

§ 2 Dynamisches im Strafrecht

Im Untersuchungszeitraum der 13. bis 19. Legislaturperiode – einer Zeitspanne von knapp 27 Jahren – erfolgten 160 Textänderungen des StGB,¹ d.h. durchschnittlich sechsmal pro Jahr ergaben sich kleinste², mittlere oder auch größere Anpassungen am Gesetzeswortlaut der zentralen materiell-strafrechtlichen Kodifikation in Deutschland. Dieses Kapitel dient einer Spurensuche, welche strafverfassungsrechtlichen³ und kriminalpolitischen Wirkmechanismen bzw. Bedingungen es fördern oder bedingen, dass sich der Textkorpus des StGB – sei es zum »Schlechteren«, sei es zum »Besseren«⁴ hin – ändert, sprich zu einer »Dynamik« des StGB beitragen.

Eine solche Ursachenforschung⁵ bezogen auf Veränderungen in der Außenwelt – hier dem StGB – verleitet eine*n Strafrechtler*in zwar zunächst zum Denken in Kausalitäten bis hin zur Äquivalenztheorie und sodann zu einer Differenzierung nach Zurechnungsgesichtspunkten. Im Einklang damit stünde zwar die politikwissenschaftliche Erkenntnis, dass die Priorisierung politischer Inhalte von einer Vielzahl an Einflussfaktoren abhängig ist.⁶ Auch suchen politikwissenschaftliche Struktur- und vor allem *policy*-Modelle teils nur nach »dem« Input für das politische System bzw. Entscheidungsträger*innen, welcher sich dann in der Verwirklichung politischer Inhalte und insbesondere in Gesetzgebung auswirkt.⁷ Gleichmaßen dient zwar das

1 Näher unten § 6 I. 1. a).

2 So die Berichtigung des 6. StrRG, die nur die Inhaltsübersicht betraf.

3 Wenngleich das Strafverfassungsrecht nur den Rahmen vorgibt, innerhalb dessen sich das Strafrecht (fort-)entwickeln kann, wäre es ein Missverständnis zu glauben, seine Relevanz auf die Dynamik des Strafrechts wäre begrenzt. Dies resultiert zum einen aus dem Korrekturbedarf, der aus dem Strafverfassungsrecht folgt (siehe unten § 2 III. 2.), zum anderen aus dessen eigener Dynamik, die sich insbes. im wandelnden europäischen und internationalen Rahmen der Strafgesetzgebung zeigt (siehe unten § 2 III. 2. b) sowie § 2 IV. 3.).

4 Zur Trennung der Beobachtung von der Bewertung siehe Einführung II. 1.

5 Namentlich in Abgrenzung zur Art und Weise der jeweiligen Veränderungen nebst deren Bewertung, etwa im Hinblick auf deren Einfügung in die bestehende Strafrechtsdogmatik.

6 Siehe nur *K.-R. Korte*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 63 (70 ff.) sowie *Aden*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 121 ff.; ferner bereits oben § 1 VI. 4.

7 Exemplarisch hierzu die Zusammenstellungen bei *Thiery*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 202 (212 ff.); *Lauth/Thiery*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 271 (284 ff.); *Wenzelburger/Zohlhörer*, in: *Wenzelburger/Zohlhörer* (Hrsg.), *Handbuch Policy-Forschung*, S. 15 (16 ff.).

policy-cycle-Modell einer zeitlichen Differenzierung verschiedener Elemente,⁸ das Modell ist aber einerseits (etwa in Bezug auf die Wirkmacht von Evaluationen) zu idealisierend⁹ und andererseits zu grobmaschig, um Ursache und Auslöser zu differenzieren. Das hiesige Erkenntnisinteresse ist schließlich nicht auf die kriminalpolitischen Inhalte als solche gerichtet, d.h. die *policy*, nebst den diesen zugrundeliegenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und Veränderungen¹⁰ oder auch den zeitlichen Ablauf deren Verwirklichung,¹¹ sondern auf die Wirkmechanismen der zu verzeichnenden Dynamik des StGB.

Vorzugswürdig erscheint es daher – trotz aller damit verbundenen Unschärfen –, den Fokus auf drei zu differenzierende Arten solchen »Inputs« zu legen, wobei grundsätzlich deren Zusammentreffen notwendig ist, damit sich eine Textänderung des StGB ergibt. Zunächst ist eine *Ursache* für Strafgesetzgebung notwendig, worunter die tatsächlichen oder auch nur vorgebrachten Sachgründe für eine Veränderung der Strafrechtslage zu verstehen sind.¹² Hiervon lässt sich – jedenfalls generalisierend gesprochen – ein *Auslöser* (Anlass, Momentum, Impuls) für die Strafgesetzgebung differenzieren:¹³ Denn neben der sachlichen Ursache, so die Hypothese, gibt es regelmäßig

8 Jann/Wegrich, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 97 (105 ff.); Lauth/Thiery, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 271 (285 f.); Wenzelburger/Zohlhörer, in: Wenzelburger/Zohlhörer (Hrsg.), Handbuch Policy-Forschung, S. 15 (16 ff.).

9 Zu den Defiziten des Modells auch Lauth/Thiery, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 271 (288 f.); Jann/Wegrich, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 97 (122 ff.); Wenzelburger/Zohlhörer, in: Wenzelburger/Zohlhörer (Hrsg.), Handbuch Policy-Forschung, S. 15 (20 f.), jeweils auch mit Antikritik.

10 Zu den Hintergründen aus empirisch-politikwissenschaftlicher Sicht instruktiv Schlepfer, Strafgesetzgebung, S. 96 ff. sowie Wenzelburger, in: Lauth/Kneuer/Pickel (Hrsg.), Handbuch Vergleichende Politikwissenschaft, S. 797 ff.; zu Entwicklungslinien der Kriminalpolitik siehe zuletzt Singelstein/Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft³; Zabel, Die Ordnung des Strafrechts; Hilgendorf, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 17 Rn. 180 ff.; zu einzelnen Deliktsbereichen exemplarisch Pütter, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 155 ff.; Schweer, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 173 ff.; Liebl, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 191 ff.; van Elsbergen, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 217 ff.

11 Zum Zusammenspiel der verschiedenen Akteure der Kriminalpolitik auf nationaler Ebene siehe noch unten § 4.

12 Siehe unten § 2 III., auch zur näheren Definition.

13 Siehe unten § 2 IV., auch zur näheren Definition. Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung, S. 100 ff. hingegen bezeichnet den »äußere[n] Anlass« als »Ursache« und differenziert dies vom »Grund« als den bei Strafgesetzgebung verfolgten »sachlich-inhaltlichen Interessen« und dem »Zweck« des ggf. erlassenen Gesetzes.

auch ein Zeitmoment, das den »Leidensdruck«¹⁴ erst auf ein Maß anwachsen lässt, dass die für die Strafgesetzgebung relevanten Entscheidungsträger*innen tatsächlich den Aufwand eines förmlichen Gesetzgebungsverfahrens¹⁵ bestreiten.¹⁶ Schließlich lässt sich – erneut generalisierend gesprochen – eine von Ursache und Anlass getrennte Motivation für die (Straf-)Gesetzgebung herausdestillieren.¹⁷

Wenn auch diese Hypothese einer Trennung von Ursache, Anlass und Motivation mit Bezug auf die – nachfolgend simplifizierend als homogener Akteur¹⁸ aufgefasste – Strafgesetzgebung aufgestellt ist, lässt sich diese Differenzierung, mit gewissen Abstrichen, auch auf andere Akteure übertragen, die an der Entwicklung des Strafrechts beteiligt sind, zuvörderst auf das BVerfG als Hüter der strafverfassungsrechtlichen Begrenzungen der Strafgesetzgebung.¹⁹

14 Böhm bei Peikert/Reinelt/Witt, ZStW 131 (2019), 1126 (1194).

15 Siehe oben § 1 I. 2. sowie § 1 VI. 4. b); siehe auch Jann/Wegrich, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 97 (108): »begrenzte[...] Problemwahrnehmungs- und -bearbeitungskapazitäten des politisch-administrativen Systems« führen zu »erheblichen Selektionen«.

16 Eine solche Differenzierung von (sachlichen) Ursachen und (zeitlichen) Auslösern nehmen, jedenfalls in Ansätzen, u.a. auch Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 266 ff. (»Impulse«); Frevel, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (107, 113) (»Die Inputs kommen aus verschiedensten Anlässen«); Aden, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 121 (126 ff.) (mit Betonung eines reaktiven Elements) vor; siehe ferner Nitschke, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 387 (392) sowie die Betonung eines »Policy-Fenster[s]« bzw. »windows of opportunity« bei Jann/Wegrich, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 97 (109) m.w.N. Auf die Bedeutung des Zeitmoments für die (Straf-)Gesetzgebung weisen zudem K.-R. Korte/Fröhlich, Politik und Regieren in Deutschland³, S. 70 hin. Das Zeitmoment des Verfahrens der Gesetzgebung analysiert Ebner, Die Zeit des politischen Entscheidens aus einer kombiniert systemtheoretisch-politikwissenschaftlichen, ferner Smeddinck, Integrierte Gesetzesproduktion, S. 130 ff. aus kombiniert rechtlich-sozialwissenschaftlicher Sicht.

17 Siehe unten § 2 V., auch zur näheren Definition.

18 Zum Zusammenspiel der verschiedenen Akteure der Kriminalpolitik auf nationaler Ebene siehe noch unten § 4.

19 Knapp zusammengefasst und vereinfacht: Ursache seines Eingreifens ist eine Grenzüberschreitung des Strafgesetzgebers, sprich ein verfassungswidriges Strafgesetz. Zu seinem Tätigwerden bedarf es allerdings eines Anlasses, sprich eines Verfassungsrechtsstreits, der die Zulässigkeitshürde überwindet. Als Motivation der Bundesverfassungsrichter*innen sollte sich die Orientierung an der Verfassung benennen lassen. In der Praxis allerdings dürfte sich zeigen, dass Spielräume – etwa in der Auslegung von Zulässigkeitsschranken – herrschen (»Zulässigkeitsfragen sind politische Fragen«) und Entscheidungen hierüber auch davon getragen werden, ob aus Sicht der

Vorab sollen jedoch eine knappe Typologie möglicher Strafrechtsänderungen entworfen²⁰ und die Erkenntnisse der Verfassungstheorie zu Verfassungsänderungen daraufhin untersucht werden, inwieweit sie sich auf strafrechtliche Änderungsgesetzgebung übertragen lassen.²¹

I. *Typologie*

Eine Differenzierung der verschiedenen Erscheinungsformen von (Text-)Änderungen des StGB²² ist geboten, um eine präzise terminologische Grundlage für die nachfolgenden Untersuchungsschritte zu legen. Dabei können in einem einzelnen Gesetz und auch in einem einzigen Änderungsbefehl mehrere Erscheinungsformen zugleich anzutreffen sein, betreffend ein- und denselben Straftatbestand. Abzugrenzen von den nachfolgend typisierten Textänderungen sind gesetzesvertretende Uminterpretationen des Norminhalts, wie sie insbesondere durch Gerichtsentscheidungen, aber etwa auch durch die Praxis der Strafverfolgungsbehörden erfolgen können, und Veränderungen anderer Normen mit (ausdrücklichen, systematischen oder teleologischen) Auswirkungen auf die gegenständliche Norm (etwa bei normativen Tatbestandsmerkmalen oder Blankettverweisen).

1. Formale Änderungen

Formale Textänderungen lassen die materielle (Straf-)Rechtslage unverändert. Sie verändern damit weder die Verbots- noch die Sanktionsnorm, noch die Verfolgbarkeit der Tat, noch die möglichen (alternativen) Rechtsfolgen.

a) *Neubekanntmachung*

Eine Neubekanntmachung²³ dient nach vorherrschender Ansicht allein der »deklaratorischen Neufassung« des konsolidierten Wortlauts einer Kodifika-

Entscheidungsträger*innen eine Frage verfassungsgerichtlicher Klärung zugeführt werden *soll* – wofür wiederum eine multifaktorielle Motivationslage bestehen dürfte.

20 Siehe sogleich § 2 I.

21 Siehe anschließend § 2 II.

22 Zu einer Typologie der Gesetze grundlegend *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 39 ff.

23 Zu den Neubekanntmachungen des StGB siehe bereits oben § 1 I. sowie § 1 I. 2. in Fn. 86.

tion; in ihr ist »der zu dem maßgeblichen Stichtag geltende authentische und einwandfreie Wortlaut des Gesetzes oder der Rechtsverordnung wiederzugeben.«²⁴ Hiervon unberührt sind sinnneutrale Anpassungen der Orthographie einschließlich der Interpunktion, die Auflösung oder Vornahme von Abkürzungen²⁵ und die Ergänzung von Hinweisen, dass bestimmte Normen weggefallen sind,²⁶ sowie die Bereinigung (rein) textlicher Unstimmigkeiten.²⁷ Zulässig sind zudem Ergänzungen der amtlichen, aber gleichermaßen für die innerstaatliche Rechtsanwendung nur deklaratorischen Sternchenfußnote mit dem Hinweis, zur Umsetzung welcher Richtlinien der EU diese Norm dient.²⁸

b) *Berichtigung*

»Druckfehler und andere offenbare Unrichtigkeiten« (§ 61 Abs. 2, Abs. 3 GGO) dürfen, soweit sie zwar den Text, nicht aber den »materielle[n] Normgehalt«²⁹ verändern, außerhalb eines förmlichen Gesetzgebungsverfahrens³⁰ durch Bekanntgabe im BGBl. berichtigt werden. Das BVerfG verweist zur Legitimation dieser Staatspraxis »auf die Erfordernisse einer funktionsfähigen Gesetzgebung, insbesondere die Arbeitsbelastung der gesetzgebenden Körperschaften.«³¹ Zur Wahrung des Gefüges der Gewaltenteilung ist die Vornahme von Berichtigungen »nur in sehr engen Grenzen zulässig«³² und erfordert, soweit eine von Bundestag oder Bundesrat beschlossene Textfassung verändert wird, die Einwilligung der Präsident*innen (§ 61 Abs. 2 Satz 1 GGO, auch i.V.m. § 61 Abs. 3 Satz 3 GGO). Berichtigungen von Neubekanntmachungen sind hingegen in weiterem Umfang möglich und auch geboten, soweit nämlich in diese neue Gesetzesbeschlüsse zu integrieren sind.³³

24 *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Rn. 860, 879; siehe ferner *M. Klein*, Neubekanntmachung, S. 45 ff. sowie *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 4 ff. m.w.N.

25 *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Rn. 879.

26 *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Rn. 885.

27 Vgl. BVerfGE 23, 276 (284).

28 *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Rn. 882 ff.

29 BVerfGE 48, 1 (19).

30 Zur Berichtigung nach Gesetzesbeschluss und vor Verkündung siehe *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Rn. 705.

31 BVerfGE 48, 1 (18).

32 BVerfGE 48, 1 (18 f.).

33 Vgl. *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Rn. 863, 894 f.

c) *Redaktionelle Änderung*

Als redaktionelle Änderungen lassen sich alle weiteren Veränderungen bezeichnen, die zwar den materiellen Normgehalt unberührt lassen, aber eine Textänderung vornehmen. Solche redaktionellen Änderungen liegen unstrittig vor bei Anpassungen des Sprachgebrauchs,³⁴ bei Umbenennungen von Behörden³⁵ und legal definierten Begriffen,³⁶ der Ersetzung von DM- in rechnerisch entsprechende Beträge in Euro,³⁷ sowie der formalen Streichung von Normen, die für verfassungswidrig und nichtig erklärt worden sind.³⁸

Eine rein redaktionelle Änderung liegt zudem dann vor, wenn eine Norm ohne Änderung ihres (ggf. auch aus der Gesetzessystematik folgenden) Sinngehalts verschoben wird oder der Name eines Gesetzes oder einer gesetzlichen Überschrift – erneut ohne Änderung des Sinngehalts der Vorschrift – verändert wird. Zumeist sind derartige Veränderungen des StGB, insbesondere soweit sie im Kontext umfassender Reformen in Spezialgesetzen erfolgen, nicht ohne Auswirkungen auf die Verbots- und damit auch auf die Sanktionsnorm. Am Beispiel: Die Anpassung, in § 5 Nr. 15 StGB nunmehr von »Organ- und Gewebehandel (§ 18 des Transplantationsgesetzes)« und nicht länger von »Organhandel (§ 18 des Transplantationsgesetzes)« zu sprechen,³⁹ ist isoliert bezogen auf das StGB zwar nur eine rein redaktionelle (Folge-)Änderung. Die in § 18 TPG vorgenommene Strafrechtsexpansion erhält aber durch das Zusammenspiel mit § 5 Nr. 15 StGB eine besondere strafanwendungsrechtliche Intensität.

2. *Materielle Änderungen*

Materielle Änderungen modifizieren hingegen die Verbots-, die Sanktionsnorm(en), die Verfolgbarkeit der Tat und/oder die möglichen (alternativen) Rechtsfolgen.⁴⁰

34 Z.B. »in« statt veraltet »auf einem Luftfahrzeug« (siehe unten Anhang A I. 17.).

35 Z.B. »Agentur für Arbeit« statt »Arbeitsamt« (siehe unten Anhang A III. 4.). Siehe ferner die Zehnte Zuständigkeitsanpassungsverordnung (unten Anhang A VI. 5.), die wegen ihres Rangs ein gravierendes Störgefühl auszulösen vermag (oben § 1 I. 2. in Fn. 86).

36 Z.B. »Ermittlungspersonen« statt »Hilfsbeamte« (unten Anhang A III. 15.).

37 Siehe unten Anhang A II. 6.

38 Siehe hierzu noch sogleich § 2 I. 3. a).

39 Art. 6 Abs. 2 Gewebegesetz (unten Anhang A IV. 9.).

40 Im Hinblick auf die hiesige Untersuchung, die Textänderungen des StGB zum Gegenstand hat, bleiben bloße »Veränderung[en] von Gesetzesvoraussetzungen oder

a) ... im Besonderen Teil

Eine Typologie lässt sich besonders klar in Bezug auf materielle Änderungen des Besonderen Teils entwickeln. Hierbei zeigen sich drei Dimensionen.⁴¹

aa) Expansion und Reduktion

Eine erste Dimension betrifft die Reichweite des strafrechtlichen Verbots,⁴² sei es, dass diese aus dem objektiven und subjektiven Tatbestand im engeren Sinne, aus Tatbestandsausschlüssen (z.B. § 184b Abs. 5 StGB), aus Tatbestandsergänzungen (z.B. § 261 Abs. 8 StGB) und/oder aus deliktsspezifischer Bestimmung der Rechtswidrigkeit (z.B. § 240 Abs. 2 StGB) folgt. Ebenfalls hierzu zu zählen sind Schuldausschlussgründe, Entschuldigungsgründe sowie sachliche und persönliche Straffreistellungsgründe (z.B. § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB): Diese lassen zwar das Verbotensein (im Sinne der Verbotsnorm) unberührt, sind aber für die hier maßgebliche Frage, ob ein *strafbewehrtes* Verbot besteht, maßgeblich.

Mithilfe jeder der vorgenannten Stellschrauben lässt sich verändern, welches Verhalten mit Kriminalstrafe bedroht ist. Erstreckt sich infolge einer Gesetzesänderung das konkrete strafrechtliche Verbot auf eine weitere, zuvor nicht bei Strafe verbotene Verhaltensweise, so liegt eine Strafrechtsexpansion vor, im umgekehrten Fall (Straflosigkeit statt strafbewehrtem Verbot mindestens einer Verhaltensweise) eine Strafrechtsreduktion. Bei formaler Abgrenzung zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht⁴³ liegt eine Strafrechtsexpansion dann vor, wenn eine Verbotsnorm zuvor mit Geldbuße,

Verweisobjekten, ohne daß der Wortlaut des betreffenden Gesetzes angetastet wird« und damit in der Klassifikation *Kloepfer* »nur materielle[...] Gesetzesänderungen« *Kloepfer*, VVdStRL 40 (1982), 63 (87) außer Betracht.

41 So kann z.B. eine Reduktion mit einer Strafschärfung einhergehen – wenn die Kriminalisierung auf einen »Kernbereich« fokussiert und intensiviert werden soll –, gleichermaßen aber auch mit einer Strafmilderung – etwa wenn der Gesetzgeber vor einer vollständigen Entkriminalisierung zurückschreckt und den »Kernbereich« auch weiterhin, wenn auch milder, strafbewehrt wissen will.

42 Zu dieser Differenzierung siehe bereits oben § 1 II. mit Fn. 125.

43 Der hiesige Untersuchungsgegenstand ist das StGB; siehe oben Einführung II. 1.

nun aber mit Kriminalstrafe bedroht wird,⁴⁴ eine Strafrechtsreduktion auch dann, wenn die Sanktion hin zu einer Geldbuße modifiziert wird.⁴⁵

bb) Intensivierung und Relativierung

Eine zweite Dimension lässt das strafbare Verbotensein des Verhaltens unberührt,⁴⁶ begrenzt oder erweitert aber das *Ob* der Möglichkeit von dessen strafrechtlicher Verfolgung, namentlich durch Verhalten oder Begebenheiten, die sich erst *nach der Tat* ereignen. Zu denken ist hier neben Strafantrags- oder Strafverlangenserfordernissen vor allem an die Stellschraube des Verjährungsrechts, an die Reichweite der Möglichkeit zu einem strafbefreienden Rücktritt vom Versuch – ausgeschlossen bei Unternehmensdelikten i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB – und auch an strafbefreiende Tätige Reue, zudem an die – hier nicht näher untersuchten – strafprozessualen Möglichkeiten sowie die auch rechtlich determinierbare Ressourcensteuerung insbesondere bei »Hol-« bzw. Kontrollkriminalität.⁴⁷

In einem Grenzbereich zu den weiteren Dimensionen befinden sich Regelungen zum obligatorischen oder fakultativen Absehen von Strafe (z.B. § 89c Abs. 6 StGB): Bezogen auf die Sanktions-Rechtsfolge ist dies – jedenfalls nahezu – äquivalent zu einem Ausschluss strafrechtlicher Verfolgung, ggf. bereits durch Einstellung des Verfahrens oder Absehen von der Erhebung der öffentlichen Klage (§ 153b StPO). Ein wesentlicher Unterschied liegt aber im Entscheidungsspielraum begründet, der den Strafverfolgungsbehörden und insbesondere den Gerichten überantwortet ist, ob eine Strafe verhängt wird oder nicht, während eine solche Einflussmöglichkeit bei den vorgenannten Stellschrauben (mit begrenzter Ausnahme bei relativen Antragsdelikten) so nicht besteht.

44 Angesichts der bloß quantitativen Differenzierung zwischen Bußgeld- und Kriminalstrafrecht (Brodowski, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 141 (158 ff.); Brodowski, ZStW 128 (2016), 370 (372 ff.); jew. m.w.N.) ließe sich zwar mit guten Gründen materiell von einer Schärfung sprechen; im Hinblick auf Fragen des *Ultima Ratio*-Prinzips und die hier im Vordergrund stehende Frage der Kriminalstrafgesetzgebung ist jedoch die formale Sichtweise vorzugswürdig.

45 Vgl. Stächel, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 111 mit Fn. 50.

46 Ohne hiermit den Einfluss der nachfolgenden Mechanismen auf die (wahrgenommene) Sanktionsgeltung in Abrede stellen zu wollen.

47 Hierzu oben § 1 V. 2. b).

cc) Schärfung und Milderung

Die dritte Dimension betrifft die Rechtsfolgenseite, bei den Tatbeständen im Besonderen Teil somit die angedrohte Punktstrafe (§ 211 StGB) oder den angedrohten Strafrahmen für Freiheits- und ggf. Geldstrafe, daneben aber auch die Androhung möglicher Nebenfolgen (z.B. § 92a StGB) und Maßnahmen der Vermögensabschöpfung (z.B. § 92b StGB) sowie der Besserung und Sicherung.

b) ... im Allgemeinen Teil

Die soeben entwickelte Typologie lässt sich – jedenfalls generalisierend – auch auf den Allgemeinen Teil übertragen. Veränderungen z.B. von Begriffsdefinitionen (§ 11 StGB), des Beteiligungsrechts (§§ 25 ff. StGB) oder auch der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe (§§ 32 ff. StGB) wirken i.d.R. strafrechtsexpansiv oder -reduktiv; Veränderungen des Rücktritts (§§ 24, 31 StGB) und des Verjährungsrechts (§§ 78 ff. StGB) oder auch des Rechts der Strafantragsstellung (§§ 77 ff. StGB) intensivierend oder relativierend; Veränderungen des Strafzumessungsrechts einschließlich der Möglichkeiten der Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 38 ff. StGB) sowie Ausweitungen oder Zurücknahmen des Maßregelrechts (§§ 61 ff. StGB) schärfen oder mildern das Strafrecht auf der Rechtsfolgenseite. Hinsichtlich des Strafanwendungsrechts (§§ 3 ff. StGB) sind Änderungen auf der Skala expansiv–reduktiv zu klassifizieren, da und soweit man diese als Regelung der »jurisdiction to prescribe« und damit mit Auswirkungen auf die Reichweite der Verhaltensnorm interpretiert.⁴⁸

3. Deklaratorische Änderungen

Zwischen formalen und materiellen Änderungen liegen schließlich deklaratorische Änderungen, die eine bereits zuvor erfolgte – und sei es nur scheinbare – Modifikation der Verbots-, der Sanktionsnorm(en), der Verfolgbarkeit der Tat und/oder der möglichen (alternativen) Rechtsfolgen im Gesetzestext des StGB nachzeichnen bzw. korrigieren.

48 So die vorherrschende Ansicht, siehe nur *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 2 ff.; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 9; *Satzger*, in: SSW-StGB⁵, Vor § 3 StGB Rn. 1; *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, S. 24; ausf. oben § 1 II. 2. e).

a) Entscheidungen des BVerfG

Entscheidet das BVerfG (zwingend auf Senatsebene⁴⁹) in einem Normenkontrollverfahren, eine Strafvorschrift sei verfassungswidrig und nichtig, so hat dies Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG); die jeweilige Entscheidungsformel ist, soweit ihr Gesetzeskraft zukommt, deklaratorisch⁵⁰ im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen (§ 31 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG).⁵¹ Die bloß deklaratorische Natur einer solchen allgemeinverbindlichen und irreversiblen⁵² »Nichtigkeitsfeststellung« soll bereits aus der Normenhierarchie folgen,⁵³ sprich die Entscheidung soll die bereits zuvor (ggf. unerkannt) bestehende Rechtslage nur deklaratorisch nachzeichnen.⁵⁴ Dennoch sind rechtskräftig auf einer solchen (Schein-)Rechtslage beruhende Verurteilungen erst durch Wiederaufnahme zu korrigieren (§ 79 Abs. 1 BVerfGG).

Die Gesetzeskraft der Entscheidung und deren Veröffentlichung im BGBl. bedeuten jedoch in rechtsförmlicher Hinsicht gerade nicht, dass diese *actus contrarius* zum Erlass der verfassungswidrigen Norm wäre. Stattdessen lässt dies etwa den Textkorpus des StGB – wengleich sich in Zusammenstellungen üblicherweise Hinweise auf die Nichtigkeitserklärung finden – *pro forma* unangetastet.⁵⁵

Bemerkenswerterweise sind auch normbestätigende Entscheidungen gleichermaßen zu veröffentlichen (§ 31 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG: »vereinbar oder unvereinbar oder [...] nichtig«), um die (bezogen auf den konkret angewendeten Prüfungsmaßstab) Allgemeinverbindlichkeit, die durch die verfassungsgerichtliche Prüfung öffentlichkeitswirksam angezweifelt worden

49 H. Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 179.

50 Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 312.

51 Z.B. BGBl. 2002 I, S. 1340 zu BVerfGE 105, 135: »§ 43a des Strafgesetzbuchs ist mit Artikel 103 Absatz 2 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.«

52 Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 155.

53 Siehe nur Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 139 ff.; von Ungern-Sternberg, in: BeckOK-BVerfGG¹⁴, § 31 BVerfGG Rn. 49. Ob dies die Verfassungsrealität hinreichend widerspiegelt, muss an dieser Stelle offen gelassen werden.

54 Am Beispiel: § 217 StGB war *ab initio* verfassungswidrig und nichtig; eine entsprechende Strafvorschrift der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung entfaltete damit, wengleich durch BGBl. 2017 I, S. 2177 der gegenteilige Anschein erweckt wurde, zu keinem Zeitpunkt ein rechtlich verbindliches und strafbewehrtes Verbot.

55 Dies zeigte sich etwa im Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 13.04.2017 (!), durch dessen Art. 1 Nr. 6 die 2002 (!) für verfassungswidrig erkannte Vorschrift des § 43a StGB erst »aufgehoben« wurde (BGBl. 2017 I, S. 872). Gleichmaßen – zu § 143 StGB – BGBl. 2006 I, S. 866 (887), für verfassungswidrig erkannt in BVerfGE 110, 141 = BGBl. 2004 I, S. 543.

war, klar zum Ausdruck zu bringen.⁵⁶ Auf den Textkorpus des beanstandeten Gesetzes haben sie jedoch konsequenterweise keine Auswirkungen.⁵⁷

b) Kodifikation von Rechtsprechung

Eine Textänderung des StGB kann sich schließlich darauf beschränken, eine gefestigte oder – im Falle des BVerfG ggf. allgemeinverbindliche – Rechtsprechung in Gesetzesform zu gießen, sprich zu kodifizieren.⁵⁸ So würde die Kodifikation der »Rechtsfolgenlösung« bei § 211 StGB die durch Rechtsprechung des BVerfG⁵⁹ bzw. des BGH⁶⁰ bereits angewendete Rechtslage nicht modifizieren und wäre daher deklaratorisch; gleiches gälte beispielsweise im Allgemeinen Teil bei einer die bisherige Rechtsprechung aufgreifenden, positiven und über den Wortlaut des § 228 StGB hinausreichenden Regelung der Einwilligung. Allerdings wäre jeweils besonderes darauf zu achten, ob nicht im Detail – und sei es nur wegen der anderen Perspektive der Legislative statt der Judikative – doch mit einem Kodifikationsversuch expansive/reduktive, intensivierende/relativierende und/oder strafscharfende/-mildernde Sinnänderungen einhergehen.⁶¹

II. Zur Änderungsrate bei Verfassungen

Ausgehend von der Prämisse, dass Verfassungen einerseits Stabilität vermitteln müssen, sie aber andererseits durch eine *zu* starke Änderungsresilienz geschwächt werden,⁶² richtet die Verfassungstheorie verstärktes Augenmerk auf Fragen der dynamischen (Weiter-)Entwicklung von Verfassungen,

56 Vgl. *H. Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 281 f.

57 Indes finden sich in redaktionellen Zusammenstellungen, nicht aber in Neubekanntmachungen (vgl. BGBl. 1998 I, S. 3322 [3334] zu § 17 StGB und BVerfGE 41, 121) häufig (nicht amtliche) Fußnotenverweise auf solche Entscheidungen.

58 Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 273: »Konzentration eines erreichten Rechts- und Rechtsprechungszustandes«.

59 BVerfGE 110, 226 (Ls. 1, 267 f.); BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14 u.a. –.

60 BGHSt [GrS] 30, 105.

61 Vgl. erneut *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 273: »praktische Vielfalt der Gesetzgebung«.

62 Siehe nur *Masing*, Der Staat 44 (2005), 1 ff. sowie *Lutz*, American Political Science Review 88 (1994), 355 ff.; *Bryde*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 79 GG Rn. 1 ff.; *H. Dreier*, in: Dreier³, Art. 79 Abs. 2 GG Rn. 13 f.; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 79 GG Rn. 1 ff.; jeweils m.w.N.

namentlich in Abgrenzung von Neugebungen.⁶³ Dies lässt es lohnenswert erscheinen, deren empirische wie theoretische Erkenntnisse daraufhin zu untersuchen, ob sie auch für die (Weiter-)Entwicklung des Strafrechts Schlüsse zulassen.

1. Empirischer Zugang

Einen beachtlichen empirischen Zugang zu dieser Fragestellung wählte *Lutz*: Ausgehend von einer Unterscheidung zwischen Textänderungen einerseits, Verfassungsneugebungen sowie Verfassungswandel durch Verfassungsrechtsprechung andererseits untersuchte er die Änderungsrate der (Bundes- und Bundesstaats-)Verfassungen der USA sowie 31 weiterer Verfassungsstaaten. Dabei bestätigte sich – mit hoher statistischer Signifikanz – eine Abhängigkeit der Änderungsrate von der Textlänge⁶⁴ und von der formalen Schwierigkeit einer Verfassungsänderung.⁶⁵ Auch schloss er aus den Daten, dass diejenigen Verfassungen die höchste Lebensdauer zeigten, die eine moderate Änderungshäufigkeit (0,75 bis 1,24 Änderungen pro Jahr)⁶⁶ aufwiesen, während sowohl änderungsresilientere wie änderungsfreudigere Verfassungen eher zu einer Verfassungsneugebung führten.⁶⁷

An dieser Studie lassen sich zwar einige quantitative⁶⁸ und methodische Aspekte⁶⁹ kritisieren, vor allem in Bezug auf die letztgenannte Hypothe-

63 Zur Verfassungsneugebung und Art. 146 GG siehe, statt vieler, *H.-P. Schneider*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 255.

64 *Lutz*, *American Political Science Review* 88 (1994), 355 (359, 362).

65 *Lutz*, *American Political Science Review* 88 (1994), 355 (362).

66 Bei *Lutz*, in: Levinson (Hrsg.), *Responding to Imperfection*, S. 237 (260) wird ein Höchstwert bei 1,00 bis 1,25 Änderungen pro Jahr genannt.

67 *Lutz*, *American Political Science Review* 88 (1994), 355 (359 f., 362); für Bundesstaaten 0,75 bis 1,00.

68 So zählt *Lutz* die zehn Amendments der *Bill of Rights* in den USA einzeln. Auch sind die Zahlenangaben bei *Lutz*, *American Political Science Review* 88 (1994), 355 (369) teils verkürzt bis missverständlich (valider bei *Lutz*, in: Levinson [Hrsg.], *Responding to Imperfection*, S. 237 [261]), wenn er dort für die Schweiz eine zu niedrige (0,78 zwischen 1873 und 1992, d.h. 93 statt 114 Änderungen, vgl. www.verfassungen.ch, Verfassungen der Schweiz) und für Deutschland eine zu hohe Änderungsrate (2,91 zwischen 1949 und 1992, d.h. 125 statt 38 Änderungen, vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Änderungen des Grundgesetzes seit 1949) berichtet. Stand Ende Dezember 2022 sind für Deutschland 67 Änderungen in 73,6 Jahren zu verzeichnen (Änderungsrate: 0,91).

69 So kritisiert *H. Dreier*, in: *Dreier*³, Art. 79 Abs. 2 GG Rn. 16 bei und mit Fn. 81 die fehlende Berücksichtigung des »Parteienstaates« bei Bestimmung der formalen

se,⁷⁰ die in einer Regressionsanalyse nur schwache Bestätigung mit einem Optimalwert von 1,63 Änderungen pro Jahr fand.⁷¹ Auch findet sich eine hinreichende Bestätigung weder in der jungen Verfassungsgeschichte Osteuropas⁷² noch in derjenigen der Europäischen Union.⁷³

Zusätzliche Erkenntnisse liefert ein breiter und auch historisch angelegter Verfassungsvergleich durch *Elkins/Ginsburg/Melton*. Zwar richtet sich ihr hauptsächliches Erkenntnisinteresse auf die Stabilität von Verfassungen und die Einflussfaktoren für Verfassungsumbrüche und -neugebungen. Doch zugleich belegen sie empirisch einen positiven Einfluss einer weder zu leichten noch zu schwierigen Änderbarkeit von Verfassungen auf deren Lebensdauer,⁷⁴ ohne jedoch die »Obergrenze« einer noch »gesunden« Änderungsrate zu ermitteln.⁷⁵

2. Diskussion

Trotz aller aufgezeigten Schwächen ist der Hypothese, eine zu niedrige oder eine zu hohe Änderungsrate schade der Stabilität einer Verfassung, eine Plausibilität nicht abzuspochen – vor allem, wenn man Ausweichmechanismen anerkennt, die vor allem in einer Verfassungsfortbildung durch die Verfassungsrechtsprechung zu sehen sein dürfte:⁷⁶ Eine Verfassung weise

Schwierigkeit von Verfassungsänderungen. Siehe ferner die Kritik bei *Ferejohn*, *Law & Social Inquiry* 22 (1997), 501 (521 ff.) (Statistik), *Rasch/Congleton*, in: Congleton/Swedenborg (Hrsg.), *Democratic constitutional design and public policy*, S. 319 (333 ff.) und *A. Roberts*, *Const Polit Econ* 2009, 99 (103) (Schematismus).

70 *Ferejohn*, *Law & Social Inquiry* 22 (1997), 501 (521 ff.).

71 *Ferejohn*, *Law & Social Inquiry* 22 (1997), 501 (521 f.).

72 Vgl. *A. Roberts*, *Const Polit Econ* 2009, 99 (103): durchschnittliche Änderungsrate von 0,4.

73 Textänderungen des Primärrechts i.e.S. (EUV, AEUV, GRCh) erfolgten und erfolgen höchst selten, zuletzt im Zuge des Beitritts Kroatiens (2012, Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABIEU Nr. L 112 v. 24.02.2012, S. 21).

74 *Elkins/Ginsburg/Melton*, *The Endurance of National Constitutions*, 99 ff., 122 ff., insbes. 140.

75 Die bei *Elkins/Ginsburg/Melton*, *The Endurance of National Constitutions*, S. 140 angegebene Rate von 0,54 basiert auf etlichen Modellannahmen, siehe S. 123 ff.

76 Vgl. nur *Levinson*, in: *Levinson* (Hrsg.), *Responding to Imperfection*, S. 13 (25 ff.); *Lutz*, in: *Levinson* (Hrsg.), *Responding to Imperfection*, S. 237 (266 f.); *Lutz*, *American Political Science Review* 88 (1994), 355 (365); siehe auch *Ferejohn*, *Law & Social Inquiry* 22 (1997), 501 (525) (»I should say that I do believe that the proposition

dann die optimale Anpassungsfähigkeit auf, wenn sie entweder durch formelle Verfassungsänderungen oder durch ihre justizielle Neuinterpretation hinreichend wandelbar sei, wobei die optimale Rate von ihrerseits variablen Rahmenbedingungen abhängig sei.⁷⁷

Theoretische Erwägungen stützen dies: Eine Verfassung habe einerseits eine »Fundierungs- und Stabilisierungsfunktion« zu entfalten, müsse aber zugleich »sich neuen (welt-)politischen, sozialen, ökologischen oder technologischen Herausforderungen gewachsen erweisen und entsprechend flexibel und anpassungsfähig bleiben«;⁷⁸ erforderlich sei eine »Balance zwischen gebotener Elastizität der Verfassung und dem Beharren auf elementaren, identitätsbildenden Gehalten«.⁷⁹ Hinzu trete das Erfordernis eines gesteigerten Minderheitenschutzes durch die Verfassung.⁸⁰ Ein zu großer Fokus auf die Verfassungsrechtsprechung als Ausweichmechanismus drohe aber »Verfassungsbestimmungen durch Uminterpretation zu flexibilisieren und aufzuweichen – und damit die Idee der Verfassung zur anderen Seite hin zu unterminieren«, und beschneide das Selbstbestimmungsrecht der in einer Gesellschaft lebenden Bürger.⁸¹

3. Transfer auf das Strafrecht

Welche Erkenntnisse lassen sich hieraus auf das materielle Strafrecht transferieren, wenngleich es sich dabei um »einfaches« im Gegensatz zum Verfassungsrecht handelt, und jenes regelmäßig in nur einer Verfassungsurkunde Niederschlag findet, während die Kodifikation des Strafrechts im StGB angesichts der Expansion des Nebenstrafrechts⁸² gewiss zufällige Züge trägt?

Rein quantitativ betrachtet liegt das StGB im Untersuchungszeitraum mit einer Änderungsrate von 5,94⁸³ zwar weit über der des Grundgesetz-

is true, which leaves me the more disappointed about the lack of evidence to support it.«).

77 *Elkins/Ginsburg/Melton*, *The Endurance of National Constitutions*, S. 94 ff.

78 *H. Dreier*, in: *Dreier*³, Art. 79 Abs. 2 GG Rn. 13 f.

79 *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 79 GG Rn. 2.

80 Hierauf besonders hinweisend *Rozek*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 257 Rn. 5 f.; *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 79 GG Rn. 2 und als »Spannung von Dezision und höherem Recht« herausarbeitend *Masing*, *Der Staat* 44 (2005), 1 (2 ff.).

81 *Masing*, *Der Staat* 44 (2005), 1 (12).

82 Hierzu oben § 1 V. 3. d).

83 Bezogen auf sämtliche Textänderungen, d.h. einschließlich BVerfG-Entscheidungen, Neubekanntmachungen und Berichtigungen; betrachtet man allein die Gesetzgebung, so beträgt die Änderungsrate 5,53.

zes (0,91)⁸⁴ und der vieler weiterer Verfassungstexte, entspricht aber im Verhältnis zu seiner Länge von aktuell etwa 73.500 Wörtern erstaunlich genau dem nach *Lutz* angesichts des normalen Gesetzgebungsverfahrens (Einspruchsgesetz)⁸⁵ erwartbaren Maß von 5,65.⁸⁶ Doch die Aussagekraft dieser sehr pauschalen quantitativen Betrachtung ist, wie bereits referenziert, ohnehin begrenzt;⁸⁷ bezogen auf das Strafrecht wäre eine umfassende rechtsvergleichende Analyse erforderlich. Allerdings erscheint es lohnenswert, an die – auch auf den vorgenannten empirischen Untersuchungen fußenden – verfassungstheoretischen Erwägungen anzuknüpfen und hierbei das Bild des StGB als »Grundgesetz für den Bürger«⁸⁸ erneut aufzurufen:

Wie die Verfassung die zentralen Begrenzungen für staatliches Verhalten enthält (neben Grundrechten auch die Kompetenzordnung und die Entscheidungsfindung im politischen System), so enthält das StGB zumindest einen wesentlichen Teil der zentralen Begrenzungen für das Verhalten eines jeden Einzelnen für ein im Mindestmaß friedliches Miteinander. Das ist bezogen auf die Verfassung wie auf das StGB zwar eine stark vereinfachende Betrachtung, zumal sich jeweils zahlreiche Bestimmungen finden, die aus diesem Rahmen fallen.⁸⁹ Doch dem StGB kommt – ohne mit *Frisch* einer »tiefer[e] [...] sozialetische[n] Fundierung«⁹⁰ das Wort reden oder dem StGB mit BVerfGE 123, 267 (359 f.) eine staatsidentitätsstiftende Kraft zuschreiben zu wollen – wegen seiner besonderen öffentlichen Wahrnehmung,⁹¹ wegen der darin erfolgten (Teil-)Kodifikation des transkulturellen Strafrechts⁹² und vor allem wegen einer gesellschaftlichen Befriedungsfunktion⁹³ ebenso wie der Verfassung einerseits eine »Fundierungs- und Stabilisierungsfunktion«⁹⁴

84 Siehe soeben in Fn. 68.

85 Siehe – auch zu Ausnahmen – noch unten § 4 I. 3.

86 Da ein Einspruch des Bundesrates nur mit absoluter Mehrheit des Bundestages zurückgewiesen werden kann (ein qualifizierter Einspruch wurde außer Acht gelassen; Art. 77 Abs. 3, Abs. 4 GG), wurde eine Änderungsschwierigkeit von 0,65 angenommen (vgl. *Lutz*, *American Political Science Review* 88 [1994], 355 [368]). Dies ergibt nach *Lutz*, *American Political Science Review* 88 (1994), 355 (365) eine erwartete Änderungsrate von $A_{StGB} = 1/0,65 + (73500/10000) \cdot 0,6 - 0,3 \approx 5,65$ Änderungen pro Jahr.

87 Siehe oben bei und mit Fn. 69.

88 Siehe oben § 1 VI. 2.

89 Zum StGB siehe bereits oben § 1 VI. 2. a).

90 *Frisch*, *NStZ* 2016, 16 (20).

91 Siehe oben § 1 VI. 2. c), auch zu dem Befund, dass diese in parlamentarischen Debatten nur durch das Grundgesetz übertroffen wird.

92 Siehe oben § 1 VI. 2. b) sowie § 1 III. 3. b) cc).

93 Siehe noch unten § 2 III. 3. b) aa).

94 So *H. Dreier*, in: *Dreier*³, Art. 79 Abs. 2 GG Rn. 13 f. zum GG.

zu. Andererseits gilt auch für die Strafrechtsordnung, dass sie sich – wie die Verfassung – »neuen (welt-)politischen, sozialen, ökologischen oder technologischen Herausforderungen gewachsen erweisen und entsprechend flexibel und anpassungsfähig bleiben«⁹⁵ muss. Mehr noch als im Verfassungsrecht ist hierfür wegen des Gebotes *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* ein »gesundes« Maß an Textänderungen notwendig, eine Anpassung nur oder vorrangig durch Uminterpretation bestehender Strafrechtsnormen abzulehnen.⁹⁶

In solchem Sinne erweisen sich Strafrechtsänderungen und damit eine Dynamik des StGB zwar als geradezu geboten. Hieraus kann allerdings ebensowenig auf die optimale Häufigkeit von Strafrechtsänderungen wie auf den optimalen Inhalt der jeweiligen Änderungsgesetze geschlossen werden. Diese These unterstreicht jedoch die hier vertretene Sichtweise, dass Strafrechtsänderungen nicht – wie teils und zumindest sublim vorgebracht – *a priori* abzulehnen seien, selbst wenn sie im Einzelfall strafrechtsexpansiv wirken,⁹⁷ und weist den Weg hin zu zentralen Ursachen bzw. Sachgründen für Strafrechtsänderungen, namentlich der gesellschaftlichen Stabilisierung sowie der technischen, wirtschaftlichen und ökologischen Entwicklung. Diesen soll nachfolgend näher nachgegangen werden.

III. Ursachen

Als *Ursache* für eine Strafrechtsänderung seien nachfolgend die erkennbaren oder auch nur vorgebrachten Sachgründe bezeichnet, warum die Strafrechtsordnung verändert werden soll bzw. wird. Dies schließt die bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung (tatsächlichen oder vorgebrachten) »legitimen Ziele« mit ein, ist aber nicht darauf begrenzt, weil die Untersuchung über die begründbaren bzw. vorgebrachten unmittelbaren strafrechtsinternen Ursachen und Chiffren (z.B. »Rechtsgüterschutz«) hinausreichen soll. Negativ abzugrenzen sind die Ursachen von bloßen Auslösern bzw. Anlässen:⁹⁸ Konkrete Ereignisse in der Vergangenheit mögen zwar Schwierigkeiten mit einer bestehenden Rechtslage offenlegen; Strafrecht und auch Strafrechtsänderungen wirken aber strafbegründend, -expansiv und -schärfend von Verfassung wegen nur prospektiv, nicht aber retrospektiv. Zudem sei der Begriff der

95 So H. Dreier, in: Dreier³, Art. 79 Abs. 2 GG Rn. 13 f. zum GG.

96 Zum Verfassungsrecht siehe nur Masing, Der Staat 44 (2005), 1 (12).

97 In diese Richtung indes Kasper, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 719, der einen asymmetrischen Legitimationsbedarf postuliert.

98 Siehe hierzu unten § 2 IV.

Ursache objektiv verstanden und daher von der individuellen subjektiven Motivation zu scheiden.⁹⁹ Schließlich soll mit dem neutralen Begriff der Ursache – auch dies ist klarstellend voranzuschicken – nicht zugleich postuliert werden, eine entsprechende Änderung des Strafrechts sei aus diesem oder jenem Grund legal, legitim, sinnvoll und/oder geboten.

1. Demokratizität und politische Symbolik als Schein-Ursachen

Damit ergibt sich sogleich, dass ein bloßer Verweis auf demokratische Mehrheiten und deren Wandel viel zu kurz gegriffen wäre, um eine Ursache für Strafgesetzgebung zu benennen. Zwar bestehen nach auch hier vertretener Auffassung keine spezifischen Begründungspflichten des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren.¹⁰⁰ Doch spätestens im Zuge verfassungsgerichtlicher Kontrolle von in Grundrechte eingreifenden Gesetzen reicht ein Verweis auf eine bloße Mehrheitsentscheidung nicht aus, sondern es ist dann ein legitimes, das Verhaltensverbot *und* die Strafbewehrung legitimierendes Ziel herauszudestillieren, soll die Strafvorschrift nicht als verfassungswidrig erkannt werden. Doch auch darüber hinaus – mithin auch bei entkriminalisierenden Gesetzen, die keine Schutzpflichten verletzen¹⁰¹ – erfordert Gesetzgebung nach hier vertretener Ansicht wenigstens eine Suche nach einem »Mehr« an Gerechtigkeit, die somit eine stärkere Rationalität voraussetzt als bloße Machtausübung der Mehrheit.

Auch wäre es zu verkürzt, »politische Symbolik« als Ursache von Strafgesetzgebung zu benennen. Der vor allem von *Hassemer* mit kritischer Intention geprägte Begriff des »symbolischen Strafrechts« ist nämlich zum einen komparatistisch zu verstehen,¹⁰² d.h. als »ein Mehr-oder-Weniger« in Relation zu »instrumentellen Bestandteilen des Strafrechts«, nämlich seiner objektiven und unmittelbaren Normwirkung.¹⁰³ Zum anderen setzt ein politisches Agieren mit »Schaufenstergesetze[n]«¹⁰⁴ oder mit Symbolen – soweit es nicht bloßer Götzendienst ist – voraus, dass es ihrerseits eine Ursache und einen Anlass dafür gibt, mit dem Mittel des Strafrechts zu agieren.¹⁰⁵

99 Siehe hierzu unten § 2 V.

100 Siehe hierzu unten § 4 II. 2.

101 Zu diesen siehe oben § 1 III. 3.

102 *Hassemer*, NSTz 1989, 553 (555 f.).

103 *Hassemer*, NSTz 1989, 553 (556).

104 *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 8 Rn. 15.

105 Fallgruppen symbolischen Strafrechts finden sich bei *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (54 ff.); *Vofß*, Symbolische Gesetzgebung, S. 25 ff.; *Hassemer*, NSTz 1989, 553 (554).

Hiervon zu trennen ist die – nachfolgend stets mitzubedenkende – analytische Frage, inwieweit die objektiven und unmittelbaren oder aber »latente« Normwirkungen im Vordergrund des politischen Handelns stehen,¹⁰⁶ und hiervon wiederum die Frage zu scheiden, wie ein Überwiegen letztgenannter Normwirkungen zu bewerten ist.¹⁰⁷

2. Anpassung an die (ihrerseits dynamische) Statik

Die aus Sicht des Strafverfassungsrechts zentrale, weil von ihr vorgegebene und angeordnete Ursache für Strafgesetzgebung ist es, das Strafrecht innerhalb des strafverfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmens zu halten.

a) *Verfassungsrecht*

Zunächst zum Verfassungsrecht des Grundgesetzes:

aa) Rückführung in den »Korridor«

Befindet sich eine Norm des materiellen Strafrechts außerhalb des verfassungsrechtlich vorgegebenen »Korridors«,¹⁰⁸ so wird diese Norm – soweit das Normverwerfungsmonopol des BVerfG greift, ab dessen Verdikt¹⁰⁹ – grundsätzlich¹¹⁰ bereits als *ab initio* verfassungswidrig und nichtig angesehen;¹¹¹ selbst die Veröffentlichung einer entsprechenden Entscheidung des BVerfG im BGBl. ist nur deklaratorischer Natur.¹¹² Daher folgt allenfalls aus Gründen der Normenklarheit und des Respekts gegenüber der Verfassung das Gebot, den bloßen Anschein einer entsprechenden verfassungswidrigen Strafvorschrift aus dem Textkorpus des StGB zu streichen, wenngleich die

106 Vgl. *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (556).

107 Ablehnend namentlich *Hassemer*, NStZ 1989, 553 ff.

108 Zum »Korridorordenken« des Strafverfassungsrechts siehe oben Einführung I. 1. b) mit Fn. 71.

109 Zur Ausnahme bei vorkonstitutionellem Recht siehe oben § 1 I. 1. c) bb).

110 Ausnahmen greifen bei Normen, die erst nachfolgend verfassungswidrig geworden sind.

111 Daher sind auch zwischenzeitlich ergangene, rechtskräftige Verurteilungen zu korrigieren, § 79 Abs. 1 BVerfGG.

112 Siehe oben § 2 I. 3. a).

Streichung normtheoretisch ohne jegliche Bedeutung für die Rechtslage und daher rein redaktionell ist.¹¹³

Eine verfassungsrechtliche Handlungspflicht besteht indes dann, wenn das BVerfG zur Folgenabmilderung die bloße Unvereinbarkeit einer Norm des materiellen Strafrechts, nicht aber deren (vollständige) Nichtigkeit ausspricht.¹¹⁴ Ein solcher alternativer Urteilsspruch, mit dem gerade nicht die Nichtigkeit der Norm *ab initio* verbunden ist, kommt dann in Betracht, »wenn es aus verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar ist, eine verfassungswidrige Vorschrift für eine Übergangszeit fortbestehen zu lassen, damit in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige«. ¹¹⁵ Insbesondere soll hierdurch vermieden werden, dass verfassungsrechtlich bestehende Schutzpflichten durch eine Nichtigkeitserklärung unterminiert werden.¹¹⁶ Doch es wäre angesichts der einschneidenden Rechtsfolgen des Strafrechts unerträglich, erkanntermaßen verfassungswidrige Verurteilungen auch nur übergangsweise hinzunehmen, zumal für die Wiederaufnahme nach § 79 Abs. 1 BVerfGG auch die Unvereinbarkeitserklärung ausreicht.¹¹⁷ Daher kommt eine Unvereinbarkeits- und Fortgeltungsanordnung im Bereich des materiellen Strafrechts nur insoweit in Betracht, als die Strafvorschrift zugleich im Wege der auf § 35 BVerfGG gestützten Folgenbewältigung auf den (noch) verfassungskonformen Bereich zurechtgestutzt oder auch – soweit die bisherige Rechtslage den verfassungsrechtlich gebotenen Schutzpflichten¹¹⁸ nicht entspricht – normvertretend neu geschaffen oder verschärft wird.¹¹⁹ Bereits dies, jedenfalls aber ein zugleich ausgesprochener Appell an den Gesetzgeber zur verfassungskonformen Neuregelung¹²⁰ verpflichtet diesen zum Erlass eines (neuen) Strafgesetzes und

113 Siehe oben § 2 I. 1. c).

114 Siehe hierzu umfassend H. Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 206 ff.

115 BVerfGE 119, 331 (382 f.). In BVerfGE 127, 293 (334) ergänzte das BVerfG, dass auch europarechtliche Gründe zur Unabdingbarkeit einer begrenzten Fortgeltung führen können.

116 BVerfGE 127, 293 (334).

117 Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 79 BVerfGG Rn. 28.

118 Siehe hierzu oben § 1 III. 3.

119 Zu diesen Möglichkeiten der Folgenbewältigung ausf. Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 186 ff. Spannungen mit Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 GG sind offensichtlich, aber hinzunehmen, soweit jedenfalls die Strafvorschriften auf einem (und sei es früheren) Parlamentsgesetz beruhen; in diesem Sinne auch BVerfGE 88, 203 (337).

120 Hierzu ausf. Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 180 ff.

damit zur Modifikation der materiellen Strafrechtsslage. Prototypisch hierfür stehen die beiden Urteile zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs.¹²¹

Schließlich lässt sich hören, dass der Gesetzgeber bereits aus Respekt gegenüber der Verfassung – und aus Verfassungsorgan-treue gegenüber dem BVerfG – verpflichtet ist, eine erkanntermaßen verfassungswidrige Rechtslage zu korrigieren, auch ohne dass ein entsprechendes Verdikt des BVerfG vorliegt. Bei allem Streit darüber, inwieweit aus einer Entscheidung des BVerfG ein Normwiederholungsverbot folgt,¹²² verstößt es jedenfalls gegen die Verfassungs(organ)t-reue, wenn der Gesetzgeber ein »kurz zuvor durch das BVerfG für verfassungswidrig und nichtig erklärte[s] Gesetz neu erläßt«. ¹²³ Doch auch darüber hinaus wird aus der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) eine Korrekturpflicht des Gesetzgebers bejaht,¹²⁴ wenn sich seine Prognosen über tatsächliche Entwicklungen nicht realisierten,¹²⁵ oder wenn »die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes erkannt oder doch jedenfalls deutlich erkennbar wird«, ¹²⁶ ohne dass aber eine (justiziable) allgemeine und fortdauernde Beobachtungspflicht des Gesetzgebers bestünde.¹²⁷ Letzterer Aspekt unterstreicht erneut die Notwendigkeit nicht nur einer Ursache, sondern auch eines Anlasses für eine Dynamik des materiellen Strafrechts.

bb) Veränderung des »Korridors«

Bei alledem ist zu beachten, dass der verfassungsrechtliche Korridor seinerseits einer Dynamik unterworfen ist. Denn Verfassungsrecht selbst ist – jedenfalls in Deutschland – weder in seinem Textkorpus¹²⁸ noch in seiner

121 BVerfGE 39, 1 (2 f., 68): »Es ist Sache des Gesetzgebers, die Fälle des indizierten und des nicht indizierten Schwangerschaftsabbruchs näher voneinander abzugrenzen. Im Interesse der Rechtsklarheit bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung erschien es geboten, gemäß § 35 BVerfGG eine Anordnung des aus dem Urteilstenor ersichtlichen Inhalts zu erlassen«; BVerfGE 88, 203 (209 ff., 336 f.).

122 Hierzu *H. Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 71 f., 195 ff. m.w.N.

123 *Vofßkuhle*, NJW 1997, 2216 (2218) m.w.N.

124 Hierzu *Schulze-Fielitz*, in: Dreier³, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 86; *Höfling/Andreas Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 34 Rn. 14 ff.

125 BVerfGE 50, 290 (335); BVerfGE 95, 267 (314 f.); BVerfGE 97, 271 (293); BVerfGE 110, 141 (158, 166); BVerfGE 113, 167 (234).

126 BVerfGE 88, 203 (310).

127 Siehe hierzu noch ausführlich unten § 4 II. 3.

128 Siehe nur *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Änderungen des Grundgesetzes seit 1949 mit einer Übersicht zu den 57 (Text-)Änderungen des

Auslegung versteinert; in Übertragung eines geflügelten Wortes zur EMRK lässt sich auch von einer »lebenden Verfassung« sprechen.¹²⁹ Hier ist indes nicht der Ort, die moderne Verfassungsentwicklung Deutschlands nachzuzeichnen.¹³⁰ Vielmehr sei auf drei strafrechtsspezifische Dynamiken des Verfassungsrechts hingewiesen:

Dass es sich bei dem Schandmal BVerfGE 6, 389 zu § 175 StGB a.F.¹³¹ – zumindest aus heutiger Sicht – um eine evidente Fehlinterpretation handelt, jedenfalls aber seitdem ein vollkommener Verfassungs(interpretations)wandel bei insoweit unverändertem Grundrechtskatalog eingetreten ist, zeigt sich eindrücklich¹³² in der von manchen schon als aktivistisch verschrienen neueren Rechtsprechung des BVerfG zu gleichgeschlechtlichen Partnerschaften,¹³³ aber auch daran, dass der Gesetzgeber – vergleichbar mit den Wirkungen nach § 79 Abs. 1 BVerfGG – eine Aufhebung auf Grundlage jener früheren Strafvorschrift erlassener Urteile anordnete.¹³⁴ In kürzerer Zeit und innerhalb des hiesigen Untersuchungszeitraums vollzog sich ein – indes auch europäisch durch Rechtsprechung des EGMR bedingter – Verfassungswandel im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung,¹³⁵ wobei die Frage deren Ausgestaltung (»Abstandsgebot«) dem BVerfG einen Ausweg bot, den Verfassungswandel – jedenfalls nach Überwindung der Zulässigkeitshürde¹³⁶ – teilweise zu kaschieren. Noch grundlegender sind Veränderungen, die in der Rechtsprechung des BVerfG zur Frage der Strafzwecke zu vernehmen sind.¹³⁷ Während sich das BVerfG zunächst klar für eine Vereinigungstheorie aussprach,¹³⁸ ließen sich der Rechtsprechung nachfolgend eher präventiv-relative Tendenzen

Grundgesetzes bis 2009. Die bislang letzte und 65. Änderung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 104a und 143h) v. 29.09.2020, BGBl. 2020 I, S. 2048.

129 So, wenngleich krit., *H.-P. Schneider*, NJW 1983, 1529 (1529).

130 Hierzu grundlegend – mit Kontrastierung von Stabilität und Dynamik – *Bryde*, Verfassungsentwicklung; aus neuerer Zeit exemplarisch *H. Dreier*, in: *Dreier*³, Art. 79 Abs. 1 GG Rn. 38 ff.; *Pschorr/Spanner*, DÖV 2020, 91 ff.; *Volkmann*, JZ 2018, 265 (268 ff.); *Vofßkuhle*, JuS 2019, 417 (418 ff.).

131 Siehe hierzu oben § 1 IV. 1. a) aa) in Fn. 1069.

132 Kontrastierung bei *Pschorr/Spanner*, DÖV 2020, 91 ff.

133 Etwa BVerfGE 133, 377.

134 Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen, BGBl. 2017 I, S. 2443.

135 Zunächst BVerfGE 109, 190; nachfolgend BVerfGE 128, 326.

136 BVerfGE 128, 326 (Ls. 1, 364 f.).

137 Siehe hierzu bereits oben § 1 IV. 2. c) aa) in Fn. 1224.

138 Insbes. BVerfGE 45, 187 (253 f., 256 ff.); BVerfGE 64, 261 (271).

entnehmen.¹³⁹ Zuletzt traten jedoch – während der Amtszeit *Landaus* als Berichterstatter für das Strafrecht – repressiv-absolute Tendenzen in den Vordergrund, teils mit explizitem Verweis darauf, dass Strafe »die Bestimmung [habe], gerechter Schuldausgleich zu sein«,¹⁴⁰ *nota bene* in wörtlicher Kongruenz mit der Auffassung des vorgenannten Richters des Bundesverfassungsgerichts.¹⁴¹

b) *Europäisches und Internationales Strafrecht*

Die beiden vorgenannten Modi – Rückführung in den und Veränderung des »Korridor[s]« – treten auch in Bezug auf die Bindungen des Europäischen und Internationalen Strafrechts auf, die hier zum Strafverfassungsrecht gezählt werden.¹⁴² Es ist allerdings bei den bedeutendsten Rechtsquellen weiter zu differenzieren:

aa) EMRK

Eine Anpassung der innerstaatlichen Rechtslage¹⁴³ an die Maßgaben der EMRK ließe sich zwar, etwa im Kontext der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EGMR,¹⁴⁴ als Rückführung in den »Korridor« interpretieren, zumal der Textkorpus der EMRK in Bezug auf die menschenrechtlichen Garantien hohe Konstanz aufweist.¹⁴⁵ Allerdings ist hier wie bei sonst kaum einem anderen Normenwerk auf dessen dynamische Weiterentwicklung und damit auf eine Veränderung des »Korridors« zu verweisen. Leitend und prägnant hierzu ist das 1978 ergangene, strafrechtsbezogene *Tyler*-Urteil: »[T]he Convention is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day con-

139 Insbes. BVerfGE 90, 145 (184 f.); 120, 224 (251 f.).

140 BVerfGE 140, 317 (Rn. 53 ff.); zuvor auch BVerfGE 123, 267 (408).

141 *Landau*, NStZ 2014, 425 (427).

142 Siehe hierzu oben Einführung I. 1. b).

143 Zur jedenfalls kriminalpolitischen Notwendigkeit siehe oben § 1 II. 1. d) aa).

144 EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 (M ./.. Deutschland); nachfolgend EGMR, Urt. v. 04.12.2018 – Nr. 10211/12, 27505/14 (Ilseher ./.. Deutschland).

145 Erweiterungen erfolgten durch das erste (SEV Nr. 009), vierte (SEV Nr. 046), sechste (SEV Nr. 114), siebte (SEV Nr. 117), zwölfte (SEV Nr. 177 – von Deutschland bislang nur gezeichnet, aber nicht ratifiziert) und dreizehnte (SEV Nr. 187) Zusatzprotokoll; im Hinblick auf die *margin of appreciation*-Doktrin auch das fünfzehnte Zusatzprotokoll (SEV Nr. 213).

ditions.«¹⁴⁶ Diese dynamische Auslegung und damit die prägende Rolle des EGMR ist heute allgemein anerkannt,¹⁴⁷ in Bezug auf das materielle Strafrecht in Deutschland – mit vorgenannter Ausnahme der Sicherungsverwahrung – indes noch nicht durchgreifend operativ geworden.

bb) EU-Strafrecht (Europäisches Strafrecht i.e.S.)

Prototypisch für einen sich wandelnden Korridor stehen die materiell-strafrechtlichen Vorgaben des EU-Rechts und dort namentlich die Rahmenbeschlüsse und zuvor Rahmenbeschlüsse des EU-Sekundärrechts.¹⁴⁸ Denn mit ihrem Inkrafttreten bringen sie zum Ausdruck, innerhalb welchen Rahmens sich das mitgliedstaatliche Strafrecht – spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist – bewegen muss; ab jenem Zeitpunkt begründen die Rahmenvorgaben des EU-Rechts eine neue, im Vergleich zum *status quo ante* tendenziell punitivere Statik.¹⁴⁹ Im Lichte der europarechtlich fundierten und verfassungsrechtlich anerkannten Umsetzungsverpflichtung stellen somit EU-Vorgaben an das mitgliedstaatliche Strafrecht eine auch quantitativ bedeutende¹⁵⁰ Ursache, vor allem aber einen Anlass für die Strafrechtsentwicklung dar, jedenfalls soweit – wie sehr häufig – die Rechtslage in Deutschland noch nicht (vollständig) mit der (neuen) Vorgabe in Einklang steht.¹⁵¹

Dies darf jedoch keinesfalls dahingehend missverstanden werden, dass materiell-strafrechtliche Vorgaben des EU-Rechts gleich einem *deus ex machina* urplötzlich und heteronom entstünden: Die Normgenese in der Europäischen Union ist zum einen mit der mitgliedstaatlichen Kriminalpolitik eng verzahnt.¹⁵² Zum anderen erfolgt Strafrechtsetzung auf europäischer Ebene, fast noch mehr als auf nationaler Ebene, topisch und setzt ihrerseits wiederum eine Ursache wie einen Anlass voraus und wird von Motivationen

146 EGMR, Urt. v. 25.04.1978 – Nr. 5856/72 (Tyrer ./ Vereinigtes Königreich) mit Verbot der Prügelstrafe.

147 Siehe nur *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷, § 5 Rn. 14 ff.; *Mayer*, in: Karpenstein/Mayer³, Einl. Rn. 48 ff.; *D. Richter*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG³, Kap. 9 Rn. 85 f.; *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG³, Kap. 4 Rn. 71 ff.; *Klocke*, EuR 2015, 148 ff.; *Ress*, ZaöRV 69 (2009), 289 (292); jew. m.w.N.; ferner aus strafrechtlicher Sicht *F. Meyer*, in: SK-StPO³, EMRK Einl. Rn. 88 ff., insbes. 94 ff.

148 Siehe hierzu auch unten Anhang B.

149 Siehe bereits oben § I III. 1.

150 Siehe hierzu noch unten § 6 I. 1. e).

151 Siehe hierzu unten Anhang B V. 5.

152 Siehe hierzu nur *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 ff. sowie unten § 5 II. 3.

getragen. Unter Beachtung der spezifischen Rahmenbedingungen – etwa des kompetenziellen und sonstigen europaverfassungsrechtlichen Rahmens, des Agierens im Mehrebenensystem und des komplexen Zusammenspiels der europäischen Legislativorgane – lassen sich daher die nachfolgenden Ausführungen zu Ursachen, Anlass und Motivationen von Dynamiken im nationalen Strafrecht auf die europäische Ebene übertragen. Hierfür spricht auch die These der Möglichkeit eines »Spiels über die europäische Bande«,¹⁵³ die ein Äquivalent kriminalpolitischer Inhalte (»policies«) bei verschiedenen (nationalen bzw. europäischen) Wegen zur Verwirklichung dieser Inhalte (und damit die Frage der »politics«) postuliert.

cc) Völkerrecht

Den atypischen Sonderfall von bindenden Resolutionen des VN-Sicherheitsrats beiseite lassend,¹⁵⁴ zeigt sich bei völkervertraglichen strafrechtsrelevanten Vorgaben¹⁵⁵ die Besonderheit, dass die volle völkerrechtliche Bindung erst mit der Ratifikation des Vertrags eintritt. Der Gesetzgeber hat es daher – rein rechtlich betrachtet – selbst in der Hand zu entscheiden, ob er eine solche Veränderung der völkerrechtlich vorgegebenen Statik wünscht (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG);¹⁵⁶ in der Praxis der Strafgesetzgebung erfolgt die Anpassung der Strafrechtssituation an die Vorgaben völkervertraglicher Regelwerke daher in aller Regel *vor* oder *gleichzeitig* mit dem Ratifikationsgesetz.¹⁵⁷ Kurzum: Es ist – wie bei autonom-nationaler Strafgesetzgebung – ein aktives Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers nötig, das seinerseits einer Ursache und eines Anlasses bedarf und von Motivationen getragen ist.

Gleichwohl wäre es – selbst in Anbetracht deren begrenzter Konstitutionalisierungswirkung¹⁵⁸ – verkürzt, völkervertragliche Regelwerke und

153 Vgl. nur *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 65; *Lüderssen*, GA 2003, 71 (71); *Mitsilegas*, CMLRev 2006, 1277 (1287 f.); *Schünemann*, GA 2004, 193 (200 f.); ergänzend noch unten § 5 II. 2. b) bb).

154 Hierzu *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 229 ff.; *Macke*, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht sowie oben § 1 III. 1. c) bb) (2).

155 Siehe hierzu oben § 1 III. 1. c) bb).

156 Über diese Bindung kann sich der Gesetzgeber grundsätzlich auch dadurch hinwegsetzen, dass er »vom völkerrechtlich Vereinbarten abweichende Gesetze« erlässt (BVerfGE 141, 1 [Rn. 55]). Die völkerrechtliche Bindung selbst ist zwar durch Kündigung aufhebbar, doch soll die Kompetenz hierfür nicht beim Gesetzgeber, sondern bei der Bundesregierung liegen (siehe oben § 1 II. 1. d) cc) in Fn. 316).

157 Siehe unten Anhang A III. 17.; Anhang A IV. 10.; Anhang A IV. 11.; Anhang A IV. 17.; Anhang A VI. 2.

158 Siehe hierzu oben § 1 III. 1. c) bb) (1).

die mit deren Genese einhergehenden Besonderheiten außer Acht zu lassen. Denn auch hier zeigt sich eine, wenngleich anders gelagerte und noch stärker gubernativ dominierte Interaktion mit der nationalen Ebene der Kriminalpolitik in einem Mehrebenensystem, die eine Überlagerung nationaler und multinationaler kriminalpolitischer Inhalte, Akteure und Prozesse zur Folge hat. Zugleich ist für einen völkerrechtlichen Vertrag(sentwurf) ebenfalls Voraussetzung, dass Völkerrechtssubjekte in einen Verhandlungsprozess eintreten, mithin die begrenzten Ressourcen aus einem bestimmten Anlass und wegen einer bestimmten Ursache hierfür verwenden. Liegt aber dann ein fertig verhandelter Vertragstext vor, kann bereits dieses Faktum zu einer kriminalpolitischen Konstitutionalisierung führen¹⁵⁹ und sodann den Handlungsspielraum des nationalen Strafgesetzgebers politisch begrenzen; je breiter ein Konsens der Staaten insbesondere Europas im Hinblick z.B. auf die Legitimität, Erforderlichkeit, Gebotenheit und Angemessenheit einer Konvention des Europarats ist, desto schwieriger ist es, sich – ungeachtet einer fehlenden völkerrechtlichen Bindung – kriminalpolitisch diesem Regelwerk vollständig zu widersetzen. Zusammenfassend lässt sich aber eine völkerrechtliche Rahmenvorgabe eher als Auslöser denn als Ursache für Strafgesetzgebung begreifen, da und soweit die völkerrechtliche Bindung bei Strafgesetzgebung zumeist nicht einen Selbstzweck darstellt.

Fast vollständig in die Domäne kriminalpolitischer Einflusslinien und auf die Frage des Auslösers von Strafgesetzgebung verschoben, aber gleichfalls keinesfalls unbeachtlich, sind Evaluationen und sonstige Erscheinungsformen eines »soft law«. ¹⁶⁰ Doch auch hier darf die, streng völkerrechtlich betrachtet nur vermeintliche, aber zum Teil von nationaler Strafgesetzgebung wahrgenommene Verpflichtung zur Umsetzung entsprechender Empfehlungen zwar als unmittelbare Ursache (und zugleich Auslöser) der Strafgesetzgebung verstanden werden; dahinter steckt jedoch stets eine durch den jeweiligen supra- oder transnationalen Akteur vermittelte Ursache (namentlich Verhaltensregulierung, geänderte Zielsetzung und Optimierung), die dieser aus Anlass eines konkreten Auslösers (und sei es nur eine routinemäßige Evaluierungsverpflichtung) in die nationale Kriminalpolitik einspeist.

159 Siehe hierzu oben § 1 III. 1. c) bb) (3).

160 Siehe hierzu oben § 1 III. 1. c) cc) m.w.N.

3. Verhaltensregulierung

a) Ziel des Strafrechts und der Strafgesetzgebung: Verhaltensregulierung

Gleichermaßen wie andere Rechtsgebiete¹⁶¹ dienen das Strafrecht¹⁶² und vor allem Strafgesetzgebung der Verhaltensregulierung, also der Beeinflussung menschlichen Verhaltens durch Setzung von (strafrechtlichen) Regelungen.¹⁶³ Auf den ersten Blick mag diese funktionale Sicht¹⁶⁴ quer liegen zur häufig verkürzt anzutreffenden Sentenz, Strafrecht diene dem Rechtsgüterschutz.¹⁶⁵ Doch es beantwortet nur eine andere Frage: Während sich bei der Strafe als solcher die Frage nach dem »wofür« und des »wozu« stellt,¹⁶⁶ ist es hier die Frage des »wodurch«, die im Vordergrund steht. Denn *unmittelbar* geht es bei Strafrechtsnormen nicht darum, etwa ein Menschenleben (als »Rechtsgut«) in Gänze zu schützen, etwa vor einem gefährlichen Virus; derartiges kann das Strafrecht als solches nicht leisten. Vielmehr verfolgt

161 Siehe nur *Spiecker gen. Döhmman*, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2015, 49 (51 ff.); *K. Günther*, in: FS Neumann, S. 825 (827 f.).

162 Genauer: Die sanktionierbaren Ge- und Verbote des materiellen Strafrechts im Zusammenspiel u.a. mit dem strafprozessrechtlichen Instrumentarium; vgl. *Spiecker gen. Döhmman*, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2015, 49 (51).

163 In diese Richtung ebenfalls *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, S. 53 sowie *Kubiciel/Weigend*, KriPoZ 2019, 35 (35): »Das Strafrecht will also nicht die Existenz von [...] Rechtsgütern garantieren, sondern die Beachtung von Verhaltensnormen, die subjektive Rechte und überindividuelle Institutionen schützen. Anders gewendet: Es schützt Verhaltensstandards im Umgang mit fremden Rechtspositionen«; ferner *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, S. 70 ff.: »Steuerungsfunktion des Tatbestands«; *Saliger*, ZfStw 2022, 276 (280) sowie – indes mit Verknüpfung zu einem »ethischen Tadel« *Hoven*, GA 2022, 241 (242 ff.); bezogen auf »Risikosteuerung« ebenfalls *Brunhöber*, in: FS Schünemann, S. 3 (6 ff.); begrenzt auf die Rezeption durch die Gesellschaft auch *T. Walter*, Der Kern des Strafrechts, S. 53 ff., 58. Hingegen zu sehr auf eine einzelne, bereits eingetretene Normverletzung abstellend *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, S. 203.

164 Vgl. nur *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, S. 323; siehe auch die Diskussion einer »Funktionalisierung« des Strafrechts bei *Prittowitz*, StV 1991, 435 ff.

165 Siehe, statt aller, *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil⁷, Rn. 3 m.w.N.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts⁵, § 1 III 1; *C. Roxin/Greco*, AT I⁵, § 2 Rn. 1; ferner *Hassner*, NSTZ 1989, 553 (557 f.); treffender, aber im Hinblick auf latente Funktionen zu eng, *Freund*, GA 1995, 4 (6): »Rechtsgüterschutz[...] durch Verhaltensnormen«.

166 Zu dieser Umformulierung siehe nur *U. Neumann*, in: U. Neumann/Prittowitz (Hrsg.), »Personale Rechtsgutslehre« und »Opferorientierung im Strafrecht«, S. 85 (87); ferner *B. Vogel*, ZStW 129 (2017), 629 (629). Zur Frage, ob als Grund der Strafe eine demokratische Entscheidung genügt, vgl. *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 ff. einerseits, *Zaczyk*, Der Staat 50 (2011), 295 ff. andererseits.

eine Strafrechtsnorm – wie für Rechtsnormen auch allgemein typisch¹⁶⁷ – unmittelbar nur den Zweck, auf das Verhalten von Menschen einzuwirken.¹⁶⁸ Auf einem anderen Blatt steht indes zum einen die Frage nach der *Wirksamkeit* gerade des Strafrechts zur Verhaltensregulierung,¹⁶⁹ die indes nicht das Ziel, sondern lediglich dessen Geeignetheit in Zweifel ziehen könnte, zum anderen dessen Legitimität, die im Rahmen dieser Untersuchung nur aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts bemessen wird.

aa) Manifeste Funktionen und Ziele

Diese Einwirkung erfolgt zunächst – in der Terminologie *Hassemers*: »manifest«¹⁷⁰ – durch die Verhaltensnorm und die darin enthaltene, rechtlich verbindliche Maßgabe, sich nicht auf eine bestimmte verbotene Art und Weise¹⁷¹ sondern normkonform zu verhalten. Ihre verhaltenslenkende Wirkung wird – zumindest von Vertretern eines Präventionsparadigmas – vorausgesetzt bzw. vermutet, sei es unmittelbar und *ab initio* im Wege negativer Generalprävention, sei es mittelbar durch Verhängung einer Strafsanktion. Auch wer Strafe als Bekräftigung der Normgeltung versteht, wird diese nicht um ihrer selbst willen statuieren, sondern um der Wirkungen der Norm(en) willen. Doch auch wer den repressiven Charakter der Strafe hervorhebt, Vergeltung als alleinige Legitimationsgrundlage des Strafrechts sieht und daher eine prospektive Verhaltenssteuerung durch das Strafrecht ablehnt, sollte den Blick nicht verschließen vor der Verzahnung der strafrechtsimmanenten Verhaltensnormen mit anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Polizeirecht, und die hierdurch ermöglichten unmittelbar präemptiven Eingriffe zur Gewährleistung normkonformen Verhaltens.¹⁷² Wenn auch diese unmittelba-

167 Deutlich *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, S. 373.

168 Wenngleich sich unter diesen Obersatz auch die Anwendung der Strafrechtsnormen durch die Akteure der Strafrechtspflege, also insbesondere Richter*innen, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, subsumieren ließe, stehen diese hier – weil deren Agieren nicht um derer selbst Willen erfolgt – nicht im Vordergrund.

169 Zweifelnd – aus dem Blickwinkel der Funktionalisierung – und mit der Prognose einer Enttäuschung der in das Strafrecht gelegten Erwartungen *Prittowitz*, StV 1991, 435 (437, 441); *Prittowitz*, in: Schünemann-Symposium, S. 287 (288, 291 f.).

170 *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (555 f.).

171 Zur Begrenzung auf »bestimmt geartete Angriffe« *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, S. 53 m.w.N.

172 Hierzu bereits oben § 1 IV. 2. c) bb); zur Begehung von Straftaten als polizeirechtliche Gefahr ausführlich *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 257 ff. Zudem ist hier die wirklichkeitswissenschaftliche Perspektive in Erinnerung zu rufen.

ren Wirkungen einer jeden Strafrechtsetzung (allenfalls) auf begrenzte und notwendigerweise unvollkommene Weise einen (fragmentarischen) Schutz eines »Rechtsguts« gegen spezifizierte Angriffs- oder Gefährdungsvektoren¹⁷³ erzielen können, so kann gerade die Erreichung eines solchen Schutzes Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein. Zugleich bieten die manifesten Funktionen einer Strafnorm einen geeigneten, ja auf der Hand liegenden Prüfungsgegenstand für die Prüfung, ob sich Verhaltens- und auch Sanktionsnorm innerhalb des Rahmens des Strafverfassungsrechts bewegen.

bb) Latente Funktionen und Ziele

Aus der im Rahmen dieser Untersuchung eingenommenen auch kriminalpolitikwissenschaftlichen Perspektive wäre es jedoch zu kurz gegriffen, nur diese manifesten Funktionen von Strafrecht und Strafgesetzgebung in den Blick zu nehmen. Ohne eine Bewertung vorwegzunehmen,¹⁷⁴ sind auch die von *Hassemer* als »latent« bezeichneten Funktionen als mögliche Ziele von Strafgesetzgebung – und damit zugleich als deren mögliche Ursache – deskriptiv-analytisch zu beachten. Dies erstreckt sich auf alle intentionalen¹⁷⁵ Auswirkungen auf das menschliche Verhalten abseits des konkret durch die Verhaltensnorm umschriebenen bzw. verbotenen Verhaltens.

(1) ... auf »Handelndenseite«

Bereits auf »Handelnden« bzw. »Täterseite«¹⁷⁶ beginnt das Spektrum derartiger latenter Folgen mit der Unterbindung von Verhalten auch im Grau- bzw. Grenzbereich zur Strafbarkeit: Trotz aller Bestimmtheitsanforderungen an das materielle Strafrecht¹⁷⁷ gibt es Grenzbereiche, deren Auslegung sich von Normunterworfenen nicht verlässlich vorhersagen lässt, vor allem aber eine (auch hingegenommene) Unkenntnis über sämtliche Details der Strafnormen

173 Ähnlich *Kubiciel/Weigend*, *KriPoZ* 2019, 35 (35): »Angriffsformen«; siehe auch *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, S. 53.

174 Siehe noch nachfolgend § 2 III. 3. a) bb) (3).

175 Nicht-intentionale Folgen – etwa »Nebenwirkungen« in Gestalt von unbeabsichtigten »chilling effects« – können bereits begriffsslogisch kein mit Strafgesetzgebung verfolgtes Ziel, und damit auch nicht deren Ursache sein.

176 In Ermangelung eines besseren Begriffs möge hier, getreu des üblichen strafrechtlichen Duktus', »Täter« für diejenige natürliche Person stehen, die sich potentiell strafbar verhalten hat oder verhält.

177 Siehe hierzu noch unten § 7.

und etwa verbleibender »Strafbarkeitslücken«. Risikoaverse Personen werden sich jedoch, soweit situativ möglich, bereits von derartigen Grau- und Grenzbereichen fernhalten.¹⁷⁸ Eine weitere latente Folge kann in der »täterseitigen« Vornahme von Präventionsmaßnahmen (»Compliance«) gesehen werden, mit denen insbesondere Verstöße auch *anderer* Personen wirksam verhindert werden sollen;¹⁷⁹ dies liegt etwa im Kontext des § 130 OWiG und der Diskussion um die Einführung einer Verbandsverantwortlichkeit auf der Hand. Die wohl einschneidendsten latenten Folgen sind jedoch dann gegeben, wenn jemand aus Anlass einer Straftat in Strafhaft, Unterbringung oder Sicherungsverwahrung genommen wird: Denn dies bewirkt – durchaus intentional – nicht nur die Unterbindung weiterer Straftaten, die derselben Verhaltensnorm wie die Anlasstat unterliegen. Vielmehr ist einem Gefangenen, Verwahrten und Untergebrachten in weiten Bereichen schlicht die Möglichkeit genommen, sich frei zu betätigen und insbesondere auch gegen *andere* strafrechtliche Verhaltensnormen zu verstoßen.¹⁸⁰ In abgeschwächter Form zeigt sich dies bei der Einziehung von Tatmitteln (§ 74 StGB) und, infolge einer dann teils sehr feingliedrig ermöglichten Verhaltenssteuerung, auch bei anderen, nicht mit Freiheitsentzug einhergehenden strafrechtlichen Rechtsfolgen.¹⁸¹

(2) ... auf »Verletztenseite«, auf Seiten Dritter und auf gesellschaftlicher Ebene

Nicht minder bedeutsam sind latente Funktionen auf Seite derjenigen, die sich durch entsprechende Verhaltensweisen bedroht fühlen – und denen diese Kriminalitätsfurcht genommen werden soll,¹⁸² gleich ob diese rational oder irrational ist. Denn wengleich Furcht etwas Subjektives ist, kann sie sich

178 *Prittwitz*, NStZ 1989, 8 (10 f.): Kriminalpolitische »Tendenz zur Tabuisierung ganzer Bereiche, von denen man als Bürger seine Finger lassen soll.«

179 Jedenfalls soweit eine »committed compliance« verfolgt wird und nicht alibi-hafte oder subversive Strukturen und Mechanismen geschaffen werden; zur Differenzierung der Strategien grundlegend *McBarnet*, in: Braithwaite (Hrsg.), *Taxing Democracy*, S. 229 (229 ff.).

180 Eindrücklich § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB, der eine Identität mit den konkret abgeurteilten Anlasstaten (wengleich üblich) nicht zwingend voraussetzt.

181 Vgl. *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 365 (393).

182 Vgl. *Aden*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 121 (126); *Schlepper*, *Strafgesetzgebung*, S. 104 ff.

objektiv niederschlagen in anderem Verhalten¹⁸³ als demjenigen, das das betreffende Individuum bei oder infolge einer geänderten Strafrechtsslage (rational oder irrational!) zeigen würde. Auch bezogen auf Dritte, die sich weder als »Täter« noch als »Verletzte« eingruppiieren lassen, können Verhaltensänderungen intendiert werden: so bei einem »Marktdelikt«, wenn nur eine Seite des Marktes »ausgetrocknet« wird, dies aber zugleich die andere Seite des Marktes trifft, oder eindrücklich bei § 217 StGB a.F. mit klaren Folgewirkungen auf suizidwillige Personen.

Von diesen individuellen Ebenen abstrahieren lassen sich die Funktionen der Vermeidung von Selbstjustiz sowie des Ringens um gesellschaftliche Befriedung, ja auch um die Funktion der Erzielung gesellschaftlicher Veränderungen.¹⁸⁴ Doch selbst bloße »gesetzgeberische Wertbekenntnisse«, eine schlichte »Befriedigung eines »Handlungsbedarfs«¹⁸⁵ oder auch nur »Schaufenstergesetze«¹⁸⁶ können, indem sie zur Normstabilisierung, zur Vermeidung von Kriminalitätsfurcht und auch nur zu politischen Wahlentscheidungen, mithin zur Kommunikation mit den Bürgern¹⁸⁷ beitragen (sollen),¹⁸⁸ als latente Funktionen von Strafgesetzgebung angesehen werden.¹⁸⁹

(3) Auswirkungen latenter Funktionen auf die Verfassungskonformität von Strafgesetzen

Strikt von der vorherigen deskriptiv-analytischen Ebene zu trennen ist die Legitimitätsfrage, die im Rahmen dieser Untersuchung allein am Maßstab

183 Sei es etwa das Vermeiden gefährlich wahrgenommener Orte im tagtäglichen Leben, sei es in politischen Wahlentscheidungen.

184 In diese Richtung auch Hassemer, NStZ 1989, 553 (554): Erziehung »zu ökologischer Sensibilität«.

185 Hassemer, NStZ 1989, 553 (554).

186 *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 8 Rn. 15.

187 Dies geht mithin über die Frage der Kommunikation *durch* das Recht hinaus; hierzu K. Günther, Criminal Law, Crime and Punishment as Communication, S. 12 ff. m.w.N.

188 Vgl. *Frankenberg*, KJ 2005, 370 (373).

189 Erneut sei darauf hingewiesen, dass der Legitimität derartiger Gesetzgebung hier nicht das Wort geredet werden soll; an dieser Stelle steht lediglich im Vordergrund eine Systematisierung möglicher Erscheinungsformen unbeschadet deren verfassungsrechtlicher (siehe sogleich § 2 III. 3. a) bb) (3)) und strafrechtstheoretischer Legitimität.

des Strafverfassungsrechts beantwortet werden soll.¹⁹⁰ Sie konkretisiert sich hier auf die Frage, ob und inwieweit »latente« Freiheitsbegrenzungen, etwa im Sinne von »chilling effects«, die Folge von (neuen) Strafgesetzen sind, zu deren Verfassungswidrigkeit führen können.

Prüfungsgegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrolle ist zwar allein das Strafgesetz als solches; eine »neben« dem Strafgesetz liegende Folge ist jedenfalls nicht isoliert rügar. Daraus folgt erstens, dass zunächst zu hinterfragen ist, ob das Strafgesetz in Anbetracht seiner manifesten Funktionen – und daher aus Sicht eines präsumtiven Täters, der sich normkonträr verhält¹⁹¹ – mit dem Maßstab des Verfassungsrechts vereinbar ist.¹⁹² Verfolgt das Strafgesetz als solches (d.h. bezogen auf seine manifesten Funktionen) kein legitimes Ziel, ist es ungeeignet, nicht erforderlich oder nicht angemessen, so erübrigt sich die Frage latenter Funktionen. Daher können latente Funktionen des Strafrechts keine »an sich« verfassungswidrige Vorschrift »heilen«, sondern die verfassungsrechtliche Prüfung nur verschärfen. Zweitens ist in der Verfassungsrechtsprechung und -literatur anerkannt, dass auch mittelbare Folgewirkungen – und damit auch latente Funktionen – zu berücksichtigen sind, soweit ihnen Eingriffsqualität zukommt. Dies beruht auf dem weiten, modernen Eingriffsbegriff¹⁹³ und führte etwa im Fall des § 217 StGB a.F. zur Verfassungswidrigkeit jener Strafnorm, weil sie in verfassungswidriger Weise in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der – nicht selbst normunterworfenen – Suizidwilligen eingriff.¹⁹⁴ Drittens ist eine Tendenz in der Verfassungsrechtsprechung zu erkennen, die über konkrete Eingriffe hinausgehend im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung¹⁹⁵ auf Ebene der Angemessenheit *sämtliche* mittelbaren Auswirkungen einer Regelung und damit auch deren jeweilige verfassungsrechtliche Legitimität berücksichtigt haben wissen will.¹⁹⁶

190 Mit anderen Worten: Ob die Verfolgung latenter Funktionen kriminalpolitisch für überzeugend empfunden wird, ob sie im Einklang mit einer bestimmten Strafrechtstheorie oder -philosophie steht, möge auf einem anderen Blatt stehen.

191 Sei es retrospektiv bei einer Urteilsverfassungsbeschwerde, sei es prospektiv bei einer Verfassungsbeschwerde gegen das Strafgesetz als solches.

192 Zu Pönalisierungsgrenzen siehe oben § 1 IV.

193 Siehe hierzu oben § 1 IV. 1. a) bb) m.w.N.

194 BVerfGE 153, 182 (Rn. 214 ff.); auf den hierbei notwendigen Konnex weist dezidiert *Brunhöber*, NStZ 2020, 538 (539 f.) hin.

195 Nicht hingegen auf Zulässigkeitsebene, etwa für eine Gesetzesverfassungsbeschwerde, die unverändert eine konkrete Betroffenheit voraussetzt.

196 Eindringlich zuletzt BVerfGE 154, 17 (Ls. 6b): Werden mittelbare Auswirkungen staatlichen Handelns (hier der EZB) außer Acht gelassen, führe dies zu einer »weitgehende[n] Entleerung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit« (Rn. 160), die »methodisch nicht nachvollziehbar ist« (Rn. 133); zuvor – zu »chilling effects«

Dies bedeutet zwar nicht automatisch, dass »symbolisches Strafrecht« bei einem Überwiegen latenter Funktionen verfassungswidrig wird,¹⁹⁷ doch es bietet einen hinreichend operablen Anknüpfungspunkt und damit auch kritisches Potential bei deutlich überwiegender Symbolhaftigkeit, ohne auf stark subjektive Wahrnehmungen eines »Schwerpunkts« auf manifesten oder aber auf latenten Funktionen angewiesen zu sein. Zudem verdeutlicht dieser Maßstab, dass auch latente Funktionen nicht *per se* verfassungswidrig sind – dass sie aber immer dann, wenn ihnen Eingriffsqualität zukommt, mit dem Grundgesetz (und, soweit einschlägig, auch mit dem Europarecht) vereinbar sein müssen.

cc) Zusammenführung

Auf dieser Grundlage – Strafrecht und Strafgesetzgebung dienen der Verhaltensregulierung – ergibt sich,¹⁹⁸ dass Ursache von Strafgesetzgebung zunächst einmal *jedes* von den Akteuren der Politik neu erkannte,¹⁹⁹ geänderte oder aktualisierte Ziel einer (insbesondere: anderen oder verschärften) Verhaltensregulierung sein kann,²⁰⁰ dessen Verwirklichung durch Strafgesetzgebung²⁰¹ zumindest als möglich erscheint.²⁰²

im strafprozessualen Kontext – BVerfGE 125, 260 (335); EuGH [GK], Urt. v. 08.04.2014 – C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland), Rn. 28 sowie *Ohlraun*, Art. 10 GG, S. 110 ff.; *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, S. 140 ff.; *Oermann/Staben*, Der Staat 52 (2013), 630 (640 ff.).

197 In diese Richtung der, indes nicht klar verfassungsrechtlich ausgerichtete Maßstab bei *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (556). Seine Argumentation wird dadurch geschwächt, dass er etwa dem Völkermordtatbestand eine Anwendbarkeit weitestgehend absprach; die traurige Realität ist eine andere (siehe nur BGH StV 2016, 738).

198 Zur Klarstellung: Aus politikwissenschaftlicher, d.h. wirklichkeitswissenschaftlicher Sicht, ohne dass hiermit sogleich eine Wertung verbunden sein möge.

199 Vgl. hierzu auch das im politischen Diskurs sehr häufig verwendete Bild einer zu schließenden »Strafbarkeitslücke«; zur Empirie *Schlepper*, Strafgesetzgebung, S. 154 ff.

200 Vgl. auch *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 43; *K. Günther*, in: FS 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 267 (267, 276); allg. *Waldhoff*, ZfP 2019, 98 (99, 106 ff.).

201 Vgl. *Brunhöber*, in: Puschke/Singelstein (Hrsg.), Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft, S. 193 (202) mit dem Postulat einer veränderten Einschätzung der Steuerungsfähigkeit durch das Strafrecht.

202 Vgl. auch *Waldhoff*, ZfP 2019, 98 (99 ff.): »Gesetze sind in Rechtsform gegossene Politik«; ferner *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 187: »das Gesetz wird zum Instrument einer planenden Politik«.

In diesen, je Gesetz(esinitiative) potentiell divergierenden Zielsetzungen können sich dabei vielfältige, einander widersprechende Vorstellungen unserer pluralistischen Gesellschaft manifestieren. Zudem schließt dies sowohl die Anpassung an (gesellschaftlichen usw.) Wandel ebenso mit ein wie die Gestaltung solchen Wandels.²⁰³ Aus der Perspektive der Dynamik zeigt sich somit besonders deutlich eine Funktionalisierung des Strafrechts, namentlich in Anbetracht des komplexen Geflechts potentiell verfolgbarer manifester und latenter Funktionen, die Strafgesetze und bereits der Prozess der Strafgesetzgebung verfolgen können. Dieser weite Ausgangspunkt bedarf jedoch aus wirklichkeitswissenschaftlicher Sicht mehrerer Restriktionen:

Erstens ist im deutschen Verfassungsstaat und angesichts der bereits referenzierten, ausgesprochen positiven öffentlichen Wahrnehmung des Grundgesetzes wie des BVerfG²⁰⁴ als wesentliche Einschränkung zu verzeichnen, dass – bei *a priori* großer Breite möglicher Ursachen von Strafgesetzgebung – die Verfassungsorientierung von Strafgesetzgebung eine wichtige Filterfunktion einnehmen dürfte: Offensichtlich verfassungswidrige Strafgesetze – die etwa illegitime Ziele verfolgen, klar ungeeignet oder evident unangemessen sind – erreichen die politische Arena allenfalls selten und dann in der Regel als bewusste Grenzüberschreitung.²⁰⁵ Ursache von Strafgesetzgebung können daher – leicht vereinfachend gesprochen – nur solche Ziele einer Verhaltensregulierung sein, deren Verwirklichung mittels einer jedenfalls nicht offensichtlich verfassungswidrigen Strafvorschrift als möglich erscheint.

Zweitens sind – wieder leicht vereinfachend gesprochen – weitere Aspekte des kriminalpolitischen Rahmens (»polity«) in Erinnerung zu rufen, innerhalb dessen sich grundsätzlich²⁰⁶ Strafgesetzgebung bewegt. Damit sei vor allem die (allgemeine) Kontinuität von Gesetzgebung auch in Zeiten politischen Wandels²⁰⁷ referenziert. Die bloße Trägheit des Strafrechts, wie sie etwa durch den politischen Inhalt einer Strafrechtskontinuität²⁰⁸ oder durch die besondere öffentliche Wahrnehmung des Strafrechts im Allgemeinen²⁰⁹ bzw. des StGB²¹⁰ im Besonderen folgt, ist hingegen keine Begrenzung möglicher

203 Zu dieser Unterscheidung siehe nur *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 184 ff.

204 Siehe oben § 1 IV. 1. c) aa) sowie § 1 VI. 2. c) m.w.N.

205 Vgl., wenngleich auf Ebene des Strafverfassungsrechts, exemplarisch *J. Bender/van Lijnden*, Thomas Seitz: AfD-Politiker zweifelt Verbot der Todesstrafe an.

206 D.h. von bewussten – politischen – Grenzüberschreitungen abgesehen.

207 Siehe oben § 1 I. 3. c).

208 Siehe oben § 1 VI. 3.

209 Siehe nur *K. Günther*, in: 11. Greek-German Symposium »Reasons and limits of the necessary boundaries of criminal law«.

210 Siehe oben § 1 VI. 2. c).

Ursachen, sondern unterstreicht nur, dass es neben der Ursache noch eines Auslösers bedarf.

Drittens, und mit den vorgenannten Punkten verbunden, kommt als Ursache von Strafgesetzgebung nur eine Verhaltensregulierung in Betracht, die mit den jeweils von den politischen Akteuren verfolgten kriminalpolitischen Inhalten (»policy«) in Übereinstimmung ist. Neben rein intrinsisch motivierten kriminalpolitischen Inhalten – etwa einer individuellen Überzeugung, Strafrecht gegen »gefährliche« Falschbehauptungen (»fake news«) einsetzen zu müssen – ist zu erwarten, dass rational agierende politische Entscheidungsträger der Legislative, aber auch der Gubernative, sich auch von einer Kosten-Nutzen-Abwägung leiten lassen, welcher »politische Gewinn« namentlich in erhöhter oder verfestigter Wählerzustimmung durch die Verfolgung einer politischen Maßnahme (nicht notwendigerweise gleichzusetzen mit dem erfolgreichen Abschluss eines Gesetzgebungsverfahrens) zu erwarten ist.²¹¹

Ursache von Strafgesetzgebung kann daher jedes von Akteuren der Kriminalpolitik neu erkannte, geänderte oder aktualisierte²¹² Ziel einer (insbesondere: anderen) Verhaltensregulierung sein, das zu einem nicht offensichtlich verfassungswidrigen Strafgesetz führt, die kriminalpolitische Statik (im Sinne einer »polity«) nicht durchbricht und das in Übereinstimmung mit den jeweils verfolgten kriminalpolitischen Inhalten steht.²¹³

211 Siehe, auch zu Begrenzungen dieses Modells, *Eith/Mielke*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 304 (310 ff., 318 ff.) m.w.N.; ferner *K.-R. Korte*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 63 (80) m.w.N.; *Beale*, *American University Law Review* 54 (2005), 747 (772); *K. Günther*, in: FS 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 267 (267).

212 Somit steht auch der Wunsch nach einer besseren Durchsetzung des bestehenden Kanons an Verhaltensnormen im Einklang mit dieser Definition. Diese ist etwa bei »Türöffner«-Tatbeständen zu verzeichnen, die dazu dienen, das strafprozessuale Instrumentarium zu eröffnen, mit dessen Hilfe man sich sodann Erkenntnisse über weitere – und weitaus schwerwiegendere – Delikte erhofft. Hierzu noch sogleich § 2 III. 4. c)

213 Erneut sei festgehalten, dass diese kriminalpolitikwissenschaftliche Perspektive, was faktische Ursache von Strafgesetzgebung ist, eine andere Fragestellung beantwortet als die Frage der Legitimität und Verfassungskonformität von Strafgesetzen.

b) *Wichtige Fallgruppen aktueller Strafgesetzgebung zur Verhaltensregulierung*

In aktueller Strafgesetzgebung – auch und insbesondere das StGB betreffend – stechen drei Fallgruppen hervor, in denen sich diese Ursache einer intendierten Verhaltensregulierung besonders eindrücklich zeigt.

aa) Befriedung gesellschaftlicher Konflikte

Zunächst sind als mögliche Ursache für Strafgesetzgebung zu erkennen die von politischen Entscheidungsträgern wahrgenommenen, vielfältigen (gesamt-)gesellschaftlichen Konflikte, die sich in sich wandelnden Gesellschaften und Rahmenbedingungen herausbilden, aber auch durch bloßen Zeitablauf neu aktualisiert werden können. Das Ziel deren Befriedung kann (deskriptiv-analytisch!)²¹⁴ Ursache für den Einsatz des Strafrechts sein.²¹⁵ In diesem Kontext tritt Strafgesetzgebung nicht nur normbewährend, sondern auch normkreatierend und auch normaflösend in Erscheinung. Verhaltensregulierung erfolgt hier nicht nur manifest gegenüber denjenigen, deren Verhalten – zuvor oder neu – mit Strafe belegt war bzw. ist, sondern stets auch mit übergreifenden, latenten Intentionen: Dies reicht vom Extremfall der Sicherung des staatlichen Gewaltmonopols gegenüber allfälliger Selbstjustiz über die Bekräftigung von Werten²¹⁶ und die Auflösung sich potentiell aufschaukelnder Empörung bis hin zur Stärkung eines allgemeinen Vertrauens in die Handlungsfähigkeit des Staates im Umgang mit gesellschaftlichen Konflikten.²¹⁷ Gemeinsames Kennzeichen für diese Ursache von Strafgesetzgebung ist eine öffentlich geführte Diskussion, die sich auch

214 Zur Bewertung am Maßstab des Strafverfassungsrechts siehe oben § 1 IV. sowie ergänzend § 2 III. 3. a) bb) (3).

215 Ebenso *Brunhöber*, in: Puschke/Singelstein (Hrsg.), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft*, S. 193 (201): »Ferner bestand schon immer der Anspruch mithilfe des Strafrechts auch gesellschaftliche Entwicklungen zu steuern«. Vgl. hierzu auch den Wortbeitrag *Karwatzkis* zum SFHÄndG: »Wir sind der Überzeugung, daß die Karlsruher Entscheidung [BVerfGE 88, 203] wie kein anderer Regelungsvorschlag die Chance eröffnet, auf verfassungskonformer Grundlage einen politischen und gesellschaftlichen Konsens herbeizuführen, ohne den es eine Befriedung in dieser schwierigen Frage nicht geben kann und geben wird.«, BT-Prot. 12/19960(D). Aus strafrechtswissenschaftlicher – und dabei kritischer – Perspektive etwa *Zabel*, *Die Ordnung des Strafrechts*, S. 324 (»zeitvariante[s] Konfliktmanagement[...]«).

216 Vgl. *Hassemer*, *NStZ* 1989, 553 (554).

217 Vgl. auch *Schlepper*, *Strafgesetzgebung*, S. 12 unter Verweis auf den »punitive turn«; siehe hierzu noch § 2 III. 4. d).

und gerade über das Verboten- oder Erlaubtsein und die – bewusst untechnisch gesprochen – »Strafwürdigkeit« des Verhaltens richtet. Damit gewinnt Strafgesetzgebung in diesem Bereich eine besondere politische Dimension im Hinblick auf *unmittelbare* Übereinstimmung mit dem »Wählerwillen«; sie eignet sich daher auch in besonderem Maße zur Erwähnung in politischen Wahlprogrammen.²¹⁸

Als Beispiele für derartige Strafgesetzgebung in den vergangenen Legislaturperioden sei – mit tendenziell entkriminalisierender Stoßrichtung – auf die Reformen des Schwangerschaftsabbruchstrafrechts, des Ehrschutzes ausländischer Staatsoberhäupter, aber auch der Beschneidung (§ 1631d BGB) sowie auf die fortdauernde Diskussion über die Entkriminalisierung des Cannabis-Konsums verwiesen. Zahlreicher sind hingegen Fälle expansiver und/oder schärfender Strafgesetzgebung, so etwa im Bereich von Kraftfahrzeugrennen (§ 315d StGB), der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe (§§ 256d, 256e StGB), aber auch die Ausweitung des Sexualstrafrechts im Lichte der Diskussion unter dem Schlagwort »Nein heißt Nein!«.²¹⁹

bb) Technische, wirtschaftliche und ökologische Entwicklung

Ohne derart – durchaus hitzig – in der allgemeinen Öffentlichkeit geführte Debatten lässt sich als Ursache von Strafgesetzgebung in vielen Fällen eine intendierte Verhaltensregulierung erkennen, die sich auf veränderte (äußere)²²⁰ Rahmenbedingungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens bezieht.²²¹ Denn diese Veränderungen rufen in einem Rechtsstaat, »in dem auch die wesentlichen Beziehungen zwischen den Bürgern rechtlich geregelt sind«,²²² die Notwendigkeit oder jedenfalls die Obliegenheit einer rechtlichen Regelung hervor.²²³ Daher ist Strafgesetzgebung hier in aller Regel im Zusammenspiel mit weiteren ordnungsrechtlichen Maßnahmen zu sehen, die

218 Vgl. hierzu oben § 1 VI. 3. c) m.w.N.; an dieser Stelle sei nur auf die Schlagworte »Cannabis«; »Containern« und »Wohnungseinbruchdiebstahl« verwiesen.

219 Hierbei zeigten sich latente Wirkungen in besonderem Maße angesichts des unverkennbaren (und – leider – auch gebotenen) erzieherischen, über die konkret verabschiedeten Verhaltensnormen hinausreichenden Impetus.

220 Zu – nicht immer scharf abgrenzbaren – Veränderungen menschlicher Verhaltensweisen siehe noch sogleich § 2 III. 3. b) cc).

221 Vgl. hierzu auch der Rekurs auf »neue Kriminalitätsrisiken« im politischen Diskurs; empirisch hierzu *Schlepper*, Strafgesetzgebung, S. 144 ff.

222 *Brodowski*, in: Fromholzer/Preis/Wisiorek (Hrsg.), *Noch nie war das Böse so gut*, S. 107 (112).

223 Zur Sicherheitsverantwortung des Staates siehe bereits oben § 1 III. 3. b) aa).

– etwa im Bereich der Umweltschutzgesetzgebung – zwar auch von klaren politischen Zielvorstellungen und gesellschaftlichen Strömungen getragen werden, sich aber nicht derart auf das Strafrecht als singuläres Mittel der Wahl konzentrieren.²²⁴

Dies ist nicht der Ort, um die Veränderung der (äußeren) Rahmenbedingungen unserer Gesellschaft nachzuzeichnen. Gleichwohl lassen sich, mit strafrechtlichem Bezug, als zentrale Bereiche herausdestillieren der technische Fortschritt einschließlich der Digitalisierung, wirtschaftliche Veränderungen einschließlich des Wechsels von einer Industrie- hin zu einer Dienstleistungsgesellschaft nebst der zunehmenden europäischen und internationalen wirtschaftlichen Verflechtung, aber auch die immer deutlicher zu Tage tretende Sensibilität des Ökosystems.²²⁵ Im Wechselspiel, aber auch im Wettstreit mit anderen Modi der Regulierung²²⁶ kann sich dabei als kriminalpolitischer Inhalt herauskristalisieren etwa die Flankierung bisweilen sehr spezieller, auch außerstrafrechtlicher Verhaltensnormen durch Strafvorschriften (z.B. im Umweltstrafrecht mit § 325 Abs. 1 StGB), die bloße Setzung eines äußeren Rahmens durch das Strafrecht bei weitgehender wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit im Übrigen (z.B. im IT-Strafrecht).²²⁷ Nicht selten beschränken sich die Auswirkungen auf das materielle Strafrecht auf redaktionelle Änderungen, wenn im Kontext größerer ordnungsrechtlicher Änderungen die strafrechtlich flankierte Norm bloß verschoben wird.²²⁸

224 Am Beispiel: Während in der Diskussion über »Raserfälle« die angemessene *strafrechtliche* Reaktion im Vordergrund stand, hat – trotz strafrechtlicher Flankierung durch das Umweltschutzstrafrecht – in der Diskussion über die »Klimakrise« die Frage einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit nur untergeordneten Stellenwert.

225 Siehe erneut oben § 1 III. 3. b) aa) sowie auch § 2 II. 3. mit Verweis u.a. auf *H. Dreier*, in: *Dreier*³, Art. 79 Abs. 2 GG Rn. 13 f.; zudem *Weigend*, in: FS Frisch, S. 17 (22 ff.).

226 Siehe hierzu bereits oben § 1 IV. 2. b) cc).

227 Zur Freiheitsgewährung *durch* Strafrecht im Vergleich zu anderen, präventiver ausgerichteten Regelungsmodellen siehe oben § 1 II. 3. c) bei und mit Fn. 598.

228 Zur Typologie siehe oben § 2 I. 1. c). Als Beispiel sei auf das Gesetz zur Modernisierung des Geschmacksmustergesetzes, BGBl. I 2013, S. 3799 und die dadurch erfolgte Veränderung der Verweisung in § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 lit. b StGB verwiesen, daneben auf das AIFM-Umsetzungsgesetz (BGBl. I 2013, S. 1981), das in § 151 Nr. 3 StGB das dort verwendete Tatbestandsmerkmal von Kapitalanlage- zu Kapitalverwaltungsgesellschaft veränderte.

cc) (Wahrgenommener) Wandel von Verhaltensweisen auf »Täterseite«

Eine dritte, wesentliche Ursache für Strafgesetzgebung ist in qualitativ oder quantitativ geänderten Verhaltensweisen zu sehen, die aus politischer Sicht – und dabei nicht selten in Übereinstimmung mit Mehrheitsauffassungen in der Gesellschaft – für unterbindungswürdig angesehen werden.²²⁹ Dabei sind Überschneidungen mit den vorgenannten beiden Fallgruppen nicht atypisch, etwa wenn an der Frage des »Graffiti« ein gesellschaftlicher Konflikt mit Jugendkulturen ausbricht, oder wenn »Täter«²³⁰ sich neuartige technische Entwicklungen (sei es der Bankomat, sei es das Internet, sei es das sogenannte »Darknet«) zunutze machen.

Ein solcher Wandel kann dabei intrasubjektiv vorliegen, wenn ein »Täter«, weil eine bestimmte Verhaltensweise vom Gesetzgeber bereits mit Strafe belegt wurde, nun eine »Strafbarkeitslücke« ausnutzt und damit eine Ursache setzt, auch diese neu erkannte »Strafbarkeitslücke« zu schließen.²³¹ Indes setzte dies einen ungewöhnlich strafrechtskundigen und rational handelnden »Täter« voraus. In größerem Umfang handelt es sich um einen Wandel an Verhaltensweisen, die von unterschiedlichen Personen in sich ihrerseits wandelnden Gesellschaften gezeitigt werden. Zudem ist zu beachten, dass ein Wandel an Verhaltensweisen keine notwendige Voraussetzung ist: Es genügt, dass sich deren (quantitative oder qualitative) Wahrnehmung durch die Akteure der (Kriminal-)Politik verändert – und diese andere Wahrnehmung kann dabei auch lediglich an einer geänderten Bewertung des betreffenden Verhaltens liegen.

Die Spannbreite von solchem (neu) für unterbindungswürdig erachteten Verhalten ist dabei ausgesprochen weit. In den vorangegangenen Legislaturperioden reichte sie etwa vom bloßen Zugänglichmachen einer »Bildaufnahme«, »die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden,« (§ 201a Abs. 2 StGB) bis hin zur Unterweisung im Umgang mit Waffen und Sprengstoffen in sogenannten »Terror-Camps« (§ 89a Abs. 1 StGB) nebst der Ausreise zu diesem Zweck (§ 89a Abs. 2a StGB).

229 Frevel, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 103 (113 f.).

230 Zum Begriff siehe oben in Fn. 176.

231 Zu Recht krit. zum Begriff der »Strafbarkeitslücke« *Singelstein/Stolle*, *Die Sicherheitsgesellschaft*³, S. 73.

4. Geänderte Strafrechtskonzepte

Letzlich nur Generalisierungen einer intendierten *anderen* Verhaltensregulierung²³² liegen vor, soweit geänderte Strafrechtskonzepte in Erscheinung treten, welche die Strafrechtsentwicklung in Abkehr vom tradierten Schuldstrafrecht kennzeichnen (sollen).

a) »Risikostrafrecht«

Damit sei zunächst der Topos des »Risikostrafrechts« aufgerufen: Im Anschluss an den von *U. Beck* geprägten Begriff der »Risikogesellschaft«²³³ wird ein erhöhtes Sicherheits- und damit zusammenhängendes Strafrechtsbedürfnis postuliert,²³⁴ das sich aus andersartigen, quantitativ zuvor unvorstellbaren Bedrohungen und vor allem deren (bisweilen nur vermeintlicher) Erklärbarkeit speise.²³⁵ Damit handelt es sich zum einen um einen Erklärungsversuch für die *gesellschaftlichen* Ursprünge der Strafrechtsentwicklung (z.B. hin zur Kriminalisierung bloß riskanter Verhaltensweisen, etwa *qua* abstrakter Gefährdungsdelikte,²³⁶ oder auch nur zur Bekräftigung bestimmter, sich im tatsächlichen Verhalten nicht notwendigerweise widerspiegelnder Wertvorstellungen²³⁷), gleich ob diese »heimlich« oder »konsequent« erfolgt.²³⁸ Zum anderen kennzeichnet ein verschärfter Blick auf die »Risiken«, auf

232 Hierzu soeben § 2 III. 3.

233 *U. Beck*, Risikogesellschaft.

234 Monographisch hierzu *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft³; ferner *Brunhöber*, in: Puschke/Singelstein (Hrsg.), Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft, S. 193 (201 f.).

235 Grundlegend *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, S. 167 ff.; *F. Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, S. 54 ff.; siehe zudem die Zusammenführungen zunächst bei *Prittowitz*, in: U. Neumann/Prittowitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, S. 131 (133 ff.) und zuletzt bei *Brunhöber*, in: Asholt u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, S. 13 (20 ff.); *Brunhöber*, in: Puschke/Singelstein (Hrsg.), Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft, S. 193 (199 f.); *U. Sieber*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 351 (353 f.) und *U. Sieber*, in: U. Sieber u.a. (Hrsg.), Alternative systems of crime control, S. 1 (3 ff.), jeweils m.w.N.; ferner die in die Politikwissenschaft reichende Perspektivierung bei *Reichenbach*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 307 (316 ff.).

236 Vgl. *Brunhöber*, in: Asholt u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, S. 13 (19).

237 *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, S. 259.

238 *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, S. 374 ff.

mit Strafrecht steuer- und verhinderbares »Unrecht« statt auf »Unglücke«²³⁹ die *Motivation* für den Einsatz rechtlicher Mechanismen und insbesondere des Strafrechts; schließlich seien die Auswirkungen eines Risikoparadigmas auf die *Art und Weise* der Ausgestaltung von Strafvorschriften (etwa als Gefährdungs- denn als Erfolgsdelikte) hervorgehoben.

In seiner – allein hier relevanten – deskriptiven und analytischen Dimension fügt sich dieser Ansatz in die hier vertretene Konzeption bruchlos ein, ohne sie aber ersetzen zu können: In Bezug auf die Ursachen konkreter Strafgesetzgebung finden sich wesentliche Überschneidungen im Hinblick auf die sich wandelnden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, aber auch in deren Wahrnehmung durch die Akteure der (Kriminal-)Politik. Allerdings vermag ein Blick aus der Perspektive eines »Risikostrafrechts« die Strafrechtsentwicklung nicht vollständig abzubilden. Beispielsweise sei auf die Expansion des Völkerstrafrechts oder auf das IT-Strafrecht verwiesen: Letzteres operiert maßgeblich mit Erfolgsdelikten, die substantielle Verletzungen etwa eines Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme abbilden.

b) »Präventionsstrafrecht«

Gleichermaßen ist auch die Skizzierung eines »Präventionsstrafrechts«²⁴⁰ nur geeignet, – wenngleich gewichtige – Teile der Strafrechtsentwicklung zu beschreiben und zu erklären. Die wesentlichen Erscheinungsformen des Präventionsstrafrechts – im hier relevanten materiellen Strafrecht die sogenannte »Vorverlagerung« der Strafbarkeit weg von klar greifbaren tatbestandlichen »Erfolgen« hin ins »Vorbereitungsstadium« und zu »bloßen« Gefährdungsdelikten²⁴¹ – prägen nämlich keineswegs sämtliche Strafrechtsetzung im Untersuchungszeitraum; exemplarisch sei erneut auf das Völkerstrafrecht und Teile des IT-Strafrechts verwiesen. Auch der – durchaus kritikwürdige – § 201a Abs. 2 StGB stellt gerade nicht auf eine bloße Gefährdung oder Vorverlagerung ab, sondern zumindest auf das Zugänglichmachen, *scil.* die

239 Vgl. Prittwitz, Strafrecht und Risiko, S. 381 f.

240 Vgl. – auch mit kritischen Tendenzen – etwa die Zusammenführung bei Brunhöber, in: Asholt u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, S. 13 ff. und U. Sieber, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 351 (355 f.).

241 Vgl. nur U. Sieber, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 351 (355 f., 366); Brunhöber, in: FS Schünemann, S. 3 (5 ff.).

Möglichkeit zur Kenntnisnahme,²⁴² als unmittelbare Vorstufe des dann nicht mehr in »Täterhand« liegenden Verletzungserfolges.

In seinen gesellschaftlichen Wurzeln überschneidet sich der Wandel zum »Präventionsstrafrecht« mit dem vorgenannten Risikostrafrecht,²⁴³ und vor allem zielen die materiell-strafrechtlichen Ausprägungen des »Präventionsstrafrechts« in großem Umfang auf manifeste, d.h. das »Täterverhalten« betreffende, Verhaltensänderungen ab: Bereits die Ausreise zu einem »Terror-Camp« (§ 89a Abs. 2a StGB) oder die Finanzierung des internationalen Terrorismus soll mit den Mitteln des Strafrechts unterbunden werden; gleichermaßen bereits die sexuell motivierte Kontaktaufnahme eines Erwachsenen mit einem Kind (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB). Hinzu tritt jedoch ein Zusammenspiel dieser präventiv und »früh« ansetzenden materiell-strafrechtlichen Regelungen, etwa, wenn diese als »Türöffner« für Informationseingriffe fungieren.²⁴⁴

c) »Sicherheits(straf-)recht«

Als »Sicherheitsstrafrecht« lassen sich diejenigen materiell-strafrechtlichen Tatbestände bezeichnen, die in besonderem Maße dem Konzept des »Sicherheitsrechts«²⁴⁵ dienen. Dieses fußt ebenfalls auf einem Präventions- und damit Risikoparadigma, weitet jedoch den Blick maßgeblich aus auf das Zusammenspiel der materiell-strafrechtlichen Tatbestände mit dem Maßregelrecht, dem Recht der Vermögensabschöpfung, aber auch dem Strafverfahrensrecht, dem Polizei- und Gefahrenabwehrrecht sowie dem Recht der Nachrichtendienste. Die Zielsetzung des Sicherheitsrechts, das Zusammenspiel zu analysieren und ggf. zu kritisieren, ist daher anders gelagert als das hier im Vordergrund stehende Erkenntnisinteresse nach den Ursachen von Strafgesetzgebung (und, nur partiell, deren konkreter Ausgestaltung).

Indes könnte das Phänomen, dass manche neuen Straftatbestände als »Türöffner« fungieren, die hiesige These von Verhaltensregulierung als Ziel von Strafgesetzgebung in Zweifel ziehen. Mit diesem Schlagwort wird bezeichnet, dass Tatbestände auch oder vorrangig dazu dienen, einen materiell-strafrechtlichen Anknüpfungspunkt zu liefern, um das strafprozessuale In-

242 Eisele, in: Schönke/Schröder³⁰, § 201 StGB Rn. 17.

243 Eine solche Beziehung bauen namentlich Brunhöber, in: Asholt u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, S. 13 (20 ff.) und U. Sieber, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 351 (355 f.) auf.

244 Siehe hierzu sogleich § 2 III. 4. c).

245 Zum Begriff des »Sicherheitsrechts« siehe bereits oben Einführung I. 2. a) bb) (1) bei und mit Fn. 108.

strumentarium an Informationseingriffen²⁴⁶ – und damit insbesondere das Instrumentarium der §§ 100a ff. StPO – zur Verfügung zu haben,²⁴⁷ um verdeckt gegen den »Täter« und sein Umfeld ermitteln zu können und in weiterer Folge umfassendere, auch strafrechtlich relevante Erkenntnisse zu generieren. Dieses verdeckt aber erstens, dass auch solches Verhalten im »Vorfeld« – etwa der Versuch (!) der Ausreise zum Besuch eines »Terror-Camps« (§§ 89a Abs. 2a, 11 Nr. 6 StGB) – bereits verboten werden soll,²⁴⁸ dass zweitens derartige neben der Verbotsnorm liegende Funktionen kein legitimes Ziel im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kontrolle darstellen, sondern die verfassungsrechtliche Prüfung nur verschärfen,²⁴⁹ und dass drittens durch eine solche Verschärfung des Ermittlungsinstrumentariums auf ein anderes, nicht vom Vorbereitungstatbestand erfasstes Verhalten mit den Mitteln des Sicherheitsrechts eingewirkt werden soll. Denn das Ziel der Verhaltensregulierung ist auch dann gegeben, wenn das zu regulierende Verhalten nicht unmittelbar durch die Verbotsnorm umschrieben wird, sondern zeitlich erst nachfolgend in Erscheinung treten würde.

d) »punitive turn«

Auch eine Entwicklung hin zum »strafenden Staat« im Sinne eines »punitive turn« (*Garland*)²⁵⁰ fügt sich sowohl mit einer damit einhergehenden Expansion des Strafrechts als auch mit dessen Schärfung in diese Konzeption ein: Nach dieser Theorie setze der Staat gerade das Strafrecht anstelle anderer Regulierungsmechanismen ein, um politische Steuerung zu bewirken.²⁵¹ Doch selbst soweit die bloße Zurschaustellung von »Stärke« und

246 Bei Interventionseingriffen des Sicherheitsrechts – von U-Haft bis zu polizeirechtlichem Präventivgewahrsam – hingegen ist der Bezug zur Verhaltensregulierung auf »Täterseite« evident.

247 Siehe hierzu *Brunhöber*, in: Puschke/Singelstein (Hrsg.), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft*, S. 193 (204 f.); *Roggan*, ZRP 2017, 208 (208 f.); *Puschke*, StV 2015, 457 (458); *Weißer*, ZStW 121 (2009), 131 (153); *Brodowski/M. Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2017, 7 (11).

248 Andernfalls könnte man sich, was bisweilen auch ehrlicher wäre, mit einer Vorverlagerung der Ermittlungsbefugnisse begnügen, wie sie etwa das BKAG bietet.

249 Siehe hierzu oben § 2 III. 3. a) bb) (3).

250 *Garland*, *Die Kultur der Kontrolle*, S. 257 ff.; skeptisch zur pauschalen Übertragbarkeit auf Deutschland indes *Jung*, NK 4/2001, 16 ff.; *Kaiser*, MschrKrim 86 (2003), 234 (239 f.); hiergegen aber die empirische Aufarbeitung bei *Schlepper*, *Strafgesetzgebung*, S. 47 ff. Zur »Null Toleranz«-Strategie als Teilaspekt des »punitive turn« siehe ergänzend *Feltes*, in: *Lange* (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 231 ff.

251 Vgl. nur *Schlepper*, *Strafgesetzgebung*, S. 11 m.w.N.

Handlungsfähigkeit im Vordergrund stünde²⁵² – also latente Funktionen – handelt es sich dabei, wie oben dargelegt, nur um Subtypen einer intendierten Verhaltenssteuerung durch Strafrecht.²⁵³

e) »Feindstrafrecht«

Soweit schließlich ein – mit dem Strafverfassungsrecht unvereinbares – »Feindstrafrecht« in Abgrenzung zu einem »Bürgerstrafrecht« postuliert wird,²⁵⁴ liegt eine intendierte »Bekämpfung« (*scil.* Regulierung) des Verhaltens der als »Feinde« titulierten Personen auf der Hand.

5. Optimierung und Korrektur

Eine weitere Ursache von Strafgesetzgebung ist in der Optimierung und Korrektur strafgesetzlicher Regelungen zu sehen. Dabei handelt es sich um Veränderungen der Strafrechtslage, die im Vergleich zur bereits zuvor intendierten Verhaltensregulierung allenfalls marginale Veränderungen bedeuten. Allerdings wurde – jedenfalls aus Sicht kriminalpolitischer Akteure – dieses Ziel nicht oder nicht hinreichend erreicht.

Eine Korrektur zeigt sich dabei, wenn ein bestimmtes Verhalten – anders als vom Gesetzgeber zuvor intendiert, oder anders als das, wovon der Gesetzgeber zuvor ausgehen durfte – gleichwohl keiner strafrechtlichen Verhaltensnorm unterfällt. In Erinnerung zu rufen ist in diesem Kontext etwa das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen.²⁵⁵ Dieses war (erst) notwendig geworden, als der *Große Senat* des BGH festgestellt hatte, dass niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Ärzte weder Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sind noch als Beauftragte i.S.d. § 299 StGB korruptionsstrafrechtlich erfasst werden können.²⁵⁶ Rein strafrechtlich betrachtet verändert die Einführung der §§ 299a, 299b StGB die geltenden Verhaltensnormen maßgeblich in expansiver Weise. Kriminalpolitisch lässt sich dieses Gesetz indes besser beschreiben als Rückführung

252 Vgl. erneut *Schlepper*, Strafgesetzgebung, S. 11 m.w.N.

253 Siehe oben § 2 III. 3. a) bb).

254 Vgl. nur *G. Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 ff.; *G. Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839; *G. Jakobs*, HRRS 2004, 88 ff.; *G. Jakobs*, HRRS 2006, 288 ff. sowie die Aufarbeitung bei *B. Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 ff.; *Hörnle*, GA 153 (2006), 80 ff.; *Greco*, GA 2006, 96 ff.; *Saliger*, JZ 2006, 756 ff.

255 BGBl. 2016 I, S. 1254; hierzu *Mansdörfer*, jM 2016, 213 ff.

256 BGHSt [GrS] 57, 202.

in denjenigen strafrechtlichen Korridor, von dessen Geltung der Strafgesetzgeber vor BGHSt [GrS] 57, 202 ausging und – nicht zuletzt aufgrund von BGHSt 48, 44²⁵⁷ – auch ausgehen durfte.²⁵⁸ Derartiger Korrekturbedarf aktualisiert sich dabei entweder durch eine (i.d.R. höchstgerichtliche) Gerichtsentscheidung²⁵⁹ oder durch hinreichend überzeugende Hinweise aus der Ministerialbürokratie²⁶⁰ oder aus der Wissenschaft.²⁶¹

Unter Optimierung lässt es sich verstehen, wenn unter Beibehaltung jedenfalls der manifesten Funktionen der betroffenen Strafgesetze – und damit insbesondere der wesentlichen Anwendungsbereiche der Verbotsnorm, aber auch der angedrohten Rechtsfolgen – der Wortlaut von Strafvorschriften verändert wird, um die Zielkonflikte zwischen Normenklarheit und -bestimmtheit, Praxistauglichkeit (»Effektivität«), Beweisbarkeit,²⁶² allgemeiner oder spezifischer Formulierung neu auszutarieren. Derartiger Optimierungsbedarf kann maßgeblich von der Rechtsprechung und auch der Wissenschaft herausgearbeitet werden. Elemente einer solchen Optimierungsbestrebung zeigten sich etwa im 6. StrRG, als einerseits das Abstraktionsniveau einiger Straftatbestände erhöht wurde (z.B. der §§ 265, 306b Abs. 2, 306f Abs. 1 Nr. 4, 314 StGB), andererseits durch die Regelbeispielstechnik ein höherer Konkretisierungsgrad des besonders schweren Falles des Betruges bezweckt wurde (§ 263 Abs. 3 StGB), oder die Vergiftung (§ 229 StGB a.F.) in einen Qualifikationstatbestand der gefährlichen Körperverletzung überführt wurde (§ 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Aktueller zeigt sich ein Grenzfall zwischen Optimierung und Korrektur im Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen,²⁶³ nachdem die Rechtsanwendung aufgezeigt hatte, dass die vormalige Ausgestaltung des § 238 StGB weder »Überhängstliche noch besonders Hartgesottene, die sich durch das Nachstellen nicht beeindrucken lassen«, schütze.²⁶⁴

257 Vgl. *Mansdörfer*, jM 2016, 213 (213).

258 Siehe etwa die – die beiden vorgenannten Linien stützende – Sicht von *Pragal*, NStZ 2005, 133 ff.; vgl. ferner BT-Drs. 17/3685, S. 2.

259 So im soeben skizzierten Beispielfall.

260 Allgemein hierzu *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 271 ff.

261 So bei der Korrektur von »Redaktionsversehen«, exemplarisch in § 183 Abs. 4 StGB durch BGBl. 2008 I, S. 2008.

262 *Brunhöber*, in: Puschke/Singelstein (Hrsg.), Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft, S. 193 (204).

263 BGBl. 2017 I, S. 386.

264 BGHSt 54, 189 (197); siehe hierzu noch unten § 6 II. 3. c).

6. Zusammenführung

Die hier herausgearbeiteten Ursachen von Strafgesetzgebung – von der Anpassung an die (ihrerseits dynamische) Statik über die Verhaltensregulierung hin zu bloßer Optimierung und Korrektur – sind dabei nur als Idealtypen zu verstehen, die im selten monokausalen Politikbetrieb kaum in Reinform in Erscheinung treten. Häufiger anzutreffen sind Mischformen: So gibt es im Kontext der Umsetzung europäischer Vorgaben (die ihrerseits auf eine Verhaltensregulierung etwa im Sinne eines »Risikostrafrechts« abzielen können) nicht selten Spielräume; zugleich bietet die Umsetzung solcher Vorgaben auch die Chance, erkannte Defizite vorfindlicher Tatbestände zu korrigieren.

IV. Auslöser

Erst ein Auslöser bzw. ein Anlass lässt den »Leidensdruck« groß genug werden und vermag das nötige Momentum auszulösen, um eine Strafrechtsänderung – bei bestehender Ursache²⁶⁵ – auch tatsächlich zu bewirken.²⁶⁶ Strafverfassungsrechtlicher Hintergrund dessen ist die mit der Rechtsförmlichkeit einhergehende Notwendigkeit der Aufwendung parlamentarischer Ressourcen und das verfassungsrechtliche Gebot der Dauerhaftigkeit von Gesetzen, das erst zu durchbrechen ist;²⁶⁷ kriminalpolitisch sind die Kontinuitätslinien in der Strafrechtspolitik zu überwinden.²⁶⁸ Im Zuge dessen konzentriert sich die nachfolgende Untersuchung im Wesentlichen auf *erfolgreiche*, d.h. in ein Änderungsgesetz mündende Strafgesetzgebung, nicht auf bloße Gesetzentwürfe, wie sie insbesondere von der Opposition oder auch von Ländern im Bundesrat platziert werden.²⁶⁹

Diese Analyse ist wiederum notwendigerweise generalisierend:²⁷⁰ Welcher Auslöser oder Anlass für ein Individuum, ein Gremium, ein Organ

265 Siehe hierzu soeben § 2 III.

266 Zum Zeitpunkt bei Gesetzgebung siehe bereits oben § 2 mit Fn. 16.

267 Siehe hierzu oben § 1 I., insbes. § 1 I. 2. und § 1 I. 3. b).

268 Siehe hierzu oben § 1 I. 3. c) (»polity«) sowie § 1 VI. (»policy«).

269 Siehe, auch zu deren kriminalpolitischen Wirkmacht, noch unten § 4 III. 2. c).

270 Sie beruht indes auf der Prämisse, dass dies nicht eine reine Zufälligkeit ist; vgl. *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts², S. 20 (»Kein Zweig der Gesetzgebungsgewalt äußert sich in gleichem Maaße durch Erlaß von sog. Gelegenheitsgesetzen wie die Schaffung von Strafgesetzen. Keiner arbeitet weniger methodisch. Von den Wellen des täglichen Lebens läßt sich ihr Urheber die Handlungen vor die Füße spülen, die er dann lässig aufgreift, um sie wegen ihrer Unerträglichkeit zu Verbrechenstatbeständen zu erheben. [...] Nie arbeitet er systematisch. [...] Kommt es schließlich doch zu umfassenderem Schutze, so stellt er sich dar als

als politischen Akteur ein hinreichendes »policy«-Fenster²⁷¹ eröffnet, ist nämlich von individuellen Motivationen und Präferenzen, von der jeweiligen Ressourcenverfügbarkeit und von der (wahrgenommenen) Dringlichkeit der Ursache abhängig. So kann bereits ein deutlich geringerer zusätzlicher »Leidensdruck« zur Bewältigung einer Ursache ausreichen, wenn bereits ein anders gelagertes strafrechtliches Gesetzgebungsverfahren anhängig ist (»Bepackung«). Zudem können zwischen den nachfolgend skizzierten Auslösern Überschneidungen gegeben sein, wenn etwa eine Leitentscheidung der Rechtsprechung aufzeigt, dass eine Vorgabe des europäischen Rechts, die alsbald evaluiert wird, unzureichend umgesetzt wurde.

1. Leitentscheidungen der Rechtsprechung

Damit ist als erster Auslöser bereits die Rechtsprechung aufgerufen, namentlich solche Urteile oder Beschlüsse, welche »die Kommunikation über Recht strukturieren« (*Leitentscheidungen*).²⁷² Bedeutsam ist für den hiesigen Kontext, dass diese Kommunikation über Recht nicht nur »rechtsintern« (konkret innerhalb der Strafrechtspflege), sondern auch an (weitere) politische Akteure adressiert ist oder von diesen aufgegriffen wird.²⁷³

a) ... mit Veränderung, Konkretisierung oder Aktualisierung der Statik

Ein erster Subtypus betrifft Entscheidungen insbesondere des BVerfG,²⁷⁴ durch welche die strafverfassungsrechtlich vorgegebene Statik verändert, konkretisiert oder auch nur aktualisiert wird, und die eine Strafnorm ganz oder teilweise für verfassungswidrig oder auch nur in einer bestimmten, so im Wortlaut nicht vollständig angelegten Auslegung für verfassungskonform erklären. Einen hinreichend dringlichen, weil verfassungsrechtlich fundierten Auslöser für Strafgesetzgebung vermitteln diese jedenfalls dann, wenn in dieser Entscheidung eine bindende Gesetzgebungspflicht oder auch nur

glückliches Ergebnis einer durch die Jahrhunderte geschrittenen geschichtlichen Entwicklung«); Prittwitz, in: U. Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, S. 131 (161).

271 Bzw. »window[...] of opportunity«; siehe Jann/Wegrich, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 97 (109) m.w.N. sowie Kölbl, NK 2019, 249 (252 f.).

272 Yang, Die Leitentscheidung, S. 6 ff.

273 Vgl. Yang, Die Leitentscheidung, S. 71 ff.

274 Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 271 ff.

ein Appell an den Gesetzgeber zur verfassungskonformen Neuregelung (üblicherweise kombiniert mit einer übergangsweisen Folgenbewältigung nach § 35 BVerfGG) enthalten ist;²⁷⁵ eine Zuspitzung dessen liegt vor, wenn dies mit einer Fristsetzung verknüpft wird.²⁷⁶

Fehlt es hingegen an einer verfassungsrechtlich bindenden Verpflichtung²⁷⁷ oder auch nur an einem Appell, so steht es – bei Unvereinbarkeits- bzw. Nichtigkeitserklärungen – aus verfassungsrechtlicher Sicht im Belieben des Strafgesetzgebers, ob er sich an einer verfassungskonformen Neuregelung versuchen will. Dies manifestiert sich etwa darin, dass die Vermögensstrafe – mutmaßlich wegen der Verfügbarkeit eines alternativen Regelungsmodells – nach BVerfGE 105, 135 ebenso aus der Diskussion verschwand²⁷⁸ wie bundesstrafgesetzliche Vorschriften zu Kampfhunden;²⁷⁹ ähnliches zeichnet sich im Bereich der geschäftsmäßigen Sterbehilfe ab.²⁸⁰ Lediglich im Kontext des Zuwanderungsrechts wurde eine aus formalen Gründen für verfassungswidrig erklärte (Folge-)Änderung²⁸¹ alsbald nachgeholt.²⁸² Noch weniger ist ein Auslöser für gesetzgeberisches Tätigwerden dann gegeben, wenn das BVerfG eine verfassungskonforme – bisweilen nur kaum mit dem Wortlaut der Strafvorschrift vereinbare – Auslegung vorgibt. So fehlt(e) es trotz aller durch das BVerfG eingezogenen Kautelen sichtlich an einem hinreichenden zündenden Moment für den Gesetzgeber, den Mordtatbestand (§ 211 StGB),²⁸³ oder den Tatbestand des Vorbereitens des Ausspähens und Abfangens von Daten (§ 202c StGB)²⁸⁴ zu korrigieren.²⁸⁵ Denn die Streitfrage ist höchstgerichtlich geklärt; ein etwaiger politischer

275 Hierzu ausf. *H. Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 180 ff.; siehe auch *Graßhof*, Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 163 ff.

276 Hierzu *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 185; Beispiel hierfür ist BVerfGE 128, 326 (332, 365, 404 f.) (Sicherungsverwahrung II).

277 Die sich neben einem verfassungsgerichtlichen Urteilsspruch auch aus einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht ergeben kann.

278 Siehe hierzu oben § 1 II. 1. a) dd) (2).

279 BVerfGE 110, 14.

280 BVerfGE 153, 182.

281 BVerfGE 106, 310.

282 BGBl. I 2004, S. 1950.

283 BVerfGE 45, 187.

284 BVerfGE 15, 491 (503 ff.).

285 Als Ausnahme ist – neben § 261 Abs. 1 S. 2 StGB n.F. – die Einfügung des § 353b Abs. 3a StGB zu sehen, die ebenfalls verfassungsrechtlich durch BVerfGE 20, 162 und BVerfGE 117, 244 zwar nicht gefordert war, aber noch als Reaktion auf letztgenannte Entscheidung gesehen werden kann. Siehe hierzu noch unten Anhang A V. 10.

Konflikt wegen der öffentlich wahrgenommenen Autorität des BVerfG²⁸⁶ jedenfalls weitgehend ausgeräumt; und der Rechtspraxis wird vertraut, die Rechtsprechung des BVerfG hinreichend zu berücksichtigen.²⁸⁷ Der Normenklarheit zuträglich ist all dies indes nicht.²⁸⁸

b) *... mit explizitem Verweis auf die Legislative*

Gelegentlich verweisen (insbesondere Höchst- oder Ober-)Gerichte explizit darauf, dass eine (Neu- oder Ent-)Kriminalisierung oder eine Lösung einer Streitfrage durch den Gesetzgeber zu erfolgen habe. Dies begründet keine verfassungsrechtliche Handlungspflicht, aber kann im politischen Ressourcenwettbewerb ein gewichtiges Argument darstellen. Vor allem ist dies in Situationen zu verzeichnen, in denen ein vom Gesetzgeber ursprünglich intendiertes Ziel verfehlt wurde oder sich Annahmen über eine hinreichende Kriminalisierung infolge einer Gerichtsentscheidung als falsch herausstellten.

So zeigte sich der Gesetzgeber namentlich empfänglich für Hinweise des BGH, in denen dieser explizit eine unzureichende Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen²⁸⁹ und (mit Verzögerung) der Korruption kommunaler Amtsträger²⁹⁰ anmahnte. Auch griff er – in entkriminalisieren-

286 Siehe oben § 1 IV. 1. c) aa) m.w.N.

287 Zu diesem Aspekt aus dem Blickwinkel der Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen siehe oben § 1 V. 1. c).

288 Siehe hierzu noch unten § 8 II. 3. c).

289 BGHSt [GrS] 57, 202 (Rn. 46): »[D]er Große Senat für Strafsachen [verkennt] nicht die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens, Missständen, die – allem Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts effektiv entgegenzutreten. Die Anwendung bestehender Strafvorschriften, deren Tatbestandsstruktur und Wertungen der Erfassung bestimmter Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Erbringung von Gesundheitsleistungen nach den Vorschriften der gesetzlichen Krankenversicherung als strafrechtlich relevant entgegenstehen, auf der Grundlage allein dem Gesetzgeber vorbehaltenen Strafwürdigkeitserwägungen ist der Rechtsprechung jedoch versagt.«

290 BGHSt 51, 44 (Rn. 47): »Der Senat sieht hier gesetzgeberischen Handlungsbedarf: In allen anderen Bereichen des öffentlichen und privaten Lebens hat das gewandelte öffentliche Verständnis einer besonderen Sozialschädlichkeit von Korruption zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit von korruptivem Verhalten geführt [...]. Diese Entwicklung ist bislang an dem Tatbestand der Abgeordnetenbestechung vorbeigegangen [...]. Indes zeigen gerade Fälle wie der vorliegende, dass die Tatbestandsfassung nicht ausreicht, um alle strafwürdigen korruptiven Verhaltensweisen – insbesondere auf kommunaler Ebene – zu erfassen. [...] Im Zusammenhang mit der ohnehin aufgrund internationaler Abkommen notwendiger Modifizierung des

der Tendenz – Rechtsprechung zur Patientenverfügung im Hinblick auf einen Behandlungsabbruch auf.²⁹¹ Keine Resonanz fanden – jedenfalls bislang – deutlich vorgetragene Forderungen einer Ausweitung strafbewehrter Verschwiegenheitspflichten für kommunale Mandatsträger,²⁹² Hinweise auf die Untauglichkeit der vom Gesetzgeber intendierten einheitlichen Auslegung des Qualifikationsmerkmals des »anderen gefährlichen Werkzeugs«,²⁹³ aber auch sich einer eigenen Stellungnahme enthaltende Verweise im Hinblick auf die Sinnhaftigkeit der Kriminalisierung der Beförderungerschleichung.²⁹⁴ Gelegentlich sendet die Rechtsprechung auch widersprüchliche Signale an den Gesetzgeber.²⁹⁵

Anhand dieser Beispiele verdichtet sich ein Eindruck, dass vor allem zwei Faktoren entscheidenden Einfluss darauf haben, ob der Gesetzgeber einen von der Rechtsprechung zugespielten Ball aufgreift: allgemein wahrgenommene bzw. diskutierte gesellschaftliche Problemstellungen – etwa der Behandlungsabbruch oder auch die Korruption kommunaler Amtsträger²⁹⁶ – sowie als dringlich wahrgenommene »Lücken« strafrechtlicher Verbote, die von der Rechtsprechung selbst nicht (auch nicht durch extensive Auslegung) gelöst werden können. Im Hinblick auf zu weit geratene (z.B. Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs), in ihrer Erforderlichkeit zweifelhafte (z.B. Beförderungerschleichung) oder auch in der Strafdrohung überzogene Tatbestände (z.B. die alleinige Strafdrohung des § 211 StGB) ist hingegen

Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung [...] sollte der Gesetzgeber deshalb nach Auffassung des Senats für entsprechende Abhilfe sorgen [...]«.

291 Maßgeblich hierfür war – ausweislich BT-Drs. 16/8442, S. 2 – indes weniger BGH NJW 2003, 2326 (»Änderungen des Rechtsgüterschutzes bleiben vor diesem Hintergrund allenfalls dem Gesetzgeber vorbehalten.«), sondern die zivilrechtliche Rechtsprechung in BGHZ 154, 205 und BGHZ 163, 195.

292 BGHSt 51, 44 (Rn. 47): »[...] sollte der Gesetzgeber deshalb nach Auffassung des Senats für entsprechende Abhilfe sorgen, insbesondere auch hinsichtlich einer Einbeziehung kommunaler Mandatsträger in strafbewehrte Verschwiegenheitspflichten (vgl. § 203 Abs. 2 StGB).«

293 BGHSt 52, 257 (Rn. 16 f.).

294 BGHSt 53, 122 (Rn. 22).

295 So zu § 281 StGB: Hierzu hatte BGHSt 20, 17 (19) noch ausgeführt: »Es muß dem Gesetzgeber überlassen bleiben, die Urkundendelikte nötigenfalls so umzugestalten, daß auch das Gebrauchmachen von Surrogaten als vollendete Tat strafbar ist. Besser ist es jedoch, wenn der Verkehr beim Umgang mit Surrogaten, soweit Anlaß dazu besteht, nach Vorprüfung der zunächst vorgelegten Fotos Vorlegung der Urschrift fordert. Soweit er das nicht tut, verdient er keinen besonderen Schutz.« Siehe aber nunmehr die Aufgabe dieser Rechtsprechung durch den 4. *StS* in BGH wistra 2020, 152 auf Anfrage des 5. *StS* in BGH wistra 2020, 150.

296 Vgl. BGHSt 51, 44 (Rn. 47): »gewandelte[s] öffentliche[s] Verständnis«.

das Strafjustizsystem durch Ausweichmechanismen bereits weitreichend in der Lage, eine politische Handlungsnotwendigkeit zu reduzieren; zudem führt insoweit die asymmetrische Verteilung der Anreize für Änderungen des StGB²⁹⁷ dazu, dass der verbleibende »Leidensdruck« tendenziell nicht ausreicht, um als Auslöser für Strafgesetzgebung zu fungieren.

c) ... mit hinreichender Resonanz

Auch abseits einer von der Rechtsprechung explizierten Kommunikation mit dem Gesetzgeber können deren Entscheidungen, insbesondere wenn sie auf Widerspruch in der Öffentlichkeit oder bei zentralen Akteuren der Gesetzgebung stoßen,²⁹⁸ Auslöser für – insbesondere korrigierende – Strafgesetzgebung sein. Exemplarisch hierfür mögen eine durchaus kritikwürdige Entscheidung des BGH zur Vergewaltigung²⁹⁹ sowie der Fallkomplex *Lohfink*³⁰⁰ stehen, die einen maßgeblichen Anlass für das 50. StrÄndG setzten;³⁰¹ daneben BGHSt 50, 370 zum »Posing«³⁰² und zudem BGHSt 54, 189 zu § 238 StGB: In letzterer Entscheidung wurden die (aus Sicht des Gesetzgebers) Mängel der Tatbestandsformulierung prominent dargestellt und konnten im weiteren Verlauf als prägnantes Argument für die Umgestaltung des Tatbestands der Nachstellung herangezogen werden.³⁰³ Auch instanzgerichtliche Entscheidungen können Auslöser sein, so der nur wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums erfolgte Freispruch wegen der Beschneidung eines männlichen Kindes mit Einwilligung der Erziehungsberechtigten.³⁰⁴

Mehr noch als bei den vorgenannten, explizit auf den Gesetzgeber verweisenden Entscheidungen³⁰⁵ dürfte hier für die Auslösung von Strafgesetzgebung maßgeblich sein, dass ein gesellschaftlicher Konflikt einer Lösung hart, aber auch, dass das Strafjustizsystem Ausweichmechanismen nicht

297 Siehe oben § 1 VI. 4.

298 *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 273 ff.

299 BGH NSTZ 2013, 279; hierzu exemplarisch *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (210).

300 *Hoven*, KriPoZ 2018, 2 (2, 6 f.).

301 Vgl. BT-Drs. 18/8210, S. 10 zum 50. StrÄndG, hierzu unten Anhang A VI. 18.

302 Siehe BT-Drs. 16/9646, S. 2 zum Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses [...] zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, BGBl. 2008 I, S. 2149; hierzu unten Anhang A IV. 17.

303 BT-Drs. 18/9946, S. 10; hierzu unten Anhang A VI. 20.

304 LG Köln NJW 2012, 2128; nachfolgend dann das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes v. 20.12.2012, BGBl. 2012 I, S. 2749.

305 Soeben § 2 IV. 1. b).

nutzte – sei es, dass es sie (etwa wegen der Wortlautgrenze des Art. 103 Abs. 2 GG) nicht nutzen konnte oder aber nicht nutzen wollte. Ferner können hierzu auch echte oder auch nur wahrgenommene Fehlentscheidungen zählen, die zur Wiederherstellung des allgemeinen Vertrauens in das Kriminaljustizsystem³⁰⁶ eine Reaktion des Gesetzgebers herausfordern können.

2. Kriminalität

Ein weiterer Auslöser für Strafgesetzgebung ist in aktuellen Kriminalitätsereignissen zu sehen. Hierbei stehe »Kriminalität« als Sammelbegriff für (jedenfalls scheinbar oder auch nur möglicherweise) unter Strafgesetze fallendes Verhalten *und* für strafloses, aber sozial abweichendes Verhalten, für das von Akteuren der Kriminalpolitik³⁰⁷ ein strafbewehrtes Verbot gefordert wird. In Abgrenzung zum vorgenannten Auslöser stehen bei diesem Auslöser die Tat bzw. die Taten im Vordergrund, nicht die (ggf. rechtskräftige) gerichtliche Reaktion auf diese.³⁰⁸ Besonders problematisch an diesem Auslöser ist, dass sich das politische Ziel, durch *Gesetzgebung* auf Kriminalität zu reagieren, zwangsläufig zu einer weiter eskalierenden Expansion, Schärfung und Intensivierung des Strafrechts führt, gleich ob das strafrechtliche Instrumentarium »an sich« ausreichend ist.

a) Herausragende Einzelfälle bzw. -situationen

Ins Auge stechen hierbei zunächst herausragende Einzelfälle³⁰⁹ bzw. -situationen,³¹⁰ die infolge großer medialer Aufmerksamkeit³¹¹ gesellschaftliche

306 Hierzu oben § 1 VI. 3. b).

307 Zum weiten Akteursbegriff oben Einführung I. 2. a) bb) (2) bei und mit Fn. 110 ff.

308 Bei allen damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten, etwa im Hinblick auf die der vorigen Fallgruppe zugeordnete Diskussion über die Beschneidung eines männlichen Kindes.

309 *Hillenkamp*, in: FS Eisenberg II, S. 655 (657 ff.); *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, S. 191 (197); allgemein *de Maizière*, *Regieren*, S. 67 ff.

310 *Aden*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 121 (126 f.) (»Kriminalpolitische Agedaggestaltung ist [...] auch das Produkt von zufälligen Ereignissen«); *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 103 (115) weist aber zutreffend darauf hin, dass keineswegs jeder spektakuläre Einzelfall – trotz ggf. erhobener politischer Forderungen – in einer Strafrechtsänderung münde.

311 Vgl. nur *Hoven*, *KriPoZ* 2018, 2 ff.; *Hoven/Obert/Rubitzsch*, *ZfDR* 2022, 103; *Aden*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 121 (131 f.).

Verunsicherung³¹² bis hin zu Kriminalitätsfurcht hervorrufen, jedenfalls aber sich aufgrund in der breiteren Öffentlichkeit geführter Diskussionen dazu eignen, als Anlass für nicht minder öffentlichkeitswirksames politisches Handeln – namentlich durch das hierzu besonders probate Mittel³¹³ der Strafgesetzgebung – zu dienen. Anhand symbolischer Einzelfälle, die Konnotationen einer möglichen eigenen Betroffenheit wecken oder ausnutzen können, oder aber die Empörung über überschießende strafrechtliche Sanktionen auszulösen vermögen, lassen sich die für den öffentlichen politischen Meinungskampf so bedeutsamen Emotionen wecken, ohne dass derartige »anekdotenbasierte Kriminalpolitik« mit rationalen Erfordernissen in Übereinstimmung stehen muss.³¹⁴

Zahlreiche Beispiele hierfür lassen sich in der aktuellen Strafrechtsentwicklung finden: So lässt sich das 56. StrÄndG³¹⁵ auf eine Handvoll Kraftfahrzeugrennen zurückführen, um deren richtige strafrechtliche Aufarbeitung die Justiz zum Teil bis heute streitet;³¹⁶ die Verschärfung des Sexualstrafrechts³¹⁷ auf die Ereignisse der Kölner Silvesternacht;³¹⁸ die Aufhebung des § 103 StGB³¹⁹ auf eine Aktion eines Satirikers.³²⁰

Ebenfalls hierunter fassen lassen sich Begebenheiten, in denen über die Verbindungslinien zwischen Strafrechtspflege (und dort vor allem Staatsanwaltschaften) einerseits, Ministerialbürokratie/Gubernative und Legislative andererseits,³²¹ anhand von Einzelfällen aus der (v.a. staatsanwaltlichen) Praxis Gesetzesänderungen angemahnt werden.

312 Vgl. *Frankenberg*, KJ 2005, 370 (373 ff.), auch zu »wahltaktisch und parteipolitisch motivierte[m], symbolische[m] Aktionismus«.

313 Zur besonderen öffentlichen Wahrnehmung des StGB siehe oben § 1 VI. 2. c).

314 Dies ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, wie sich etwa an den vielen soliden Argumenten zeigt, die bereits zuvor gegen § 103 StGB a.F. einerseits und für eine Verschärfung des Sexualstrafrechts andererseits vorgebracht wurden.

315 Siehe hierzu unten Anhang A VI. 31.

316 BGHSt 63, 88; BGH StV 2018, 426; BGH StV 2018, 423; zuvor LG Berlin NStZ 2017, 471; sowie zuletzt BGH, Urt. v. 18.06.2020 – 4 StR 482/19.

317 Siehe hierzu unten Anhang A VI. 18.

318 Hierzu *Hoven*, KriPoZ 2018, 2 ff.; ferner *de Maizière*, *Regieren*, S. 69.

319 Siehe hierzu unten Anhang A VI. 27.

320 Hierzu exemplarisch *B. Heinrich*, ZStW 129 (2017), 425 ff.; *A. Heinze*, GA 2016, 767 ff.; *T. Vormbaum*, JZ 2017, 413 ff.

321 Siehe hierzu noch unten § 4 III. 1. a) cc).

b) *Summations- und Kumulationseffekte*

Bisweilen sind es jedoch nicht herausragende Einzelfälle, sondern die Summation gleicher oder auch die Kumulation verwandter Erscheinungsformen, die eine hinreichende Handlungsnotwendigkeit vermitteln.³²² So lassen sich etwa die Strafschärfung des Wohnungseinbruchdiebstahls,³²³ manche Ausweitungen des Terrorismusstrafrechts³²⁴ und auch die Diskussion über die Einführung eines § 126a StGB³²⁵ weniger auf einzelne Einbruchs- oder Terrorataten zurückführen denn auf ein allgemeines Klima der Unsicherheit, das seinerseits durch eine Mehrzahl an (auch medial vermittelten) Einzelfällen sowie durch Berichte über Kriminalitätshäufungen oder -tendenzen entstanden ist. Dennoch steht hier – anders als bei einer evidenzbasierten Kriminalpolitik³²⁶ – als Auslöser im Vordergrund eine (wahrgenommene) gesellschaftliche Verunsicherung³²⁷ bis hin zu Kriminalitätsfurcht, möglicherweise aber auch eine aus Anlass vieler Einzelfälle geführte gesellschaftliche Entkriminalisierungsdebatte.³²⁸

c) *Evidenzen*

Hingegen fällt es wissenschaftlich soliden Erhebungen und Statistiken einer geänderten Kriminalitätsstruktur, aber auch strafrechtsdogmatischen Ausführungen über die Sinnhaftigkeit von Straftatbeständen *de lege lata* und *de lege ferenda* schwerer, einen hinreichenden Anlass für Strafgesetzgebung zu liefern: Bloß theoretisch-akademische Erwägungen vermitteln mangels praktischen »Leidensdrucks« keine Notwendigkeit zum politisch-steuern den Tätigwerden; kriminologische Statistiken drohen ob ihrer Nüchternheit (und dadurch unterstrichenen Rationalität!), politisch nicht hinreichend ernst

322 Dies sei nicht verwechselt mit sog. Kumulationsdelikten, bei denen erst das Zusammentreffen kumulativer Handlungen die Schwelle der Strafbarkeit überschreitet; hierzu grundlegend *Kuhlen*, GA 1986, 389 ff.

323 55. StrÄndG; siehe hierzu unten Anhang A VI. 29.

324 So das GVVG; siehe hierzu unten Anhang A IV. 21.

325 Siehe hierzu exemplarisch *Ceffinato*, ZRP 2019, 161 ff.; *Greco*, ZIS 2019, 435 ff.; *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 ff.

326 Zu deren Schwierigkeiten und Möglichkeiten zusammenfassend *Kaspar*, KriPoZ 2020, 14 ff.; *Meier*, KriPoZ 2020, 1 ff.

327 Vgl. *Hoven*, DRiZ 2017, 280 (285).

328 So wäre eine Entkriminalisierung des *Cannabis*-Konsums mutmaßlich nicht auf Einzelfälle der Strafverfolgung, sondern auf die Summation der Strafverfolgungstätigkeit zurückzuführen.

genommen zu werden. Beides verschärft sich, wenn derartige Evidenzen die kriminalpolitisch asymmetrisch verteilten Anreize³²⁹ und damit eine solide Statik des StGB erst durchbrechen müssten. Holzschnittartig gesprochen können derartige Evidenzen im politischen Meinungsstreit hilfreich herangezogen werden; einen Anlass für politisches Tätigwerden liefern sie in der Regel nur in Kombination mit herausragenden Einzelfällen bzw. Summations- und Kumulationseffekten, oder wenn sich deren Ergebnisse mit anderweitig ohnehin verfolgten kriminalpolitischen Inhalten überschneiden.

3. Europäisches und Internationales Strafrecht

a) *EU-Strafrecht (Europäisches Strafrecht i.e.S.)*

An die nationalen Strafgesetzgeber gerichtete Maßgaben des EU-Strafrechts³³⁰ vermitteln durch ihre fristgebundene³³¹ Umsetzungspflicht zugleich einen Auslöser zum strafgesetzlichen Tätigwerden. Die hinreichende Dringlichkeit wird zudem durch den unmittelbar mit Ablauf der Umsetzungsfrist beginnenden – zunächst formalen, auf die Vollständigkeit der Umsetzung gerichteten³³² – Evaluationsprozess nebst dem Sanktionierungsmechanismus des Vertragsverletzungsverfahrens unterstrichen. Doch auch nach einer initialen Umsetzung können Gerichtsentscheidungen, Evaluationen der EU-Kommission oder bereits deren informelle Hinweise in Ansehung dieses Sanktionierungsmechanismus einen hinreichenden Anlass für den Gesetzgeber bieten, die Umsetzung nachzujustieren.

b) *Völkerrecht*

Diffuser sind die Anlässe für die »Umsetzung« völkervertraglicher strafrechtsrelevanter Vorgaben, denn diese geben – von Sonderfällen abgesehen³³³ – keine Umsetzungsfrist vor, sondern das Einsetzen vollständiger völk-

329 § 1 VI. 4.

330 Zu Anlässen für dessen Tätigwerden siehe noch unten § 5 II. 2.

331 Bei sekundärrechtlichen Maßgaben ist diese Frist ausdrücklich vorgegeben, bei primärrechtlichen Maßgaben folgen diese aus dem Inkrafttreten des Primärrechtsaktes.

332 Vgl. SWD(2017) 350 v. 07.07.2017, S. 42; siehe auch Nr. 6 f. der Mitteilung der Kommission – Anwendung von Artikel 260 Absatz 3 AEUV, ABIEU Nr. C 12 v. 15.01.2011, S. 1 (2).

333 Siehe die Nachweise oben in Fn. 154.

kerrechtlicher Bindungen liegt im Belieben desselben Strafgesetzgebers.³³⁴ Mit der Finalisierung eines völkerrechtlichen Vertrages können jedoch bereits dessen kriminalpolitische Wirkungen im Sinne eines »peer pressure« beginnen.³³⁵ Zudem enthält bereits die Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrags³³⁶ (durch einen vom Bundespräsidenten bevollmächtigten Vertreter der Bundesregierung³³⁷) ein politisches Signal der jeweiligen Bundesregierung³³⁸, auf die Ratifikation und daher auch auf das Zustimmungs- und ggf. Umsetzungsverfahren hinwirken zu wollen, wengleich dies völkerrechtlich nur ein Frustrationsverbot auslöst.³³⁹

Deutlich klarer konturiert ist es, dass Monitoringprozesse auf multinationaler Ebene Auslöser für Strafgesetzgebung sein können:³⁴⁰ Kritische Evaluationsberichte legen nicht nur Handlungsbedarfe etwa im Hinblick auf die Über- oder Rückführung in den »Korridor« internationaler Vorgaben dar, legen also nicht nur die Ursache für Strafgesetzgebung offen, sondern postulieren auch – nicht zuletzt wegen der ihr eigenen »peer pressure«³⁴¹ – eine unmittelbare Handlungsnotwendigkeit. Jedenfalls soweit die Bindungswirkung derartiger Monitoringprozesse reicht,³⁴² fungieren diese somit als Auslöser für Strafgesetzgebung.

4. Zeitgesetzgebung und Evaluationen

Zurück zum innerstaatlichen Kontext: Bloß auf Zeit erlassene Strafgesetze bzw. experimentelle Strafgesetzgebung³⁴³ bewirken in zweierlei Hinsicht eine Dynamik: Zum einen führt deren Außerkrafttreten unmittelbar zu einer Veränderung des StGB, sodass mit jeder experimentellen Strafgesetzgebung zu zwei Zeitpunkten eine Dynamik des StGB eintritt. Zum anderen aber be-

334 Siehe bereits oben § 2 III. 2. b) cc).

335 Siehe hierzu oben § 1 III. 1. c) bb) (3).

336 Hierzu *Nettesheim*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 59 GG Rn. 74.

337 § 28 Abs. 2 Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge (RvV).

338 Darauf, dass das Ratifikationsgesetz auch durch andere Initiativberechtigte in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden kann, weist *Nettesheim*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 59 GG Rn. 147 hin.

339 Art. 18 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge.

340 Zu diesen Monitoringprozessen und deren politischer Bindungswirkung siehe bereits oben § 1 III. 1. c) cc).

341 Vgl. hierzu auch oben § 1 III. 1. c) bb) (3) zum Einfluss von GRECO auf das Korruptionsstrafrecht; ferner (mit Fokus auf FATF) *Weißer*, ZStW 129 (2017), 961 (981 f.).

342 Siehe erneut oben § 1 III. 1. c) bb) (3) sowie § 1 III. 1. c) cc).

343 Siehe hierzu ausf. oben § 1 I. 1. a) sowie § 1 I. 1. b).

wirkt ein unmittelbar bevorstehendes Außerkrafttreten einer Strafvorschrift – bei fortbestehender Ursache für deren Erlass – eine zwingende Handlungsnotwendigkeit zum gesetzgeberischen Tätigwerden, um das Außerkrafttreten zu verhindern. Allerdings ist zu beachten, dass die durch experimentelle Strafgesetzgebung induzierte Dynamik auch nur eine trügerische sein kann: Das erneuerte Tätigwerden des Strafgesetzgebers kann sich darauf begrenzen, die Fortgeltung der bislang geltenden Rechtslage anzuordnen oder diese gänzlich zu entfristen; jedenfalls bei gleichbleibenden politischen Machtverhältnissen und keinem »Generationenwechsel«³⁴⁴ dürfte es sich dabei auch um den ressourcenschonenden Weg handeln, um den – ggf. »ohne Not« und nur wegen Zeitablaufs hervorgerufenen – »Leidensdruck« zu beheben. Mangels befristeter Regelungen im StGB und nur sehr spezifischer Zeitgesetzgebung im Nebenstrafrecht³⁴⁵ gibt es indes weder in die eine noch die andere Richtung empirische Evidenzen.

Auslöser nicht nur für eine formale, sondern auch eine inhaltliche Dynamik des StGB können indes Evaluationen sein, die auf die Gebotenheit oder auch nur Vorzugswürdigkeit einer materiell-strafrechtlichen Änderung hinweisen. Hierzu genügt jedoch nicht jede, mit noch so großem Verve vorgetragene wissenschaftliche Studie. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass die Evaluation im engeren legislatorisch-politischen Kontext erfolgt: Dies betrifft zunächst durch den Gesetzgeber selbst verbindlich angeordnete Evaluationen, wie sie etwa im europäischen Recht – aber nicht im (nationalen) Strafrecht³⁴⁶ – regelmäßig anzutreffen sind.³⁴⁷ Daneben können von

344 Vgl. aber die bei *Myers*, Boston College Law Review 40 (2008), 1328 (1328, 1332 f., 1356 ff.) m.w.N. rezipierten Forderungen, die gerade an Generationswechsel anknüpfen.

345 Einschließlich des Vorläufers des heutigen § 46b StGB zur Kronzeugenregelung, Art. 4 des Gesetzes zur [...] Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten, BGBl. 1989 I, S. 1059.

346 Vgl. nur *Lange/Schenck/S. Heinrich*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 137 (150). Auch in BT-Drs. 18/9095, S. 22 erfolgte nur eine (rechtlich unverbindliche) Aufforderung, gerichtet an die Bundesregierung, zur Evaluierung der Neufassung der §§ 232 bis 233a StGB; dieser kommt die Bundesregierung aktuell nach (zur Genese siehe unten § 6 II. 1. d) bb)). Eine gesetzliche Anordnung einer Evaluierung von strafrechtlichen Bestimmungen wurde zwar gelegentlich vom Nationalen Normenkontrollrat (in BT-Drs. 18/8831, S. 25 bezogen auf §§ 265c ff. StGB) und vom Bundesrat (BT-Drs. 16/6268, S. 18 bezogen auf § 46b StGB) gefordert, aber nicht weiter aufgegriffen.

347 Umfassend zur Gesetzgebungsevaluation *Sager/Hinterleitner*, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 437 ff.

der Gubernative,³⁴⁸ aber auch von politischen Parteien usw. in Auftrag gegebene Evaluationen diesen Akteuren hinreichendes Argumentationsmaterial liefern, um eine (dann i.d.R. bereits vorher angedachte) Strafrechtsänderung voranzutreiben. Schließlich können solche Evaluationen zwar Ausdruck oder Folge einer Beobachtungspflicht des Gesetzgebers³⁴⁹ sein. Doch selbst wenn man solche Beobachtungen sogar für den gesamten Bestand an Strafnormen fordern würde, wäre angesichts des Urvertrauens der Judikative, Legislative und Exekutive in die Wirksamkeit des Strafrechts anzuzweifeln, dass aus Beobachtungspflichten tatsächlich eine hohe »Dynamisierung der Rechtsetzung[...]«³⁵⁰ folgen würde. Dies wird durch eine ernüchternde Handhabung der einzigen verfassungsgerichtlich im Bereich des materiellen Strafrechts klar statuierten Beobachtungspflicht nur bestätigt.³⁵¹

5. Machtwechsel und Machtdemonstration

Ein weiterer Auslöser für Strafgesetzgebung kann in einem politischen Machtwechsel begründet liegen. Als eindruckliches Beispiel hierfür kann die Entkriminalisierung der Bannkreisverletzung (§ 106a StGB a.F.) gesehen werden, die zu Beginn der 14. Legislaturperiode erfolgte.³⁵² Zwar war Auslöser des Gesetzes insgesamt sicher (auch) der Umzug von Bundestag und Bundesrat von Bonn nach Berlin.³⁵³ Wie sich aber in der weiteren parlamentarischen Beratung zeigte, schwangen zugleich divergierende Auffassungen über das Unrecht »zivilen Ungehorsams« bei Demonstrationen mit,³⁵⁴ die

348 So aktuell zur Neufassung der §§ 232 bis 233a StGB mit dem Ziel, dass »die Hintergründe für die Anzahl und den Verlauf von Strafverfahren im Bereich des Menschenhandels untersucht werden, um ggf. Verbesserungen bei der Bekämpfung des Menschenhandels zu ermöglichen« sowie »gegebenenfalls [der] Identifikation von Schwachstellen in der Formulierung der Straftatbestände zur Bekämpfung des Menschenhandels und/oder ihrer Anwendung in der Praxis, um Verbesserungen zu ermöglichen« (Ausschreibung BMJV, Az. III 3 – 3003/112 – 33).

349 Hierzu unten § 4 II. 3.

350 Vgl. *Huster*, ZfRS 24 (2003), 3 (12).

351 Eindrücklich *Höfling/Andreas Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 34 Rn. 29 zu BVerfGE 88, 203 (309 ff.).

352 Hierzu unten Anhang A II. 1.

353 BT-Drs. 14/1147, S. 1.

354 Vgl. BT-Drs. 14/1292, S. 5 sowie BT-Prot. 14/4264(D), 14/4266(A) (mit Wortbeitrag *Wolfgang Frhr. von Stetten*: »Für viel gravierender halten wir jedoch die Herabzonung der Verletzung der Bannmeile von einer Straftat gemäß § 106 a StGB zu einer bloßen Ordnungswidrigkeit. [...] Wir sind auch der Meinung, daß es geradezu eine Aufforderung an linke Autonome oder rechte Chaoten darstellt, es doch

sich infolge des 1998 erfolgten Machtwechsels erstmals in dieser Form akzentuieren konnten.

Vorstellbar ist auch, dass sich – aus an sich außerstrafrechtlichen Gründen – ein Anlass für eine politische Machtdemonstration ergibt, etwa um »Handlungsfähigkeit« zu beweisen, und dies als Auslöser für Strafgesetzgebung fungiert. Es läge indes neben der Sache, die ausgeprägte Strafgesetzgebungstätigkeit etwa während der 18. Legislaturperiode hierauf zu reduzieren. Denn es lassen sich dort jeweils sachnähere Auslöser identifizieren, die allerdings auf ein ungewöhnlich strafrechtsinteressiertes – und das Strafrecht als probates Mittel zur Generierung politischer Öffentlichkeit ansehendes – Politikklima stießen.

6. Außerstrafrechtliche Rechtsetzung

In einer Vielzahl von Fällen ist der Auslöser für Strafgesetzgebung schließlich nicht strafrechtsintern, sondern extern zu suchen: So können die Umsetzung europäischer Vorgaben des Abfallrechts, die Lösung eines dringlichen außerstrafrechtlichen Sachproblems oder auch dort eine Handlungsnotwendigkeit auslösende Gerichtsentscheidungen Anlass zu (allgemeiner) Gesetzgebung geben. Zum einen kann dies redaktionelle Änderungen³⁵⁵ im StGB – etwa durch die Aktualisierung von Gesetzesbezeichnungen oder Verweisungen – oder auch substantielle Änderungen von im Sachzusammenhang stehenden Vorschriften erforderlich machen. Zum anderen kann, weil der Ressourcenaufwand für die Gesetzgebung ohnehin betrieben wird, ein weit aus geringerer Anlass für die Vornahme weiterer, nicht notwendigerweise in Sachzusammenhang stehender Änderungen des StGB ausreichen. Dies kann durch »Bepackung« einer fremden Gesetzesinitiative geschehen,³⁵⁶ bis hin zu den sogenannten »Omnibusgesetzen«³⁵⁷ – wie dem (strafprozessual bedeutsamen) OLG-Vertretungsänderungsgesetz³⁵⁸ –, die z.B. kurz vor Ablauf einer Legislaturperiode beschlossen werden.

einmal mit der Verletzung des befriedeten Bezirks zu versuchen; denn es wird ja nur so gehandelt, wie wenn man bei Rot über die Ampel fährt.«), 14/4267(D).

355 Zur Typologie siehe oben § 2 I. 1. c).

356 Vgl. *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 18. Ein »Bepackungsverbot« besteht hingegen nach Art. 110 Abs. 4 Satz 1 GG bei Haushaltsgesetzgebung; hierzu exemplarisch *Gröpl*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 30 Rn. 46.

357 Zum Begriff exemplarisch *Ottersbach*, BB 19/2007, I.

358 BGBl. 2002 I, 2850; hierzu *Meinhof*, NJW 2002, 2273 ff.

V. Motivationen

Im Rahmen dieser Untersuchung stehen die individuellen Motivationen³⁵⁹ der an Strafgesetzgebungsverfahren beteiligten Akteure nicht im Vordergrund. Idealtypen für Motivationen für genuin strafrechtliche Rechtsetzung sollen jedoch gleichfalls hier aufgrund ihrer Wechselwirkung mit dem vorgenannten, durch Anlässe zu überwindenden »Leidensdrucks« knapp skizziert werden. Im Hinblick auf deren Verbreitung, handlungsleitende Kraft und auch Vollständigkeit wären umfangreiche empirische Erhebungen erforderlich, die zukünftigen Forschungen überlassen sein sollen.

1. Normkonformität

Eine gewichtige handlungsleitende Motivation für die Akteure der Strafgesetzgebung dürfte in Normkonformität liegen.³⁶⁰

Damit seien zum einen verfassungsrechtliche und vor allem verfassungsgerichtliche Maßgaben aufgerufen, die den Strafgesetzgeber zum Tätigwerden verpflichten und mit der Kraft und Dignität des Verfassungsrechts operieren, aber auch Maßgaben des europäischen Rechts. Zwar dürften seit der BVerfG-Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl³⁶¹ die Zeiten der Vergangenheit angehören, in denen Vorgaben des Europäischen Strafrechts im Gesetzgebungsverfahren zu wenig hinterfragt werden und zu wenig nach Umsetzungsspielräumen gesucht wird, doch ist verbreitet ein Bekenntnis (jedenfalls) zu einer »Eins-zu-eins-Umsetzung« zu vernehmen.³⁶² Es erschiene angesichts des ureigenen Gestaltungswillens politischer Akteure auch als zu kurz gegriffen, den Umsetzungswillen nur mit einer Bekenntnis zu »Europa« zu begründen.

Neben diesen genuin (verfassungs-)rechtlichen Normen kann die Einhaltung religiöser oder ethischer Normen handlungsleitende Motivation für die an Strafgesetzgebungsverfahren beteiligten Akteure sein. Ohne hier auf die

359 Zur Betonung der konkreten, situationsbezogenen, subjektiven Beziehung zum Handeln – und um jegliche Verwechslung mit den »Gesetzgebungsmotiven« zu vermeiden – wurde hierfür der Begriff der »Motivation« gewählt; vgl. hierzu *J. Heckhausen/H. Heckhausen*, in: *J. Heckhausen/H. Heckhausen* (Hrsg.), *Motivation und Handeln*⁵, S. 1 (4 ff.); *Rudolph*, *Motivationspsychologie*³, S. 17.

360 Allgemein zu den vielfältigen Ursachen normkonformen und normwidrigen Verhaltens *Bernasco/van Gelder/Elffers*, *The Oxford Handbook of Offender Decision Making*.

361 BVerfGE 113, 273.

362 Siehe oben § 1 II. 1. d) bb) m.w.N.

Problematik des Fraktionszwangs und der Gewährleistung von Gewissensentscheidungen bei Parlamentariern (vgl. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) näher einzugehen, traten derartige Normen insbesondere in strafrechtlichen Gesetzgebungsverfahren zum Schwangerschaftsabbruch³⁶³ und zur Sterbehilfe³⁶⁴ in Erscheinung.

2. Gestaltungswille

Zentrale Motivation politischen – wie sozialen³⁶⁵ – Handelns ist ein Gestaltungswille.³⁶⁶ Es liegt auf der Hand, dass sich diese Motivation auch in der Strafgesetzgebung niederschlägt in einem Willen, das Zusammenleben in der Gesellschaft auch mit dem Einsatz des Strafrechts zu verändern, eingetretene oder sich abzeichnende Veränderungen zu verhindern, bzw. solche gesellschaftlichen Veränderungen zu steuern.

Die individuellen Faktoren, die diesen Gestaltungswillen prägen, dürften ausgesprochen divers sein: So kann die (frühere oder parallele) Tätigkeit als Strafverteidiger beispielsweise zu einem ausgeprägten Strafrechtsskeptizismus führen; eine nur randständige Vorbefassung mit dem Strafrecht hingegen dazu, dass ein großes Vertrauen in die generalpräventive Wirkung auch höchst spezifischer Strafnormen und damit ein Übereifer für den Einsatz des Strafrechts vorhanden ist. Eine hohe individuelle Risikoaversion kann ebenso wie große Sympathie für Kriminalitätsfürchtige einen Gestaltungswillen hin zu einem Mehr an »Risiko« bzw. »Präventionsstrafrecht« führen, eine Empörung über einen gesellschaftlichen Missstand zu großer

363 Exemplarisch – im Kontext des SFHÄndG (unten Anhang A I. 3.) – der Wortbeitrag *Rudolf Karl Krauses* (BT-Prot. 12/19983[C]).

364 Exemplarisch – bei der Einführung des § 217 StGB – die Wortbeiträge *Schiewerlings* (BT-Prot. 18/13161[D]), *Marian Wendts* (BT-Prot. 18/13163[C] f.: »Nicht für den Tod, sondern für das Leben werde ich heute votieren, und das aus tiefster christlicher Überzeugung!«) und *Winkelmeier-Beckers* (BT-Prot. 18/13164[B]).

365 Siehe nur *J. Heckhausen/H. Heckhausen*, in: J. Heckhausen/H. Heckhausen (Hrsg.), *Motivation und Handeln*⁵, S. 1 (2) (»Streben nach Wirksamkeit und damit nach direkter oder primärer Kontrolle der physischen und sozialen Umwelt«); zur Zielorientierung allgemein *Brandstätter/Hennecke*, in: J. Heckhausen/H. Heckhausen (Hrsg.), *Motivation und Handeln*⁵, S. 331 ff.

366 Siehe nur *Mols*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 23 (23, 47): »Politik als praktische Gestaltung des Gemeinwesens« bzw. »Politik [hebt] im Kern auf die verbindliche Gestaltung menschlichen Zusammenlebens ab[...]«. Siehe aber auch die Desillusionierung politischer Akteure, *Smeddinck*, in: *Smeddinck/Tils* (Hrsg.), *Normgenese und Handlungslogiken in der Ministerialverwaltung*, S. 227 ff.

Intensität und Persistenz, diesem Missstand durch sämtliche rechtlichen Instrumentarien entgegenzuwirken.

Diese Beispiele mögen unterstreichen, dass dieser Gestaltungswille auf die Verwirklichung expansiver wie reduktiver, intensivierender wie relativierender, schärfender wie mildernder Strafrechtsänderungen gerichtet sein kann, und gleichermaßen mit schuldzentrierten wie präventionsorientierten Strafrechtsverständnissen vereinbar ist,³⁶⁷ ja auch auf die Bewahrung des vermeintlich »klassischen« (Kern-)Strafrechts gerichtet sein kann. Strafrecht und politischer Gestaltungswille sind demzufolge keineswegs unvereinbar.³⁶⁸

3. Machterhalt bzw. -steigerung

Eine dritte, hervorzuhebende Motivation in Strafgesetzgebungsverfahren dürfte schlicht im Willen zum Erhalt bzw. zur Steigerung politischer Macht liegen,³⁶⁹ um (auch) zukünftig und ggf. weiterreichend den Gestaltungswillen umsetzen zu können.³⁷⁰ Dies betrifft zunächst diejenigen Akteure, die sich einer eigenen inhaltlichen Positionierung im Hinblick auf eine einheitliche Fraktionslinie (»Fraktionszwang«) enthalten oder, um ihnen subjektiv wichtigere politische Ziele zu erreichen, ihre eigenen Überzeugungen hinterrücken.

Zudem eignet sich die besondere öffentliche Wahrnehmung des Strafrechts³⁷¹ auch dazu, politische Aufmerksamkeit zu erzeugen.³⁷² Verknüpft mit dem großen Vertrauen der Öffentlichkeit in die (Straf-)Justiz³⁷³ – und unter Beachtung der i.d.R. asymmetrischen Anreizverteilung³⁷⁴ – lässt sich (i.d.R. expansive) Strafgesetzgebung angesichts ihrer geringen wahrgenom-

367 So liegt eine Schuldzentrierung bei Verwendung des – bedenklichen – Terminus des »staatlichen Strafanspruchs« stets nahe.

368 Dies stellt nicht in Abrede die – hiervon zu trennenden – strafverfassungsrechtlichen Grenzziehungen, zu welchen Zielen und mit welchem konkreten Mittel Strafrecht eingesetzt werden darf.

369 Zur Machtmotivation siehe allgemein *H. Busch*, in: J. Heckhausen/H. Heckhausen (Hrsg.), *Motivation und Handeln*⁵, S. 245 ff.; im politisch-gesetzgeberischen Kontext exemplarisch *Tils*, in: Brandt/Smeddinck/Tils (Hrsg.), *Gesetzesproduktion im administrativen Binnenbereich*, S. 31 (42).

370 Siehe hierzu oben § 2 V. 2.

371 Siehe hierzu oben § 1 VI. 2. c).

372 Siehe nur *Aden*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 121 (127).

373 Siehe hierzu oben § 1 VI. 3. b).

374 Siehe hierzu oben § 1 VI. 4.

menen »Kosten«, aber des potentiell hohen politischen »Nutzens« auch gezielt mit dieser dominant binnenpolitischen Intention einsetzen.³⁷⁵

Schließlich ist auch denkbar, das Strafrecht gezielt zur Verfolgung oder Behinderung politischer Gegner einzusetzen. Dabei ist dahingehend zu differenzieren, ob diese politischen Konkurrenten sich (noch) auf dem Boden der Verfassung bewegen. Tun sie dies nicht, ist der Bereich des Staatsschutzstrafrechts erreicht; tun sie dies, so liegt die Verfassungswidrigkeit ebenso auf der Hand³⁷⁶ wie die Tatsache, dass ein solcher Missbrauch des Strafrechts nicht mehr innerhalb der »polity« in Deutschland stünde.

375 Das Verfassungsrecht kann dem indes nur Grenzen setzen, soweit die Zielverfolgung *durch das Gesetz* verfassungswidrig ist; für die politischen Ziele als solche interessiert es sich nur, soweit sie sich als manifeste oder latente Funktionen des Gesetzes zeigen. Siehe hierzu auch oben § 2 III. 3. a) bb) (3).

376 Zu verweisen ist – je nach konkreter Ausgestaltung – auf die Grundrechte i.e.S., aber auch auf Art. 21 GG sowie auf das oben skizzierte, aus dem Rechtsstaatsprinzip notwendigerweise folgende Ziel einer jeden Gesetzgebung, nach einem »Mehr« an Gerechtigkeit zu suchen.