

Fünfter Teil:  
Schlussbetrachtung



Zum Abschluss dieser Untersuchung sollen deren wesentliche Ergebnisse zusammengefasst und in ihrer Bedeutung für die Evolution des Strafrechts hervorgehoben werden.

- 1.1. Gegenstand dieser Untersuchung war eine strafverfassungsrechtliche (einschließlich europastrafrechtliche) und kriminalpolitikwissenschaftliche Analyse und Bewertung der Strafgesetzgebung im Bereich des materiellen Strafrechts. Hierbei wurden zunächst die Hemmnisse (»Statiken«) und Antriebe (»Dynamiken«) für legistische Veränderungen des StGB untersucht, sodann das europäisierte Strafgesetzgebungsverfahren und schließlich die Folgerungen des Wechselspiels zwischen Legislative und Judikative im Hinblick auf eine dynamische Bestimmtheit von Strafvorschriften.<sup>1</sup> Die Untersuchung suchte dabei auf den Säulen und den jeweiligen Methoden des Strafverfassungsrechts,<sup>2</sup> der (empirisch-analytischen) Kriminalpolitikwissenschaft<sup>3</sup> und der Strafgesetzgebungslehre<sup>4</sup> aufzubauen.
- 1.2. Prägend für den »Leit- und Schlüsselbegriff« (*Burchard*) des Strafverfassungsrechts ist nicht allein das Anerkenntnis, dass das Verfassungsrecht im Bereich des (materiellen) Strafrechts gilt, sondern vor allem das Denken in »Korridoren«, innerhalb derer in den durch die Verfassung vorgegebenen Prozeduren die konkrete Ausgestaltung des Strafrechts entschieden wird.<sup>5</sup> Dies ist nicht deckungsgleich mit der wirklichkeitswissenschaftlichen Betrachtung des Politikfelds der Kriminalpolitik (Kriminalpolitikwissenschaft) und konkret deren Inhalte (»policy«), Akteure und Prozesse (»politics«) sowie Institutionen (»polity«). Denn (bei allen Überschneidungen) ist der Blickwinkel des Strafverfassungsrechts das *Recht*, der Blickwinkel der Kriminalpolitikwissenschaft die *empirisch beobachtbare Wirklichkeit*.<sup>6</sup> Forschungsgegenstand der Strafgesetzgebungslehre ist die Genese und Abfassung von Strafgesetzen sowie deren Wirkungen. Die Strafgesetzgebungslehre bietet wegen ihrer Interdisziplinarität eine Brücke zwischen dem Strafverfassungsrecht und der Kriminalpolitikwissenschaft, wird aber bislang zumeist – wie das

---

1 Näher zum Erkenntnisinteresse Einführung II. 2.

2 Einführung I. 1.

3 Einführung I. 2.

4 Einführung I. 3.

5 Einführung I. 1. b).

6 Einführung I. 2. b).

Strafverfassungsrecht – als »Strafbegrenzungswissenschaft« (*Donini*) betrieben.<sup>7</sup>

- 2.1. Die unbefristete Fortgeltung des StGB, die in der kriminalpolitischen Praxis auf Dauer angelegten Änderungsgesetze (anstelle von Zeitgesetzen als »experimentelle Gesetzgebung«)<sup>8</sup> und das Erfordernis von Parlamentsgesetzen zur Änderung des StGB – nicht nur zur Kriminalisierung, auch zur Entkriminalisierung<sup>9</sup> – bewirken bereits formal eine konserverierende »Versteinerung« des StGB. Materiell tritt hinzu ein, wenngleich schwer operationalisierbares, strafverfassungsrechtliches Gebot der Dauerhaftigkeit von Gesetzen,<sup>10</sup> daneben eine kriminalpolitische Zurückhaltung der Korrektur von Strafgesetzgebung der vorangegangenen Legislaturperiode.<sup>11</sup>
- 2.2. Ausdrückliche grund- und menschenrechtliche Vorgaben an den Allgemeinen Teil konzentrieren sich auf den Kanon zulässiger Strafen und verleihen speziellen Rechtfertigungs- und Strafausschließungsgründen (Widerstandsrecht [Art. 20 Abs. 4 GG], Parlamentsberichterstattung [Art. 42 Abs. 3 GG] und Indemnität [Art. 46 Abs. 1 GG]) verfassungsrechtliche Dignität; die allenfalls zurückhaltende Anwendung des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) auf den Allgemeinen Teil trägt zu dessen Statik mit bei.<sup>12</sup> Das EU-Sekundärrecht enthält zwar Vorgaben, die an den Allgemeinen Teil erinnern (»Anstiftung, Versuch, Beihilfe«), doch sind diese zum einen delikts(gruppen)spezifisch, zum anderen weder europäisch-autonom noch als Verweis in die mitgliedstaatlichen Strafordnungen zu verstehen, sondern gestatten die breitflächige Nutzung funktionaler Äquivalente.<sup>13</sup> Als implizite Verfassungsvorgaben<sup>14</sup> ergeben sich aus dem Schuldprinzip,<sup>15</sup> aber auch aus der Verhältnismäßigkeit, Gleichheit und materiellen Gerechtigkeit nur sehr begrenzte strafverfassungsrechtliche Vorgaben an die Ausgestaltung des Allgemeinen Teils,<sup>16</sup> noch schwächer gilt dies für das Naturrecht<sup>17</sup> und das Gebot

---

7 Einführung I. 3. b).

8 § 1 I. 1.

9 § 1 I. 2.

10 § 1 I. 3. b).

11 § 1 I. 3. c).

12 § 1 II. 1.

13 § 1 II. 1. d), insbes. § 1 II. 1. d) bb) (2) sowie § 1 II. 1. d) bb) (3).

14 § 1 II. 2.

15 § 1 II. 2. a).

16 § 1 II. 2. b).

17 § 1 II. 2. c).

der Widerspruchsfreiheit des Rechts.<sup>18</sup> Einen Sonderfall starker impliziter strafverfassungsrechtlicher, weil völker- und auch europarechtlicher Fundierung stellt hingegen das Strafanwendungsrecht dar.<sup>19</sup> Eine weitere, »weiche« Konstitutionalisierung und damit auch Versteinerung des Allgemeinen Teils folgt aus Anforderungen an jede Änderungsgesetzgebung; diese muss nämlich stets von der Suche nach einem »Mehr« an Gerechtigkeit getragen sein.<sup>20</sup>

2.3. Hinsichtlich des Besonderen Teils steckt der Rahmen aus Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten einerseits,<sup>21</sup> Pönalisierungsgrenzen und -hemmnissen andererseits<sup>22</sup> den legislativen Handlungsspielraum – unter Beachtung derselben prozeduralen Anforderungen – ab und trägt hierdurch zur Statik des StGB bei. Die Kriminalisierungsvorgaben des EU-Rechts sind dabei zwar vergleichsweise klar konturiert, aber in ihrem Regelungsgegenstand durch die kompetenzrechtlichen Vorgaben begrenzt; auch verbleiben teils erstaunlich weite Umsetzungsspielräume.<sup>23</sup> Große Bedeutung kommt indes der Schutzfunktion der Grundrechte bzw. den aus den Grundrechten folgenden strafrechtlichen Schutzpflichten zu: Insbesondere in ihrer weiten Auslegung, die diese in Teilen der verfassungs- und strafrechtlichen Literatur gefunden haben, drohen diese die Abwehrfunktion der Grundrechte normativ wie kriminalpolitisch strukturell zu marginalisieren. Anerkennungswürdig sind strafrechtliche Schutzpflichten nur insoweit, als dass keine »Möglichkeit legitimer und zumutbarer Abhilfe durch den Grundrechtsträger selbst« besteht, mithin für ihn keine hinreichende Möglichkeit zur politischen Mitgestaltung des Strafrechts gegeben ist.<sup>24</sup> Allerdings folgt – jedenfalls kriminalpolitisch gewendet – aus einer Sicherheitsobliegenheit des Staates ein Grundbestand an Strafnormen, der (in groben Zügen) transkulturelles Gemeingut geworden ist. Bei den Pönalisierungsgrenzen und -hemmnissen trägt zwar eine Rechtsgutslehre nicht zur Statik des StGB bei,<sup>25</sup> wohl aber das Erfordernis der Verfassungskonformität der Verhaltensnorm,<sup>26</sup> das *Ulti-*

18 § 1 II. 2. d).

19 § 1 II. 2. e).

20 § 1 II. 3., insbes. § 1 II. 3. e).

21 § 1 III.

22 § 1 IV.

23 § 1 III. 1.

24 § 1 III. 3.

25 § 1 IV. 2. a).

26 § 1 IV. 1.

ma Ratio-Prinzip<sup>27</sup> und die – auch europäisch zu bestimmende (Art. 49 Abs. 3 GRCh)<sup>28</sup> – Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm.<sup>29</sup>

2.4. Die Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen macht eine Änderung des StGB entbehrlich und trägt somit zu dessen Statik bei.<sup>30</sup> Hierzu zählen neben breiten Spielräumen, die der Rechtsprechung belassen sind,<sup>31</sup> vor allem die strafprozessualen (§§ 153 ff. StPO) und faktischen Möglichkeiten, überschießende Kriminalisierungen ohne Änderungen am Gesetzeswortlaut zu relativieren.<sup>32</sup> Hinzu tritt – als verbreitet an-zutreffender kriminalpolitischer Inhalt (»policy«) – eine ausgeprägte Strafrechtskontinuität.<sup>33</sup> Es ist ein besonders hoher »Leidensdruck« er-forderlich, um den Gesetzgeber gerade zu einer Strafrechtsreduktion zu bewegen. Dies beruht neben einer Schuldzentrierung<sup>34</sup> auf einer asym-metrischen Anreizfunktion,<sup>35</sup> die durch eine hinreichende Zufriedenheit der tragenden Akteure mit dem Kriminaljustizsystem in Deutschland gespeist wird.<sup>36</sup>

3.1. Strafrecht und Strafgesetzgebung dienen der Verhaltensregulierung, also der Beeinflussung menschlichen Verhaltens durch Setzung von (strafrechtlichen) Regelungen.<sup>37</sup> Dies schließt manifeste<sup>38</sup> wie latente<sup>39</sup> Wirkungen ein. Ein Überwiegen latenter Funktionen eines Strafgesetzes führt zwar nicht *per se* zu dessen Verfassungswidrigkeit; diese Folgen sind aber, soweit sie einen Eingriff darstellen, verfassungsgerichtlicher Kontrolle zugänglich und jedenfalls im Rahmen der Angemessenheits-prüfung zu berücksichtigen.<sup>40</sup>

3.2. Textänderungen des StGB lassen sich in drei Grundtypen differenzieren: Formale Änderungen lassen die materielle Rechtslage unverändert,<sup>41</sup>

---

27 § 1 IV. 2. b).

28 § 1 IV. 2. c) cc).

29 § 1 IV. 2. c).

30 § 1 V.

31 § 1 V. 1.

32 § 1 V. 2.

33 § 1 VI.

34 § 1 VI. 1.

35 § 1 VI. 4.

36 § 1 VI. 3.

37 § 2 III. 3. a).

38 § 2 III. 3. a) aa).

39 § 2 III. 3. a) bb).

40 § 2 III. 3. a) bb) (3).

41 § 2 I. 1.

deklaratorische Änderungen betreffen die Nachzeichnung normverwerfender Entscheidungen des BVerfG oder die bloße Kodifikation von Rechtsprechung,<sup>42</sup> materielle Änderungen bewirken eine Strafrechts-expansion oder -reduktion (im Hinblick auf die Verbotsnorm), eine Strafrechtsintensivierung oder -relativierung (im Hinblick auf die Verfolgbarkeit) und/oder eine Strafrechtsschärfung oder -milderung (im Hinblick auf die Rechtsfolgen).<sup>43</sup>

- 3.3. Strafgesetzgebung als wesentliche Ausprägung einer Dynamik des StGB benötigt grundsätzlich eine *Ursache* sowie einen *Auslöser*; das Handeln der politischen Akteure wird von – hiervon zu trennenden – *Motivationen* getragen.<sup>44</sup>
- 3.4. Ursachen für Strafgesetzgebung sind erstens die Rück- oder Zuführung in den »Korridor« der (ihrerseits dynamischen) Statistik,<sup>45</sup> zweitens jedes von den Akteuren der Politik neu erkanntes, geändertes oder aktualisiertes Ziel einer (nicht evident verfassungswidrigen, »polity«- und »policy«-konformen) Verhaltensregulierung,<sup>46</sup> sowie drittens die Korrektur bzw. Optimierung zur Erreichung dieses Ziels.<sup>47</sup> In diese Konzeption fügen sich – vorrangig als Fallgruppen der zweitgenannten Ursache – die Befriedung aktualisierter gesellschaftlicher Konflikte, Veränderungen der (äußeren) Rahmenbedingungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens sowie ein (zumindest wahrgenommener) Wandel an Verhalten, das für unterbindungswürdig angesehen wird, ein.<sup>48</sup> auch Konzeptionen bzw. die Verwirklichung eines »Risikostrafrechts«, »Präventionsstrafrechts«, »Sicherheitsstrafrechts« oder sogar »Feindstrafrechts« basieren auf dieser gemeinsamen Ursache.<sup>49</sup>
- 3.5. Auslöser einer Strafgesetzgebung sind herausragende Einzelfälle bzw. -situationen von »Kriminalität«,<sup>50</sup> aber auch eine (wahrgenommene) Veränderung der Kriminalitätslast.<sup>51</sup> Daneben wirken als Auslöser gerichtliche Leitentscheidungen (mit und ohne explizite Adressierung des Strafgesetzgebers),<sup>52</sup> Umsetzungsverpflichtungen des Europäischen

42 § 2 I. 3.

43 § 2 I. 2.

44 § 2, S. 312.

45 § 2 III. 2.

46 § 2 III. 3. a), insbes. § 2 III. 3. a) cc).

47 § 2 III. 5.

48 § 2 III. 3. b).

49 § 2 III. 4.

50 § 2 IV. 2. a).

51 § 2 IV. 2. b).

52 § 2 IV. 1.

Strafrechts sowie völkerrechtliche Formen der kriminalpolitischen Einflussnahme,<sup>53</sup> daneben Machtwechsel bzw. -demonstrationen<sup>54</sup> sowie eine (ihrerseits Ursachen und Impulse voraussetzende) außerstrafrechtliche Rechtsetzung.<sup>55</sup> Keine oder nur begrenzte Kraft zur Auslösung von Strafgesetzgebung haben hingegen (wissenschaftliche) Evidenzen<sup>56</sup> oder Zeitgesetze im Kontext sogenannter »experimenteller Gesetzgebung«.<sup>57</sup>

3.6. Als Idealtypen an (individueller, subjektiver und konkreter) Motivationen<sup>58</sup> für Strafgesetzgebung kommen Normkonformität,<sup>59</sup> (politischer) Gestaltungswille<sup>60</sup> sowie Machterhaltung bzw. -steigerung<sup>61</sup> in Betracht.

- 4.1. Die Evolution des StGB folgt aus dem Zusammenspiel der vorgenannten statischen und dynamischen Wirkmechanismen. In Bereichen hoher Statik scheinen überkommene Strafrechtsverständnisse hervor, während es in den eher dynamischen Bereichen des europäisch überformten Strafrechts neuartige oder geänderte Kriminalitätsphänomene, Strafrechtskonzepte sowie aktuelle bzw. aktualisierte gesellschaftliche Konflikte sind. Diese ungleich verteilten Statiken und Dynamiken bewirken eine stark ungleichmäßige – und problematische<sup>62</sup> – Konzentration der Strafrechtsänderungen (nur) auf einzelne Teilbereiche des StGB und hemmen damit die Korrektur oder Optimierung des StGB in anderen Teilbereichen.<sup>63</sup>
- 4.2. Das Zusammenwirken dynamischer und statischer Wirkmechanismen auf die Evolution des StGB bedeutet, dass monokausale Erklärungsansätze und Konstruktionsansätze für »das« Strafrecht überholt sind; Strafrecht ist in einer pluralistischen Gesellschaft zu einem Sammelbecken für verschiedene Repressions-, Präventions-, Sicherheits-, Politik- und Machtinteressen geworden.<sup>64</sup>

---

53 § 2 IV. 3.

54 § 2 IV. 5.

55 § 2 IV. 6.

56 § 2 IV. 2. c).

57 § 2 IV. 4.

58 § 2 V.

59 § 2 V. 1.

60 § 2 V. 2.

61 § 2 V. 3.

62 Wenngleich sich eine zu schematische Betrachtung verbietet, gibt es ein Mindest- und wohl auch ein Höchstmaß einer optimalen Änderungsrate des StGB; hierzu § 2 II.

63 § 3 III.

64 § 3 III.

4.3. Ein multifaktorieller Zugang, zentrale Veränderungen des materiellen Strafrechts auf ihre Ursachen, ihren Anlass und ihre Motivation herunterzubrechen, ermöglicht es, die bislang vorrangig isoliert betrachteten Entwicklungslinien des Strafrechts zusammenzuführen und hierdurch eine solide theoretische Grundlage für eine Einordnung und Kritik konkreter Strafrechtsgesetzgebung zu liefern. Gleichermassen gelingt es diesem Zugang auch, die Trägheit des Strafrechts unter Zusammenführung verschiedener Strafrechtsbegrenzungs- (z.B. Verhältnismäßigkeit, *Ultima Ratio*, Grundfreiheiten) aber auch Strafpflichtmodelle (Schutzwerten, Europäisches Strafrecht) zu erklären, zugleich aber Ansatzpunkte für deren Kritik zu liefern.<sup>65</sup>

5.1. Strafgesetze werden auf Bundesebene wie jedes andere formelle Gesetz erlassen.<sup>66</sup> Es handelt sich – jedenfalls inzwischen – ganz üblicherweise um bloße Einspruchsgesetze;<sup>67</sup> ein Veto nach Art. 113 GG steht der Bundesregierung ganz üblicherweise nicht zur Verfügung.<sup>68</sup> Auch im Übrigen sind keine Besonderheiten zu beachten: So bestehen keine verfassungsrechtlichen Begründungs-<sup>69</sup> und keine allgemeinen Beobachtungspflichten<sup>70</sup>; auch wäre es untulich, Strafgesetze einem erhöhten Quorum zu unterwerfen.<sup>71</sup> Allerdings trifft den Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht, namentlich darf er sich der »Kenntnisnahme entsprechender Umstände [...] nicht bewusst verschließen.«<sup>72</sup> Zudem sind spezifische Beobachtungspflichten dann und nur dann anzuerkennen, wenn ein strukturell defizitäres Eigeninteresse des Gesetzgebers zum Tätigwerden besteht oder aber während des Gesetzesvollzugs Erkenntnisse zutage treten, die einen Verfassungsverstoß nahelegen und daher eine vertiefte Untersuchung veranlassen.<sup>73</sup>

5.2. Im Rahmen der Strafgesetzgebung kommt dem BMJ und seinen (Unter-) Abteilungen und Referaten eine hohe Gestaltungs- aber auch Verhinderungsmacht zu; dieser Akteur ist zudem durch eine hohe Strafjustiznähe

---

65 § 3 III. 3.

66 § 4 I.

67 § 4 I. 3.

68 § 4 I. 4.

69 § 4 II. 2.

70 § 4 II. 3.

71 § 4 II. 1.

72 § 4 II. 3. unter Verweis auf BVerfGE 150, 1 (Rn. 176).

73 § 4 II. 3.

geprägt.<sup>74</sup> Das Bundeskanzleramt und weitere Ministerien können eher verhindernd denn gestaltend auf Gesetzesinitiativen des BMJ einwirken;<sup>75</sup> die entscheidenden Schlachten werden zumeist bereits hin zu einem (veröffentlichten) Referentenentwurf, spätestens bis zu einem Regierungsentwurf hin geschlagen.<sup>76</sup> Daher erfolgen Stellungnahmen – etwa der Anwaltsverbände,<sup>77</sup> der Richterverbände,<sup>78</sup> der Polizeigewerkschaften<sup>79</sup> und weiterer Interessenverbände<sup>80</sup> – zu diesen Entwürfen sowie Anhörungen im Bundestags-Rechtsausschuss<sup>81</sup> zumeist zu spät und können allenfalls Detailkorrekturen bewirken.

- 5.3. Dies führt zu einer – indes nicht strafrechtsspezifischen<sup>82</sup> – Vorverlagerung und Formalisierung der Einflussnahme Externer auf Strafgesetzgebung,<sup>83</sup> aber auch zur Suche nach »nachgelagerter« Einflussnahme durch verfassungsgerichtliche Kontrolle. Letztere sieht sich jedoch verfassungsprozessualen (insbesondere bei Strafschärfungen oder Kriminalisierung bereits zuvor verbotenen Verhaltens) und faktischen Hürden ausgesetzt.<sup>84</sup> Es ist indes anzuzweifeln, ob all dies tatsächlich einen »Niedergang des Strafgesetzgebungsverfahrens« bedeutet.<sup>85</sup>
- 6.1. Das Verfahren zum Erlass materiell-strafrechtlicher Richtlinien, die auf Art. 83 AEUV gestützt sind, erfolgt im Wesentlichen nach dem auch sonst üblichen (ordentlichen) Gesetzgebungsverfahren; Abweichungen bestehen indes in Bezug auf das Initiativrecht auch einer Gruppe von Mitgliedstaaten (Art. 76 AEUV), ein niedrigeres Quorum für den Subsidiaritäts-Frühwarnmechanismus und die Verfügbarkeit einer sogenannten »Notbremse« (Art. 83 Abs. 3 AEUV).<sup>86</sup> Die Kompromissfindung zwischen den Legislativorganen hat sich auch im strafrechtlichen Bereich durch das Trilog-System formalisiert und führt häufig zu einem

---

74 § 4 III. 1. a) sowie § 4 III. 2. b).

75 § 4 III. 1. b) sowie § 4 III. 2. b).

76 § 4 III. 2. b).

77 § 4 III. 1. e) aa).

78 § 4 III. 1. e) bb).

79 § 4 III. 1. e) cc).

80 § 4 III. 1. f).

81 § 4 III. 2. d).

82 § 4 III. 3.

83 § 4 III. 2. b) dd).

84 § 4 III. 2. e)

85 § 4 III. 3.

86 § 5 I.

*early first reading agreement.*<sup>87</sup> Es ist mithin eine weitreichende Normalisierung der Strafgesetzgebung auf europäischer Ebene eingetreten, wenngleich noch manche Residuen der früheren intergouvernementalen Basis zu verzeichnen sind.<sup>88</sup> Nationale Widerstände gegen eine solche Normalisierung – etwa seitens des BVerfG – haben jedenfalls bislang zu keinen offenen Konflikten im materiell-strafrechtlichen Kontext geführt.<sup>89</sup>

- 6.2. Die Position der Europäischen Kommission hat sich im Handlungszyklus im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts<sup>90</sup> – namentlich im Vergleich zum Rat und den Mitgliedstaaten – in den vergangenen Jahren gestärkt; die Bedeutung der strategischen Leitlinien (Art. 68 AEUV) ist hingegen gesunken.<sup>91</sup> Bestandteil des Handlungszyklus ist es unter anderem, dass solche Legislativmaßnahmen zumeist durch Arbeitsprogramme, »Fahrpläne« und dgl. vorgezeichnet,<sup>92</sup> durch eine Folgenabschätzung und/oder legislativ-rechtsvergleichende Studien untermauert<sup>93</sup> und mit umfangreichen Berichtspflichten über deren Umsetzung, aber auch über deren Sinnhaftigkeit (*ex post*-Evaluation)<sup>94</sup> verbunden sind. Dies darf indes über die teils politische Vorprägung, die methodischen Limitationen und die begrenzte Aussagekraft dieser Materialien nicht hinwiegäuschen. Als Auslöser für europäische Strafgesetzgebung spielt ein »Spiel über die Brüsseler Bande« – jedenfalls nunmehr – eine untergeordnete Rolle;<sup>95</sup> vorrangige Bedeutung haben Kriminalitätserscheinungen bzw. -wahrnehmungen von europäischer Dimension, Leitentscheidungen der Rechtsprechung und ein – auch durch die vorgenannten Arbeitsprogramme und Evaluationen bewirktes – Wechselspiel der Akteure.<sup>96</sup>

- 6.3. Strafgesetzgebung auf nationaler und europäischer Ebene ist in vielfältiger Weise ineinander verwoben: Strafverfassungsrechtlich ist eine

---

87 § 5 I. 3. c).

88 § 5 II. 3. b) sowie § 5 II. 3. b).

89 § 5 III. 2. b).

90 § 5 II. 1. a).

91 § 5 II. 1. a).

92 § 5 II. 1. b).

93 § 5 II. 1. c) bb).

94 § 5 II. 1. d).

95 § 5 II. 2. b) bb).

96 § 5 II. 2.

mehrfache institutionelle,<sup>97</sup> prozedurale<sup>98</sup>, materielle<sup>99</sup> und justizielle Verflechtung (*qua* Nichtigkeitsklage und Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH sowie *ultra vires*- und Identitätskontrolle vor nationalen Verfassungsgerichten) zu verzeichnen,<sup>100</sup> kriminalpolitisch eine Verflechtung in allen drei Dimensionen des Politikfelds »Kriminalpolitik«.<sup>101</sup>

- 7.1. Unter Zugrundelegung einer quantitativ-stochastischen Auswertung lässt sich die 18. Legislaturperiode als auffällig strafrechtsaffin bezeichnen und ein exponentieller Anstieg an Strafgesetzgebung verzeichnen. Indes ist zu beachten, dass der Anteil der Strafgesetzgebung an Bundesgesetzgebung – von einem Hoch in der 18. und einem Tief in der 8. Legislaturperiode abgesehen – wenig auffällig ist, was dagegen spricht, dass der Gesetzgeber häufiger als früher zum Strafrecht anstelle zu anderen Regelungsgebieten greifen würde.<sup>102</sup> Den meisten Änderungen unterzogen wurden § 261 (26 Änderungen), § 5 (14 Änderungen), § 203 (11 Änderungen) und § 78b StGB (10 Änderungen).<sup>103</sup> Strafgesetzgebung beruht zu weniger als der Hälfte der Fälle auf europäischen oder internationalen Auslösern (38,9%)<sup>104</sup> und ist – unabhängig vom Auslöser – hochgradig expansiv (67,4%) und schärfend (24,2%), zu einem beachtlichen Anteil aber auch reduktiv (16,7%).<sup>105</sup>
- 7.2. In 70,9% aller (erfolgreichen) Strafgesetzgebungsverfahren kam es zu öffentlichen Anhörungen; jedenfalls in der 18. und 19. Legislaturperiode waren Wissenschaftler\*innen zahlenmäßig die am stärksten vertretene Gruppe.<sup>106</sup> Etwa die Hälfte der strafrechtlichen Änderungsgesetze haben im parlamentarischen Verfahren eine Veränderung erfahren.<sup>107</sup> Strafgesetzgebung erfolgt nicht selten unter Einbindung von Teilen der Opposition (30,1%) oder (nahezu) einstimmig (8,9%); mehr als zwei Drittel der Strafgesetzgebung im Untersuchungszeitraum wurde von

---

97 § 5 II. 3. a) aa).

98 § 5 II. 3. a) bb).

99 § 5 II. 3. a) cc).

100 § 5 II. 3. a) dd).

101 § 5 II. 3. b).

102 § 6 I. 1. a).

103 § 6 I. 1. a).

104 § 6 I. 1. e).

105 § 6 I. 1. d).

106 § 6 I. 2. b).

107 § 6 I. 2. c).

(formell nicht erforderlichen<sup>108</sup>) qualifizierten parlamentarischen Mehrheiten getragen.<sup>109</sup>

- 7.3. In einer qualitativen Auswertung einiger Strafgesetzgebungsverfahren bestätigten sich grundsätzlich die Befunde hinsichtlich der Statiken und Dynamiken des Strafrechts einerseits, hinsichtlich der Informalisierung, Vorverlagerung und Europäisierung der Strafgesetzgebung andererseits.<sup>110</sup> Zugleich zeigte sich aber eine Vermengung bzw. Überlappung verschiedener kriminalpolitischer Inhalte *und* Prozesse (etwa in Bezug auf die RL 2011/36/EU und deren Umsetzung<sup>111</sup> oder in Bezug auf das 44. StrÄndG<sup>112</sup>), sowie die explizit bezweckte kommunikative Funktion von Strafgesetzgebung als solcher.<sup>113</sup>
- 7.4. Strafgesetzgebung als Reaktion auf Rechtsprechung zeigte sich vorrangig dort, wo zuvor das BVerfG oder der BGH den Anwendungsbereich von Strafvorschriften oder Qualifikationen – anders als von der Anklage vertreten – restriktiv auslegte und dabei insbesondere (aber nicht ausschließlich!) auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) rekurierte.<sup>114</sup> Neben der Erfüllung von Gesetzgebungsaufträgen seitens des BVerfG als Verfassungspflicht zeigte sich die Strafgesetzgebung auch im Übrigen eher gewillt, auf Hinweise des BVerfG<sup>115</sup> denn auf Hinweise sonstiger Gerichte im Hinblick auf Korrektur- oder Optimierungsbedarf zu reagieren.<sup>116</sup> Derartige Reaktionen erfolgen indes nicht stets so wie von den Gerichten nahegelegt, sondern wählen durchaus den Weg des geringsten Widerstands, wie z.B. mit § 244 Abs. 3 StGB n.F. anstelle einer tatbestandlichen Korrektur des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB.<sup>117</sup>

- 8.1. Als bereichsspezifische Ausprägung der allgemeinen Verfassungsgarantien des Rückwirkungsverbots,<sup>118</sup> des Gebots der Normenklarheit und Normenbestimmtheit<sup>119</sup> und der Wesentlichkeitstheorie<sup>120</sup> dient im Be-

108 § 4 II. 1.

109 § 6 I. 2. d).

110 § 6 II.

111 § 6 II. 1.

112 § 6 II. 2., § 6 II. 3. a) sowie § 6 II. 3. c) cc).

113 § 6 II. 2. b).

114 § 6 II. 3. a).

115 Zu beidem § 6 II. 3. b).

116 § 6 II. 3. c).

117 § 6 II. 3. c) cc).

118 § 7 I. 1.

119 § 7 II. 1.

120 § 7 III. 1.

reich des Strafverfassungsrechts das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG. In Bezug auf das Rückwirkungsverbot zeigte sich, trotz restriktiver Handhabung des Anwendungsbereichs, eine Verabsolutierung und dadurch eine Verstärkung des verfassungsrechtlichen Schutzes im Bereich des materiellen Strafrechts, die nicht allein auf einem individuellen Vertrauenschutz beruht, sondern auf einer besonderen Formenstrenge des Strafrechts.<sup>121</sup> Obwohl nach allgemeinen Regeln in Bezug auf die Sanktionsnorm das Recht zum Entscheidungszeitpunkt anzuwenden wäre, sind daher nachträgliche Strafschärfungen oder (Wieder-) Inkriminierungen von Verfassungen wegen untersagt.<sup>122</sup>

- 8.2. Die kompetenzsichernde (Zuständigkeitsabgrenzung zur Exekutive und Judikative)<sup>123</sup> und die freiheitssichernde Komponente (Erkennbarkeit der Voraussetzungen und Umfang des Eingriffs)<sup>124</sup> des Gebots der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit manifestieren sich auch im strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot<sup>125</sup> und vermengen sich dort, in Bezug auf das formelle Strafgesetz, mit dem aus der Wesentlichkeitstheorie folgenden Parlamentsvorbehalt.<sup>126</sup> Bereits aus allgemeinen Maßstäben folgt zwar die Notwendigkeit einer besonders strikten Handhabung des Bestimmtheitsgebots.<sup>127</sup> Als strafrechtsspezifische Verfassungsvorgabe ergibt sich aber ein striktes Verbot von zu Lasten des Beschuldigten gehenden Überschreitungen des Wortlauts von Strafvorschriften.<sup>128</sup>
- 8.3. Das Bestimmtheitsgebot ist auch im Allgemeinen Teil bezogen auf das Rechtswidrigkeitsurteil strikt zu beachten, gleich ob es unmittelbar zu Gunsten oder mittelbar zu Lasten des Beschuldigten wirkt.<sup>129</sup> Während Verurteilungen basierend auf der Konstruktion der *actio libera in causa* verfassungswidrig sind, sind die Rechtfertigungsgründe der Einwilligung und der mutmaßlichen Einwilligung für die Normadressaten noch hinreichend erkennbar. Daher führt deren potentiell mittelbar strafbegründende Wirkung nicht zu einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>130</sup>

---

121 § 7 I. 4.

122 § 7 I. 2. b) cc).

123 § 7 II. 1. a).

124 § 7 II. 1. b).

125 § 7 II. 3. a).

126 § 7 III. 3.

127 § 7 II. 2.

128 § 7 II. 3. b) aa).

129 § 7 II. 3. d), insbes. § 7 II. 3. d) aa).

130 § 7 II. 3. d) cc).

8.4. Obschon im Regelfall das Verbottensein und die strafrechtliche Sanktionsierung für Normadressaten infolge des Bestimmtheitsgebots erkennbar sein müssen,<sup>131</sup> sind wegen personeller und materieller Relativierungen Ausnahmen von dieser Erkennbarkeit vorstellbar. Es ist daher, vor allem in atypischen Fällen und bei atypischen Beschuldigten stets einzelfallbezogen die konkrete, individuell-subjektive Erkennbarkeit aus Sicht des Beschuldigten zu überprüfen und bei deren Fehlen ein unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB) zuzugestehen.<sup>132</sup> Bei normativen Tatumstandsmerkmalen liegt ein Tatumstandsirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB) umso näher, je unklarer und unbestimmter diese Merkmale sind.<sup>133</sup>

9.1. Eine originär, d.h. zum Zeitpunkt ihres Erlasses unbestimmte Strafvorschrift lässt sich nicht dadurch heilen, dass die (Verfassungs- und Straf-) Rechtsprechung diese Vorschrift weiter konkretisiert und beispielsweise Fallgruppen in ständiger Rechtsprechung herausarbeitet.<sup>134</sup> Vielmehr ist bereits im Wortlaut der Vorschrift ein hinreichender Nukleus an Bestimmtheit vorauszusetzen.<sup>135</sup> Nachfolgend trifft allerdings die Rechtsprechung die Pflicht, eine weitere Konkretisierung des Normgehalts zu betreiben und diese jedenfalls nicht zu konterkarieren (Präzisierungsgebot).<sup>136</sup>

9.2. Eine originär bestimmte Strafvorschrift hingegen kann im Verlauf der Zeit am Maßstab des strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) zu unbestimmt und daher verfassungswidrig werden.<sup>137</sup> Denn in der wertenden Gesamtabwägung, ob eine Vorschrift hinreichend bestimmt ist, sind mehrere Faktoren heranzuziehen, die ihrerseits einer Dynamik unterliegen, insbesondere die einer Regelungsfähigkeit und Regelungsbedürftigkeit.<sup>138</sup> Dies kann bei generalklauselartig oder sonst relativ unbestimmt formulierten Straftatbeständen dazu führen, dass sich – insbesondere bei Vorhandensein einer besseren Regelungsalternative – eine verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht aktualisiert.<sup>139</sup> Wird diese vom Gesetzgeber verletzt, so kann das BVerfG

---

131 § 7 II. 3. b) cc).

132 § 7 II. 3. c) cc).

133 § 7 II. 3. c) dd).

134 § 8 I.

135 § 8 I. 4. a).

136 § 8 I. 4. b).

137 § 8 II.

138 § 8 II. 3.

139 § 8 II. 4. a).

die Strafvorschrift auch nur ab einem bestimmten Datum für verfassungswidrig erklären und hierdurch vermeiden, dass für vor diesem Datum erfolgte, rechtskräftige Verurteilungen der Wiederaufnahmegrund des § 79 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. § 359 ff. StPO greift; zudem fehlte es für vor diesem Datum liegende Verurteilungen an einem Beruhen im Sinne dieser Vorschrift.<sup>140</sup>

9.3. Vermittelt über diese Nachbesserungspflicht bewirkt das strafverfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot eine Dynamik des Strafrechts. De- ren Wirkkraft kann dadurch ansteigen, dass die Strafrechtswissenschaft taugliche Regelungsalternativen unterbreitet, die in Anerkennung politischer Zielvorgaben und unter Einhaltung der strafverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen dem Bestimmtheitsgebot *noch* besser Rechnung tragen als das geltende Strafrecht.<sup>141</sup>

---

140 § 8 II. 4. b).

141 § 8 II. 5.