO bei dieser Fallgruppe angenommen werden kann.

Hierbei lag der Grund für den gerichtlichen Nichteröffnungsbeschluss nicht in unzureichenden Beweisen zur Verfolgung des Beschuldigten, sondern in der Nichtverfolgung anderer Personen ohne sachgemäße Anhaltspunkte. Somit stünde die Ansicht, die Wiederaufnahme der Anklage sei nur unter der Voraussetzung des Vorliegens der Anklageerhebung gegen die bisher nicht angeklagten Personen möglich, in Einklang mit dem eigentlichen Zweck der vorherigen Nichteröffnung durch das Gericht. Die Voraussetzung „neue Tatsachen oder Beweismittel“ bezieht sich nämlich nicht auf die Änderung des Sachverhalts bzw. der Beweise seitens des Beschuldigten, sondern allein auf die „wirkliche“ Anklageerhebung gegen die anderen Personen⁹⁸⁶. Ohne diese neue Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft darf folglich die Klage nicht mehr wieder aufgenommen werden. Insofern tritt der beschränkte Strafklageverbrauch nach § 211 StPO ein.

4. Behandlung der erneuten Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat

Der BGH verneinte – wie dargestellt – ein Verfahrenshindernis in einem ähnlichen Fall, in dem die Staatsanwaltschaft trotz ihrer „Zusage“, wegen der zweiten Tat nicht weiter zu verfolgen, derentwegen Anklage erhebt, obwohl der Angeklagte im Vertrauen auf die Zusage seine Berufung gegen die Entscheidung über die erste Tat zurückgenommen hat⁹⁸⁷. Natürlich bejahte der BGH aber dann einen Verstoß gegen den sich aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 III GG ableitenden Grundsatz des fairen Verfahrens⁹⁸⁸.

Der Sachverhalt erscheint zwar dem Angeklagten sehr unfair, zeigt indes nochmals deutlich, dass das Verhalten der Staatsanwaltschaft angesichts ihrer Befugnis im Sinne des § 154 StPO nicht notwendigerweise für gesetzeswidrig zu halten ist, es sei denn, die zweite Anklageerhebung erfolgt objektiv willkürlich. Dies bedeutet wiederum, dass das Element „Willkür“ mit einem „erheblichen“ Eingriff in das fair-trial-Prinzip eng verbunden ist. Eine solche verstärkte Rechtswidrigkeit der erneuten, willkürlichen bzw. missbräuchlichen Anklageerhebung (Wiederaufnahme) der Staatsanwaltschaft ist dort evident erkennbar, wo die Staatsanwaltschaft in Erwiderung auf ein prozessuales Verhalten des Angeklagten die Anklage wegen einer bisher eingestellten Tat erhebt. Zu denken ist hier an die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft eine solche Anklage z.B. deshalb erhebt, weil sie einen Strafantrag des Angeklagten wegen rechts-

⁹⁸⁶ Entsprechend siehe oben 2. Teil, D. I. 5. e).

⁹⁸⁷ Siehe oben 3. Teil, B. V.

⁹⁸⁸ BGHSt 37, 10.

widrigen Ermittlungstätigkeiten für unangemessen hält. Da auch diese Konstellationen nach der h.M. sowie der Rechtsprechung nicht in die Kategorie der Verfahrenshindernisse einzuordnen sind, sollte diesbezüglich eine ernsthafte Bemühung um die ausdrückliche Schaffung einer gesetzlichen Grundlage stattfinden. Das Gericht muss gegen eine solche missbräuchliche Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft aktiv einschreiten können, sonst wäre die Waffengleichheit von vornherein gefährdet.

Wie bei der diskriminierenden Anklageerhebung bedarf es auch in dieser Fallgruppe, um gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen, sowohl des objektiven Umstandes, dass einige Einwendungen des Angeklagten Anlass zur erneuten Anklageerhebung (Wiederaufnahme) der Staatsanwaltschaft geben, als auch ihrer Absicht, dem Angeklagten einen Nachteil zufügen zu wollen.

D. Ergebnis des 3. Teils

Zunächst ist festzustellen, dass – trotz der unterschiedlichen Begrifflichkeiten und der Regulationsformen in Deutschland und Korea – die Bedeutung, Rechtsfolge und einzelnen Gründe der Prozessurteile in der koreanischen StPO (§§ 319, 326, 327, 328 kor. StPO) mit denen der §§ 204 I, 206a I, 260 III StPO sowie §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO in der sachlichen Begründung gleichgesetzt werden können. Einerseits werden die meisten Gründe für ein Prozessurteil nach koreanischem Recht auch in Deutschland als Prozessvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernisse bewertet. Andererseits werden Fälle des fehlenden Tatverdachts oder der Opportunitätseinstellungen, für die es in Deutschland ausdrücklich gesetzliche Regelungen gibt, im koreanischen Strafverfahrensrecht durch die Anwendung des § 327 Nr. 2 kor. StPO (unter Annahme der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“) sachentsprechend behandelt. Aus der Kompatibilität zwischen den Prozessurteilen im koreanischen Recht und dem Einstellungs- oder Nichteröffnungsbeschluss im deutschen Zwischenverfahren lässt sich damit folgern, dass die Diskussion in Korea auf die deutsche StPO übertragbar ist.

Die jeweiligen Fallgruppen der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ waren und sind auch in der deutschen Rechtspraxis ein Gegenstand der Diskussion. (1) Die 1. Fallgruppe (die Anklageerhebung trotz mangelnden Tatverdachts) lässt sich durch die Anwendung des geltenden Regelung des § 204 I StPO gut handhaben. (2) Bezüglich der 2. Fallgruppe, in der die Staatsanwaltschaft u.a. bei Geringfügigkeit in missbräuchlicher Ausübung ihres Ermessens Anklage erhebt, kann das Gericht nach §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO das Verfahren (vorläufig) einstellen. Obwohl das geltende Recht dadurch Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle über die Anklageerhebung aus Opportunitätsgründen bereithält, erscheint es fraglich, dass §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO für die gerichtliche Kontrolle die Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten voraussetzen. (3) Für die 3. Fallgruppe (die auf einer rechtswidrigen Ermittlung basierende Anklageerhebung) liegen keine direkt anwendbaren Vorschriften vor, so dass es darum geht, ob sich solche Gründe als Verfahrenshindernisse einzuordnen sind, welche die Anwendung des § 204 I StPO ermöglichen. Folgt man aber der Auffassung der Rechtsprechung, ist dies nicht der Fall. (4) In der 4. Fallgruppe (die diskriminierende Anklageerhebung) ähnlichen Sachverhalten zur diskriminierenden Einleitung bzw.

Fortführung der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft verneinte die Rechtsprechung einen Verstoß gegen Art. 19 IV GG und ein Verfahrenshindernis. Folgt man dieser Auffassung, muss die Anwendung des § 204 StPO konsequenterweise ausscheiden. (5) Für die 5. Fallgruppe (die erneute Anklageerhebung wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat) gilt in der Regel § 154 StPO, der von einem Zusammentreffen mehrerer Taten ausgeht, welche zueinander in Tatmehrheit stehen. In einem Sonderfall, in dem die Staatsanwaltschaft in Erwiderung auf prozessuales Verhalten Anklage wegen einer zunächst eingestellten Tat erhebt, wird aber die Fortführung des Verfahrens unter dem Aspekt eines Verstoßes gegen das fair-trial-Prinzip für nicht sachgerecht gehalten. Hier fordert § 154 II StPO für die gerichtliche Verfahrensbeendigung einen Antrag der Staatsanwaltschaft, so dass die gerichtliche Befugnis eingeschränkt bleibt. Auch für diese Fallgruppe bedürfte es für die Anwendung des § 204 I StPO *de lege lata* der Annahme eines Verfahrenshindernisses. Würde man jedoch der Ansicht der Rechtsprechung folgen, ein Verfahrenshindernis lasse sich aus einem Verstoß gegen das Grundgesetz nicht unmittelbar herleiten, würde die frühzeitige Verfahrenseinstellung durch das Gericht unter Anwendung des § 204 I StPO scheitern.

Daraus ergibt sich, dass das geltende Recht die jeweiligen Fälle des Missbrauchs des Anklageerhebungsrechts der Staatsanwaltschaft – mit Ausnahme der 1. Fallgruppe – nicht befriedigend lösen kann. In diesen Fällen sollte *de lege ferenda* die Möglichkeit eröffnet werden, die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen.

Der Schwerpunkt des Zwischenverfahrens liegt in erster Linie in der „vorzeitigen Beendigung des rechtswidrigen Verfahrens“ und im dadurch zu ermöglichenden „Schutz des Angeeschuldigten“. Somit sind die Beschleunigung des Hauptverfahrens sowie Einsparung von Kosten lediglich als ein positiver Nebeneffekt des Zwischenverfahrens anzusehen. Zur Förderung des primären Zwecks und des in §§ 201, 202 StPO verankerten Anhörungsrechts des Angeschuldigten durch die Gewährung einer „unmittelbaren Konfrontation“ mit dem eröffnenden Gericht ist die Einführung der „obligatorischen mündlichen Verhandlung“ in Anwesenheit des Angeschuldigten erwägenswert. Sofern dem Angeschuldigten eine solche Verhandlung angeboten und überdies eine gerichtliche Pflicht zur Begründung des Eröffnungsbeschlusses eingeführt würde, erübrigte sich ein eigenes Beschwerderecht des Angeschuldigten gegen den Eröffnungsbeschluss. Darüber hinaus sollte der Richter, welcher im Zwischenverfahren beim Eröffnungsbeschluss mitgewirkt hat, zum Zwecke einer Verhinderung möglicher Befangenheit von der Mitwirkung in der Hauptverhandlung ausgeschlossen werden.

Darüber hinaus sollten in § 204 StPO die konkreten Gründe für die Ablehnung des Eröffnungsbeschlusses eindeutig geregelt werden. Dazu sind zunächst die in der Literatur allgemein anerkannten Gründe für die Ablehnung der Eröffnung gesetzlich zu normieren, welche aus tatsächlichen bzw. rechtlichen Gründen die Verfahrensbeendigung herbeiführen. Die Umstände der 3. Fallgruppe der in Korea anerkannten „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“, in denen ein Einsatz rechtswidriger Ermittlungsmaßnahmen wie die Anwendung von physischer Gewalt bzw. Drohung durch Strafverfolgungsbehörden und der (daraus folgende) erhebliche Eingriff in das Recht des Beschuldigten auf körperliche Unversehrtheit vorliegen, sind als ein Verfahrenshindernis in § 204 mit aufzunehmen. Bei den Fallgruppen

Nr. 4 und 5 kann ein Verfahrenshindernis nicht angenommen werden. Somit ist der Anwendungsbereich dieser Fallgruppen mit einer strengeren Voraussetzung einzuschränken, um zugleich auch die staatsanwaltschaftliche Befugnis zur Anklageerhebung bestmöglich zu gewähren. Vor diesem Hintergrund ist anders als bei den sonstigen Konstellationen, in denen für die Annahme der gerichtlichen Verfahrensbeendigung allein ein objektiver Umstand, d.h. das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts oder der Verfahrenshindernisse, genügt, neben einem objektiven Umstand zusätzlich ein subjektives Element wie die Absicht oder Wissentlichkeit der Nachteilszufügung nötig. Auch diese Anforderungen sind gesondert in § 204 zu normieren.

Bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO, welche die 2. Fallgruppe der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ betreffen, ist das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft vollständig zu streichen, um die Rolle des Gerichts als letztverbindlichem Entscheidungsträger über die Rechtmäßigkeit der Anklageerhebung im Zwischenverfahren zu gewährleisten. Gleiches gilt für die Konstellationen, in denen für die gerichtliche Verfahrensbeendigung die Zustimmung des Angeschuldigten nach §§ 153 II, 153b II StPO erforderlich ist. Bei § 153a II StPO ist als Legitimationsgrund für die Auflagen und Weisungen das Zustimmungserfordernis des Angeschuldigten beizubehalten.

Schlussbetrachtung

A. Resümee der bisherigen Erkenntnisse

Aus den vorliegenden Ergebnissen ergeben sich hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle über die rechtswidrige bzw. missbräuchliche Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft im Bereich des Zwischenverfahrens folgende Thesen:

(1) Bereits die Eröffnung der Hauptverhandlung führt zu stigmatisierenden Belastungen gegen den Beschuldigten (Angeschuldigten), und zwar sowohl in seinen persönlichen als auch sozialen Beziehungen. Trotz späterer Verteidigungsmöglichkeiten in der Hauptverhandlung können diese Belastungen in der Regel auch dann nicht völlig beseitigt werden, wenn der Angeklagte später freigesprochen wird.

(2) Daher liegt der Hauptzweck des Zwischenverfahrens darin, durch die gerichtliche Verhinderung der Eröffnung des Hauptverfahrens dem Angeschuldigten die Möglichkeit zur vorzeitigen Beendigung eines rechtswidrigen Verfahrens zu gewähren. Der Angeschuldigte muss dann nicht in einem öffentlich durchgeführten Hauptverfahren vor Gericht stehen.

(3) Aufgrund ihrer unzureichenden Gestalt bzw. Formulierung erfüllen die mit der gerichtlichen Kontrolle im Zwischenverfahren verbundenen Regelungen wie §§ 204, 153 II, 153a II, 153b II StPO in ihren jetzigen Fassungen ihre eigentliche Filterfunktion nur ungenügend.

(4) Zur Ausräumung dieser Problematik können die Regelungen über das Prozessurteil in der koreanischen StPO sowie die in Korea vertretene „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ herangezogen werden.

(5) Angesichts dieser Überlegungen sind §§ 204, 153 II, 153a II, 153b II StPO einschließlich der Regelungen wie §§ 23, 201, 202, 203 StPO insbesondere im Hinblick auf den Schutz des Angeschuldigten umzugestalten.

Ausgehend hiervon wird im Folgenden ein Vorschlag für die Neufassung *de lege ferenda* unterbreitet.

B. Reformvorschläge

I. Umgestaltung des § 23 StPO

Um eine mögliche Befangenheit des Richters in der Hauptverhandlung zu verhindern, ist der Ausschluss des Richters, der am Zwischenverfahren mitgewirkt hat, in den Katalog des § 23 StPO einzubeziehen, der in ähnlicher Weise die Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung bei einer Vorentscheidung regelt.

Daher ist § 23 StPO mit einem zusätzlichen Absatz um den weiteren Ausschließungsgrund

wie folgt zu ergänzen⁹⁸⁹:

[§ 23 Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung]

„(3) Ein Richter, der bei einem Eröffnungsbeschluss im Sinne des § 203 mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei Entscheidungen in der Hauptverhandlung kraft Gesetzes ausgeschlossen.“

II. Umgestaltung der §§ 201, 202 StPO

Bei § 201 StPO sind die Regelungsgegenstände, die der eigentlichen Überschrift der Vorschrift „Übermittlung der Anklageschrift“ fremd sind, z.B. die Erhebung von Einwendungen des Angeschuldigten, zu streichen. Diese Handlungen sollten in der – neu einzufügenden – Vorschrift über die obligatorische mündliche Verhandlung aufgenommen werden.

Aus demselben Grund sind der Absatz 1 Satz 1 Fall 1 und der Absatz 2 des gegenwärtigen § 201 StPO zu streichen, mit der Folge, dass § 201 StPO nur noch wie folgt lautet:

[§ 201 Übermittlung der Anklageschrift]

„¹Der Vorsitzende des Gerichts teilt die Anklageschrift dem Angeschuldigten mit. ²Die Anklageschrift ist auch dem Nebenkläger und dem Nebenklagebefugten, der dies beantragt hat, zu übersenden; § 145a Absatz 1 und 3 gilt entsprechend.“

Um dem Angeschuldigten eine Anhörung vor dem Gericht anzubieten, ist die mündliche Verhandlung im Zwischenverfahren einzuführen, bei der der Angeschuldigte grundsätzlich mitwirken muss. Darüber hinaus sind dem Angeschuldigten verschiedene Einwendungsmöglichkeiten auf der Grundlage des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) zu gewähren. Parallel zur gegenwärtigen Vorschrift § 202 StPO sollte das Gericht ferner sowohl auf Antrag des Angeschuldigten als auch von Amts wegen eigene Beweiserhebungen anordnen und vornehmen können.

Selbst wenn das Interesse an der Verfahrensbeschleunigung im Rahmen des Zwischenverfahrens einen nachrangigen Zweck darstellt, ist die mögliche Verfahrensverzögerung als Nachteile dieser Neugestaltung nicht außer Acht zu lassen. Zur Unterbindung einer etwaigen Verschleppung des Verfahrens sollten demnach alle Entscheidungen sowie Beschlüsse des Gerichts nicht anfechtbar sein. Zugleich sollte eine allgemeine Pflicht zur unverzüglichen Durchführung der mündlichen Verhandlung gesetzlich verankert werden. Auf die Durchführung der obligatorischen mündlichen Verhandlung, die sich aus dem Hauptzweck des Zwischenverfahrens als ein effektives Schutzmittel für den Angeschuldigten ergibt, sollte auf keinen Fall verzichtet werden.

Schließlich ist eine Dokumentation vorzunehmen, um möglichen rechtswidrigen Situationen vorzubeugen. Da das Zwischenverfahren nicht öffentlich ist, ist der wesentliche Inhalt der mündlichen Verhandlung zur Gewährleistung ihrer Transparenz aktenkundig zu machen⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ Als ein im Ergebnis entsprechendes Beispiel vgl. *Vormbaum*, ZIS 2015, 328, 335.

⁹⁹⁰ Zustimmend *Koch*, StV 2002, 222, 224; *Hofer*, Zukunft, S. 40.

Mit der Einführung dieser mündlichen Verhandlung im Zwischenverfahren würde – wie bereits in § 210 I StPO geregelt – die Einräumung des Rechts zur (sofortigen) Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss für den Angeschuldigten entbehrlich⁹⁹¹. Der Angeschuldigte hat durch seine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung die Möglichkeit, auf die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens einzuwirken. Würde man dem Angeschuldigten auch in diesem Fall das Beschwerderecht einräumen, könnte es zu einer ungerechtfertigten Verzögerung des Verfahrens kommen.

Ausgehend von den Gesagten ist § 202 StPO wie folgt komplett neu zu regeln⁹⁹²:

[§ 202 Mündliche Verhandlung]

„(1) Über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet das Gericht nach mündlicher Verhandlung.

(2) ¹In der Verhandlung ist dem Angeschuldigten und dem Verteidiger Gelegenheit zu geben, Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens zu erheben, die Vornahme einzelner Beweiserhebungen zu beantragen, die von der Staatsanwaltschaft beigebrachten Beweismittel anzufechten oder selbst Beweismittel beizubringen. ²§ 219 gilt entsprechend. ³Über Anträge und Einwendungen beschließt das Gericht. ⁴Die Entscheidung ist unanfechtbar.

(3) ¹Das Gericht kann zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anordnen und deren Art und Umfang bestimmen. ²Der Beschluss ist nicht anfechtbar.

(4) ¹Zu der Verhandlung ist der Angeschuldigte und der Verteidiger zu laden. ²Von dem Termin ist die Staatsanwaltschaft zu benachrichtigen. ³Erscheinen weder der Angeschuldigte noch der Verteidiger zu dem Termin oder teilen sie ihren Verzicht auf die Verhandlung dem Vorsitzenden nach ordnungsgemäßer Ladung mit, entscheidet das Gericht ohne deren Anhörung über die Eröffnung des Hauptverfahrens. ⁴§ 118a Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(5) ¹Die Verhandlung ist unverzüglich durchzuführen. ²Der wesentliche Inhalt dieser Verhandlung ist aktenkundig zu machen“.

III. Umgestaltung des § 203 StPO

Beim Eröffnungsbeschluss ist das Gericht verpflichtet, die Anhaltspunkte für seine Entscheidung zu begründen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn z.B. der Angeschuldigte im Zwischenverfahren einen unerledigten Beweisantrag gestellt hat⁹⁹³. Diese Begründungspflicht des Gerichts dient dazu, dass der Angeschuldigte von den Gründen für den ihn belastenden Beschluss Kenntnis erlangt. Der Angeschuldigte erhält damit die Gelegenheit, sich mittels der Begründung effektiver im Hauptverfahren zu verteidigen. Dies gibt folglich ebenso Anlass zur Verneinung der Anfechtbarkeit des Angeschuldigten, wie es bei der Einführung der münd-

⁹⁹¹ Dies bedeutet freilich nicht, dass es verwehrt ist, nach Entschließung des Gesetzgebers dem Angeschuldigten das Beschwerderecht zu verleihen.

⁹⁹² §§ 108, 108a, 201 StPO und Art. 61 IStGH-Statut werden dabei herangezogen.

⁹⁹³ Heghmanns, Zwischenverfahren, S. 125 f., 150, der davon ausgehend behauptet, dass allein ein Beschluss-tenor wie heute ausreichend sei, wenn dagegen keine widerstreitende Einwendung vorliege und die Rechtslage deutlich sei.

lichen Verhandlung der Fall ist.

Eine solche Pflicht zur Begründung ist wie folgt in einem neu einzufügenden Absatz 2 zu regeln:

[§ 203 Eröffnungsbeschluss]

„(1) Das Gericht beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint.

(2) ¹Der Beschluss ist zu begründen. ²Die Begründung ist dem Angeschuldigten bekanntzumachen“.

IV. Umgestaltung des § 204 StPO

1. Gesetzliche Präzisierung

Sämtliche Fallgruppen der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ setzten sowohl einen objektiv missbräuchlichen Umstand als auch um ein subjektives Element auf Seiten der Staatsanwaltschaft voraus. Dies liegt daran, dass das koreanische Recht das „Zwischenverfahren“ nicht kennt und man deswegen für die Lösung dieser Problematik auf § 327 Nr. 2 kor. StPO als eine Generalklausel zurückgreifen muss. Hier ist eine strenge Auslegung erforderlich, um die uferlose Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Norm zu verhindern. Dies führt zur Begrenzung des Anwendungsbereichs der Vorschrift durch die Anforderung der objektiven und subjektiven Elemente.

Dagegen erfolgt in Deutschland die gerichtliche Kontrolle in der 1. und der 2. Fallgruppe bereits im Bereich des Zwischenfahrens. § 204 StPO gilt für die 1. Fallgruppe und §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO gelten für die 2. Fallgruppe⁹⁹⁴. Auch für die 3. Fallgruppe gilt § 204 StPO, solange – wie oben dargestellt – der Einsatz rechtswidriger Ermittlungsmaßnahmen wie die Anwendung von physischer Gewalt oder Drohung durch Strafverfolgungsbehörden vorliegt. Denn in diesem Fall ist ein erheblicher Eingriff in das Recht des Angeschuldigten auf körperliche Unversehrtheit zwingend zu bejahen, was zu einem Verfahrenshindernis zählt. Daraus ergibt sich, dass die gerichtliche Kontrolle über die Fallgruppen Nr. 1 bis 3 durch die Erfüllung der Voraussetzungen der jeweiligen Regelungen, d.h. allein anhand des objektiven Umstandes, erfolgreich vorgenommen werden kann. Es bedarf daher keines zusätzlichen subjektiven Elementes wie einer Absicht der Staatsanwaltschaft. Anders liegt es bei den Fallgruppen Nr. 4. und 5. Da sie im Allgemeinen keine Verfahrenshindernisse darstellen, sollten sie nicht allein hinsichtlich des objektiven Umstandes geprüft werden. Vielmehr ist das subjektive Element auf Seiten der Staatsanwaltschaft für die Annahme dieser Missbrauchsfälle unabdingbar.

Zudem sind alle Gründe für den gerichtlichen Nichteröffnungsbeschluss in § 204 konkret zu normieren. Dazu zählen die Gründe, die bereits in der Literatur anerkannt sind. Man denke etwa an die Konstellation, in der die Eröffnung des Hauptverfahrens aus tatsächlichen oder

⁹⁹⁴ Die Umgestaltung dieser Opportunitätsvorschriften wird anschließend unten V. erörtert.

aus Rechtsgründen nicht möglich ist. Vor allem ist es empfehlenswert, alle Verfahrenshindernisse oder Prozessvoraussetzungen – parallel zur koreanischen StPO – darin zu nennen.

Diese gesetzliche Präzisierung kann eine klare Rechtsgrundlage für die frühzeitige Verfahrensbeendigung schaffen. Hinzu kommt, dass dadurch die wichtige Rolle des Zwischenverfahrens im ganzen Strafverfahren verdeutlicht wird. Dies kann die staatsanwaltschaftliche Entscheidung beeinflussen, so dass sie ab dem Zeitpunkt der Abschlussverfügung jene Gründe besonders beachtet.

Ähnlich wie nach der gegenwärtigen Vorschrift § 204 I StPO ist im gerichtlichen Beschluss darauf hinzuweisen, aus welchen Gründen diese gerichtliche Entscheidung getroffen wurde. Dies entspricht dem Gedanken der Begründungspflicht des Gerichts beim Eröffnungsbeschluss und bezweckt die Verwirklichung einer Informationsfunktion für die Staatsanwaltschaft. Dieser Hinweis hilft der Staatsanwaltschaft bei ihrer Entscheidung über die Einlegung einer sofortigen Beschwerde (§ 210 II Fall 1 StPO).

Unter Berücksichtigung der Vorgenannten lässt sich § 204 StPO wie folgt formulieren:

[§ 204 Nichteröffnungsbeschluss]

„(1) Das Gericht beschließt, die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen, wenn

1. aus Rechtsgründen der Angeschuldigte deshalb nicht strafbar ist, weil der Sachverhalt keinen Straftatbestand erfüllt oder ein Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs-, Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgrund eingreift,

2. aus tatsächlichen Gründen eine Verurteilung des Angeschuldigten deshalb nicht zu erwarten ist, weil ein hinreichender Tatverdacht fehlt oder nicht beweisbar ist,

3. endgültig ein Verfahrenshindernis besteht oder Prozessvoraussetzungen fehlen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn

a) keine deutsche Gerichtsbarkeit für den Angeschuldigten eingreift,

b) der Strafrechtsweg nach § 13 GVG nicht eröffnet ist,

c) eine Immunität von Abgeordneten besteht,

d) eine Amnestie erlassen worden ist,

e) die Sache nicht in die Zuständigkeit eines Gerichts fällt,

f) eine rechtskräftige Aburteilung bereits ergangen ist,

g) eine anderweitige Rechtshängigkeit bereits eingetreten ist,

h) die angeklagte Tat bereits verjährt ist,

i) bei Straftaten, die nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgbar sind, der Strafantrag, die Ermächtigung oder das Strafverlangen fehlt,

j) eine wirksame Anklage fehlt,

k) ein wirksamer Eröffnungsbeschluss fehlt⁹⁹⁵,

l) der Angeschuldigte bereits verstorben ist,

m) der Angeschuldigte verhandlungsunfähig ist,

n) der Angeschuldigte strafunmündig ist, oder

o) ein Einsatz rechtswidriger Ermittlungsmaßnahmen wie die Anwendung von physischer Gewalt oder Drohung durch Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren bestanden hat, was zu einem erheblichen Eingriff in das Recht des Angeschuldigten auf körperliche Unversehrtheit geführt hat, oder

4. die Erhebung der öffentlichen Klage deshalb für missbräuchlich erachtet wird, weil die Staatsanwaltschaft absichtlich oder wissentlich ohne sachlichen Grund

a) nur gegen einen von mehreren Angeschuldigten die öffentliche Klage erhoben hat, oder

b) die öffentliche Klage wegen einer bisher nicht angeklagten Straftat erhoben hat.

(2) Aus dem Beschluss müssen die Gründe für die Ablehnung hervorgehen.

(3) Der Beschluss ist dem Angeschuldigten bekanntzumachen“.

2. Exkurs: Umgestaltung der §§ 206a, 260 StPO

Die konkreten Gründe für Verfahrenshindernisse oder Prozessvoraussetzungen sind in § 204 I 1 Nr. 3 StPO-Entwurf aufgeführt, weil das gerichtliche Eingreifen in die Anklageerhebung zum ersten Mal im Stadium des Zwischenverfahrens erfolgt. Daher sollte aus rechtssystematischen Gründen ein Verweis nach § 204 I 1 Nr. 3 StPO-Entwurf auch in §§ 206a I 2, 260 III 2 StPO-Entwurf vorgesehen werden.

[§ 206a Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis]

„(1) ¹Stellt sich nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein Verfahrenshindernis heraus, so kann das Gericht außerhalb der Hauptverhandlung das Verfahren durch Beschluss einstellen. ²Für die Feststellung des Vorliegens eines Verfahrenshindernisses gilt § 204 Absatz 1 Nummer 3 entsprechend; der Angeschuldigte in § 204 Absatz 1 Nummer 3 wird hierbei als der Angeklagte erachtet“.

[§ 260 Urteil]

„(3) ¹Die Einstellung des Verfahrens ist im Urteil auszusprechen, wenn ein Verfahrenshindernis besteht. ²Für die Feststellung des Vorliegens eines Verfahrenshindernisses gilt § 204 Absatz 1 Nummer 3 entsprechend; der Angeschuldigte in § 204 Absatz 1 Nummer 3 wird hierbei als der Angeklagte erachtet“.

⁹⁹⁵ Dies gilt allerdings logischerweise nur für die unten beschriebenen §§ 206a, 260 StPO, die das Vorliegen eines Eröffnungsbeschlusses voraussetzen.

V. Umgestaltung der §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO

1. Ausgangspunkt

Da man die gerichtliche Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO nicht von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft oder des Angeschuldigten abhängig machen sollte, sind die gegenwärtigen Regelungen dahingehend zu ändern, dass eigenständige Kontrolle des Gerichts im Zwischenverfahren möglich wird. Schenkt man insbesondere der Kontrolle „im Zeitpunkt des Zwischenverfahrens“ mehr Aufmerksamkeit, scheint es auf den ersten Blick geeigneter und vorzugswürdig zu sein, auch diese Gründe im Nichteröffnungsbeschluss gemäß § 204 StPO-Entwurf zu nennen. Dies würde aber zu einer unerwünschten Komplizierung des Systems des geltenden Rechts führen, weil die Voraussetzungen der staatsanwaltschaftlichen Einstellung aus Opportunitätsgründen (jeweils Absatz 1) mit denen der gerichtlichen Einstellung (jeweils Absatz 2) eng verbunden sind. Würde man die Voraussetzungen der §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO bei der Umgestaltung des § 204 StPO in diesen miteinbeziehen, müsste man wieder auf die Absätze 1 der jeweiligen Vorschriften verweisen. Es erscheint somit sachgerechter, die Verfahrenseinstellung auf der Grundlage des Opportunitätsprinzips wie bisher unter demselben Abschnitt zu regeln. Daher ist es empfehlenswert, nur einen Teil dieser Vorschriften abzuändern, ohne diese in den § 204 StPO-Entwurf einzubeziehen.

2. Abschaffung des Zustimmungserfordernisses der Staatsanwaltschaft bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO

Zunächst ist das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO abzuschaffen⁹⁹⁶. Die effektive Kontrolle über die Anklageerhebung lässt sich nur ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft verwirklichen, die von Natur aus der Überprüfung des kontrollierenden Gerichts unterworfen sein muss. Dieselbe Regelungsform findet sich sowohl in Korea, wo – nach der „Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts“ – ein gerichtliches Einschreiten nach § 327 Nr. 2 kor. StPO ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft erfolgen kann, als auch in Österreich, wo parallel zur deutschen StPO die Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit in § 191 öStPO normiert ist, dem zufolge das Gericht unter denselben Voraussetzungen wie bei der staatsanwaltschaftlichen Einstellung (Absatz 1) das Verfahren bis zum Abschluss der Hauptverhandlung mit Beschluss einzustellen hat (Absatz 2), und zwar ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft.

Nicht zu unterschätzen ist allerdings, dass der Zweck des Zustimmungserfordernisses der Staatsanwaltschaft nach geltendem Recht einerseits in ihrem Anklagemonopol⁹⁹⁷ und andererseits in der Einstellungsaufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht liegt⁹⁹⁸. Des Weiteren können neben der Staatsanwaltschaft auch Richter bei ihrer Überprüfung der Anklageerhebung möglicherweise sachwidrig entscheiden. Somit erscheint es sachgerecht,

⁹⁹⁶ Richtigerweise *Cramer*, Maurach-FS, S. 498; *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 312; im Ergebnis ebenfalls *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 219.

⁹⁹⁷ *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, Rn. 627; *BeckOK-StPO/Beukelmann*, § 153, Rn. 32; *HK-StPO/Gercke*, § 153, Rn. 20; *KK-StPO/Diemer*, § 153, Rn. 32; *M-G/S/Schmitt*, § 153, Rn. 26.

⁹⁹⁸ *Heghmanns*, Strafverfahren, Rn. 174; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 15.

dass die Staatsanwaltschaft die Befugnis einer sofortigen Beschwerde (§ 311 StPO) erhält und damit die Überprüfung durch ein höheres Gericht erzwingen kann⁹⁹⁹.

In diesem Sinne sind §§ 153 II 4, 153a II 4 StPO reformbedürftig, sofern sie festlegen, der Beschluss sei sowohl für die Staatsanwaltschaft als auch für den Angeschuldigten nicht anfechtbar¹⁰⁰⁰. Dieser Satz trägt dem Umstand Rechnung, dass nach geltendem Recht die Zustimmung der Staatsanwaltschaft für die gerichtliche Einstellung erforderlich ist. Solange wie in den vorgenannten Entwürfen das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft abgeschafft würde, muss aber der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit gegeben werden, gegen den von ihrer Auffassung abweichenden Nichteinstellungsbeschluss des Gerichts sofortige Beschwerde einzulegen. Eine solche Möglichkeit ist bereits in anderen Bereichen, z.B. in §§ 210 II Fall 1, 383 II 3¹⁰⁰¹ StPO, eingeräumt. Auch dort ist beim Nichteröffnungsbeschluss (§ 204 I StPO) oder bei der Einstellung des Gerichts (§ 383 II 1 StPO) die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nicht erforderlich. Entsprechend diesen Regelungen erscheint es demnach sinnvoll, auch bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO der Staatsanwaltschaft die Befugnis der sofortigen Beschwerde zu erteilen¹⁰⁰². Die Möglichkeit einer Anfechtung durch das höhere Gericht verspricht zudem erhöhte Rechtsgleichheit in der Einstellungspraxis, während nach geltendem Recht Sachverhalte je nach Umständen der einzelnen Gerichtsbezirke unterschiedlich behandelt werden können¹⁰⁰³.

3. Abschaffung des Zustimmungserfordernisses des Angeschuldigten bei §§ 153 II, 153b II StPO

Bei §§ 153 II, 153b II StPO, die die Schuld oder andere Strafzumessungsrelevante Umstände betreffen, erscheint es systematisch nicht angemessen, die Entscheidung des Gerichts von der Zustimmung des Angeschuldigten abhängig zu machen. Denn der letztverbindliche Entscheidungsträger muss das Gericht sein, welches als alleinige Kontrollinstanz die Rechtmäßigkeit der Anklageerhebung prüfen darf. Somit ist das Zustimmungserfordernis des Angeschuldigten abzuschaffen. Damit entfällt gleichzeitig das Erfordernis, den Ausnahmefall der Einholung der Zustimmung des Angeschuldigten zu regeln, so dass der gegenwärtige § 153 II 2 StPO zu streichen ist. Da dem Angeschuldigten für seine eigene Verteidigung hinreichend Möglichkeit gegeben werden sollte, einer missbräuchlichen Strafverfolgung zu widersprechen, empfiehlt es sich zudem, dem Angeschuldigten die Gelegenheit einer Stellungnahme zu geben. Dies lässt

⁹⁹⁹ Ebenso *Cramer*, Maurach-FS, S. 499; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 232 f.; *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 312; *Terbach*, Einstellungserzwingungsverfahren, S. 197; ähnlich *Deiters*, Legalitätsprinzip, S. 219. Zu den gerichtlichen Zuständigkeiten näher *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 233 ff.

¹⁰⁰⁰ Dies gilt ebenso für 153b II StPO. Eine einfache Beschwerde nach § 304 StPO ist aber ausnahmsweise zulässig, weil §§ 153 II 4, 153a II 4 StPO nur für die Fälle der staatsanwaltschaftlichen Ermessensausübung gelten. Im Gegenteil ist bei endgültiger Einstellung gemäß § 153a II StPO weder einfache noch sofortige Beschwerde zulässig. Dazu ausführlich siehe oben 3. Teil, A. I. 2. a) (1).

¹⁰⁰¹ In der Einlegung der sofortigen Beschwerde ist die Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft im Privatklageverfahren enthalten, vgl. HK-StPO/*Weißer*, § 383, Rn. 27; KK-StPO/*Senge*, § 383, Rn. 13; M-G/S/*Schmitt*, § 383, Rn. 23; SSW-StPO/*Jofer*, § 383, Rn. 12.

¹⁰⁰² *Cramer*, Maurach-FS, S. 499. Dazu, dass welches Gericht nach § 210 StPO für die sofortige Beschwerde zuständig ist, LR-StPO/*Stuckenberg*, § 210, Rn. 26.

¹⁰⁰³ Hierzu *Cramer*, Maurach-FS, S. 500; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 233; *Heinz*, Kühne-FS, S. 233; auf dieser Linie *Loritz*, Kritische Betrachtungen, S. 141.

sich im Stadium des Zwischenverfahrens durch seine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung nach § 202 StPO-Entwurf verwirklichen.

Anders liegt es jedoch bei § 153a II StPO, weil die Erfüllung der Auflagen oder Weisungen konzeptionell eine freiwillige Wirkung darstellt. Daher muss im Falle des § 153a StPO das Zustimmungserfordernis des Angeschuldigten bestehen bleiben.

Im Falle der Abschaffung des Zustimmungserfordernisses des Angeschuldigten bei §§ 153 II, 153b II StPO stellt sich die Frage, ob dem Angeschuldigten ein Beschwerderecht eingeräumt werden sollte. Die gegenwärtigen Vorschriften §§ 153 II 4, 153a II 4 StPO sehen dies nicht vor¹⁰⁰⁴. Bei einer Einstellung wird die Annahme der Anfechtungsbefugnis für den Angeschuldigten selbstverständlich als überflüssig angesehen, weil das Verfahren bereits zu seinem Vorteil frühzeitig beendet wurde. Die Notwendigkeit der Einführung eines Beschwerderechts könnte aber problematisiert werden, wenn das Gericht nach seiner Einschätzung entscheidet, das Verfahren nicht einzustellen und damit das Hauptverfahren zu eröffnen. Hierbei ist wiederum auf die Argumente beim § 203 StPO-Entwurf zurückzugreifen: Dem Angeschuldigten muss das Beschwerderecht nicht gewährt werden, solange das Gericht beim Eröffnungsbeschluss zu dessen Begründung verpflichtet ist¹⁰⁰⁵ und der Angeschuldigte bei der mündlichen Verhandlung mitwirken kann. Dasselbe gilt gleichermaßen für § 153a II StPO, selbst wenn hier – abweichend von §§ 153 II, 153b II StPO – das Zustimmungserfordernis des Angeschuldigten beibehalten werden muss.

4. Exkurs: Abschaffung des Zustimmungserfordernisses des Gerichts bei §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO

Vor dem Zeitpunkt der Anklageerhebung ist bei §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO die Zustimmung des Gerichts zur staatsanwaltschaftlichen Einstellung erforderlich. Sie fungiert als eine gesetzlich normierte Möglichkeit der Kontrolle über die missbräuchliche Einstellungspraxis aus Opportunitätsgründen¹⁰⁰⁶ und zugleich als eine Methode zur Sicherung des Legalitätsprinzips¹⁰⁰⁷. Hinsichtlich der Opportunitätseinstellungen nimmt die deutsche StPO das System einer gegenseitigen Kontrolle zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft an: Bei §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO bedarf es nämlich der Zustimmung des Gerichts, während bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO die Zustimmung der Staatsanwaltschaft benötigt wird. Daher stellt sich die Frage, wie das Erfordernis der Zustimmung des Gerichts bei §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO zu behandeln ist, wenn – wie oben vorgeschlagen – das Zustimmungserfordernis der Staatsanwaltschaft bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO abgeschafft würde.

Entsprechend der Überlegung zur Abschaffung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO erscheint es als Erstes in systematischer Hinsicht sachgerecht,

¹⁰⁰⁴ HK-StPO/*Gercker*, § 153, Rn. 23; LR-StPO/*Mavany*, § 153, Rn. 85; M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 35; § 153a, Rn. 57; SK-StPO/*Weßlau/Deiters*, § 153a, Rn. 86.

¹⁰⁰⁵ Zur Notwendigkeit der Begründungspflicht ebenfalls *Hassemer*, Legalität, S. 540; ähnlich *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 308.

¹⁰⁰⁶ *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 93; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 224; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 129 f.; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip, S. 57.

¹⁰⁰⁷ *Volk/Engländer*, GK StPO, § 12, Rn. 15; M-G/S/*Schmitt*, § 153, Rn. 10.

auch bei §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO auf die gerichtliche Zustimmung zu verzichten. Im Hinblick auf das Gleichgewicht kann allerdings ein unsachgerechter Anschein entstehen, wenn das Gericht nach Anklageerhebung die alleinige Einstellungsbefugnis besitzt und zugleich auch vor der Anklageerhebung bei der staatsanwaltschaftlichen Einstellung mitwirken kann. Daher muss die Einstellungsbefugnis zumindest vor der Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft allein ihr überlassen werden.

Sogar in rechtspraktischer Hinsicht wird vertreten, dass die gerichtliche Zustimmung tatsächlich entbehrlich ist. Die Zustimmung des Gerichts erfolge in der Praxis zunächst nicht aufgrund der Ergebnisse, die auf der von ihm selbst durchgeführten Sachverhaltsermittlung basieren, sondern lediglich aufgrund der von der Staatsanwaltschaft abgegebenen Akten, so dass eine wirksame Überprüfung der einzelnen Voraussetzungen für die Einstellung durch das Gericht nicht sicher möglich sei¹⁰⁰⁸. Das Gericht ist also in meisten Fällen bereits bei seiner Zustimmungserklärung von der einseitigen Ansicht der Staatsanwaltschaft beeinflusst. Ein weiterer Kritikpunkt liegt darin, dass diese gerichtliche Zustimmung heutzutage zu einer bloßen „Gegenzeichnungsprozedur“ herabgesunken ist¹⁰⁰⁹. In der Rechtswirklichkeit erfolge nämlich die Ablehnung der Zustimmung des Gerichts fast nie¹⁰¹⁰, so dass seine Zustimmung als eine „Routinehandlung ohne Filterfunktion“¹⁰¹¹ und seine Prüfungspflicht nur als eine „(Ab) Zeichnungspflicht“¹⁰¹² erachtet werde. Die Ursachen liegen darin, dass einerseits die Staatsanwaltschaft und der Richter wegen ihres gemeinsamen Interesses an der Arbeitersparnis, die durch die Verfahrenseinstellung erreicht werden kann, in der Regel miteinander nicht in Konflikt geraten wollen, und andererseits der Richter in täglich gewohnter reibungsloser Kooperation auf die Richtigkeit der Entscheidung der Staatsanwaltschaft vertraut¹⁰¹³. Die Staatsanwaltschaft kann in dieser Weise die gerichtliche Entscheidung „vorwegnehmen“, indem sie mit der Erteilung der gerichtlichen Zustimmung erwartet, dass ihre Entscheidung auch nachher vom erkennenden Gericht problemlos akzeptiert wird¹⁰¹⁴. Daraus kann man schließen, dass die präventive gerichtliche Kontrolle bei der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft in der Wirklichkeit nicht effektiv ist¹⁰¹⁵. Vor diesem Hintergrund würde der mit der Abschaffung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO verbundene Verzicht auf die Zustimmung des Gerichts bei §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO keinen (oder mindestens nur geringen) negativen Einfluss auf die effektive Kontrollfunktion nehmen.

Als Ergebnis lässt sich festhalten: Mit dem Wegfall des Zustimmungserfordernisses der Staatsanwaltschaft bei §§ 153 II, 153a II, 153b II StPO ist ebenfalls das gerichtliche Zustimmungserfordernis bei §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO abzuschaffen. In diesem Zusammenhang

¹⁰⁰⁸ *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 225; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 133.

¹⁰⁰⁹ *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 146, 221; *Rose*, Rechtsschutz, S. 66.

¹⁰¹⁰ *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 356; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 224; *Kausch*, Richter vor dem Richter, S. 70, Fn. 19.

¹⁰¹¹ *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 94; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 134.

¹⁰¹² *Kotz*, Verfahrensart, S. 36.

¹⁰¹³ *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 54; *Kotz*, Verfahrensart, S. 39; *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 95; *Rose*, Rechtsschutz, S. 66.

¹⁰¹⁴ Vgl. *Kotz*, Verfahrensart, S. 40.

¹⁰¹⁵ Das Erfordernis der gerichtlichen Zustimmung erscheint daher nur „partiell und nicht prinzipiell“, vgl. *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 233.

ist auch der Satz 2 des gegenwärtigen § 153 I StPO aufzuheben, der von der Annahme der gerichtlichen Zustimmung zur staatsanwaltschaftlichen Einstellung bei Geringfügigkeit ausgeht. Diese gesetzliche Form findet sich auch in § 191 I öStPO, wo für die staatsanwaltschaftliche Einstellung bei Geringfügigkeit keine Mitwirkung des Gerichts erforderlich ist – auch hier ist bei der gerichtlichen Einstellung nach Anklageerhebung keine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in § 191 II öStPO vorgesehen. Auf den Verzicht auf die jeweiligen Zustimmungserfordernisse der Staatsanwaltschaft (§§ 153 II, 153a II, 153b II StPO) und des Gerichts (§§ 153 I, 153a I, 153b I StPO) lässt sich ferner im Ergebnis die Gestaltung der §§ 170 II, 204 StPO übertragen, wonach jeweils allein die Staatsanwaltschaft oder das Gericht über die Verfahrensbeendigung entscheidet¹⁰¹⁶.

Allerdings muss das Zustimmungserfordernis des Angeschuldigten bei § 153a I StPO – wie dargestellt – weiter gesetzlich festgeschrieben werden.

5. Entwürfe der §§ 153, 153a, 153b StPO

Zusammenfassend sind die Opportunitätsvorschriften der §§ 153, 153a, 153b StPO auf folgende Weise anzupassen:

[§ 153 Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit]

„(1) Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, *so kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung absehen*, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht.

(2) ¹Ist die Klage bereits erhoben, *so kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 das Verfahren einstellen*. ²Die Entscheidung ergeht durch Beschluss. ³Gegen den Beschluss, nach welchem das Verfahren einzustellen ist, steht der Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde zu. ⁴Der Beschluss, nach welchem das Verfahren fortzuführen ist, kann von dem Angeschuldigten oder Angeklagten nicht angefochten werden; der Beschluss ist jedoch zu begründen und die Begründung ist dem Angeschuldigten oder Angeklagten bekanntzumachen“.

[§ 153a Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen]

„(1) ¹Mit Zustimmung des Beschuldigten kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der

¹⁰¹⁶ Daneben wäre es erwägenswert, in den Fällen der §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO für die effektive „nachträgliche“ Kontrolle durch das Gericht den Antrag des Verletzten auf gerichtliche Entscheidung vorzusehen, d.h. bei § 172 II 3 den Ausschluss des Klageerzwingungsverfahrens in den Fällen der §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO zu streichen – ähnlich wie bei § 260 I kor. StPO sowie § 195 I öStPO, wonach auch staatsanwaltschaftliche Einstellungen aus Opportunitätsgründen zum Gegenstand des Klageerzwingungsverfahrens gehören. Zustimmung *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 341 ff., der die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Klageerzwingungsverfahrens auf Opportunitätsvorschriften mit Abschaffung des gerichtlichen Zustimmungserfordernisses vertritt; zur Kritik an der §§ 153 I, 153a I, 153b I StPO aus derselben Perspektive *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 222, Fn. 94; im Ergebnis ebenso befürwortend *Hassemer*, Legalität, S. 540; *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 310; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 100; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 85. Zum Meinungsstreit ausführlich *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung, S. 87 ff.; *Hüls*, Ermittlungstätigkeit, S. 88 ff.

Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. [...]

(2) ¹Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht *mit Zustimmung des Angeschuldigten* das Verfahren vorläufig einstellen und zugleich dem Angeschuldigten die in Absatz 1 Satz 1 und 2 bezeichneten Auflagen und Weisungen erteilen. ²Absatz 1 Satz 3 bis 6 und 8 gilt entsprechend. ³Die Entscheidung nach Satz 1 ergeht durch Beschluss. ⁴*Gegen den Beschluss, nach welchem das Verfahren einzustellen ist, steht der Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde zu.* ⁵Satz 4 gilt auch für eine Feststellung, dass gemäß Satz 1 erteilte Auflagen und Weisungen erfüllt worden sind. ⁶*Der Beschluss, nach welchem das Verfahren fortzuführen ist, kann von dem Angeschuldigten oder Angeklagten nicht angefochten werden; der Beschluss ist jedoch zu begründen und die Begründung ist dem Angeschuldigten oder Angeklagten bekanntzumachen“.*

[§ 153b Absehen von der Verfolgung bei möglichem Absehen von Strafe]

„(1) Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Gericht von Strafe absehen könnte, so kann die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen.

(2) ¹Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht bis zum Beginn der Hauptverhandlung das Verfahren einstellen. ²*Gegen den Beschluss, nach welchem das Verfahren einzustellen ist, steht der Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde zu.* ³*Der Beschluss, nach welchem das Verfahren fortzuführen ist, kann von dem Angeschuldigten oder Angeklagten nicht angefochten werden; der Beschluss ist jedoch zu begründen und die Begründung ist dem Angeschuldigten oder Angeklagten bekanntzumachen“.*

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Anna Helena*: Anforderungen an eine ordnungsgemäße Durchführung des Selbstleseverfahrens. Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschl. v. 10.1.2012 – 1 StR 587/11 (LG Regensburg), ZIS 2012, S. 163-169
- Albrecht, Günter*: Stigmatisierung, in: Kleines Kriminologisches Wörterbuch, Kaiser, Günter u.a. (Hrsg.), 3. Auflage, Heidelberg 1993, S. 495-500 (zit.: *Albrecht*, Stigmatisierung)
- Amelung, Knut*: Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Berlin 1976 (zit.: *Amelung*, Rechtsschutz)
- Arzt, Gunther*: Der befangene Strafrichter. Zugleich eine Kritik an der Beschränkung der Befangenheit auf die Parteilichkeit, Tübingen 1969 (zit.: *Arzt*, Der befangene Strafrichter)
- Bae, Jong Dae/Yi, Sang Don/Jung, Seung Hwan/Rhee, Joo Won*: Strafprozessrecht, 2. Auflage, Seoul 2016 [배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 제 2 판, 서울, 홍문사, 2016]
- Bae, Jong Dae/Hong, Young Gi*: Kriminalpolitik, Seoul 2019 [배종대/홍영기, 형사정책, 서울, 홍문사, 2019]
- Bandilla, Wolfgang/Hassemer, Raimund*: Zur Abhängigkeit strafrichterlicher Beweiswürdigung vom Zeitpunkt der Zeugenvernehmung im Hauptverfahren, StV 1989, S. 551-554
- Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra*, Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), 35. Edition, Stand: 01.10.2019 (zit.: BeckOK-StPO/Bearbeiter, §, Rn.)
- Beining, Sebastian*: Gerichtliche Beweiserhebung im Zwischenverfahren, HRRS 2016, S. 407-409
- Bertel, Christian/Venier, Andreas*: Strafprozessrecht, 11. Auflage, Wien 2018
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*: Strafprozessrecht, 14. Auflage, Heidelberg 2018
- Bohnert, Joachim*: Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts, Berlin 1992 (zit.: *Bohnert*, Abschlussentscheidung)
- Böttcher, Reinhard*: Reform des Ermittlungsverfahrens – Vorbild Österreich?, in: Festschrift für Hans Dachs, Widmaier, Gunter u.a. (Hrsg.), Köln 2006, S. 229-248 (zit.: *Böttcher*, Dachs-FS)
- Britz, Guido/Jung, Heike*: Anmerkungen zur „Flexibilisierung“ des Katalogs von § 153a Abs. 1 StPO, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, Eser, Albin u.a. (Hrsg.), München 2001, S. 307-320 (zit.: *Britz/Jung*, Meyer-Goßner-FS)
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*: Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Berlin 2015 (zit. *BMJV*, Bericht der Expertenkommission)
- Chae, Bang-Eun*: Eine Untersuchung über die Lehre vom Missbrauch des Anklageerhebungsrechts, Seoul 2000 (zit.: *Chae*, Missbrauch des Anklageerhebungsrechts) [채방은, 공소권남용론에 관한 연구, 경희대학교 박사학위논문, 2000]
- Cho, Gi Young*: Die Forschung über die Prozessvoraussetzungen. Der Begriff und die Funktion der Prozessvoraussetzungen, Seoul 2006 (zit.: *Cho*, Prozessvoraussetzungen) [조기영, 소송조건에 관한 연구. 소송조건 개념과 기능, 서울대학교 박사학위논문, 2006]

- Collin, Peter*: „Wächter der Gesetze“ oder „Organ der Staatsregierung“? Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium. Von den Anfängen bis 1860, Frankfurt am Main 2000 (zit.: *Collin*, Wächter der Gesetze)
- Cramer, Peter*: Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch. Bemerkungen zu einer Reform der Verfahrenseinstellung aus Gründen der Opportunität, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Karlsruhe 1972, S. 487-500 (zit.: *Cramer*, Maurach-FS)
- Degenhart, Christoph*: Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht, 35. Auflage, Heidelberg 2019 (zit.: *Degenhart*, Staatsrecht I)
- Deiters, Mark*: Abgekürzte Strafverfahren, ZStW 130 (2018), S. 491-512
- Deiters, Mark*: Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006 (zit.: *Deiters*, Legalitätsprinzip)
- Deiters, Mark/Albrecht, Anna Helena*: § 153a Abs. 2 StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens? Überlegungen aus Anlass der vorläufigen Einstellung des Bremer Brechmittelverfahrens, ZIS 2013, S. 483-487
- Dengler, Christoph Clemens*: Die richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Eine rechtsvergleichende Analyse anhand des US-amerikanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Rechts Kaliforniens, Frankfurt am Main u.a. 2003 (zit.: *Dengler*, Kontrolle der Abschlussverfügung)
- Deutscher Richterbund*: Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Strafprozessänderungsgesetz, DRiZ 1963, S. 115-118
- Dölling, Dieter*: Über die Beschleunigung des Strafverfahrens, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, Eser, Albin u.a. (Hrsg.), München 2001, S. 101-113 (zit.: *Dölling*, Meyer-Goßner-FS)
- Erb, Volker*: Legalität und Opportunität. Gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafnormen im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen, Berlin 1999 (zit.: *Erb*, Legalität und Opportunität)
- Ernst, Christoph*: Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, Frankfurt am Main u.a. 1986 (zit.: *Ernst*, Zwischenverfahren)
- Fischer, Heinz*: Anhörungstermin im Zwischenverfahren, StV 2003, S. 109-110
- Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Auflage, München 2019 (zit.: *Fischer*, §, Rn.)
- Foertsch, Uwe*: Die Berücksichtigung von Beweisverboten im strafprozessualen Zwischenverfahren, Baden-Baden 2002 (zit.: *Foertsch*, Berücksichtigung von Beweisverboten)
- Fünfsinn, Helmut*: Die Stellung der Staatsanwaltschaft im deutschen Strafprozess bei der Verfahrenswahl, in: Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, Barton, Stephan u.a. (Hrsg.), Köln u.a. 2018, S. 95-104 (zit.: *Fünfsinn*, Schlothauer-FS)
- Füßler, Klaus/Viertel, Katrin*: Der Anspruch auf Abschlussverfügung im Ermittlungsverfahren und seine Durchsetzung, NSTZ 1999, S. 116-120
- Gatzweiler, Norbert*: Strafmilderung bei nicht eingehaltener Zusage. Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urt. v. 18.4.1990 – 3 StR 252/88 (LG München I), NSTZ 1991, S. 46-47

- Gössel, Karl-Heinz*: Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozess, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen? Gutachten C für den 60. Deutschen Juristentag, München 1994 (zit.: *Gössel*, Gutachten, 60. DJT)
- Gössel, Karl-Heinz*: Über die Pflicht zur Ermittlung der materiell-objektiven Wahrheit und die Zuständigkeiten zur Eröffnung eines Strafverfahrens und zu dessen Durchführung, in: *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag*, Eser, Albin u.a. (Hrsg.), München 2001, S. 187-206 (zit.: *Gössel*, Meyer-Goßner-FS)
- Gubitz, Michael*: Der Anwalt als Strafverteidiger im Zwischenverfahren, JA 2007, S. 369-375
- Greco, Luís*: Tugend im Strafverfahren, in: *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlin 2013, Zöller, Mark A. u.a. (Hrsg.), Berlin 2013, S. 61-85 (zit.: *Greco*, Wolter-FS)
- Hassemer, Winfried*: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage, München 1990 (zit.: *Hassemer*, Einführung)
- Hassemer, Winfried*: Legalität und Opportunität im Strafverfahren. Eine Skizze, in: *Strafverfolgung und Strafverzicht. Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, Ostendorf, Heribert (Hrsg.), Köln u.a. 1992, S. 529-540 (zit.: *Hassemer*, Legalität)
- Hassemer, Winfried*: Über den Missbrauch von Rechten, in: *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag*, Eser, Albin u.a. (Hrsg.), München 2001, S. 127-143 (zit.: *Hassemer*, Meyer-Goßner-FS)
- Hassemer, Winfried*: Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer, Berlin 2009 (zit.: *Hassemer*, Warum Strafe sein muss)
- Heghmanns, Michael*: Beweisverwertungsverbote, ZIS 2016, S. 404-415
- Heghmanns, Michael*: Das Zwischenverfahren im Strafprozess. Entwicklung, Zustand und Vorschläge zu einer Reform, München 1991 (zit.: *Heghmanns*, Zwischenverfahren)
- Heghmanns, Michael*: Strafverfahren. Strafrecht für alle Semester. Grund- und Examenswissen – kritisch vertieft, Berlin u.a. 2014 (zit.: *Heghmanns*, Strafverfahren)
- Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, Gercke, Björn u.a. (Hrsg.), 6. Auflage, Heidelberg 2019 (zit.: *HK-StPO/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Heinrich, Bernd*: Die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Anklageerhebung, NStZ 1996, S. 110-115
- Heinz, Wolfgang*: Die Staatsanwaltschaft – eine Sanktionsinstanz mit zunehmend ausgebauter, aber regional extrem ungleich gehandhabter und nicht hinreichend kontrollierter Sanktionsmacht –, in: *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013*, Esser, Robert u.a. (Hrsg.), Heidelberg 2013, S. 213-233 (zit.: *Heinz*, Kühne-FS)
- Hellmann, Uwe*: Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft, in: *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013*, Esser, Robert u.a. (Hrsg.), Heidelberg 2013, S. 235-249 (zit.: *Hellmann*, Kühne-FS)
- Hilger, Hans*: Über die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur unverzügerten Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO, JR 1985, S. 93-96
- Hillenkamp, Thomas*: Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen, NJW 1989, S. 2841-2849

- Hofer, Dorothee*: Zur Zukunft des strafprozessualen Zwischenverfahrens. Unter Berücksichtigung der englischen sowie der internationalen Entwicklungen, Freiburg im Breisgau 2005 (zit.: *Hofer*, Zukunft)
- Hohendorf, Andreas*: Die (Un-)Aufhebbarkeit eines Eröffnungsbeschlusses nach Wegfall des hinreichenden Tatverdachts, NStZ 1985, S. 399-403
- Hong, Young Gi*: Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs. Eine Studie zu den rechtsphilosophischen Grundlagen der Verjährung unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Unverjährbarkeit, Frankfurt am Main u.a. 2005 (zit.: *Hong*, Zeitablauf)
- Horstmann, Markus*: Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, Berlin 2002 (zit.: *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen)
- Hüls, Silke*: Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit. Machtzuwachs und Kontrollverlust, Berlin 2006 (zit.: *Hüls*, Ermittlungstätigkeit)
- Ignor, Alexander/Matt, Holger*: Integration und Offenheit im Strafprozess, StV 2002, S. 102-109
- Ikedo, Kimihiro*: Zur Erledigung von Strafverfahren ohne Hauptverhandlung im japanischen Recht, ZStW 130 (2018), S. 438-446
- Isfen, Osman*: Die Befangenheit des „dealenden“ Richters, ZStW 125 (2013), S. 325-338
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Auflage, München 2018 (zit.: *Jarass/Pieroth-GG/Bearbeiter*, Art., Rn.)
- Jostes, Kerstin*: Leistungsstörungen und Fehlverhalten von Gericht und Staatsanwaltschaft bei der Einstellung von Strafverfahren gem. § 153a StPO, Frankfurt am Main u.a. 2004 (zit.: *Jostes*, Leistungsstörungen)
- Kalsbach, Till*: Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, Berlin 1967 (zit.: *Kalsbach*, Nachprüfung)
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG, EMRK*, Hannich, Rolf (Hrsg.), 8. Auflage, München 2019 (zit.: *KK-StPO/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Kausch, Erhard*: Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter. Untersuchungen zu §§ 153a StPO, Berlin 1980 (zit.: *Kausch*, Richter vor dem Richter)
- Keller, Rainer*: Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft, GA 1983, S. 497-520
- Kerner, Hans-Jürgen*: Kriminalstatistik, in: Kleines Kriminologisches Wörterbuch, Kaiser, Günter u.a. (Hrsg.), 3. Auflage, Heidelberg 1993, S. 294-301 (zit.: *Kerner*, Kriminalstatistik)
- Kim, In Hoe*: Strafprozessrecht, 2. Auflage, Koyang 2018 [김인회, 형사소송법, 제 2 판, 고양, 피앤씨 미디어, 2018]
- Kindhäuser, Urs*: Zur möglichen Beeinträchtigung von Strafverfahren durch Medien, in: Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Berlin 2013, Zöller, Mark A. u.a. (Hrsg.), Berlin 2013, S. 61-85 (zit.: *Kindhäuser*, Wolter-FS)
- Kindhäuser, Urs/Schumann, Kay H.*: Strafprozessrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2019
- Kleszczewski, Diethelm*: Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 2013

- KMR* Kommentar zur Strafprozessordnung, von Heintschel-Heinegg, Bernd/Bockemühl, Jan (Hrsg.), 96. Lieferung, Stand: März 2020 (zit.: *KMR-StPO/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Koch, Karsten*: Das Zwischenverfahren im Strafprozess – Mauerblümchen oder verborgener Schatz?, *StV* 2002, S. 222-225
- Kotz, Peter*: Die Wahl der Verfahrensart durch den Staatsanwalt. Empirische Untersuchung zu den Faktoren, die die Erhebung der öffentlichen Klage, den Antrag auf Erlass eines Strafbefehls und die vorläufige Verfahrenseinstellung unter Anordnung von Auflagen oder Weisungen beeinflussen, Frankfurt am Main 1983 (zit.: *Kotz, Verfahrensart*)
- Krack, Ralf*: Das Begründungserfordernis aus § 204 Abs. 1 StPO. Eine steile These und weitere Bemerkungen, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Fahl, Christian u.a. (Hrsg.), Heidelberg 2015, S. 819-829 (zit.: *Krack, Beulke-FS*)
- Krey, Volker/Heinrich, Manfred*: Deutsches Strafverfahrensrecht. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, 2. Auflage, Stuttgart 2019 (zit.: *Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht*)
- Krey, Volker/Pföhler, Jürgen*: Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes. Schranken des internen und externen Weisungsrechts, *NStZ* 1985, S. 145-152
- Kunz, Karl-Ludwig/Singelnstein, Tobias*: Kriminologie, 7. Auflage, Bern 2016
- Kühne, Hans-Heiner*: Strafprozessrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2015
- Lackner/Kühl*: Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Auflage, München 2018 (zit.: *Lackner/Kühl-StGB/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Lagodny, Otto*: Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Beschl. v. 18.6.1997 – 2 BvR 483/95, 2501/95, 2990/95, *JZ* 1998, S. 568-570
- Lee, Eun Mo*: Strafprozessrecht, 6. Auflage, Seoul 2018 [이은모, 형사소송법, 제 6 판, 서울, 박영사, 2018]
- Lee, Jae Sang/Cho, Kyoon Seuk*: Strafprozessrecht, 12. Auflage, Seoul 2019 [이재상/조균석, 형사소송법, 제 12 판, 서울, 박영사, 2019]
- Leipold, Klaus*: Bedeutung des Zwischenverfahrens, *NJW-Spezial* 2006, S. 231-232
- Leipold, Klaus*: Plädoyer für die Aufwertung des Zwischenverfahrens, in: Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, Barton, Stephan u.a. (Hrsg.), Köln u.a. 2018, S. 345-353 (zit.: *Leipold, Schlothauer-FS*)
- Lilie, Hans*: Ergänzende Ermittlungen im Zwischenverfahren. Anmerkung zu einer Entscheidung des LG Berlin, Beschl. v. 12.3.2003 – 534 Qs 31/03, *NStZ* 2003, S. 568
- Linden, Georg*: Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozess, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen? Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse). Teil M für den 60. Deutschen Juristentag, München 1994 (zit.: *Linden, Referat, 60. DJT*)
- Lorenzen, Henning*: Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip. Kritische Betrachtung aus der und für die Strafverfolgungspraxis, in: Strafverfolgung und Strafverzicht. Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, Ostendorf, Heribert (Hrsg.), Köln u.a. 1992, S. 541-558 (zit.: *Lorenzen, Legalitätsprinzip*)

- Loritz, Hartmut*: Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, Frankfurt am Main u.a. 1996 (zit.: *Loritz, Kritische Betrachtungen*)
- Löwe-Rosenberg*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 27. Auflage, Erb, Volker u.a. (Hrsg.), Berlin 2016 ff. (zit.: *LR-StPO/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Martin, Sigmund P.*: Zur Zulässigkeit der „Doppelbegründung“ beim Beschluss über die Nichteröffnung des Hauptverfahrens (§ 204 I StPO), *NStZ* 1995, S. 528-531
- Mavany, Markus*: „Hidden champion“ des Strafverfahrens – das Zwischenverfahren, *JA* 2015, S. 488-494
- Meyer-Goßner, Lutz*: Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse. Befassungs- und Bestrafungsverbote, München 2011 (zit.: *Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen*)
- Meyer-Goßner, Lutz*: Zwischenverfahren im Zwischenverfahren?, *StV* 2002, S. 394
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*: Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 62. Auflage, München 2019 (zit.: *M-G/S/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Mitsch, Wolfgang*: Tatprovokation als Verfahrenshindernis. Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, *Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14*, *NStZ* 2016, S. 57-58
- Moos, Reinhard*: Die Reform des Vorverfahrens im österreichischen Strafverfahren, in: *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*, Müller-Dietz, Heinz u.a. (Hrsg.), Baden-Baden 2007, S. 581-599 (zit.: *Moos, Jung-FS*)
- Müller, Dietmar*: Verpflichtung zu Nachermittlungen im Eröffnungsverfahren. Anmerkung zu einer Entscheidung des LG Köln, *Beschl. v. 29.11.2006 – 111 Qs 355/06*, *StV* 2007, S. 572-574
- Müller, Egon*: Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozess, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen? *Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse)*. Teil M für den 60. Deutschen Juristentag, München 1994 (zit.: *Müller, Referat, 60. DJT*)
- Münchener Kommentar zum StGB*. Band 5. §§ 263-358 StGB, Hefendehl, Roland/Hohmann, Olaf (Hrsg.), 3. Auflage, München 2019 (zit.: *MüKo-StGB/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Münchener Kommentar zur StPO*, Kudlich, Hans u.a. (Hrsg.), München 2014 ff. (zit.: *MüKo-StPO/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Neubacher, Frank*: *Kriminologie*, 3. Auflage, Baden-Baden 2017
- Nelles, Ursula*: Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung. Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs „Gefahr im Verzug“ im Strafverfahrensrecht, Berlin 1980 (zit.: *Nelles, Ausnahmekompetenzen*)
- Niemöller, Martin*: Rechtsmissbrauch im Strafprozess, *StV* 1996, S. 501-506
- Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Kindhäuser, Urs u.a. (Hrsg.), 5. Auflage, Baden-Baden 2017 (zit.: *NK-StGB/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Park, Tido*: Die örtliche Gerichtszuständigkeit – Grenzen des Auswahlermessens der Staatsanwaltschaft, in: *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*. Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Fahl, Christian u.a. (Hrsg.), Heidelberg 2015, S. 927-936 (zit.: *Park, Beulke-FS*)
- Pauly, Jürgen*: Konsequenzen unfairer Tatprovokation. Anmerkung zu einer Entscheidung des EGMR, *Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht gegen Deutschland)*, *StV* 2015, S. 411-413

- Petzsche, Anneke*: EGMR: Zur Kompensierung einer unzulässigen Tatprovokation. Anmerkung zu einer Entscheidung des EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht gegen Deutschland), JR 2015, S. 88-91
- Popp, Andreas*: Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren. Eine Darstellung am Beispiel der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, Berlin 2005 (zit.: *Popp*, Fehlerkorrektur)
- Pott, Christine*: Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO. Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie, Frankfurt am Main u.a. 1996 (zit.: *Pott*, Opportunitätsdenken)
- Radtke, Henning*: Beweisverwertungsverbote in Verfahrensstadien vor der Hauptverhandlung und die sog. Widerspruchslösung, in: Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, Barton, Stephan u.a. (Hrsg.), Köln u.a. 2018, S. 453-468 (zit.: *Radtke*, Schlothauer-FS)
- Rieß, Peter*: Plädoyer für ein Einstellungserzwingungsverfahren, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Schünemann, Bernd u.a. (Hrsg.), Berlin u.a. 2001, S. 1319-1331 (zit.: *Rieß*, Roxin-FS, 2001)
- Rieß, Peter*: Rechtsweggarantie nach Art. 19 IV GG. Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.04.1982 – 4 VAs 22/82, NStZ 1982, S. 435-436
- Rieß, Peter*: Über die Aufgaben des Strafverfahrens, JR 2006, S. 269-277
- Rieß, Peter/Thym, Jörg*: Rechtsschutz gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, GA 1981, S. 189-212
- Rohrer, Sebastian*: Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim Internationalen Strafgerichtshof, Köln u.a. 2010 (zit: *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip)
- Rose, Ralf*: Der Rechtsschutz des Beschuldigten gegen die Einstellung des Strafverfahrens nach den Opportunitätsvorschriften der Strafprozessordnung, Frankfurt am Main u.a. 2006 (zit.: *Rose*, Rechtsschutz)
- Roxin, Claus*: Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft – damals und heute, DRiZ 1997, S. 109-121
- Roxin, Claus/Arzt, Günther/Tiedmann, Klaus*: Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg u.a. 2013 (zit: *Roxin/Arzt/Tiedmann*, Einführung)
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd/Kern, Eduard*: Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 29. Auflage, München 2017 (zit.: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, §, Rn.)
- Rödig, Jürgen*: Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses, Berlin u.a. 1973 (zit.: *Rödig*, Theorie)
- Rüping, Hinrich*: Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland, GA 1992, S. 147-158
- Sack, Fritz*: Selektion und Selektionsmechanismen, in: Kleines Kriminologisches Wörterbuch, Kaiser, Günter u.a. (Hrsg.), 3. Auflage, Heidelberg 1993, S. 462-469 (zit.: *Sack*, Selektion)
- Salditt, Franz*: Das neue Zwischenverfahren und die Unparteilichkeit des Richters, in: Festschrift für Imme Roxin, Schulz, Lorenz u.a. (Hrsg.), Heidelberg u.a. 2012, S. 687-696 (zit.: *Salditt*, I. Roxin-FS)
- Sarstedt, Werner*: Gebundene Staatsanwaltschaft?, NJW 1964, S. 1752-1758
- Satzger, Helmut*: Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Gutachten C für den 65. Deutschen Juristentag, München 2004 (zit.: *Satzger*, Gutachten, 65. DJT)

- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter* (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Kommentar, 4. Auflage, Köln 2018 (zit.: SSW-StGB/Bearbeiter, §, Rn.)
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter* (Hrsg.): Strafprozessordnung mit GVG und EMRK. Kommentar, 4. Auflage, Köln 2020 (zit.: SSW-StPO/Bearbeiter, §, Rn.)
- Sauer, Wilhelm*: Grundlagen des Prozessrechts, Stuttgart 1919
- Schaefer, Hans-Kristoph*: Die Staatsanwaltschaft – ein politisches Instrument?, in: Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, Michalke, Regina u.a. (Hrsg.), Berlin 2008, S. 643-654 (zit.: *Schaefer*, Hamm-FS)
- Schairer, Martin*: Der befangene Staatsanwalt. Ausschluss und Ablehnung de lege lata und de lege ferenda, sowie Rechtsfolgen der Mitwirkung des disqualifizierten Staatsanwalts im Strafverfahren, Berlin 1983 (zit.: *Schairer*, Der befangene Staatsanwalt)
- Schairer, Martin*: Gedanken zum externen Weisungsrecht, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, Eser, Albin u.a. (Hrsg.), München 1998, S. 739-752 (zit.: *Schairer*, Lenckner-FS)
- Schäpe, Markus*: Die Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschluss und ihre Heilung im späteren Verfahren, Frankfurt am Main u.a. 1998 (zit.: *Schäpe*, Mangelhaftigkeit)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: Rechtsschutz bei strafprozessualen Eingriffen von Staatsanwaltschaft und Polizei, NJW 1976, S. 1816-1820
- Schlothauer, Reinhold*: Zur Bedeutung der Beweisverwertungsverbote im Ermittlungs- und Zwischenverfahren, in: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Prittwitz, Corneli-
us u.a. (Hrsg.), Baden-Baden 2002, S. 761-772 (zit.: *Schlothauer*, Lüderssen-FS)
- Schmidt, Eberhard*: Die Rechtstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtssprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz, DRiZ 1957, 273-283
- Schmidt, Eberhard*: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I. Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Auflage, Göttingen 1964 (zit.: *E. Schmidt*, Lehrkommentar, Rn.)
- Schroeder, Friedrich-Christian*: Anklage und Gericht, in: Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Stuckenberg, Carl-Friedrich u.a. (Hrsg.), Berlin 2015, S. 845-851 (zit.: *Schroeder*, Paeffgen-FS)
- Schroeder, Friedrich-Christian/Verrel, Torsten*: Strafprozessrecht, 7. Auflage, München 2017
- Schünemann, Bernd*: Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenze. Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag, München 1990 (zit.: *Schünemann*, Gutachten, 58. DJT)
- Schünemann, Bernd*: Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt, StV 2000, S. 159-165
- Seiler, Stefan*: Strafprozessrecht, 15. Auflage, Wien 2016
- Shin, Dong Woon*: Anklagepflicht und Opportunitätsprinzip im deutschen und koreanischen Recht, Pfaffenweiler 1984 (zit.: *Shin*, Anklagepflicht)
- Shin, Dong Woon*: Neues Strafprozessrecht, 5. Auflage, Paju 2014 (zit.: *Shin*, Strafprozessrecht) [신동운, 신형사소송법, 제 5 판, 파주, 법문사, 2014]

- Sinn, Arndt/Maly, Simon*: Zu den strafprozessualen Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation – Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – EGMR 54648/09 (Furcht v. Germany), NStZ 2015, S. 379-383
- Son, Dong Kwun/Shin, Yi Chul*: Neues Strafprozessrecht, 3. Auflage, Seoul 2016 (zit.: *Son/Shin*, Strafprozessrecht) [손동권/신이철, 신형사소송법, 제 3 판, 서울, 세창출판사, 2016]
- Strubel, Bernd-Jochen/Sprenger, Wolfgang*: Die gerichtliche Nachprüfbarkeit staatsanwaltschaftlicher Verfügungen, NJW 1972, S. 1734-1739
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*: Gründe für die Abschaffung des § 153a StPO, in: Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, Herzog, Felix u.a. (Hrsg.), Berlin 2016, S. 369-389 (zit.: *Stuckenberg*, Weßlau-GS)
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 6. §§ 303-358 StGB, Wolter, Jürgen (Hrsg.), 9. Auflage, Köln 2016 (zit.: *SK-StGB/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK*, Wolter, Jürgen (Hrsg.), 5. Auflage, Köln 2015 ff. (zit.: *SK-StPO/Bearbeiter*, §, Rn.)
- Terbach, Matthias H.*: Einstellungserzwingungsverfahren. Die verfassungskonform relativierte Zustimmungssperre als Rechtsschutz gegen die rechtswidrig verweigerte Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO, Baden-Baden 1996 (zit.: *Terbach*, Einstellungserzwingungsverfahren)
- Terbach, Matthias H.*: Rechtsschutz gegen die staatsanwaltschaftliche Zustimmungsverweigerung zur Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO, NStZ 1998, S. 172-176
- Traut, Marcus/Nickolaus, Christoph*: Ist es (wieder) Zeit für eine Trennung zwischen Eröffnungs- und Tatsachenrichter?, StraFo 2012, S. 51-58
- Trentmann, Christian*: Der politische Staatsanwalt? Problempunkte und Lehren aus dem Fall netzpolitik.org unter Berücksichtigung der jüngsten Reformvorschläge des Deutschen Richterbundes sowie europäischer Sichtweisen, ZIS 2016, S. 130-137
- Velten, Linz*: Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschl. v. 11.9.2007 – 1 StR 273/07 (LG Regensburg), ZJS 2008, S. 76-83
- Vogel, Hans-Jochen*: Strafverfahrensrecht und Terrorismus. Eine Bilanz, NJW 1978, S. 1217-1228
- Volk, Klaus*: Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht, Ebelsbach 1978 (zit.: *Volk*, Prozessvoraussetzungen)
- Volk, Klaus/Engländer, Armin*: Grundkurs StPO, 9. Auflage, München 2018 (zit.: *Volk/Engländer*, GK StPO, §, Rn.)
- Vormbaum, Moritz*: Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreiarbeit? Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform, ZIS 2015, S. 328-335
- Wachter, Matthias*: Die strafprozessuale Widerspruchslösung im System staatlicher Inanspruchnahme, JR 2019, S. 437-449
- Weigend, Thomas*: Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht, Baden-Baden 1978 (zit.: *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen)
- Weigend, Thomas*: Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urt. v. 18.4.1990 – 3 StR 252/88 (BGHSt 37, 10), JR 1991, S. 257-260

Weigend, Thomas: Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, ZStW 113 (2001), S. 271-304

Welp, Jürgen: Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft, Tübingen 1976

Wilke, Malte: Staatsanwälte als Anwälte des Staates? Die Strafverfolgungspraxis von Reichsanwaltschaft und Bundesanwaltschaft vom Kaiserreich bis in die frühe Bundesrepublik, Göttingen 2016 (zit.: *Wilke*, Staatsanwälte)

Wohlers, Wolfgang: Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft. Ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, Berlin 1994 (zit.: *Wohlers*, Entstehung und Funktion)

Wohlers, Wolfgang: Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Strafrecht als Scientia Universalis, Heinrich, Manfred u.a. (Hrsg.), Berlin u.a. 2011, S. 1313-1327 (zit.: *Wohlers*, Roxin-FS, 2011)

Zipf, Heinz: Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Heidelberg 1980