

Bewegliche Zuständigkeit versus gesetzlicher Richter*

Von Rechtsanwältin Dr. **Wiebke Arnold**, Kiel

I. Einleitung

Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz räumen der Staatsanwaltschaft in zahlreichen Bestimmungen¹ die Befugnis ein, unter mehreren sachlich oder örtlich zuständigen Gerichten zu wählen oder auf die personelle Besetzung des Gerichts Einfluss zu nehmen. Die in diesen Gesetzen normierten richterlichen Zuständigkeiten stehen mithin nicht unverrückbar fest, sondern sind vielmehr beweglich im Sinne einer Abhängigkeit von der Entscheidung der zuständigen Anklagebehörde zwischen verschiedenen Zuständigkeitsalternativen.² Dieser kritische Punkt verleiht den jeweiligen Bestimmungen auch ihre Bezeichnung als „bewegliche Zuständigkeiten“. Sie überlassen es der Staatsanwaltschaft, einer staatlichen Institution und weisungsgebundenen Behörde, den gesetzlichen Richter im Einzelfall zu bestimmen. Richter ist indes nicht gleich Richter. Richter sind individuelle Persönlichkeiten mit unterschiedlichen Anschauungen, Fähigkeiten, Neigungen und Temperamenten.³ Daher bergen die beweglichen Zuständigkeiten die Gefahr in sich, dass sich der Staatsanwalt den Richter aussucht, bei dem er das ihm vorschwebende Ziel – Schuldspruch, revisionssicheres Urteil, rasche Erledigung, niedriges oder hohes Strafmaß – am ehesten zu erreichen glaubt, ohne dass ihm dabei überhaupt bewusst wird, dass er unter Umständen justizwidrige Überlegungen anstellt.⁴ Daneben drängt sich die Frage auf, ob der von der Staatsanwaltschaft gewählte Richter noch als ein „gesetzlicher Richter“ i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstanden werden kann.

Diese Fragestellung hat bereits eine Vielzahl von Gerichten⁵ beschäftigt. Auch in der Literatur⁶ wird die Thematik seit

fast einem Jahrhundert kontrovers diskutiert. Obwohl zwei Entscheidungen des BVerfG die beweglichen Zuständigkeitsbestimmungen in §§ 24 Abs. 1 Nr. 2, 74 Abs. 1 S. 2 GVG a.F.⁷ und § 25 Nr. 2c GVG a.F.⁸ – wenn auch im Wege der verfassungskonformen Auslegung – für verfassungskonform erklärten, ist die Diskussion bis heute nicht verstummt und findet unverändert Eingang in juristische Abhandlungen⁹. Interessanterweise finden sich dabei in der jüngsten Literatur überwiegend kritische Anmerkungen, die die Verfassungsmäßigkeit der beweglichen Zuständigkeiten verneinen, zumindest jedoch in Frage stellen. Während die Rechtsprechung dazu übergeht, sich nahezu jeden Einwand gegen die bewegliche Zuständigkeitsordnung zu verbieten¹⁰, fallen die Argumente der frühen Kritiker¹¹ noch heute auf fruchtbaren Boden und regen gerade die jüngere Generation von Juristen zu Reformbestrebungen bzw. Gesetzesnovellierungen an. Auf die jahrzehntelange Relativierung des gesetzlichen Richters folgt nunmehr eine Rückbesinnung auf die ursprünglichen Inhalte des Postulats.

Auffallend ist im Rahmen der Diskussion allerdings, dass durchgängig Belege für die Handhabung der geltenden Regelungen durch die Praxis fehlen und kaum in die Überlegungen mit einbezogen werden. Dabei würde es, wie *Dästner*¹² bereits im Jahre 1981 zutreffend bemerkt hat, „eine sachgerechte Beurteilung erleichtern, wenn Daten über die tatsächliche Ausfüllung der den Rechtspflegeorganen eingeräumten Ermessens- und Beurteilungsspielräume verfügbar wären, weil erst dann das Gewicht der Kritik an der von der herrschenden Meinung für unbedenklich gehaltenen gegenwärtigen Rechtslage einzuschätzen wäre“. Vor diesem Hintergrund hat die *Verfasserin* im Rahmen einer empirischen Studie das faktische Anklageverhalten der Staatsanwaltschaft untersucht.¹³ Den Ausgangspunkt der Studie bildete dabei die

* Die nachfolgende Abhandlung basiert auf der im Jahre 2007 publizierten Dissertation der *Verfasserin* mit dem Titel „Die Wahlbefugnis der Staatsanwaltschaft bei Anklageerhebung – insbesondere in Jugendschutzsachen, § 26 GVG“.

¹ Bspw. §§ 7 ff. StPO; §§ 2, 3 StPO; § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG; § 26 Abs. 1 S. 1 GVG; § 74a Abs. 2 GVG. Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ein erweiterter Überblick findet sich bei *Müller*, Rechtsstaat und Strafverfahren, 1980, S. 127 f. und *Henkel*, Der gesetzliche Richter, 1968, S. 23.

² So *Roth*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 108.

³ Vgl. *Bockelmann*, DRiZ 1965, 151.

⁴ *Moller*, MDR 1966, 100.

⁵ U.a. BGHSt 9, 367 = MDR 1957, 112; BGH NJW 1958, 918; BGHSt 13, 297 = NJW 1960, 56; BVerfGE 9, 223; 22, 254; aus neuerer Zeit OLG Karlsruhe StV 1998, 252; OLG Hamm StV 1999, 240.

⁶ V. *Scanzoni*, JW 1924, 1642; *Kern*, Der gesetzliche Richter, 1927; *Schmidt*, in: *Bockelmann u.a.* (Hrsg.), Probleme der Strafrechtserneuerung, Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag, 1944, S. 263 f.; *Niese*, JuV 1950, 73; *Oehler*, ZStW 64 (1952), 292; *Bockelmann*, NJW 1958, 889; *Gottschalk*, Das Recht auf den gesetzlichen Richter, 1968; *Grün-*

wald, JuS 1968, 452; *Dästner*, RuP 1981, 18; *Achenbach*, in: Broda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, 1984, S. 849 f.; *Heghmanns*, StV 1999, 240; *ders.*, StV 2000, 277.

⁷ BVerfGE 9, 223.

⁸ BVerfGE 22, 254.

⁹ *Herzog*, StV 1993, 609; *Hohendorf*, NJW 1995, 1545; *Weiler*, NJW 1996, 1042; *Fischer*, NJW 1996, 1044; *Roth* (Fn. 2); *Glaser*, Aktuelle Probleme im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit der Strafgerichte, 2001; *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002; *Schmitz*, Bewegliche Zuständigkeiten der StPO und das Prinzip des gesetzlichen Richters, 2003; *Rotsch*, ZIS 2006, 17.

¹⁰ So bereits *Bockelmann*, NJW 1958, 889.

¹¹ Hervorzuheben sind u.a. *Kern* und *Schmidt* (Fn. 6).

¹² *Dästner*, RuP 1981, 18 (19).

¹³ *Arnold*, Die Wahlbefugnis der Staatsanwaltschaft bei Anklageerhebung – insbesondere in Jugendschutzsachen, § 26 GVG, S. 177 f. Die empirische Studie bezog sich auf das Anklageverhalten der Staatsanwaltschaft im Rahmen des § 26 GVG. Gleichwohl lässt die Untersuchung auch Rückschlüsse

Frage, wie die beweglichen Zuständigkeitsregelungen von der Staatsanwaltschaft selbst bewertet und gehandhabt werden. Sie ist insofern von besonderer Bedeutung, als dass die Staatsanwaltschaft als „politische, weisungsabhängige Behörde“¹⁴ im Rahmen der verfassungsrechtlichen Diskussion einen maßgeblichen Angriffs- und Kritikpunkt für die Gegner der beweglichen Zuständigkeiten darstellt. Als staatliche Institution, die die beweglichen Zuständigkeiten konkret anwendet, wird ihr von Teilen der Literatur erhebliches Misstrauen entgegengebracht. Es ist folglich von großem Interesse, wie sich die Staatsanwaltschaft selbst als „menschliche Gefahrenquelle“ im Rahmen der beweglichen Zuständigkeiten sieht, inwiefern ein Problembewusstsein im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorhanden ist und von welchen internen Richtlinien sie sich bei der Anklageerhebung leiten lässt.

In den nachfolgenden Ausführungen soll das Ergebnis der empirischen Untersuchung verkürzt wiedergegeben werden. Zuvor werden allerdings die verschiedenen Argumentationsansätze in Rechtsprechung und Literatur aufgezeigt, wobei nicht zwischen den verschiedenen beweglichen Zuständigkeitsbestimmungen differenziert wird. Denn auch die Kritik an den bestehenden Bestimmungen differenziert in der Regel nicht zwischen den einzelnen Zuständigkeitsalternativen, sondern weist – oftmals geprägt durch Wiederholungen – eine gemeinsame Struktur auf. Es ist deshalb erforderlich, die Literaturauffassungen und die maßgeblichen Entscheidungen in der Rechtsprechung in ihrer Gesamtheit zu betrachten, um dann aus ihrer Analyse die allgemein gültigen Kernaussagen zu ermitteln. Daran anschließend werden die Erkenntnisse der empirischen Studie wiedergegeben, um abschließend feststellen zu können, ob das faktische Anklageverhalten der Staatsanwaltschaft die in der Literatur bestehenden Bedenken tatsächlich verifiziert.

II. Die für eine bewegliche Zuständigkeit angeführten Argumente

Die Befürworter¹⁵ der beweglichen Zuständigkeitsbestimmungen sind der Ansicht, dass der durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verfassungsrechtlich garantierte Schutz nicht so weit gespannt werden dürfe, dass dem einfachen Gesetzgeber kein angemessener Spielraum mehr für eine zweckmäßige Zuständigkeitsordnung verbliebe und den praktischen Bedürfnissen nicht mehr Rechnung getragen werden könne¹⁶. Die

auf das Anklageverhalten der Staatsanwaltschaft im Rahmen der übrigen beweglichen Zuständigkeitsregelungen zu.

¹⁴ Oehler, ZStW 64 (1952), 292 (304).

¹⁵ U.a. Peters, Strafprozeßrecht, 1952, S. 106; Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953, S. 170; Dallinger, MDR 1957, 113; Dünnebie, JR 1975, 4; Rogall, StV 1985, 354; Rebmann, NStZ 1986, 292 (293); Schnarr, MDR 1993, 595; Lange, NStZ 1995, 11; Schoreit, NStZ 1997, 70, jeweils m.w.N.; OLG Hamm StV 1990, 240; BGHSt 9, 367 = MDR 1957, 112; BGHSt 13, 297 = NJW 1960, 56; BGH NJW 1960, 542 (544); BGH, Urt. v. 18.3.1975 – 1 StR 559/74; BVerfGE 9, 223; 22, 254.

¹⁶ Dallinger, MDR 1957, 113.

Abwägung zwischen Praktikabilität und Rechtssicherheit fällt hier also eindeutig zugunsten ersterer aus. Im Rahmen dieser praxisorientierten Argumentation wird ferner auf die differenzierten Lebensverhältnisse und die weiten Strafraumen des materiellen Rechts verwiesen¹⁷. Ein starres Regulativ könne nicht in allen Fällen eine der Tat und ihrer Eigenart angemessene verfahrensmäßige Behandlung gewähren.¹⁸ Zudem ließen die weiten Strafraumen des modernen Strafrechts eine starre Zuständigkeitsordnung nicht mehr zu. Diese würde vielmehr den Zweck einer sinnvollen Zuständigkeitsordnung vereiteln, der darin bestehe, die schweren Verfehlungen den höheren und die leichteren den niederen Gerichten zuzuweisen.¹⁹ Auch die Entlastung der Spruchkörper dahingehend, dass unterschiedlich besetzte und damit unterschiedlich leistungsfähige Spruchkörper sachgerecht eingesetzt werden können, wird als Argument für eine bewegliche Zuständigkeitsordnung angeführt. Insbesondere wirke sie einer Überforderung der Einzelrichter und Schöffengerichte entgegen.²⁰ Allgemein ermögliche eine bewegliche Zuständigkeitsordnung eine ökonomische und funktionstüchtige Verfahrensgestaltung im Bereich der Strafrechtspflege, während ein starres System ein unpraktisches Verfahren begünstigen würde. Soweit von den Gegnern auf die Möglichkeit des Missbrauchs hingewiesen werde, gehe dieses Argument fehl, da auch bei einer völlig starren Zuständigkeitsregelung die Gefahr des Missbrauchs nicht ausgeschlossen werden könne.²¹ Zudem wird in diesem Zusammenhang auf die gerichtliche Kontrollmöglichkeit der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung hingewiesen, die das der beweglichen Zuständigkeitsordnung entgegengebrachte Misstrauen gegenstandslos mache.²² Abgesehen davon führe die abstrakte Möglichkeit eines Missbrauchs noch nicht zur Verfassungswidrigkeit der Norm.²³ Zur Rechtfertigung wird ferner auf die Entstehungsgeschichte der beweglichen Zuständigkeiten verwiesen, wobei die Historie dergestalt zur Begründung herangezogen wird, dass aus ihr hervorgehe, dass sich die flexiblen Zuständigkeiten bewährt hätten und auch der (verfassungsrechtliche) Gesetzgeber die seit Jahrzehnten bestehende Rechtslage nicht habe beseitigen wollen.²⁴ Bereits das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 sei in seiner ursprünglichen Fassung davon ausgegangen, dass eine starre Zuständigkeitsordnung nicht möglich wäre.²⁵ Vor diesem Hintergrund sei

¹⁷ Henkel, Das deutsche Strafverfahren, 1943, S. 170.

¹⁸ Dallinger, MDR 1957, 113.

¹⁹ BGHSt 9, 369; BVerfGE 9, 227.

²⁰ BVerfGE 9, 227.

²¹ BGH NJW 1958, 919.

²² Schäfer, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 21. Aufl. 1956, § 16 Rn. 3b.

²³ BVerfGE 9, 229 (230); BGH NJW 1958, 919.

²⁴ Dallinger, MDR 1957, 113.

²⁵ Gem. § 75 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877 (RGBl. 1877, S. 41 f.) konnte die Strafkammer hinsichtlich bestimmter Delikte auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Sache an die Schöffengerichte überweisen und hierdurch deren Zuständigkeit begründen, wenn im Einzelfall

auch der Gesetzgeber des Grundgesetzes nicht von einer fest bestimmten, unabänderlichen Zuweisung ausgegangen. Er habe vielmehr die in ihren Grundzügen bereits seit 1924 bestehende Regelung²⁶ der beweglichen Zuständigkeiten vorgefunden und durch die Übernahme der im Wesentlichen gleichlautenden Vorschrift des Art. 105 WRV in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bestätigt²⁷. Abgesehen davon werde der gesetzliche Richter in einem Strafverfahren nicht durch die Verfassung selbst bestimmt, sondern durch die Vorschriften des GVG und der StPO.²⁸ Schließlich führe auch die Möglichkeit zur Einflussnahme auf den Instanzenzug durch die Anklageentscheidung der Staatsanwaltschaft nicht zur Verfassungswidrigkeit der beweglichen Zuständigkeitsordnung, da das Grundgesetz keine mehrstufige Gerichtsbarkeit gebiete²⁹.

Die angeführten Argumente finden sich überwiegend in der Rechtsprechung. Diejenigen in der Literatur, die ebenfalls die Verfassungsmäßigkeit der beweglichen Zuständigkeit annehmen, verweisen überwiegend nur auf die entsprechenden Entscheidungen oder machen sich das Argumentationsmuster zu Eigen, ohne weitere Begründungsansätze zu liefern. Zu Recht wird diese „Begründungsarmut“³⁰ von den Kritikern in der Literatur moniert.

Durchdringt man die Struktur des Argumentationsmusters, welches – unabhängig von der jeweiligen Zuständigkeitsbestimmung – die Diskussion auf Seiten der Befürworter beherrscht, lässt es sich auf folgende Kernaussagen reduzieren, die zugunsten der beweglichen Zuständigkeiten angeführt werden: 1.) Praktikabilität, 2.) Anpassungsfähigkeit an die weiten Strafraumen des materiellen Strafrechts, 3.) keine erhöhte Missbrauchsgefahr, 4.) gerichtliche Kontrollmöglichkeit, 5.) kein Gebot der mehrstufigen Gerichtsbarkeit, 6.) gesetzliche Verankerung und 7.) gesetzgeberische Bestätigung.

III. Die Argumente der Kritiker

Bereits im Jahre 1927 warnte *Kern* in seinem grundlegenden Werk „Der gesetzliche Richter“ dringend davor, die feste Zuständigkeitsordnung aufzugeben zugunsten eines Systems, das der Staatsanwaltschaft die Wahl des Gerichts freistelle.

nicht mehr als 3 Monate Gefängnis oder 600 Mark Geldstrafe oder Buße zu erwarten waren. Die Staatsanwaltschaft konnte insofern lediglich einen Antrag auf Überweisung stellen, wobei die angegangene Strafkammer über diesen durch Beschluss ohne Anfechtungsmöglichkeit selbst entschied, § 75 Abs. 2 GVG v. 1877.

²⁶ Die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924 (RGBl. 1924, S. 15) nahm eine völlige Neuorganisation der Strafgerichte unter dem dominierenden Gesichtspunkt der Kostenersparnis vor und bewirkte eine außerordentliche Machtsteigerung der Staatsanwaltschaft gegenüber den Gerichten und dem Beschuldigten; siehe hierzu *Arnold* (Fn. 13), S. 61 f.

²⁷ BGHSt 9, 369.

²⁸ BGHSt 9, 369; ebenso *Schäfer* (Fn. 22).

²⁹ BVerfGE 9, 230.

³⁰ *Sowada* (Fn. 9), S. 723.

Obwohl die Ausbildung eines solchen Systems noch in ihren Anfängen steckte³¹, fand sich *Kern* zu der Forderung genötigt, „die Entwicklung zurückzubilden, die Zuständigkeitsregelung wieder in eine feste gesetzliche Ordnung zu bringen und der Staatsanwaltschaft die ihr gegebenen Machtbefugnisse wieder zu entreißen“³².

Die Gegner³³ der beweglichen Zuständigkeiten geraten deshalb in Konflikt mit den entsprechenden Regelungen, weil sie den Inhalt des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter streng auslegen. So verlangt der Verfassungssatz nach Ansicht von *Schmidt*³⁴ vom Gesetzgeber, dass sich die Zuständigkeit des Gerichts „im Augenblick der Tat aus abstrakten gesetzlichen Normen“ ergäbe. Jedes andere Gericht sei ein Ausnahmegesetz. Im Übrigen sei „der Grundsatz, dass jedermann Anspruch auf seinen gesetzlichen Richter hat, zu bedeutungsvoll, als dass er lediglich aus Rücksicht auf bestimmte Bedürfnisse der Praxis modifiziert werden darf“³⁵. Abgesehen davon kann nach der Auffassung der Kritiker eine konkrete Zuständigkeitsbestimmung nicht schon deshalb als verfassungsgemäß gelten, weil sie irgendeine gesetzliche Grundlage habe, den praktischen Bedürfnissen genüge oder der Tradition entspreche. Es komme vielmehr darauf an, ob sie sich für die Wahrung des Gleichheitssatzes verbürge, ob sie verhindern könne, dass bei der Bestimmung des zuständigen Richters willkürlich verfahren wird³⁶. Im Rahmen der beweglichen Zuständigkeiten könne indes der Staat über die Staatsanwaltschaft als weisungsgebundene Behörde „wie als Rechtssetzer“ die gerichtliche Zuständigkeit bestimmen.³⁷ Dadurch habe die Regierung die Möglichkeit, die Zuständigkeit im Einzelfall politisch zu manipulieren, könne „also genau das tun, was der Satz vom gesetzlichen Richter verhü-

³¹ Die Bundesratsverordnung vom 7.10.1915 (RGBl. 1915, S. 631 f.) führte erstmals das Prinzip der beweglichen Zuständigkeit ein. In § 3 Abs. 1 wurde der Staatsanwaltschaft die Befugnis eingeräumt, bei Vergehen, die zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörten, die Zuständigkeit des Schöffengerichts dadurch zu begründen, dass sie in der beim Amtsgericht einzureichenden Anklage einen entsprechenden Antrag stellte; siehe zur weiteren Entwicklung nach 1915 oben Fn. 25 u. 26.

³² *Kern* (Fn. 6), S. 177.

³³ U.a. *Kern* (Fn. 6); *Schmidt* (Fn. 6); *ders.*, MDR 1958, 721; *Niese*, JuV 1950, 73; *Oehler*, ZStW 64 (1952), 292; *Bockelmann*, NJW 1958, 889; *ders.*, GA 1957, 357; *Grünwald*, JuS 1968, 452; *Achenbach* (Fn. 6); *Schumacher*, Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich, 1985; *Herzog*, StV 1993, 609; *Roth* (Fn. 2); *Moller*, MDR 1966, 100; *Henkel* (Fn. 1); *Hegmanns*, StV 1999, 240; *Engelhardt*, DRiZ 1982, 418; *Rotsch*, ZIS 2006, 17; *Schmitz* (Fn. 9), jeweils m.w.N.

³⁴ *Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 1952, S. 239 Nr. 438, 439.

³⁵ *Bockelmann*, GA 1957, 357.

³⁶ *Bockelmann*, NJW 1958, 889.

³⁷ *Bettermann*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 2, 2. Halbband, 1972, S. 563.

ten will“³⁸. Auch wenn das Ermessen der Staatsanwaltschaft bei der Zuständigkeitsbestimmung durch die Möglichkeit einer gerichtlichen Entscheidung „abgebremst“ sei, so ändere dies nichts, da es gleichgültig sei, ob „die Bestimmung des sachlich zuständigen Gerichts nach der Tatbegehung in concreto auf einer Entschliebung der Staatsanwaltschaft oder auf einer solchen des Gerichts“³⁹ beruhe. Gegen den Satz des gesetzlichen Richters werde in gleicher Weise verstoßen. Es sei rechtsstaatlich nicht hinnehmbar, dass durch die Staatsanwaltschaft Zuständigkeiten manipuliert werden könnten. Auch heute noch bestimme die Staatsanwaltschaft nach individualisierenden Gesichtspunkten ad hoc, ob eine Strafsache besondere oder mindere Bedeutung habe. Dementsprechend könne sie in weiten Bereichen die Anklage vor dem ihr geeignet erscheinenden Spruchkörper erheben⁴⁰. Eine Waffengleichheit sei dadurch nicht mehr gewährleistet. Auf die Rechte des Angeklagten könne unzulässig Einfluss genommen werden, da die staatsanwaltliche Anklageentscheidung auch den Instanzenzug und damit die Verteidigungsmittel beeinflusse⁴¹. Allgemein werde die Gefahr des Missbrauchs durch die beweglichen Zuständigkeiten geradezu gefördert und „eine Tür zur Willkür“ geöffnet⁴². Soweit die Befürworter einwenden, die Ausweitung der Strafraumen gebiete eine sachliche Flexibilisierung der Zuständigkeiten, dürfe hieraus doch gerade „nicht die Folgerung gezogen werden, dass der Grundsatz des gesetzlichen Richters sich dieser Ausuferung der Strafraumen anzubequemen habe, sondern umgekehrt die, dass jene Ausweitung der Strafraumen ihrerseits dem GG widerspreche!“⁴³. Die Argumentation der Befürworter befände sich insoweit in „einer grundrechtsdogmatischen Schieflage“⁴⁴.

Aus dem Argumentationsmuster der Kritiker geht hervor, dass eine enge Verknüpfung zwischen der Auslegung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und der Einstufung der beweglichen Zuständigkeiten als verfassungsgemäß oder verfassungswidrig besteht. Bei einer engen Auffassung vom Inhalt und Wesensgehalt des gesetzlichen Richters kommt es unweigerlich zu einer Kollision mit den beweglichen Zuständigkeiten. Demgegenüber stellen sich bei einer extensiven Auslegung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nahezu keinerlei Probleme ein. Deshalb kam es auch in Zeiten der „Relativierung“⁴⁵ nur zu

einer äußerst geringfügigen Konfrontation, obwohl bereits zu dieser Zeit die Stimmen von *Kern* und *Schmidt* Gehör fanden. Es kam aber erst nach der Gründung der BRD, durch die intensive Auseinandersetzung mit Art. 101 Abs. 2 GG und den daraus resultierenden Anforderungen, zu einer offenen Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit der beweglichen Zuständigkeiten.

Die Entscheidungen des BVerfG aus den Jahren 1959⁴⁶ und 1967⁴⁷ ließen die Stimmen der Kritiker erkennbar nicht verstummen. Dies zeigt allein die Fülle kritischer Abhandlungen, die noch heute verfasst werden. Vielmehr wurden die Entscheidungen, die im Wege der verfassungskonformen Auslegung die beweglichen Zuständigkeiten als verfassungsgemäß deklarierten, selbst Gegenstand einer hitzigen Debatte. Sie wurden von den Gegnern als unzureichender Kompromiss aufgefasst⁴⁸, der die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung überschritten habe. Das BVerfG habe insoweit keine Auslegung, sondern eine unzulässige Ersetzung vorgenommen⁴⁹.

Insgesamt lassen sich die Argumente der Kritiker ebenfalls auf wenige Kernaussagen reduzieren, nämlich: 1.) Herausragende Stellung und Bedeutung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, 2.) erhöhte Möglichkeit des Missbrauchs bzw. der Willkür, 3.) verfahrensmäßige Schlechterstellung des Angeklagten und 4.) unzureichende Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle.

IV Empirische Untersuchung des faktischen Anklageverhaltens der StA

Im Zuge einer empirischen Studie wurde im Jahre 2005/2006 das Anklageverhalten der Staatsanwaltschaft untersucht, unter dem leitenden Gesichtspunkt, ob das faktische Verhalten die theoretischen Bedenken in der Literatur tatsächlich verifiziert. Die empirische Erhebung erstreckte sich dabei auf die durch § 26 GVG eingeräumte Wahlbefugnis. Als Methode für die Datengewinnung wurde eine schriftliche Befragung der Staatsanwälte in Form eines standardisierten Fragebogens⁵⁰ gewählt⁵¹. Gegenstand der Erhebung waren im We-

war mit der Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte vom 21. Februar 1940 (RGBl. 1940, S. 405 f.) der Höhepunkt der beweglichen Zuständigkeitsregelung und die völlige Abkehr vom Prinzip des gesetzlichen Richters erreicht worden; vgl. *Arnold* (Fn. 13), S. 55 f., *Schumacher* (Fn. 33), S. 140 und *Schmidt*, MDR 1958, 721, der der Ansicht ist, die Verordnung habe die „Zerstörung des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter“ bewirkt.

⁴⁶ BVerfGE 9, 223.

⁴⁷ BVerfGE 22, 254.

⁴⁸ U.a. *Schmidt*, JZ 1959, 535; *Grünwald*, JuS 1968, 452; *Bettermann*, AöR 1969, 294; *Herzog*, StV 1993, 609.

⁴⁹ *Grünwald*, JuS 1968, 452 (458).

⁵⁰ Ein entsprechender Fragebogen findet sich bei *Arnold* (Fn. 13), im Anhang der Arbeit, S. 225 f.

⁵¹ Die schriftliche Befragung beschränkte sich auf eine Stichprobenuntersuchung. Es wurde also nicht die gesamte Staatsanwaltschaft der BRD befragt, sondern nur die entsprechenden Abteilungen für Jugendschutzsachen der vier Staatsan-

³⁸ *Bettermann* (Fn. 37), S. 564.

³⁹ *Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 209 Rn. 7.

⁴⁰ *Schumacher* (Fn. 33), S. 225, 226.

⁴¹ *Schmidt* (Fn. 34), S. 239 Nr. 438, 439; *ders.*, MDR 1958, 724.

⁴² *Oehler*, ZStW 64 (1952), 292 (305).

⁴³ *Herzog*, StV 1993, 609 (611).

⁴⁴ *Roth* (Fn. 2), S. 116.

⁴⁵ Die Relativierung des Inhalts vom Postulat des gesetzlichen Richters erreichte ihren Höhepunkt im Nationalsozialismus. Während der Grundsatz bereits am Ende der Weimarer Republik aus Kostengründen entwertet worden war, wurde dieser Prozess im Nationalsozialismus aus ideeller Überzeugung radikal zu Ende geführt. Es kam zu einer vollständigen Entwertung und Aushöhlung des Grundsatzes. Vor allem

sentlichen alle Tatsachen, die Aufschluss darüber geben können, welche Kriterien die Staatsanwaltschaft bei ihrer Anklageentscheidung beeinflussen. Der Zeitraum der Datenerfassung erstreckte sich von Oktober bis Dezember 2005.

1. Datenauswertung

Im Rahmen der Analyse der schriftlichen Befragung fanden indes nicht alle Fragen des Fragebogens Berücksichtigung, da einzelne Fragestellungen nach ihrer Auswertung im Ergebnis weder positiv noch negativ ergiebig waren. Im Übrigen konnten aus der Datenauswertung folgende Ergebnisse gewonnen werden:

a) Schwerpunkt der Anklageerhebung

Die Auswertung des Fragebogens ergab, dass 93,1% der befragten Staatsanwälte in Jugendschutzsachen überwiegend Anklage vor dem Jugendgericht erheben, während 6,9% angaben, dass sich die entsprechenden Anklagen in etwa gleicher Anzahl auf die verschiedenen Gerichte verteilen.⁵²

Bezogen auf die 93,1% der Staatsanwälte, die überwiegend Anklage vor dem Jugendgericht erheben, gaben in einer darauf folgenden Schätzung 17,24% an, dass sie in Jugendschutzsachen stets, mithin in jedem Fall, die Anklage beim Jugendgericht einreichen. Die übrigen Staatsanwälte (75,86%) erklärten, dass sie zwischen 75 bis 95% der Fälle vor dem Jugendgericht anklagen.

b) Leitende Kriterien im Rahmen der Anklageentscheidung

Im Weiteren konnten die befragten Vertreter der Anklagebehörde insgesamt zwischen 13 verschiedenen Kriterien wählen, von denen sie ihr jeweiliges Anklageverhalten abhängig machen. Da die Auswahl nicht auf ein einziges Kriterium beschränkt war, gab eine Vielzahl der Staatsanwälte mehrere für sie maßgebliche Faktoren an.⁵³ Die Auswertung ergab folgendes Bild:

Insgesamt ist für 96,6% der Staatsanwälte der Gesichtspunkt, dass Kinder und Jugendliche in dem Verfahren als Zeugen benötigt werden, ausschlaggebend. Weitere 44,83% halten zusätzlich den Deliktstyp für ein entscheidendes Kriterium. Ferner geben 41,28% der befragten Staatsanwälte an, dass im Rahmen ihrer Anklageentscheidung auch die Auswirkungen der Tat Berücksichtigung finden. Weitere 17,24% berücksichtigen desgleichen das Täterverhalten, 13,79% den Unrechts- und Schuldgehalt und ebenfalls 13,79% die Schwierigkeit der Rechtsfragen. Das Strafmaß ist von 10,34% als Ermessenskriterium angeführt worden, 6,9% berücksichtigen eine rasche Erledigung der Sache und ebenfalls 6,9% das öffentliche Interesse. 27,58% der befragten

Staatsanwälte bewerten schließlich das jeweils zuständige Gericht als leitendes Kriterium im Rahmen der Anklageentscheidung.⁵⁴

Ausgehend von der Gesamtzahl der befragten Staatsanwälte hielten lediglich 27,58% der Befragten allein das ausdrücklich in § 26 Abs. 2 GVG genannte Kriterium der Zeugeneigenschaft für maßgeblich.

c) Bedeutsamster Gesichtspunkt

Eine weitere Frage zielte darauf ab, welches der zuvor genannten Kriterien für die Anklageentscheidung die größte Bedeutung hat. Die Staatsanwälte beschränkten sich allerdings auch hier nicht auf die Angabe eines Kriteriums.⁵⁵ So gaben 86,2% die Zeugeneigenschaft i.S.d. § 26 Abs. 2 GVG als maßgeblichen Gesichtspunkt im Rahmen der Anklageentscheidung an. Weitere 10,34% halten das zuständige Gericht, 3,44% die Auswirkungen der Tat und ebenfalls 3,44% den jeweiligen Deliktstyp für ausschlaggebend. 10,34% der Vertreter der Anklagebehörde hielten andere Faktoren für maßgeblich, wobei 6,9% das Alter der/des Geschädigten als wichtigstes Kriterium nannten. Die übrigen 3,44% maßen einem möglichen Geständnis das größte Gewicht bei.⁵⁶

d) Problembewusstsein

Schließlich wurden die Staatsanwälte danach gefragt, ob die bewegliche Zuständigkeitsbestimmung des § 26 GVG mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GVG vereinbar sei. 72,42% hielten die bewegliche Zuständigkeitsbestimmung im Bezug auf den Grundsatz vom gesetzlichen Richter für völlig unproblematisch.⁵⁷ Lediglich einer der Staatsanwälte begründete seine Auffassung dahingehend, dass die §§ 7 ff. StPO ebenfalls verfassungsgemäß seien. Während keiner von ihnen in der Zuständigkeitsregelung einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erblickte, waren 17,24% der Auffassung, dass das Spannungsverhältnis zwischen den beweglichen Zuständigkeiten und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch die gerichtliche Kontrollmöglichkeit nach § 209a Nr. 2b StPO entschärft worden sei. Lediglich 6,9% der Befragten hielt die Zuständigkeitsnormierung aus sonstigen Gründen für fragwürdig, wobei sich die entsprechende Begründung auf zwei Argumente stützt: Ein angeführter Gesichtspunkt ist das aus dem Meinungsstreit hinreichend bekannte Argument der Manipulation und zwar dahingehend, dass durch die Anklagewahl ggf. das Strafmaß mitbestimmt werden könne, weil u.U. Unterschiede im Strafmaß bekannt seien. Das andere Argument ist etwas überraschend und führt einen neuen Aspekt an, der im allgemeinen Streitstand noch nicht als Argument verwendet worden ist. So wurde die Regelung in § 26 GVG deshalb als fragwürdig erachtet, da die Verteidiger teilweise

waltschaften in Schleswig-Holstein (Kiel, Lübeck, Itzehoe und Flensburg). Im Rahmen der empirischen Studie trugen effektiv 29 Vertreter der Anklagebehörde zur Datengewinnung bei.

⁵² Vgl. dazu die graphischen Darstellungen (1) u. (2) bei Arnold (Fn. 13), S. 180, 181.

⁵³ Durch die Mehrfachnennungen wurde naturgemäß die 100%-Schwelle überschritten.

⁵⁴ Vgl. die graphische Darstellung (3) bei Arnold (Fn. 13), S. 182.

⁵⁵ Auch hierdurch kam es zu einer Überschreitung der 100%-Schwelle.

⁵⁶ Siehe die graphische Darstellung (5) bei Arnold (Fn. 13), S. 183.

⁵⁷ 3,44% der befragten Staatsanwälte enthielten sich.

gezielt versuchen würden, Anklage bei dem Richter zu erwirken, den sie für milder hielten.⁵⁸

2. Bewertung

Bereits die erste Datenauswertung, bezogen auf den Schwerpunkt der Anklageerhebung, hat gezeigt, dass die Staatsanwaltschaft intern ihre eigenen Richtlinien verfolgt, die nicht unbedingt mit dem Gesetzeswortlaut kompatibel sind, sondern vielmehr eine Ausprägung der ständigen Praxis darstellen, die sich im Sinne der Staatsanwaltschaft kraft „Gewohnheitsrecht“ etabliert haben. Besonders deutlich wird dies durch die von den Befragten selbst vorgenommene Schätzung ihres Anklageschwerpunktes, in deren Rahmen 75,86% der Staatsanwälte angaben, zwischen 75 und 95% der Jugendschutzsachen vor dem Jugendgericht anzuklagen. Dieses Anklageverhalten steht im tendenziellen Gegensatz zum grundlegenden Charakter des § 26 GVG. Wie sich aus der gesetzlich normierten Zuständigkeitsrichtlinie in Absatz 2 ergibt, ist die Anklage vor dem Jugendgericht als Ausnahme gedacht, die durch triftige Gründe gerechtfertigt sein muss.⁵⁹ Insofern ist der Gesetzeswortlaut „soll [...] nur erheben, wenn [...]“ eindeutig. § 26 Abs. 2 GVG will verhindern, dass durch die großzügige Anklagepraxis die Jugendgerichte in ihrer eigentlichen Aufgabe, über Verfehlungen von jugendlichen und Heranwachsenden zu entscheiden, gehemmt werden. Nur wo die besondere Sachkunde und Erfahrung des Jugendgerichts für die angemessene und richtige Behandlung des Falles ersichtlich bedeutsam ist, soll der Staatsanwalt in der Lage sein, vor dem Jugendgericht anzuklagen.⁶⁰ Indem die Staatsanwaltschaft in der Regel so verfährt, dass sie einen Fall durch die bloße Deklaration als Jugendschutzsache nahezu beständig vor die Jugendgerichte bringt, unterläuft sie diesen Sinngehalt des § 26 Abs. 2 GVG und verkennt den Ausnahmecharakter der Vorschrift. Soweit in diesem Zusammenhang von 96,6% der befragten Staatsanwälte angegeben wurde, dass sie ihr Anklageverhalten u.a. davon abhängig machen, ob Kinder und Jugendliche in dem Verfahren als Zeugen benötigt werden, wird insofern zwar auf den zweiten Absatz des § 26 GVG Bezug genommen, mit der Folge, dass das großzügige Anklageverhalten der Staatsanwälte vor den Jugendgerichten auf eine gesetzliche Grundlage zurückgeführt werden kann. Es macht aber stutzig, dass demzufolge scheinbar in nahezu allen Jugendschutzsachen Kinder und Jugendliche als Zeugen benötigt werden. Wäre dies tatsächlich der Fall, so hätte der Gesetzgeber die Zuständigkeit des Jugendgerichts nach § 26 GVG sicherlich nicht als Ausnahme vor Augen gehabt. Es kann insoweit zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die Staatsanwälte in der Regel jede Jugendschutzsache vor dem Jugendgericht anklagen und nur zur gesetzlichen Legitimation auf § 26 Abs. 2 GVG verweisen, ohne dessen Voraussetzungen konkret zu prüfen.

Im Rahmen der empirischen Studie war die Frage, von welchen Kriterien die Staatsanwälte ihre Anklageentscheidung abhängig machen, von großer Bedeutung. Zum einen wird in der Literatur kritisiert, dass den Staatsanwälten bei ihrer Auswahlentscheidung keine Richtlinien vorgegeben werden, die eine willkürliche Ausübung verhindern.⁶¹ Insofern ist es überaus interessant, ob – und wenn ja welche – internen Richtlinien die Staatsanwaltschaft bei ihrer Anklageentscheidung leiten. Zum anderen kann anhand der entsprechenden Datenauswertung ermittelt werden, ob eine Systematik im Anklageverhalten erkennbar ist und ob diese ggf. mit der geltenden Gesetzesfassung im Einklang steht. Die derzeitige Vorschrift des § 26 GVG enthält lediglich in Absatz 2 eine Zuständigkeitsrichtlinie. Das Merkmal der „Zweckmäßigkeit“ wird dabei durch den der Vorschrift zugrunde liegenden Zweck ausgefüllt. Dieser besteht allein darin, die Sachkunde und Erfahrung des Jugendgerichts in bestimmten Fällen zu nutzen. Demzufolge ist nach der Rechtsprechung und Literatur eine Anklage vor dem Jugendgericht nur dann zweckmäßig, wenn es auf die Glaubwürdigkeit kindlicher oder jugendlicher Zeugen⁶² oder auf die richtige Würdigung der Aussagen von Belastungszeugen über Erlebnisse aus ihrer Jugend ankommt⁶³. Ergänzend ist eine Anklage vor dem Jugendgericht auch geboten, wenn das Gericht die Gefährdung des Jugendlichen besser abschätzen kann.⁶⁴ 44,83% der Staatsanwälte gaben demgegenüber an, dass der Deliktstyp ein ausschlaggebendes Kriterium im Rahmen ihrer Anklageentscheidung sei. 41,28% nannten ferner die Auswirkungen der Tat, 17,24% das Täterverhalten, 13,79% die Schwere des Unrechts- und Schuldgehalts und 27,58% das zuständige Gericht als maßgebliche Kriterien. Auch eine rasche Erledigung und der Umfang der Sache wurden jeweils von 6,9% der Befragten als leitende Gesichtspunkte angegeben. Diese Kriterien finden sich indes weder im Wortlaut des § 26 Abs. 2 GVG noch gehen sie aus dem Zweck der Vorschrift hervor. Die Mehrzahl von ihnen ist zudem stark individualisierend. Dabei gestalten sich die Kriterien der Staatsanwaltschaft auch nicht als interner Richtlinienkatalog, sondern erweisen sich vielmehr als eine rein zufällige Kombination verschiedener Gesichtspunkte. Es entsteht der Eindruck der bloßen Willkür. Zwar wird versucht, die Anklage vor dem Jugendgericht auf die gesetzliche Grundlage des § 26 Abs. 2 GVG zu stützen, tatsächlich spielen aber individualisierende Aspekte oder persönliche Interessen des Staatsanwalts („rasche Erledigung“) die entscheidende Rolle.

Darüber hinaus suchen sich faktisch einige der befragten Staatsanwälte den Richter gezielt nach ihrem jeweiligen Anliegen aus. So gaben bspw. 10,34% der Befragten an, dass sie ihr Anklageverhalten vom Strafmaß abhängig machen.

⁵⁸ Vgl. die graphische Darstellung (7) bei Arnold (Fn. 13), S. 185.

⁵⁹ Kissel/Mayer, GVG, Kommentar, 2005, § 26 Rn. 6; Siolek, in: Rieß (Fn. 22), 26. Aufl. 2003, § 26 GVG Rn. 10.

⁶⁰ Siolek (Fn. 59), § 26 GVG Rn. 8.

⁶¹ So u.a. Bockelmann, NJW 1958, 889 (890); Engelhardt, DRiZ 1982, 418 (419).

⁶² Kleinknecht/Müller, Kommentar zur StPO und zum GVG, 4. Aufl. 1958, § 26 GVG Ziff. 2a; Rieß, in: ders. (Fn. 59), § 209a Rn. 31; OLG Düsseldorf JMBINW 1963, 166.

⁶³ BGHSt 13, 53 (59); Siolek (Fn. 59), § 26 GVG Rn. 10.

⁶⁴ Müller/Sax/Paulus, Kommentar zur Strafprozessordnung, § 26 GVG Rn. 5.

27,58% der Staatsanwälte nannten das jeweils zuständige Gericht als Abgrenzungsmerkmal im Rahmen ihrer Wahlbefugnis. Hinzu kommt das Streben nach rascher Erledigung (6,9%). Daraus ergibt sich, dass eine nicht geringe Anzahl der befragten Vertreter der Anklagebehörde subjektive Elemente in ihre Anklageentscheidung einfließen lässt. Dadurch wird deutlich, dass die beweglichen Zuständigkeitsregelungen der Staatsanwaltschaft durchaus die Möglichkeit einräumen, ihre Vorstellung von einer adäquaten Behandlung des Beschuldigten im Wege der Anklageerhebung zu verwirklichen. Dass die Staatsanwaltschaft von dieser Möglichkeit der Einflussnahme in der Praxis auch Gebrauch macht, hat die Auswertung bestätigt.

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass bei Berücksichtigung derartiger Überlegungen im Rahmen der Anklageentscheidung eine Waffengleichheit nicht mehr gewährleistet ist. Letztendlich hat es die Staatsanwaltschaft in der Hand, ob der Beschuldigte vor einen härteren oder milderen Richter gestellt wird. Sie orientiert sich nicht primär am gesetzlichen Leitfaden des § 26 Abs. 2 GVG. Vielmehr hängt die Entscheidung, vor welchen Richter der Beschuldigte kommt, überwiegend von dem gesetzlich losgelösten, individualisierten Ermessen des jeweiligen Staatsanwalts ab. Dieser trifft die Entscheidung aus seiner Position heraus. Genau diese Möglichkeit, dass eine staatliche Institution eine Entscheidung aus eigener Machtvollkommenheit treffen kann, sollte durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG aber gerade verhindert werden, der seinen Ursprung in einer Zeit findet, in der das „ius evocandi“⁶⁵ weit verbreitet war.

Der Hinweis, auch der Verteidiger habe die Möglichkeit, über die beweglichen Zuständigkeiten auf die Richterbank und damit auf das Urteil Einfluss zu nehmen, geht fehl. Es ist zu bedenken, dass der Verteidiger – und damit auch der Beschuldigte – nur mittelbar auf die Zuständigkeit einwirken kann, während die Staatsanwaltschaft unmittelbar den zuständigen Richter bestimmt. Der Verteidiger muss zwei staatliche Institutionen beeinflussen, Staatsanwaltschaft und Gericht, und kann zudem auf die endgültige Zuständigkeitsbestimmung keinen effektiven Einfluss nehmen. Die Effektivität ist hingegen auf Seiten der Staatsanwaltschaft gegeben, da anzunehmen ist, dass sich der Richter eher an die Anklageentscheidung der Staatsanwaltschaft gebunden sieht als an ein entsprechendes Gesuch des Verteidigers. Abschließend ist in diesem Kontext zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft in der Regel ein Gericht angehen wird, dass ihren Standpunkt teilt. Allgemein setzt sie ein Faktum, das die Gerichte grundsätzlich zunächst akzeptieren und nur in seltenen Fällen revidieren werden.⁶⁶ Unter diesem Aspekt zeigt sich auch, dass der durch die gerichtliche Kontrollmöglich-

keit angestrebte Effekt überhaupt nicht wirksam werden kann.⁶⁷

V. Kritische Würdigung des Streitstandes

Die Auswertung der empirischen Studie hat gezeigt, dass die beweglichen Zuständigkeiten der Staatsanwaltschaft tatsächlich die Möglichkeit einräumen, ihre Vorstellung von einer adäquaten Behandlung des Beschuldigten im Wege der Anklageerhebung zu verwirklichen, und dass diese Möglichkeit in der Praxis auch genutzt wird. Die Staatsanwaltschaft kann sich über die beweglichen Zuständigkeiten gezielt den Richter aussuchen, bei dem sie das ihr vorschwebende Ziel (bspw. hohes Strafmaß) aller Wahrscheinlichkeit nach erreichen wird. Dieser Aspekt wird selbst von einigen der befragten Staatsanwälte kritisch angemerkt. Die dahingehenden Bedenken in der Literatur haben sich also bewahrheitet und können anhand der empirischen Studie belegt werden.

Die Praktikabilität der beweglichen Zuständigkeiten kann dieses Übel nicht aufwiegen. Zum einen kann es nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, dass gerichtliche Zuständigkeiten durch persönliche Interessen der Staatsanwaltschaft beeinflusst werden. Wurde dieser Zustand in Zeiten des Nationalsozialismus noch begrüßt, hat er in der heutigen Zeit definitiv keine Berechtigung mehr. Selbst wenn die gegenwärtige politische Lage keinen Anlass gibt, den staatlichen Institutionen zu misstrauen, und folglich nicht mit Versuchen einer politisch gesteuerten Manipulation der Zuständigkeit zu rechnen ist, bleibt zu bedenken, dass rechtsstaatliche Sicherungen nur in einer „Schönwetterperiode des Verfassungslebens“⁶⁸ scheinbar überflüssig sind. Deshalb sind sie bereits in politisch ruhigen Phasen erforderlich, für „den Fall, dass Krisenzeiten kommen und die politischen Mächte geneigt sein könnten, formalen Befugnissen einen politischen Inhalt zu geben“⁶⁹. Abgesehen davon ist die Vertrauenswürdigkeit einer Institution auch deshalb kein Ersatz für normative Bindungen, weil jedes politische System für sich in Anspruch nimmt oder zumindest propagiert, im Interesse der Rechtsunterworfenen zu handeln und deshalb ihr Vertrauen zu verdienen.⁷⁰ Überdies entspricht es der rechtsstaatlichen Grundregel, staatliche Macht in der Weise zu begrenzen und zu kontrollieren, dass die Freiheit der Bürger nicht von der Lauterkeit der handelnden Amtsträger abhängt.

Zum anderen ist dem Regelungsgehalt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG kein Anhaltspunkt dahingehend zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber im Zuge der Ausgestaltung des Gewährleistungsbereichs die Befugnis zur Abwägung zwischen Erfordernissen der Praxis und möglicherweise gegenläufiger rechtsstaatlicher Prinzipien übertragen wird. Zudem wird, indem man praktischen Erwägungen einen derartigen Einfluss auf die Ausgestaltung der Zuständigkeitsbestimmungen einräumt, der hohe Verfassungsrang des Art. 101

⁶⁵ Lat. = Evokationsrecht. Hierunter versteht man das Recht, jede Rechtssache an sich zu ziehen und Entscheidungen aus eigener Machtvollkommenheit zu fällen; vgl. BGH NJW 1956, 1239.

⁶⁶ Henkel (Fn. 1), S. 35, spricht insoweit von einem „Gesetz der Trägheit“.

⁶⁷ Peters (Fn. 15), S. 115, führt insofern zutreffend aus: „Immerhin kann die Staatsanwaltschaft je nach Einstellung des Amts- oder Landgerichts die Sache steuern“.

⁶⁸ Sowada (Fn. 9), S. 511.

⁶⁹ Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt, 1962, S. 93.

⁷⁰ Steinbeck, DJZ 1924, Sp. 510.

Abs. 1 S. 2 GG unterlaufen. In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG muss vielmehr jedes Zurückdrängen der Genauigkeit zur Verwirklichung praktischer Bedürfnisse als Beeinträchtigung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereiches eingestuft werden.⁷¹

Soweit die weiten Strafraumen des materiellen Strafrechts zur Rechtfertigung herangezogen werden, hat *Roth*⁷² zutreffend auf die „grundrechtsdogmatische Schieflage“ dieser Argumentation hingewiesen. Nicht die Strafraumen des materiellen Rechts beeinflussen das Grundgesetz. Vielmehr müssen die Strafraumen mit dem Grundgesetz vereinbar sein. Dies ist allerdings nicht gewährleistet. Vielmehr sind die weiten Strafraumen ihrerseits rechtspolitisch besorgniserregend.⁷³ Sie sind daher kein taugliches Argument für die Verfassungsmäßigkeit der beweglichen Zuständigkeiten, da eine verfassungsrechtlich bedenkliche Regelung nicht eine verfassungsrechtlich fragwürdige Regelung stützen kann.

Die Analyse der empirischen Studie hat ferner gezeigt, dass der Wert der gerichtlichen Kontrollmöglichkeit der staatsanwaltlichen Anklageentscheidung nicht zu überschätzen ist. Zwar bringt die Öffentlichkeit den Gerichten nicht das Misstrauen entgegen, welches sie gegenüber der regierungsabhängigen Staatsanwaltschaft hegt.⁷⁴ Gleichwohl kann die letzte Entscheidungsgewalt des Gerichts über die Zuständigkeit immer nur ein zusätzliches Mittel sein, um die berechtigten Bedenken gegen eine bewegliche Zuständigkeitsordnung abzuschwächen.⁷⁵ Denn die erste Wahl liegt initiativ bei der Staatsanwaltschaft, deren Entscheidung die Gerichte in der Regel akzeptieren und nur selten revidieren werden. Abgesehen davon setzt das Gericht sein eigenes Auswahlermessen lediglich an die Stelle dessen der Staatsanwaltschaft. Insofern kommt es zu keinem nennenswerten Unterschied, da nach wie vor die Gefahr besteht, dass zwar nicht mehr der weisungsgebundene Staatsanwalt, aber immer noch Gutdünken oder Gerichtsgebrauch und nicht bindende gesetzliche Leitlinien über die sachliche Eingangsinstanz entscheiden.

Soweit eingewandt wird, der gesetzliche Richter werde nicht durch die Verfassung selbst, sondern durch die Vorschriften des GVG und der StPO bestimmt, trifft dies nicht zu. Der prinzipielle gedankliche Fehler besteht darin, dass der Schutzgehalt des Postulats vom gesetzlichen Richter in Abhängigkeit von der einfachgesetzlichen Zuständigkeitsordnung bestimmt wird, anstatt die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als vorrangigen Leitaspekt anzuerkennen.⁷⁶

Schließlich hat der Gesetzgeber des Grundgesetzes auch nicht die beweglichen Zuständigkeiten durch die Übernahme des Art. 105 WRV bestätigt. Bereits die historische Inbeziehungsetzung der Zuständigkeitsregelung von 1924 zum Inhalt

des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist verfehlt.⁷⁷ Der Gesetzgeber des GG hat nicht die bewegliche Zuständigkeitsordnung aus dem Jahre 1924 vorgefunden, sondern das noch weitgehend antirechtsstaatliche Zuständigkeitsystem der NS-Zeit. Dass der Grundgesetzgeber diese tatsächlich vorgefundene machstaatliche Zuständigkeitsordnung bestätigt haben soll, liegt gänzlich neben der Sache und kann nicht ernsthaft vertreten werden. Abgesehen davon unterlag der Grundsatz vom gesetzlichen Richter im letzten Jahrhundert einem Inhaltswandel. Während sein Inhalt in den Anfängen dieser Epoche streng ausgelegt worden war, erfolgte in der Weimarer Republik unter dem Aspekt der Kostenersparnis eine Relativierung, die im NS-Staat ihren Höhepunkt fand. In dieser Zeit wurde das Postulat aus ideeller Überzeugung gänzlich ausgehöhlt und entwertet.⁷⁸ Allerdings erfolgte unter der Schirmherrschaft von *Schmidt*⁷⁹ bereits gegen Ende des Dritten Reichs eine langsame Rückbesinnung auf die ursprünglichen Werte des Grundsatzes. Ihm folgten zahlreiche Abhandlungen⁸⁰, die sich mit dem Sinngehalt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auseinandersetzten und als Konsequenz zu einer engeren Auslegung des Grundsatzes gelangten. Soweit also angeführt wird, der Grundgesetzgeber habe Art. 105 WRV weitestgehend in das Grundgesetz übernommen und dadurch die beweglichen Zuständigkeiten bestätigt, wird verkannt, dass dessen relativierter Inhalt nicht mehr dem Inhalt des im Jahre 1949 bestehenden Gebots vom gesetzlichen Richter entsprach. Demzufolge kann der Grundgesetzgeber auch nicht den Sinngehalt des Art. 105 WRV übernommen haben. Abgesehen davon hängt die Verfassungswidrigkeit vorkonstitutioneller Rechtsgrundsätze nicht von einer ausdrücklichen Aufhebung durch den Verfassungsgesetzgeber ab.⁸¹ Der Gesetzgeber muss also nicht explizit mit einem vorherigen Rechtszustand brechen. Vielmehr hebt neues Verfassungsrecht älteres Verfassungsrecht nicht nur dort auf, wo es die Aufhebung unmissverständlich verfügt, sondern auch dort, wo es positive Normen aufstellt, denen das ältere Recht nicht genügt.⁸²

VI. Fazit

Die Entscheidungen des BVerfG haben die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der beweglichen Zuständigkeiten nicht zum Ruhen gebracht. Auch wenn sich die Befürworter der Entscheidungen und der beweglichen Zuständigkeiten fortan zur „herrschenden Meinung“ deklarierten und die Kritiker als „Mindermeinung“ darstellten, sind deren Anmer-

⁷¹ Vgl. *Bockelmann*, GA 1957, 357.

⁷² *Roth* (Fn. 2), S. 116.

⁷³ *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1989, § 62 Rn. 12 f.

⁷⁴ *Henkel* (Fn. 1), S. 34.

⁷⁵ *Henkel* (Fn. 1), S. 35.

⁷⁶ *Sowada* (Fn. 9), S. 503 f.

⁷⁷ Ebenso *Schmidt*, MDR 1958, 724.

⁷⁸ Vgl. dazu oben Fn. 45.

⁷⁹ *Schmidt* (Fn. 6), S. 263 f.

⁸⁰ Bspw. bezieht sich *Oehler*, ZStW 64 (1952), 293, in seinen Ausführungen aus dem Jahre 1952 ausdrücklich auf die Ausführungen von *Schmidt*. Er bezeichnet dessen Aufsatz in der *Kohlrausch-Festschrift* aus dem Jahre 1944 als „besonders eindringlich und unerschrocken“. Auch in anderen Abhandlungen wird immer wieder auf die Ausführungen von *Schmidt* verwiesen, so u.a. *Moller*, MDR 1966, 100.

⁸¹ *Schmidt*, MDR 1958, 724.

⁸² *Bockelmann*, NJW 1958, 889.

kungen bis zum heutigen Tage gegenwärtig und haben an ihrer Überzeugungskraft kaum verloren. Es ist auf dem uneingelösten Gehalt des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter zu beharren. In Anbetracht der jüngsten Entwicklungen im Schrifttum scheint sich im Übrigen das „Kräfteverhältnis“ zugunsten der Kritiker zu verschieben. Zwar steht die vermeintlich herrschende Meinung gegenwärtig noch mit der Rechtsprechung im Einklang, jedoch mehrerer sich die kritischen Stimmen. Angesichts der über Jahrzehnte anhaltenden Kritik an den beweglichen Zuständigkeiten, die in der geänderten Auffassung vom Sinngehalt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ihren Ursprung findet, hat sich bereits der Gesetzgeber im Rahmen des Rechtspflegeentlastungsgesetzes darum bemüht, bei der Festlegung der Zuständigkeit des Strafrichters den mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bestehenden Bedenken Rechnung zu tragen⁸³. Auch das Plenum des BVerfG⁸⁴ hat unlängst ausgesprochen, dass sich die Vorstellungen von den Anforderungen an den gesetzlichen Richter im Laufe der Zeit allmählich verfeinert hätten. Diese Entwicklung gibt Anlass zu der Hoffnung, dass hinsichtlich der beweglichen Zuständigkeitsregelungen in naher Zukunft eine strengere Beurteilung des BVerfG Platz nehmen wird, als die, die in den mehr als 40 Jahren zurückliegenden Entscheidungen zutage getreten ist.

⁸³ Vgl. Sowada (Fn. 9), S. 592 f.

⁸⁴ BVerfGE 95, 333.