

Dritter Teil:
Strafgesetzgebung in Deutschland und Europa

§ 4 Strafgesetzgebung in Deutschland

Nachfolgend richtet sich der Blick auf formelle und informelle Besonderheiten des Strafgesetzgebungsverfahrens auf Bundesebene.¹ Darin einbezogen ist die aus dem deutschen Föderalismus folgende Mitwirkung der Bundesländer bei der Gesetzgebung auf Bundesebene, sprich das aus dem deutschen Föderalismus resultierende Mehrebenensystem. Mit anderen Worten ist die Forschungsfrage dieses Kapitels, inwiefern sich das Verfahren zum Erlass materieller Strafgesetze von einem »allgemeinen« Gesetzgebungsverfahren unterscheidet. Dies betrifft zum einen strafverfassungsrechtliche Fragestellungen der Gesetzgebung, sei es das formale Verfahren betreffend,² seien es besondere prozedurale Bindungen des Strafgesetzgebers.³ Zum anderen soll auch hier ein wirklichkeitswissenschaftlicher Blick auf Akteure und Prozesse der Strafgesetzgebung gerichtet werden,⁴ mit besonderem Fokus darauf, inwieweit die im vorangegangenen Teil herausgearbeiteten hemmend-statisierenden und fördernd-dynamischen Mechanismen Wirkungen (auch) im Gesetzgebungsverfahren entfalten können.

1. Das formale Verfahren der Strafgesetzgebung

Das Verfahren der Strafgesetzgebung⁵ lässt sich knapp skizzieren, weil die Gesetzgebungsordnung⁶ des Grundgesetzes, aber auch der Geschäftsordnun-

1 Landesstrafgesetze sind zwar kompetenzrechtlich nicht in Gänze ausgeschlossen, beziehen sich jedoch, da der Bund weitreichend von seiner Strafrechtsetzungskompetenz Gebrauch gemacht hat, nur auf Randbereiche von untergeordnetem praktischen wie wissenschaftlichen Interesse. Allgemein zur Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern im Bereich des Strafrechts siehe BVerfGE 13, 367 (372); BVerfGE 23, 113 (Ls. 2); ferner oben Einführung I. 1. a) bei und mit Fn. 29 ff.

2 Nachfolgend § 4 I.

3 Unten § 4 II.

4 Unten § 4 III.

5 Von einer Darstellung der Sonderfälle des Gesetzgebungsnotstandes (Art. 81 GG) und der Gesetzgebung im Verteidigungsfall (Art. 115d, 115e GG) wurde abgesehen.

6 Eine darüber hinausgehende »allgemeine Gesetzgebungsordnung« gibt es trotz entsprechender Forderungen aus der Wissenschaft bislang nicht; vgl. nur *Lücke*, ZG 2001, 1 (35 ff.).

gen der beteiligten Verfassungsorgane⁷ für dieses keine Abweichungen zum sonstigen Erlass formeller⁸ Bundesgesetze vorsehen:⁹

1. Initiativen

a) Berechtigte (Art. 76 Abs. 1 GG)

Art. 76 Abs. 1 GG weist das Initiativrecht für Gesetzesvorlagen¹⁰ grundsätzlich der Bundesregierung (als Kollegium),¹¹ dem Bundesrat (als Verfassungsorgan)¹² und auch dem Bundestag selbst¹³ zu, wobei letzteres (nur) kraft Geschäftsordnung auf eine Fraktion *oder* fünf Prozent der Abgeordneten begrenzt wird (§ 76 Abs. 1 GOBT).¹⁴ Eine parallele Ausübung des Initiativrechts mit gleichlautenden Entwürfen, etwa der Bundesregierung

7 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GOBT), BGBl. 1980 I, S. 1237, letzte Änderung in BGBl. 2020 I, S. 764; Geschäftsordnung des Bundesrates (GOBR), BGBl. 1993 I, S. 2007, letzte Änderung in BGBl. 2007 I, S. 1057; Geschäftsordnung der Bundesregierung (GOBRReg), GMBI. 1957, S. 137, letzte Änderung in GMBI. 2002, S. 848; ergänzend auch die Gemeinsame Geschäftsordnung des Bundestages und des Bundesrates für den Ausschuss nach Artikel 77 des Grundgesetzes (Vermittlungsausschuss), BGBl. 1951 II, S. 103, letzte Änderung in BGBl. 2003 I, S. 677 sowie die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), GMBI. 2000, S. 526; letzte Änderung in GMBI. 2019, S. 68.

8 Zu diesem Erfordernis siehe oben § 1 I. 2.

9 Auch aus dem Unionsrecht folgen keine strafrechtsspezifischen Vorgaben an das Gesetzgebungsverfahren. Allerdings kann im Strafrecht, gleichermaßen wie in anderen Rechtsgebieten, die Notifizierungspflicht des Art. 5 RL (EU) 2015/1535 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (ABIEU Nr. L 241 v. 17.09.2015, S. 1) greifen.

10 D.h. bereits ausformulierte Beschlussvorlagen, siehe nur *Bryde*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 76 GG Rn. 10; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 19; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 68. Zur Frage und ggf. Reichweite einer Begründungspflicht siehe unten § 4 II. 2. Die Genese der Beschlussvorlage (»outsourcing«, Petition, Eigenentwicklung) ist dabei unbeachtlich, zutr. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier³, Art. 76 GG Rn. 46 f. m.w.N., auch zur a.A.

11 Zusammenfassend *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 8.

12 Zusammenfassend *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 16.

13 Zusammenfassend *Boehl*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 15.

14 Zu alledem, statt aller, *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier³, Art. 76 GG Rn. 26 ff.; *Bryde*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 76 GG Rn. 10 ff.; *Dietlein*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 76 GG Rn. 4 ff.; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 18 ff.; *Mann*, in: Sachs⁹, Art. 76 GG Rn. 3 ff.; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 32 ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 76 GG Rn. 32 ff.; aus strafrechtli-

und der sie tragenden Fraktionen, ist zulässig und zur Beschleunigung des nachfolgenden Verfahrens nicht unüblich.¹⁵

Hinsichtlich Zustimmungsgesetzen¹⁶ zu völkerrechtlichen Verträgen – welche die »Statik« des Strafverfassungsrechts verändern können¹⁷ – wird teils vertreten, es bestehe ein aus Art. 59 Abs. 2 GG folgendes Initiativmonopol der Bundesregierung.¹⁸ Weil aber das Zustimmungsgesetz vom völkerrechtlichen Handeln Deutschlands zu unterscheiden ist und der Verfassungstext auch im Übrigen nicht hierfür streitet, ist eine solche Einschränkung abzulehnen; sie entspricht auch nicht der Staatspraxis.¹⁹

b) *Vorabfassung des Bundesrates bzw. der Bundesregierung (Art. 76 Abs. 2 und 3 GG)*

(Nur) Vorlagen des Bundesrates und der Bundesregierung sind dem jeweils anderen Verfassungsorgan vorab zur (fristgebundenen) Stellungnahmemöglichkeit zuzuleiten,²⁰ bevor²¹ sie – im Falle von Initiativen der Bundesregierung mitsamt deren Gegenäußerung – den Bundestag erreichen (Art. 76

cher Sicht auch *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 17 Rn. 162; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 259 f.

15 Hierzu, statt vieler, *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 53; *Mann*, in: Sachs⁹, Art. 76 GG Rn. 24 ff.; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 57; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 76 GG Rn. 47; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 260; ferner (mit Beispiel-Zeitplan) *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 8 Rn. 21, 75 ff. sowie *Bundesministerium des Innern*, Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften², Rn. 84.

16 Zur hiervon zu trennenden Frage der Kündigungskompetenz siehe oben § 1 II. 1. d) cc) mit Fn. 316.

17 Siehe hierzu oben § 1 II. 1. d) cc); § 1 III. 1. c) bb) (1) und § 2 III. 2. b) cc).

18 *Bryde*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 76 GG Rn. 11; *Dietlein*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 76 GG Rn. 5; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 76 GG Rn. 38.

19 Ausf. *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 54 f. m.w.N.; ferner, statt mehrerer, *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 54; *Nettesheim*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 59 GG Rn. 147.

20 Beim Bundesrat spricht man – durchaus irreführend – von einem »ersten Durchgang«; siehe nur *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 115 ff.

21 Zur bei besonders eilbedürftigen Gesetzen – etwa bei drohendem Ablauf einer EU-rechtlichen Umsetzungsfrist, einem Gesetzgebungsauftrag des BVerfG, aber auch bei einem »besondere[n] Erregungszustand der öffentlichen Meinung« (*Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 138) – möglichen Zuleitung von Initiativen an den Bundesrat nach Art. 76 Abs. 2 Satz 4 GG siehe, statt aller, *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 77; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/

Abs. 2 und 3 GG).²² Bindungswirkungen entfalten diese Stellungnahmen²³ und auch die Gegenäußerung der Bundesregierung nicht;²⁴ sie können aber die Diskursivität des Gesetzgebungsverfahrens erhöhen.²⁵

2. Beratung und Beschlussfassung im Bundestag als Herzkammer des Gesetzgebungsverfahrens (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG)

Die in Art. 76 Abs. 3 Satz 6 GG im systematischen Kontext (nur) von Bundesratsinitiativen genannte Pflicht des Bundestages zur Beratung und Beschlussfassung greift für sämtliche Initiativen,²⁶ wobei dem Bundestag – vorrangig vermittelt über dessen Ältestenrat – ein weitreichender Entscheidungsspielraum über seine Tagesordnung verbleibt.²⁷ Dies hat zur Folge, dass insbesondere Initiativen, die nicht von der Regierungsmehrheit getragen werden, auch ohne inhaltliche Befassung der Diskontinuität anheimfallen können.²⁸

Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 138 ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 76 GG Rn. 63 ff.

22 Zu alledem, statt aller, *Dietlein*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 76 GG Rn. 15 ff.; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 66 ff.; *Mann*, in: Sachs⁹, Art. 76 GG Rn. 15 ff.; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 92 ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 76 GG Rn. 48 ff.; aus strafrechtlicher Sicht auch *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 17 Rn. 163; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 260.

23 *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 73; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 116.

24 *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 151. Insbes. berührt eine positive Gegenäußerung nicht die Möglichkeit der Bundesregierung (ggf. auch einer *anderen* Bundesregierung), später eine abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zu erheben.

25 Dabei sind aber auch die mitunter verklausulierten Formulierungen zu berücksichtigen; so lässt sich der Ankündigung, die Bundesregierung werde etwas »prüfen«, nicht selten großes Desinteresse entnehmen.

26 BVerfGE 145, 348 (Rn. 32, 36); *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 62 ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 76 GG Rn. 24.

27 Siehe hierzu BVerfGE 145, 348 (Rn. 36 ff.): »Dabei ist es grundsätzlich dem Parlament vorbehalten, die Prioritäten bei der Bearbeitung der ihm vorliegenden Angelegenheiten selbst zu bestimmen [...]«; lediglich eine Missbrauchsschranke hat das BVerfG anerkannt.

28 Vgl. BVerfGE 145, 348 (Rn. 37): »Insbesondere folgt aus dem Befassungsanspruch des Gesetzesinitianten keine Pflicht des Ausschusses oder des Bundestages, über sämtliche vorliegenden Gesetzesvorhaben innerhalb einer Legislaturperiode abschließend zu entscheiden. Vielmehr ist hinzunehmen, dass vorliegende Gesetzentwürfe mit dem Ende der Legislaturperiode der Diskontinuität anheimfallen können«. Zur

a) Erste Lesung

Dem Grundgesetz selbst sind über den Ablauf der Beratung im Bundestag – obschon Herzkammer der parlamentarischen Demokratie – keine Bestimmungen zu entnehmen. Dessen Ausgestaltung entspringt unter Beachtung allgemeiner verfassungsrechtlicher Begrenzungen stattdessen der Satzungsautonomie des Bundestages.²⁹ Im Wesentlichen handelt es sich somit um Geschäftsordnungsrecht: In einer ersten Lesung überweist das Plenum – ggf. nach einer ersten Plenardebatte – durch Beschluss³⁰ grundsätzlich³¹ die Behandlung an einen oder mehrere Ausschüsse (§§ 79, 80 Abs. 1 GOBT),³² bei rein strafrechtlichen Initiativen (jedenfalls federführend³³) an den Rechtsausschuss.³⁴

Diskontinuität allgemein *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 116; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 156 ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 76 GG Rn. 29.

29 Siehe nur *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 17 Rn. 4 ff.; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 77 GG Rn. 14; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 77 GG Rn. 21 ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 77 GG Rn. 7.

30 *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 17 Rn. 64 f.

31 Zwar sieht § 80 Abs. 2 GOBT die Möglichkeit vor, mit Zweidrittelmehrheit die unmittelbare Fortsetzung mit der zweiten Lesung zu beschließen, doch ist dies praktisch nahezu bedeutungslos; *Ritzel/Bücker*, Handbuch für die Parlamentarische Praxis, § 80 GOBT S. 2 f.; *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 17 Rn. 59; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 77 GG Rn. 27. Bisweilen werden aber Ausschussberatung sowie zweite und dritte Lesung in derselben Sitzungswoche – in Extremfällen sogar am selben Tag – terminiert, so beim Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht mit Lesungen und Ausschussberatung am 25.03.2020.

32 Siehe nur *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 17 Rn. 52 ff. (sowie Rn. 34 ff. zu Verfahrens- und praktischen Fragen im Vorfeld der ersten Lesung); *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 77 GG Rn. 16; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 77 GG Rn. 21 ff.; ferner *Bryde*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 77 GG Rn. 5; aus strafrechtlicher Sicht auch *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 17 Rn. 164 f.; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 261.

33 Zum Zusammenwirken verschiedener Ausschüsse instruktiv *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 323 ff.

34 In der 17. und 18. Legislaturperiode »Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz«.

b) Ausschussarbeit

Die Sacharbeit an den Gesetzentwürfen, die das Selbstverständnis des Bundestages als »Arbeitsparlament«³⁵ prägt,³⁶ erfolgt in den grundsätzlich nicht-öffentlich tagenden (§ 69 Abs. 1 GOBT) Ausschüssen.³⁷ Diese Sacharbeit wird maßgeblich von Berichtersteller*innen³⁸ – von den Fraktionen vorgeschlagenen, aber formal vom Ausschussvorsitzenden benannten (§ 65 GOBT) Parlamentarier*innen – geleistet, die hierbei von ihren Mitarbeiter*innen sowie den Wissenschaftlichen Diensten des Bundestages³⁹ unterstützt werden, aber auch auf Sachverstand und Meinungen Externer zurückgreifen. Vergleichbares gilt für den Ausschuss als Ganzes:⁴⁰ In seinen (auch nicht öffentlichen) Sitzungen dürfen auch Vertreter*innen der Bundesregierung⁴¹ zugegen sein (Art. 43 Abs. 2 GG).⁴² Der Ausschuss kann zudem (i. d. R. öffentliche, siehe aber § 70 Abs. 8 GOBT) Anhörungen »von Sachverständigen, Interessenvertretern und anderen Auskunftspersonen« »[z]ur Information über einen Gegenstand seiner Beratung« vornehmen (§ 70 Abs. 1 Satz 1

35 Siehe nur *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 99; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 77 GG Rn. 13.

36 Siehe aber zugleich die Interpretation als »Kontrolle« und bloße »Fein-Arbeit an Details« bei *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 304 ff.

37 Zusammenfassend hierzu *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 98 ff.; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 77 GG Rn. 17 ff.; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 77 GG Rn. 29 ff.; aus strafrechtlicher Sicht auch *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 17 Rn. 165; *Stächelin*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, S. 261.

38 Hierzu *Winkelmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, § 23 Rn. 55.

39 *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 133.

40 Zu Mischformen, etwa dem »erweiterten Berichterstattergespräch«, siehe noch unten § 4 III. 2. d) bb) sowie *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 135.

41 In der Regel wird dies durch Parlamentarische Staatssekretär*innen des jeweiligen Ministeriums wahrgenommen, die in den Sitzungen durch Referenten*innen des Kabinetts- und Parlamentsreferats und der jeweils zuständigen Fachreferate unterstützt werden; *Bundesministerium des Innern*, *Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften*², Rn. 175 f.

42 Hierzu – auch zur Unterstützung durch sog. Formulierungshilfen – *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 131; *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 97 ff.; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 77 GG Rn. 31; *Bundesministerium des Innern*, *Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften*², Rn. 172 ff.; ferner *Winkelmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, § 23 Rn. 58.

GOBT).⁴³ Es folgen regelmäßig nichtöffentliche und informelle Bericht-erstattergespräche (»BE-Gespräche«), in denen i.d.R. die Berichterstatter*innen und fachpolitischen Sprecher*innen (i.d.R. nur der Koalitionsfraktionen) mit Unterstützung der zuständigen Fachministerien eine Beschlussempfehlung aushandeln.⁴⁴ Die Ausschussarbeit an einer Gesetzesinitiative endet mit Annahme dieser »Beschlussempfehlung und [eines] Bericht[s]«. ⁴⁵

c) *Zweite und ggf. dritte Lesung sowie Schlussabstimmung*

Basierend auf den Beratungen im Ausschuss bzw. in den Ausschüssen⁴⁶ erfolgt eine zweite Lesung im Plenum des Bundestages, ggf. mit Aussprache, jedenfalls aber mit Beschlussfassung, auch über Änderungsanträge (§§ 81 f. GOBT). Die hieraus resultierende konsolidierte Fassung des Gesetzentwurfs ist Gegenstand der – grundsätzlich ohne erneute Aussprache erfolgenden – dritten Lesung (§§ 83 ff. GOBT),⁴⁷ die in aller Regel in einer Schlussabstimmung mündet (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG, § 86 GOBT). Erforderlich, aber – unter Beachtung der Beschlussfähigkeit und deren begrenzter Rückbarkeit⁴⁸ – auch ausreichend ist grundsätzlich⁴⁹ ein Beschluss durch die Mehrheit der (offen bzw. namentlich, §§ 48 Abs. 1, 51 ff. GOBT⁵⁰) abgegebenen Stimmen (Art. 42 Abs. 2 Satz 1 GG).⁵¹

43 Hierzu noch unten § 4 III. 2. d).

44 *Bundesministerium des Innern*, Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften², Rn. 180 ff.

45 Hierzu ausf. *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 145 ff., 149 ff.; siehe auch § 81 Abs. 1 Satz 2 GOBT.

46 Zur Bedeutungslosigkeit des § 80 Abs. 2 GOBT siehe oben in Fn. 31.

47 Bei Zustimmungsgesetzen nach Art. 59 Abs. 2 GG entfällt regelmäßig die dritte Lesung; die Schlussabstimmung schließt dann an die zweite Lesung an.

48 § 45 GOBT; hierzu *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 88 ff.; *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 17 Rn. 168; aktuell BVerfGE 152, 55.

49 Ausnahmen (Zwei-Drittel-Mehrheit) bei Grundgesetzänderungen und EU-Primärrechtsänderungen, Art. 79 Abs. 2 GG, auch i.V.m. Art. 23 Abs. 1 GG.

50 Zur Frage, ob auch geheime Abstimmungen über Gesetzesvorlagen verfassungsrechtlich zulässig wären oder im Einzelfall nach § 126 GOBT beschlossen werden dürften, siehe *H. H. Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 42 GG Rn. 40 ff.; *Groth/Rühl*, LKV 2007, 311 ff.

51 Zusammenfassend hierzu *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 66 ff.; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 77 GG Rn. 21 ff.; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 77 GG Rn. 36 ff.; aus strafrechtlicher Sicht auch *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 17 Rn. 166 ff.; *Stächelin*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, S. 261 f.

3. Mitwirkung des Bundesrates und des Vermittlungsausschusses (Art. 77 Abs. 2 bis Abs. 4 GG)

Nach Zuleitung des Gesetzesbeschlusses an den Bundesrat (Art. 77 Abs. 1 Satz 2 GG) kann dieser⁵², gleich ob es sich um ein Einspruchs- oder Zustimmungsgesetz handelt, binnen drei Wochen den Vermittlungsausschuss anrufen (Art. 77 Abs. 2 GG). Schlägt dieser »eine Änderung des Gesetzesbeschlusses vor, so hat der Bundestag erneut Beschluß zu fassen« (Art. 77 Abs. 2 Satz 5 GG),⁵³ bevor das Verfahren im Bundesrat fortgesetzt wird. Bei Einspruchsgesetzen kann der Bundesrat nur nach vorheriger (und ggf. erfolgloser) Befassung des Vermittlungsausschusses⁵⁴ binnen zwei Wochen Einspruch einlegen; andernfalls ist das Gesetz zustandegekommen (Art. 78 GG). Eine Einspruchseinlegung durch den Bundesrat kann mit absoluter Mehrheit im Bundestag überstimmt werden; ein mit qualifizierter Mehrheit (zwei Drittel) gefasster Beschluss des Bundesrates mit ebensolchem Quorum im Bundestag (Art. 77 Abs. 3, Abs. 4 GG). Bei Zustimmungsgesetzen hingegen ist die aktive Zustimmung des Bundesrates erforderlich und nicht durch qualifizierte Beschlüsse im Bundestag ersetzbar (vgl. Art. 77 Abs. 2a, Art. 78 GG).⁵⁵

Entscheidend für die Mitwirkungsrechte des Bundesrates ist somit die Qualifikation als Einspruchs- oder als Zustimmungsgesetz. Die gemeinhin

52 Von einer Darstellung der Ausschussarbeit im Bundesrat wurde abgesehen; siehe hierzu *Koggel*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 19 Rn. 41 ff.

53 Derartige Änderungsvorschläge müssen »im Rahmen des [...] zugrundeliegenden Gesetzgebungsverfahrens« verbleiben; Bestimmungen, wegen derer der Vermittlungsausschuss nicht angerufen wurde, sind dabei »als endgültig hin[zuh]nehmen«, BVerfGE 150, 345 (Ls. 1 und 2).

54 Dies kann ausnahmsweise dazu führen, dass der Gesetzentwurf endgültig scheitert: Der Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – §§ 177 bis 179 StGB – (BT-Drs. 13/2463) war zwar vom Bundestag beschlossen worden. Nach Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat erzielte das Gesetz in der Fassung der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses keine Mehrheit (319 zu 325 zu 4 Stimmen; BT-Prot. 13/11504[D]).

55 Siehe zu alledem nur *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier³, Art. 77 GG Rn. 30 ff.; *Bryde*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 77 GG Rn. 11 ff., Art. 78 GG Rn. 2 ff.; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 77 GG Rn. 30 ff.; *Mann*, in: Sachs⁹, Art. 77 GG Rn. 7 ff.; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 77 GG Rn. 56 ff.; *Sanwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 77 GG Rn. 16 ff.; *Koggel*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 19; *Risse/Wisser*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 18; aus strafrechtlicher Sicht auch *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 17 Rn. 169; *Stächel*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, S. 262 ff.

zu lesende Sentenz, Strafgesetze seien bloße Einspruchsgesetze,⁵⁶ trifft dabei in dieser Absolutheit nicht zu: Zwar ist das (Kern-)Strafrecht, dessen Erlass auf die Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützt wird, nicht zustimmungspflichtig. Allerdings reicht es nach Rechtsprechung des BVerfG und vorherrschender Ansicht in der Literatur für eine Zustimmungspflicht aus, dass ein Gesetzesbeschluss (irgend-)eine zustimmungspflichtige Norm enthält (»Einheitsthese«).⁵⁷ Hieraus kann bei kombinierten Änderungen von Fachgesetzen und StGB-Vorschriften, die darauf Bezug nehmen, eine Zustimmungspflicht folgen.⁵⁸ Quantität und Qualität von Zustimmungsgesetzen haben zwar seit der Föderalismusreform 2006 abgenommen, mit klarem strafrechtlichen Bezug ist aber auf die Zustimmungspflicht für die »Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt« zu verweisen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a, Abs. 2 GG), die sich auch auf das Gesetz bezog, mit der die Strafvorschrift des § 87 BKAG (bzw. die Vorläufervorschrift des § 39 BKAG a.F.) erlassen wurde.⁵⁹

4. Vetomacht der Bundesregierung? (Art. 113 GG)

Zur Sicherung einer »soliden Haushaltswirtschaft«⁶⁰ gewährt Art. 113 GG der Bundesregierung ein Vetorecht bei ausgabenerhöhenden oder einnahmehemmenden Gesetzesbeschlüssen. Entscheidend hierfür ist nicht die Finalität (wie sie bei Steuergesetzen oder (Nachtrags-)Haushalten auf der Hand liegt), sondern die Finanzwirksamkeit, die sich nach einer Prognose eines etwaigen

56 Hilgendorf, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 17 Rn. 169; M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 (972); Stächelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 263.

57 Zuletzt BVerfGE 142, 268 (Rn. 59); Kersten, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 77 GG Rn. 100; Masing/Risse, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 77 GG Rn. 51; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 78 GG Rn. 15 ff.; jeweils m.w.N., auch zur a.A.

58 Eindrücklich hierfür die bloß redaktionellen Folgeänderungen in §§ 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 lit. b, 276a StGB durch das (zustimmungspflichtige) Zuwanderungsgesetz 2002. Eine Zustimmung des Bundesrates war wegen uneinheitlicher Stimmabgabe Brandenburgs nicht erfolgt, sodass das BVerfG das gleichwohl ausgefertigte und verkündete Gesetz – und damit auch die StGB-Änderung – für verfassungswidrig und nichtig erklärte, BVerfGE 106, 310 (insbes. 329 f.).

59 Vgl. die Einleitungsformel des Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes, BGBl. 2017 I, S. 1354 sowie dessen Art. 1 und Art. 2 Nr. 4.

60 Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln⁵, Art. 113 GG Rn. 1; Gröpl, in: Bonner Kommentar, Art. 113 GG Rn. 19 f.; Heintzen, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 113 GG Rn. 1.

Mehrbedarfs oder von Mindereinnahmen richtet.⁶¹ Demzufolge sind zusätzliche Planstellen für (Bundes-)Richter*innen und (Bundes-)Staatsanwält*innen ebenso finanzwirksam⁶² wie Mindereinnahmen bei einer Reduktion der Möglichkeiten einer Vermögensabschöpfung. Indes betrifft Art. 113 GG erstens lediglich Auswirkungen auf den Bundeshaushaltsplan, nicht aber auf die für die Strafjustizpflege weit bedeutsameren Landeshaushaltspläne.⁶³ Zweitens dürften die Haushaltsauswirkungen von Strafgesetzgebung bezogen auf den Bundeshaushalt unterhalb aller diskutierten Bagatell- oder Erheblichkeitsschwellen liegen.⁶⁴ Drittens ist die Bestimmung angesichts der Verwebung von Bundesregierung und der sie regelmäßig tragenden Parlamentsmehrheit – von einem historischen Ausnahmefall abgesehen – ohnehin praktisch bedeutungslos.⁶⁵ Schließlich läge es angesichts der im Vergleich zu den sonstigen manifesten und latenten Folgen von Strafgesetzen marginalen finanziellen Auswirkungen nahe, in einem auf diesem Aspekt beruhenden Veto einen verfassungswidrigen Missbrauch⁶⁶ zu sehen.

61 *Gröpl*, in: Bonner Kommentar, Art. 113 GG Rn. 67; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 113 GG Rn. 20 ff.; *Heintzen*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 113 GG Rn. 6; *Kemmler*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 113 GG Rn. 8 f.; *Heun*, in: Dreier³, Art. 113 GG Rn. 5 ff.; *Reimer*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 113 GG Rn. 21 ff.; *Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 113 GG Rn. 9 ff.

62 *Gröpl*, in: Bonner Kommentar, Art. 113 GG Rn. 63 mit Fn. 134.

63 *Gröpl*, in: Bonner Kommentar, Art. 113 GG Rn. 68; *Heintzen*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 113 GG Rn. 4; *Heun*, in: Dreier³, Art. 113 GG Rn. 5; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 113 GG Rn. 28; *Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 113 GG Rn. 9.

64 Für solche – in unterschiedlicher Ausprägung – *Heun*, in: Dreier³, Art. 113 GG Rn. 5; *Siekmann*, in: Sachs⁹, Art. 113 GG Rn. 11; ablehnend *Heintzen*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 113 GG Rn. 7; *Kemmler*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 113 GG Rn. 10; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 113 GG Rn. 25; *Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 113 GG Rn. 18; *Reimer*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 113 GG Rn. 18; differenzierend *Gröpl*, in: Bonner Kommentar, Art. 113 GG Rn. 71 f.

65 *Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln⁵, Art. 113 GG Rn. 2; *Gröpl*, in: Bonner Kommentar, Art. 113 GG Rn. 35; *Heintzen*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 113 GG Rn. 1, 13; *Heun*, in: Dreier³, Art. 113 GG Rn. 4; *Kemmler*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 113 GG Rn. 1; *Schwarz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 113 GG Rn. 1 ff.; *Siekmann*, in: Sachs⁹, Art. 113 GG Rn. 8.

66 Vgl. *Gröpl*, in: Bonner Kommentar, Art. 113 GG Rn. 88; *Reimer*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 113 GG Rn. 19.

5. Ausfertigung und Verkündung

Ist ein (Bundes-)Gesetz zustandegekommen (Art. 78 GG), ist es – vorbehaltlich des von Bundespräsidenten in ständiger Staatspraxis in Anspruch genommenen Prüfungsrechts⁶⁷ – auszufertigen (d.h. eine Urschrift, die »Bütte«, herzustellen und zu unterzeichnen⁶⁸) und im – ab 01.01.2023 grundsätzlich elektronisch herausgegebenen (§ 2 Abs. 1 VkBkmG) – Bundesgesetzblatt zu verkünden (Art. 82 Abs. 1 GG). Dies ist Voraussetzung für das (bei expansiven oder schärfenden Strafgesetzen: zwingend nachfolgende) Inkrafttreten (Art. 82 Abs. 2 GG).⁶⁹

6. Besonderheiten bei einer Grundgesetzänderung

Hinsichtlich des Gesetzgebungsverfahrens ist bei Grundgesetzänderungen – welche die Statik des Strafverfassungsrechts ändern können – lediglich die Besonderheit zu beachten, dass es sich dabei um ein Zustimmungsgesetz handelt und dieses eine qualifizierte Mehrheit in Bundestag und Bundesrat (jeweils Zwei-Drittel-Mehrheit bezogen auf die Gesamtstimmenanzahl) erfordert (Art. 79 Abs. 2 GG).⁷⁰ Dieses Erfordernis greift auch beim (hypothetischen) Erlass verfassungsunmittelbarer Strafnormen.⁷¹

67 Siehe nur *Pieper*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 20 Rn. 31 ff. m.w.N. Wegen verfassungsrechtlicher Bedenken in Bezug auf strafprozessuale Änderungen unterzeichnete der Bundespräsident das Gesetz gegen Rechtsextremismus und Hasskriminalität im Internet (Anhang A VII. 16.) nicht (vgl. *Janisch*, Das könnt ihr besser, bis er zeitgleich auch ein »Reparaturgesetz« (Anhang A VII. 17.) ausfertigen konnte.

68 Das Datum der Unterschrift ist sodann das Gesetzesdatum, das auch im BGBl. im Gesetzestitel abgedruckt wird, *Bundesministerium der Justiz*, *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*³, Rn. 349.

69 Zu alledem siehe nur *Bauer*, in: *Dreier*³, Art. 82 GG Rn. 8 ff.; *Brenner*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 82 GG Rn. 1 ff.; *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 82 GG Rn. 1 ff.; *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 82 GG Rn. 79 ff.; *Mann*, in: Sachs⁹, Art. 82 GG Rn. 1 ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 82 GG Rn. 1 ff.; *Pieper*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 20; aus strafrechtlicher Sicht auch *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 17 Rn. 170; *Stächelin*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, S. 264.

70 Zu alledem siehe nur *S. Augsberg*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 28 Rn. 22 ff.; *Bryde*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 79 GG Rn. 8, 31; *H. Dreier*, in: *Dreier*³, Art. 79 Abs. 2 GG Rn. 13 ff.; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 79 GG Rn. 17 ff., 43 ff.

71 Für die historische, verfassungsunmittelbare Strafnorm des Art. 143 GG a.F. begrenzte indes dessen Abs. 6 deren Geltung bis zum Erlass einer anderweitigen bundesgesetzlichen Regelung; BT-Drs. 1/1307, S. 56. Dies erlaubte – höchst ausnahmsweise – die

II. Verfassungsrechtliche Spezifika der Strafgesetzgebung

Teils als Forderung *de constitutione ferenda*, teils als nähere Konturierung des verfassungsrechtlichen Rahmens – auch angesichts einer postulierten Besonderheit von Strafgesetzen – werden vorrangig in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur⁷² verschiedene Ansätze zur prozeduralen⁷³ Einhegung, Begrenzung und Rationalisierung der Strafgesetzgebung diskutiert, die hier skizziert und diskutiert werden sollen.⁷⁴

1. Qualifizierte Mehrheitserfordernisse

Eine erste, zunächst von *Amelung* erhobene und später von *Kindhäuser* aufgegriffene und klar auf eine Verfassungsänderung abzielende Forderung richtet sich darauf, bei Strafgesetzgebung qualifizierte Mehrheitserfordernisse – etwa eine Zwei-Drittel-Mehrheit im Bundestag – zu verlangen.⁷⁵ Verallgemeinern ließe sich diese Forderung dahingehend, für Strafgesetzgebung vergleichbare (Schutz-)Mechanismen heranzuziehen, wie sie für Verfassungsänderungen – sei es im Inland, sei es im Rechtsvergleich⁷⁶ – bestehen. Die Proponenten erhoffen sich hiervon eine Vermeidung »vorschnelle[r] kriminalpolitische[r] Regelungen«.⁷⁷

Für eine solche Restriktion spricht zwar, dass aus qualifizierten Mehrheiten eine besondere Änderungsresilienz resultieren kann, welche die je-

Anordnung des Außerkrafttretens einer Verfassungsbestimmung durch ein »einfaches« Bundesgesetz, hier das Strafrechtsänderungsgesetz v. 30.08.1951, BGBl. 1951 I, S. 739.

72 Erneut sei aber der Zustellungsvermerk des Senatsvorsitzenden im Rindfleischetikettierungsverfahren in Erinnerung gerufen, siehe hierzu oben § 1 II. 3. a) mit Fn. 574.

73 In Abgrenzung zu materiellen Begrenzungen, wie sie aus der Einführung eines verfassungsrechtlichen und verfassungsgerichtlich rückbaren Straftat(begrenzungs)begriffs folgen würde; zu diesem Vorschlag von *Gallwas*, MDR 1969, 892 (895) siehe nur *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 319 ff.

74 Zu im bisherigen verfassungsrechtlichen Rahmen bereits möglichen Zeitgesetzen im Sinne einer »experimentellen Gesetzgebung« siehe bereits oben § 1 I. 1. a) sowie § 1 I. 1. b) unter Verweis auf *Nieto Martín*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 97 (133 ff.); *Wollmann*, in: Schreckenberger/K. König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, S. 72 ff.; ferner § 2 IV. 4.

75 *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsguttheorie, S. 155 (164) (»für Ausdehnung des Strafrechts [...] qualifizierte Mehrheiten«); *Kindhäuser*, ZStW 121 (2009), 954 (963).

76 Typologie bei *Lutz*, American Political Science Review 88 (1994), 355 (368).

77 *Kindhäuser*, ZStW 121 (2009), 954 (963).

denfalls momentan zu verzeichnende Expansionstendenz des Strafrechts zumindest abschwächen könnte. Zudem könnte ein solches Erfordernis die hier bereits diskutierte Sicht untermauern, gleich wie das Grundgesetz »dem Staat« die grundlegenden Handlungsbegrenzungen auferlege, lege das Strafgesetzbuch »dem Bürger« grundlegende Handlungsbegrenzungen auf; als »Grundgesetz für den Bürger«⁷⁸ müsse es daher vergleichbar erhöhten Änderungsschranken unterworfen sein wie das Grundgesetz selbst. Allerdings zeigte sich, dass diese Sicht auf das Strafrecht zu simplifizierend ist⁷⁹ und für das teils hochspezifische Nebenstrafrecht⁸⁰ insbesondere bei Akzessorietät zu außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen in Gänze nicht überzeugt. Zudem verbleibt unklar, ob diese Hürde nur für Neukriminalisierungen und Strafschärfungen – mit gravierenden Folge- und Abgrenzungsproblemen bei Umgestaltungen (»Reformen«) – oder auch für Intensivierungen und sogar für Entkriminalisierungen, Strafmilderungen und Relativierungen greifen würde. Angesichts verbreiteter flankierender Strafvorschriften in Spezialgesetzen drohte dann auch deren »Versteinering«. Bei unionsrechtlichen Umsetzungsverpflichtungen hülfe ein solches Mehrheitserfordernis nicht; ja es würde die Anreize für ein Spiel über die Brüsseler Bande erhöhen.⁸¹ Schließlich wäre zu vermuten, dass der Gesetzgeber, so er die qualifizierte Mehrheit nicht erreichen kann,⁸² in weitem Umfang von Ausweichmechanismen (etwa »Mega-Ordnungswidrigkeiten«⁸³) Gebrauch machen würde.

2. Begründungspflichten

Wiederholt vorgetragen⁸⁴ oder auch nur erwogen⁸⁵ wird eine Forderung nach Begründungspflichten des (Straf-)Gesetzgebers. Sie steht im diametralen

78 Siehe hierzu oben § 1 VI. 2.

79 Siehe oben § 1 VI. 2. a).

80 Zur Freiheit des Gesetzgebers in der Lozierung siehe oben § 1 V. 3. d).

81 Allgemein hierzu § 5 II. 2. b) bb).

82 In der als besonders strafrechtsexpansiv wahrgenommenen 18. Legislaturperiode hatte die Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD eine Zwei-Drittel-Mehrheit inne. Zu Mehrheitsverhältnissen bei Strafgesetzgebung siehe unten § 6 I. 2. d).

83 Vgl. *U. Sieber*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 301 (308 f., 320 ff.).

84 Siehe etwa, bezogen auf das Strafgesetzgebungsverfahren, *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 332 f.; *Frisch*, *NStZ* 2016, 16 (24); allgemein *Lücke*, Begründungspflicht, S. 111, 138 f.; *Lücke*, *ZG* 2001, 1 (30 ff.); *Pestalozza*, *NJW* 1981, 2081 (2086 f.); *Redeker/Karpenstein*, *NJW* 2001, 2825 ff.; *Wettach*, *ZG* 1995, 364 (372 f.).

85 Siehe hierzu erneut oben § 1 II. 3. a) mit Fn. 574.

Gegensatz zur klassischen These, »[d]er Gesetzgeber schulde[...] gar nichts anderes als das Gesetz«,⁸⁶ kann sich aber auf entsprechende Ansätze in der Rechtsprechung des BVerfG stützen und wäre klar mit dem Ziel größerer Rationalität⁸⁷ und Diskursivität⁸⁸ des Strafgesetzgebungsverfahrens verbunden. Bevor auf die Forderung, deren verfassungsrechtliche Fundierung und deren Überzeugungskraft im Einzelnen eingegangen werden soll, ist zunächst eine knappe Analyse der bereits jetzt vorliegenden Begründungen geboten:

a) *Begründungen im Gesetzgebungsverfahren*

Während in der deutschen Gesetzgebung Präambeln und Erwägungsgründe unüblich geworden sind⁸⁹ und gesetzliche Ziel- und Zweckbestimmungen bislang nur außerhalb des StGB Verwendung fanden,⁹⁰ ist die Begründung von Gesetzentwürfen⁹¹ sowie die Begründung der BT-Ausschussempfehlung ständige Staatspraxis sowie durch die jeweiligen Geschäftsordnungen vorgegebene⁹² Pflicht:

Für Regierungsentwürfe statuiert § 42 Abs. 1 GGO eine Begründungspflicht und konturiert diese in § 43 GGO inhaltlich. Bereits auf dem – möglichst nur einseitigen – Vorblatt (Anlage 2 GGO) sind Problem und Ziel knapp zu benennen und es ist auf im Gesetzgebungsverfahren befindliche oder näher erwogene, aber verworfene Alternativen hinzuweisen,⁹³ was regelmäßig zur schlichten Angabe »Alternativen: Keine« führt. In der dem eigentlichen Gesetzentwurf folgenden Begründung sind für Strafgesetze –

86 *Schlaich*, VVdStRL 39 (1981), 99 (109); zuvor bereits *Geiger*, in: Berberich/Holl/Maaß (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, S. 131 (141): »Der Gesetzgeber schuldet den Verfassungsorganen und Organen im Staat, auch den Verfassungsgerichten, nichts als das Gesetz.«

87 *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 14 Rn. 17 ff.

88 Vgl. *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 14 Rn. 58 ff.

89 *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 1 Rn. 102 ff.

90 Exemplarisch hierfür § 1 Abs. 1 BImSchG (amtliche Überschrift: »Zweck des Gesetzes«): »Zweck dieses Gesetzes ist es, Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur- und sonstige Sachgüter vor schädlichen Umwelteinwirkungen zu schützen und dem Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen vorzubeugen.« Allgemein zu Ziel- und Zweckbestimmungen bzw. Leitvorschriften *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 1 Rn. 105 ff. m.w.N.

91 Zur Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Entwurfsbegründung siehe nur *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 14 Rn. 2 f.; zu Unterschieden auf Landesebene *Wettach*, ZG 1995, 364 ff.

92 Zur Frage der verfassungsgerichtlichen Kontrolle siehe noch sogleich § 4 II. 2. b).

93 Hierzu krit. *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 267.

zumindest theoretisch – bedeutsam insbesondere die Maßgaben der Darstellung der »Zielsetzung und Notwendigkeit des Gesetzentwurfs und seiner Einzelvorschriften« (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 GGO), »welcher Sachverhalt dem Gesetzentwurf zugrunde liegt und auf welchen Erkenntnisquellen er beruht« (§ 43 Abs. 1 Nr. 2 GGO), »ob andere Lösungsmöglichkeiten bestehen« (§ 43 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 GGO) sowie der Vereinbarkeit mit europäischem und internationalem Recht (§ 43 Abs. 1 Nr. 8 bis Nr. 10 GGO).⁹⁴ Für Gesetzentwürfe aus der Mitte des Bundestages ordnet § 76 Abs. 2 Alt. 1 GOBT eine Begründungspflicht an, der in ständiger Praxis in Anlehnung an die Begründung von Regierungsentwürfen entsprochen wird.⁹⁵ Bei parallel eingebrachten Entwürfen⁹⁶ ist dies selbsterklärend; bei Oppositionsentwürfen beruht dies auf der erhöhten diskursiven und politischen Kraft, weil auf diesem Weg Augenhöhe mit der Regierung und auch »Regierungsfähigkeit« vermittelt wird. Für den Bundesrat ist zwar nur eine Begründungspflicht für Modifikationsvorschläge seiner Ausschüsse in der Geschäftsordnung statuiert (§ 26 Abs. 3 GOBR); es ist gleichwohl ganz üblich, dass bereits die auf eine Gesetzesinitiative gerichteten Anträge eines oder mehrerer Länder »in Anlehnung an Gesetzentwürfe der Bundesregierung aufgebaut« sind.⁹⁷ Weitere – schriftliche – Begründungen der Legislativorgane⁹⁸ können Stellungnahmen des Bundesrates und die Gegenerklärung der Bundesregierung (bei deren Initiativen) bzw. die Stellungnahme der Bundesregierung zu Bundesratsinitiativen enthalten, verpflichtend ist ein »Abschlußbericht[...]« des BT-Ausschusses (§ 81 Abs. 1 Satz 2 GOBT) zur Begründung seiner Beschlussempfehlung.

Wenngleich diese Gesetzesmaterialien im Rahmen der historisch-genesischen Auslegung⁹⁹ und auch im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle¹⁰⁰ rege genutzt werden, so ist deren spezifischer Leserhorizont (neben den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen die sogenannten

94 Zu alledem näher *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 43 ff.; *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 14 Rn. 65 ff.; ferner *Skurēs*, *Die Begründung von Rechtsnormen*, S. 122 ff.

95 *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 14 Rn. 71.

96 Siehe oben bei und mit Fn. 15.

97 Hierzu näher *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 16 Rn. 10 mit Fn. 36.

98 In Abgrenzung zu individuellen Debattenbeiträgen.

99 *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 14 Rn. 50 ff.; *Lücke*, *Begründungspflicht*, S. 66; aus der Methodenliteratur siehe nur *J. Vogel*, *Juristische Methodik*, S. 128; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*¹², Rn. 790 a.E.

100 Siehe nur *Heusch*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 36 Rn. 86; *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 14 Rn. 10: Es dürfe keinen »offenen Widerspruch« zwischen Sachvortrag vor dem BVerfG und den »dokumentierten Überlegungen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens« geben.

»interessierten Kreise, Wissenschaft und die Presse«¹⁰¹) ebenso zu beachten, als dass die in diesen Parlamentsdrucksachen enthaltenen Ausführungen keineswegs der reinen Wissenschaft,¹⁰² sondern dezidiert der »Meinungsmache« und damit auch dem politischen *Marketing* dienen.¹⁰³ Demzufolge überrascht es nicht, dass diese Dokumente nicht nur gerne »Formelhaftes« enthalten,¹⁰⁴ sondern »auch Ort für kühne Rechtsbehauptungen«¹⁰⁵ sind und darin gravierende Änderungen der Rechtslage bisweilen als bloße »Klarstellung« tituliert werden.¹⁰⁶

b) Rechtsprechung des BVerfG

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Frage einer verfassungsrechtlichen Begründungspflicht verlief – jedenfalls bis vor Kurzem – deutlich gespalten:¹⁰⁷ Während der *Erste Senat* maßgeblich auf das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens und darauf, dass dieses am Maßstab des Grundgesetzes begründbar sein müsse, abstellte,¹⁰⁸ neigte vor allem¹⁰⁹ der *Zweite Senat* dazu, ausgehend von Vorhabengesetzen¹¹⁰ und finanzwirksamen (Leistungs-

101 *Seibert*, in: Fleischer (Hrsg.), *Mysterium »Gesetzesmaterialien«*, S. 75 (113).

102 *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (867).

103 *Seibert*, in: Fleischer (Hrsg.), *Mysterium »Gesetzesmaterialien«*, S. 75 (113 f.).

104 *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (867).

105 *Seibert*, in: Fleischer (Hrsg.), *Mysterium »Gesetzesmaterialien«*, S. 75 (121).

106 *Seibert*, in: Fleischer (Hrsg.), *Mysterium »Gesetzesmaterialien«*, S. 75 (122).

107 Siehe hierzu auch *Kempny*, JÖR 64 (2016), 477 (482 f.) m.w.N.

108 Siehe etwa BVerfGE 157, 394 (Rn. 36); BVerfGE 157, 30 (Rn. 241); BVerfGE 143, 246 (Rn. 272); BVerfGE 139, 148 (Rn. 61): »Das Grundgesetz schreibt jedoch grundsätzlich nicht vor, was, wie und wann genau im Gesetzgebungsverfahren zu begründen und zu berechnen ist. [...] Entscheidend ist, dass im Ergebnis die Anforderungen des Grundgesetzes nicht verfehlt werden«; zuvor bereits BVerfGE 137, 34 (Rn. 77): »Die sich aus der Verfassung ergebenden Anforderungen an die methodisch sachgerechte Bestimmung grundrechtlich garantierter Leistungen beziehen sich nicht auf das Verfahren der Gesetzgebung, sondern auf dessen Ergebnisse«.

109 Siehe aber BVerfGE 125, 175 (226 ff.): »Zur Ermöglichung dieser verfassungsgerichtlichen Kontrolle besteht für den Gesetzgeber die Obliegenheit, die zur Bestimmung des Existenzminimums im Gesetzgebungsverfahren eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offenzulegen«; relativiert in BVerfGE 132, 134 (162 f.). Zur Rezeptionsgeschichte zusammenfassend *Wieckhorst*, DÖV 2018, 845 (846 ff.).

110 BVerfGE 95, 1 (22 f.) – Südumfahrung Stendal; vergleichbar auch für Neugliederungsmaßnahmen, BVerfGE 86, 90 (107 f.).

Gesetzen¹¹¹ »den Gesetzgeber« (in seiner Gänze und in Unterscheidung zu Initiatoren von Gesetzentwürfen) zur Dokumentation der gesetzesrelevanten Tatsachen und deren Bewertung bereits im Gesetzgebungsverfahren zu verpflichten.¹¹²

Kürzlich führte der *Zweite Senat* diese Rechtsprechungslinien mit der Formulierung zusammen,¹¹³ dass

»[b]esondere prozedurale Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren oder entsprechende Begründungslasten des Gesetzgebers [...] typischerweise die gesetzliche Ausgestaltung in der Verfassung selbst angelegter (Leistungs-)Rechte [betreffen], die ohne entsprechende Anforderungen an Ermittlung und Begründung der Regelungsgrundlagen leerzulaufen drohen« bzw. bei denen »unbestimmte Verfassungsbegriffe in Zahlen oder Werte »übersetzt« [oder] materiell exekutivische Planungsentscheidungen getroffen«¹¹⁴

werden. Die letztgenannten Fallgruppen sind bei Strafgesetzgebung offensichtlich nicht betroffen; auch handelt es sich nicht um Leistungsrechte. Aufhorchen lässt jedoch der Hinweis auf eine andernfalls leerlaufende verfassungsgerichtliche Kontrolle, handelt es sich dabei nämlich um einen Vorwurf, der bezogen auf die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Strafgesetzgebung erhoben wird.¹¹⁵

c) *Würdigung*

In dieselbe Stoßrichtung wirken in der verfassungsrechtlichen Literatur geäußerte Auffassungen, aus Art. 20 Abs. 3 GG folge eine verfassungsimmanente

111 So bei Fragen des Finanzausgleichs, BVerfGE 72, 330 (405), und vor allem des Besoldungsrechts, BVerfGE 145, 1 (Rn. 28) sowie BVerfGE 140, 240 (Ls. 6 sowie Rn. 112 f.): »Die Festlegung der Besoldungshöhe durch den Gesetzgeber ist an die Einhaltung prozeduraler Anforderungen geknüpft. Diese Anforderungen treffen ihn insbesondere in Form von Begründungspflichten. [...] Eine bloße Begründbarkeit genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Prozeduralisierung. Der mit der Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung angestrebte Rationalisierungsgewinn kann – auch mit Blick auf die Ermöglichung von Rechtsschutz – effektiv nur erreicht werden, wenn die erforderlichen Sachverhaltsermittlungen vorab erfolgen und dann in der Gesetzesbegründung dokumentiert werden [...] Die Prozeduralisierung zielt auf die Herstellung von Entscheidungen und nicht auf ihre Darstellung, das heißt nachträgliche Begründung.«

112 Zur vom *Zweiten Senat* für die Strafgesetzgebung erwogenen Ausdehnung solcher Prozeduralisierung siehe erneut oben § 1 II. 3. a) mit Fn. 574.

113 Krit. zu einer »Sonderfall-Konzeption« *Wieckhorst*, DÖV 2018, 845 (849 f.).

114 BVerfGE 150, 1 (Rn. 178).

115 Siehe exemplarisch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 536.

Grundpflicht zur Begründung jedenfalls der Verfassungskonformität des Gesetzes – in hiesiger Übersetzung: zu dessen Einfügung in die Statik des Strafverfassungsrechts –, um eine nachgelagerte Verfassungskontrolle zu ermöglichen und das Gesetzgebungsverfahren nicht zur bloßen demokratischen Machtausübung reduzieren zu lassen, sondern stattdessen seine Befriedigungs- und Konsensfunktion zu effektivieren.¹¹⁶ Doch gegen eine Übertragbarkeit auf die Strafgesetzgebung sprechen – in Anbetracht der bereits gelieferten Begründungen der Entwürfe und Beschlussvorlagen – nicht nur Zweifel an der tatsächlich hemmenden Wirkmacht einer solchen prozeduralen Bindung. Daneben ist die verfassungsprozessuale Operationalisierbarkeit zweifelhaft.¹¹⁷ Hinzu tritt, dass das Grundgesetz Begründungspflichten im Gesetzgebungsverfahren nicht vorsieht und diese – da sie sich auf das Ergebnis, nicht auf die Initiative beziehen müssten – sich auch nicht bruchlos einfügen ließen. Bereits deshalb müssen sie begründungspflichtige Ausnahmen bleiben.¹¹⁸ Dies liegt bei dem bloßen Ergebnis einer Zahl oder eines (Geld-)Wertes nahe, weil dem keine substantielle Binnenrationalität innewohnt, nicht aber bei Strafnormen, die sich auf Verhaltens- und Sanktionselemente herunterbrechen und (effektiver bzw. effektiverbarer¹¹⁹) verfassungsgerichtlicher Kontrolle zuführen lassen. In möglichen späteren Verfahren verfassungsgerichtlicher Kontrolle ist dann aber entscheidend, ob sich die angegriffene Norm in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Rationalitätsanforderungen begründen lässt; hierzu darf und muss das BVerfG – neben den Materialien – auch

116 Grundlegend *Lücke*, Begründungspflicht, S. 39 ff., 65 ff.; siehe ferner *Lücke*, ZG 2001, 1 (30 ff.); *Mann*, in: Sachs⁹, Art. 76 GG Rn. 7. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier³, Art. 76 GG Rn. 31 ff. begrenzt dies auf Situationen, in denen »die Verfassung spezifische Anforderungen an den Inhalt des Gesetzes stellt und die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Norm die Darlegung der Zielsetzungen des Gesetzgebers voraussetzt«, spricht »sich der Inhalt und der Zweck des Gesetzes nicht aus dem Normtext ergeben«. Davon ist bei Strafgesetzen allenfalls bei klar überwiegenden latenten Funktionen auszugehen.

117 Siehe bereits oben § 1 IV. 3. unter Verweis auf *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (978). Ähnlich auch *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (867) (»Holzweg«).

118 Grundsätzlich oder vollständig gegen Begründungspflichten auch, exemplarisch, *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 76 GG Rn. 22; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 70; *Heusch*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 36 Rn. 87; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 76 GG Rn. 22 (mit Ausnahme bei Nutzung eines »Beurteilungs- oder Prognosespielraum[s]«, was indes bei nahezu sämtlichen Gesetzen der Fall sein dürfte; vgl. nur *Huster*, ZfRS 24 [2003], 3 [21 mit Fn. 74]); *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (977 f.) m.w.N.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 518; *Kempny/H. Krüger*, SächsVBl 2014, 153 (156); *J. J. Nolte*, Der Staat 52 (2013), 245 (252); *Waldhoff*, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium »Gesetzesmaterialien«, S. 75 (78 f.).

119 Siehe hierzu oben § 1 IV.

auf nachgeschobene Begründungen des Gesetzgebers zurückgreifen.¹²⁰ Man kann daher treffend (nur) von einer bloßen Obliegenheit des Gesetzgebers sprechen;¹²¹ sie ist (jedenfalls bei sinnhafter statt floskelhafter Umsetzung) »ein Element rationaler Selbstdisziplinierung des Gesetzgebers«.¹²²

3. Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten

Unter dem Stichwort »Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten« ist zu diskutieren, ob und inwieweit den Strafgesetzgeber auch abseits eines sonstigen Auslösers für Strafgesetzgebung¹²³ eine Pflicht zur fortlaufenden Überprüfung trifft, ob die von ihm zu verantwortenden¹²⁴ Strafgesetze hinreichend passgenau, d.h. ohne wesentliche Über- oder Unterschreitung, die intendierte Verhaltensregulierung bewirken und erforderlichenfalls ein (Korrektur-)Gesetz zu erlassen.

a) Rechtsprechung des BVerfG

Die Rechtsprechung des BVerfG zu (insbesondere justiziablen, allgemeinen und fortdauernden) Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten des (Straf-)Gesetzgebers ist – in bemerkenswerter Parallelität zur Diskussion zu Begründungspflichten des Gesetzgebers¹²⁵ – uneinheitlich:

Auf der einen Seite statuierte der *Zweite Senat* im zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil eine Pflicht des Gesetzgebers – wenngleich nur bezogen auf den Schutz (ungeborenen) menschlichen Lebens und auf die insoweit bestehende Schutzpflicht¹²⁶ abstellend –, fortdauernd zu gewährleisten, dass das von ihm gewählte Schutzkonzept verfassungskonform bleibt.¹²⁷ Zwar aktualisiere sich eine Korrektur- oder Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers »erst dann, wenn die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes erkannt oder

120 Siehe auch *Waldhoff*, in: Fleischer (Hrsg.), *Mysterium »Gesetzesmaterialien«*, S. 75 (79 ff.); *Sanders/Preisner*, DÖV 2015, 761 (770 f.).

121 *Kluth*, in: *Kluth/Krings* (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 14 Rn. 77.

122 *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 516.

123 Hierzu oben § 2 IV.

124 Hiermit sei klargestellt, dass sich eine solche Pflicht auch auf in vorangegangenen Legislaturperioden erlassene oder sogar vorkonstitutionelle Strafnormen beziehe.

125 Hierzu soeben § 4 II. 2. b).

126 Hierzu oben § 1 III. 3. Ein solcher Kontext zu möglichen Schutzpflichten lag auch BVerfGE 49, 89 (Ls. 3, 130) – ausweislich Ls. 6 – zugrunde.

127 BVerfGE 88, 203 (309 f.).

doch jedenfalls deutlich erkennbar wird.«¹²⁸ Allerdings sei der Gesetzgeber zugleich in »angemessenen zeitlichen Abständen«¹²⁹ zu einer Beobachtung verpflichtet, wodurch sich diese Nachbesserungspflicht aktualisieren könne. Der Beobachtungspflicht wiederum stehe ein Verzicht auf die Erhebung statistischer Daten entgegen.¹³⁰ In weiteren Entscheidungen mit materiell-strafrechtlichen Bezügen¹³¹ verpflichtete derselbe *Senat* den Gesetzgeber, »die Auswirkungen des geltenden Rechts« der Strafbarkeit des Cannabis-konsums »unter Einschluß der Erfahrungen des Auslandes zu beobachten und zu überprüfen«,¹³² weiters zur (auch rechtsvergleichenden) Beobachtung der Ausgestaltung des Jugendstrafvollzugs – hierzu erhobene »Daten dienen wissenschaftlicher und politischer Erkenntnisgewinnung sowie einer öffentlichen Diskussion, die die Suche nach besten Lösungen anspricht und demokratische Verantwortung geltend zu machen erlaubt«¹³³ – und schließlich auch zur Wahrung des Abstandsgebots bei der Sicherungsverwahrung.¹³⁴ Selbst wenn sich die Umsetzung derartiger Beobachtungspflichten nur in umfangreichen, vom *Gesetzgeber* initiierten kriminologischen Studien oder gar nur Statistiken¹³⁵ erschöpft, könnten diese – gerade weil sie seitens des Gesetzgebers in Ausführung einer verfassungsrechtlichen Pflicht veranlasst wurden – als Auslöser für (straf-)gesetzgeberische Dynamik fungieren.¹³⁶

Auf der anderen Seite argumentierte der *Erste Senat* – jedenfalls auf Senatsebene – zurückhaltender. Anders als nach einer Kammerentscheidung, der zufolge es »zu den Aufgaben des parlamentarischen Gesetzgebers [gehöre], mögliche Missstände zu ermitteln, die sich aus der Anwendung von Gesetzen ergeben«,¹³⁷ besteht ihm zufolge

»keine allgemeine, den Gesetzgeber treffende Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, deren Verletzung selbständig im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann. Für die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Hoheitsaktes

128 BVerfGE 88, 203 (310).

129 BVerfGE 88, 203 (310).

130 BVerfGE 88, 203 (310 f.).

131 Strafprozessual ist namentlich auf BVerfGE 133, 168 (Rn. 121) zu verweisen, der auf einem »derzeit [...] defizitären Vollzug des Verständigungsgesetzes« beruhte.

132 BVerfGE 90, 145 (194); zur unzureichenden Umsetzung *Hillenkamp*, in: FS Eisenberg, S. 301 (316 ff.).

133 BVerfGE 116, 69 (91).

134 BVerfGE 109, 133 (155 f.).

135 Zur ernüchternden Umsetzung des zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteils BT-Drs. 14/1045; BT-Drs. 15/3029; BT-Drs. 15/3155 und hierzu *Höfling/Andreas Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 34 Rn. 29; *Hillenkamp*, in: FS Eisenberg, S. 301 (318 ff.).

136 Siehe hierzu oben § 2 IV. 4.

137 BVerfG NJW 2011, 1578 (1582).

kommt es allein auf die objektive Verfassungsrechtslage an. Nachbesserungspflichtig ist der Gesetzgeber, sofern die Änderung einer zunächst verfassungskonform getroffenen Regelung erforderlich ist, um diese unter veränderten tatsächlichen Bedingungen oder angesichts veränderter Erkenntnislagen mit der Verfassung in Einklang zu halten [...]. Der Gesetzgeber hat aber keine neben den normierten Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren bestehende Verfahrenspflicht zu erfüllen, die für sich genommen justitiabel wäre. Er schuldet lediglich das verfassungskonforme Ergebnis«. ¹³⁸

Dies gewährt dem Gesetzgeber somit einen breiten Spielraum, *wie er zu welchem Zeitpunkt* zu legislativer Aktivität gelangt, verpflichtet ihn aber nicht minder auf das Ergebnis eines (dauerhaft) verfassungskonformen Rechtszustands.

Eine mögliche Kompromisslinie zwischen beiden Senaten deutet sich nun mit dem Urteil zum Zensusgesetz 2011 an. Zwar hält der *Zweite Senat* darin an seiner Grundlinie fest, dass der Gesetzgeber »[a]uch nach dem Erlass einer Regelung [...] die weitere Entwicklung beobachten, erlassene Normen überprüfen und gegebenenfalls revidieren [muss]«, akzentuiert dies jedoch als »Kehrseite des Prognosespielraums«. ¹³⁹ Zudem konzidiert er nicht nur, dass Nachbesserungspflichten sachlogisch dort ausscheiden, »wo sich gesetzliche Regelungen in einem einmaligen Vollzug erschöpfen, auch wenn sie in den Ergebnissen ihres Vollzugs fortwirken«. ¹⁴⁰ Vor allem sollen »sich Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers regelmäßig nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte aktualisieren«, was insbesondere bezogen auf die Beobachtungspflicht bemerkenswert ist, weil sie nicht mehr *ab initio* greift, sondern erst bei »[i]m Gesetzesvollzug nachträglich erkennbar gewordene[n] Zweifel[n]«: Als nachträgliche (!) Aktualisierung (*scil.* Entstehung) einer Beobachtungspflicht »können [diese] für die Zukunft« (!) »etwa Vorkehrungen in Gestalt einer wissenschaftlichen Begleitung oder Evaluationen des Gesetzesvollzugs erforderlich machen«, ¹⁴¹ woran sich wieder eine Nachbesserungspflicht anschließen kann. Wenngleich Strafgesetzgebung angesichts ihrer notwendig (nur) zukünftigen Verhaltensbeeinflussung stets prognostischen Charakter aufweist, ¹⁴² ist hierin eine Absage an eine

138 BVerfGE 149, 86 (Rn. 81).

139 BVerfGE 150, 1 (Rn. 176). Auf die jeweils besonders ungewisse Zielerreichung stellen ebenfalls etwa BVerfGE 95, 267 (314 f.); BVerfGE 110, 141 (158, 166) sowie nunmehr BVerfGE 156, 63 (Rn. 265) ab, dort »angesichts der bisher wenig aussagekräftigen Evaluation der Maßnahme« der elektronischen Aufenthaltsüberwachung.

140 BVerfGE 150, 1 (Rn. 177).

141 BVerfGE 150, 1 (Rn. 176).

142 Wie die überwiegende Gesetzgebung; siehe nur *Huster*, ZfRS 24 (2003), 3 (21 mit Fn. 74).

umfassende, allgemeine und fortdauernde Beobachtungspflicht zu verstehen. Allerdings muss der Gesetzgeber »konkrete Anhaltspunkte« für Fehlentwicklungen ernst nehmen, ja er »darf [...] sich der Kenntnisnahme entsprechender Umstände [...] nicht bewusst verschließen.«¹⁴³

b) *Würdigung*

Einigkeit – nicht nur zwischen den Senaten – dürfte dahingehend bestehen, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht nur ein einmalig verfassungskonformes Gesetz, sondern eine *verfassungskonforme Rechtslage* schuldet und er nötigenfalls diese erst herstellen muss (Nachbesserungs- bzw. Korrekturpflicht).¹⁴⁴ Hiervon zu trennen sind jedoch weitere Aspekte, die in der bisherigen strafrechtlichen wie verfassungsrechtlichen Literatur nicht stets hinreichend differenziert betrachtet werden:

Zunächst ist nämlich festzuhalten, dass der Verweis auf Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten die Verpflichtungen des (Straf-)Gesetzgebers zum Erlass *ab initio* verfassungskonformer, insbesondere geeigneter, erforderlicher, angemessener und hinreichend bestimmter Strafvorschriften, in keiner Weise reduziert: Der Verweis auf nachträgliche Korrekturmöglichkeiten ist kein verfassungsrechtlich legitimes Argumentationsmuster zur Absenkung der Begrenzungen legitimer Strafgesetzgebung.¹⁴⁵ Dies steht gerade nicht im Widerspruch zur aus der Perspektive der dynamischen Rechtsentwicklung¹⁴⁶ folgenden These, dass Strafgesetzgebung notwendigerweise (Art. 103 Abs. 2 GG) zukunftsgerichtet ist, die Zukunft ungewiss ist und daher jede Strafgesetzgebung prognostischen Charakter aufweist. Die gebotene Sorgfalt beim Erlass einer jeden Strafvorschrift und selbst ein Gebot der Dauerhaftigkeit von Gesetzgebung¹⁴⁷ stehen auf einem anderen Blatt

143 BVerfGE 150, 1 (Rn. 176).

144 Siehe nur BVerfGE 150, 1 (Rn. 176); BVerfGE 149, 86 (Rn. 81) sowie *Schulze-Fielitz*, in: Dreier³, Art. 20 GG (Rechtsstaat) Rn. 86; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VI Rn. 41; aus dezidiert strafrechtlicher Sicht *Tekin*, Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, S. 67 ff.; andere Begründung bei *Bosch*, in: FS Beulke, S. 15 (17 ff.): Analogieverbot und »fehlende[s] Gebot[...] zu systemgerechte[m] Handeln«.

145 Zutr. *Bosch*, in: FS Beulke, S. 15 (19 f.) unter Verweis auf die Notwendigkeit des Erlasses bestimmter (Art. 103 Abs. 2 GG) Strafvorschriften. Zum Wechselspiel mit der dynamischen Bestimmtheit von Strafgesetzgebung siehe aber noch unten § 8.

146 Oben § 2.

147 Hierzu oben § 1 I. 3. b).

als nachträglich eintretende, tatsächliche¹⁴⁸ oder strafverfassungsrechtliche Veränderungen,¹⁴⁹ die eine Korrektur der Strafrechtsslage erforderlich machen.¹⁵⁰

Sodann ist zu berücksichtigen, dass eine *verfassungsrechtliche* Nachbesserungspflicht nur insoweit reicht, als die aktuelle Rechtslage verfassungswidrig ist oder zu werden droht.¹⁵¹ Bewegt sie sich hingegen nach wie vor im Rahmen des verfassungsrechtlich zulässigen Korridors, so ist es Konsequenz des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums, dass dieser untätig bleiben darf, auch wenn er ursprünglich eine andere, ebenso verfassungskonforme Prognose angestellt hatte.¹⁵²

Selbst wenn man eine Beobachtungspflicht anerkennt, wäre gleichwohl zu hinterfragen, ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet wäre, diese gesetzlich näher auszugestalten.¹⁵³ Während das zweite Schwangerschaftsabbruchsurteil dafür stritt und nur eine Rechtslage für verfassungskonform ansah, welche die Erhebung von Statistiken über Schwangerschaftsabbrüche vorsah,¹⁵⁴ lässt die nachfolgende Rechtsprechung es offen, wie der Gesetzgeber zur hinreichenden Informationsgrundlage gelangt und fordert eine konkrete Ausgestaltung nur bei konkretem Anlass.¹⁵⁵ Angesichts des Bestands an regelmäßigen statistischen Erhebungen, breit gefächerter (und z.T. staatlich geförderter) Forschungsprojekte und der Vielzahl an formellen wie informellen Informationskanälen zwischen Gesellschaft, Judikative, Exekutive und Legislative erscheint dies auch als verfassungsrecht-

148 Hierzu zählen auch neue Erkenntnisse, etwa über die psychologischen Wirkungen von Strafe und Strafrecht.

149 Sprich: eine Veränderung oder auch nur klare Konturierung des »Korridors« des Strafverfassungsrechts.

150 Hierzu oben § 2 III. 2. a) bb).

151 *Hillenkamp*, in: FS Eisenberg, S. 301 (308); weitergehend indes *Bosch*, in: FS Beulke, S. 15 (17 ff.).

152 Am Beispiel: Fußte die Prognose zum Erlass einer Strafnorm auf einer starken, konkret normbezogen negativ-generalpräventiven Wirkung, lassen sich solche Wirkungen – etwa wegen unveränderter Inzidenz – nicht belegen, so führt dies nicht zur (nachträglichen) Verfassungswidrigkeit der Norm, wenn sich diese nun im Hinblick auf eine positive Generalprävention als unerlässlich erweist. Anders indes *Tekin*, Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, S. 23 ff., 212, soweit das Gesetz an eine vordefinierte Zielrichtung anknüpfe.

153 Hinsichtlich einer Nachbesserungspflicht erübrigt sich die Frage einer Verankerung in einem (jeden) einfachen Gesetz, da es sich um einen bloßen Programmsatz handeln würde, der den Gesetzgeber nicht rechtlich binden könnte (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG).

154 BVerfGE 88, 203 (311).

155 BVerfGE 133, 168 (235 f.); BVerfGE 150, 1 (Rn. 176).

lich ausreichend,¹⁵⁶ da der Gesetzgeber, wenn sich hierbei Zweifel an der (fortdauernden) Verfassungskonformität ergeben, »sich der Kenntnisnahme entsprechender Umstände [...] nicht bewusst verschließen« darf,¹⁵⁷ gleich auf welchem Weg sie ihn erreichen. Daraus folgt zusätzlich, dass die Statuierung und Einhaltung von Beobachtungspflichten grundsätzlich nicht isoliert verfassungsrechtlich rügbar sind. Ausnahmen bestehen allein dann, wenn kein hinreichendes Handlungsinteresse des Gesetzgebers gegeben ist, wie dies für strafrechtliche Schutzpflichten ebenfalls konstitutiv ist.¹⁵⁸

Von der genannten Ausnahme abgesehen ist der Gesetzgeber mithin nicht von Verfassungen wegen verpflichtet, Regelungen¹⁵⁹ zur Beobachtung der von ihm erlassenen Gesetze zu treffen, so sinnvoll dies im Einzelfall oder generell auch sein mag.¹⁶⁰ Dann aber wird der Streit über eine Beobachtungspflicht bzw. -obliegenheit ein Streit um Worte.¹⁶¹ Entscheidend ist die aus einem neuen Erkenntnisgewinn resultierende Handlungs-, sprich Nachbesserungspflicht:¹⁶²

»Verletzt« der Gesetzgeber eine Nachbesserungspflicht, so ist auf den Verfassungsverstoß durch die fortbestehende verfassungswidrige Norm abzustel-

156 Für eine Formalisierung streitet namentlich *Hillenkamp*, in: FS Eisenberg, S. 301 (309 ff.).

157 BVerfGE 150, 1 (Rn. 176).

158 I.E. ebenso *Höfling/Andreas Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 34 Rn. 28, 30; *Huster*, ZfRS 24 (2003), 3 (20 ff.); zum konstitutiven Merkmal der »Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit demokratisch-politischer Mitgestaltung« als notwendiges Kriterium für strafrechtliche Schutzpflichten oben § 1 III. 3. a) aa) (6). Weitergehend aber *Tekin*, Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, S. 143 ff. und (mit unklarer Konturierung) *Bosch*, in: FS Beulke, S. 15 (17 ff.).

159 Man denke etwa an die im Unionsrecht häufig anzutreffenden Regelungen, welche die Kommission zur Vorlage von (ggf. periodischen) Evaluationsberichten verpflichten; siehe hierzu § 5 II. 1. d). Zu den bisher zaghaften Ansätzen einer von der Legislative (mit-)initiierten Evaluierung – *in concreto* der Neuregelung der §§ 232 bis 233a StGB – siehe oben § 2 IV. 4. mit Fn. § 5 II. 1. d) sowie noch unten § 6 II. 1. d) bb).

160 Zur »eigeninitiierten Selbstkontrolle« des Gesetzgebers ausf. *Höfling/Andreas Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 34 Rn. 31 ff. Eine hier nicht zu vertiefende Folgefrage ist, anhand welcher Maßstäbe die Evaluation zu erfolgen hat und ob sich hierzu bereits im Gesetzgebungsverfahren eine Gesetzesfolgenabschätzung empfiehlt; hierzu exemplarisch *Tekin*, Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, S. 159 ff. m.w.N.

161 Zudem hülfe die Statuierung von Beobachtungspflichten nur bei neuer Strafgesetzgebung, nicht aber in Bezug auf den (Alt-)Bestand an Strafnormen.

162 Ebenso *Huster*, ZfRS 24 (2003), 3 (12, 15); *Höfling/Andreas Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 34 Rn. 28 mit Fn. 80; *P. Nagel*, DÖV 2010, 268 (274).

len,¹⁶³ nicht auf die Verletzung einer abstrakten Nachbesserungspflicht.¹⁶⁴ Daraus zu schließen, es handele sich um eine bloße Obliegenheit, griffe jedoch zu kurz,¹⁶⁵ weil es Verfassungspflichten mit der Möglichkeit punktgenauer verfassungsgerichtlicher Kontrolle gleichsetzte. Es weist aber den Weg hin zum eigentlichen Kernproblem, dass eine Rechtssatzkontrolle im Wege der Verfassungsbeschwerde nach Ablauf der Jahresfrist faktisch ausgeschlossen ist¹⁶⁶ und daher dieses enge Zeitfenster genutzt werden »muss«, um Vorkehrungen für (befürchtete) zukünftige Veränderungen verfassungsprozessual zu bewirken.

Darüber hinaus ist unverkennbar, dass mit einer einfachgesetzlichen Statuierung einer Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht politische Wechsel auf die Zukunft gezogen werden (können), sei es, dass man einem Kompromiss in der Erwartung zustimmen kann, die Evaluierung werde den erhofften Nachsteuerungsbedarf zeigen, sei es, dass im Zuge einer »Nachbesserung« infolge geänderter Mehrheiten andere Strafgesetzgebung betrieben werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Pflichten nicht nur in Bezug auf ihren begrenzten verfassungsrechtlichen Gehalt (Wahrung des »Korridors«), sondern bezogen auf die Verwirklichung dezidierter kriminalpolitischer Inhalte verstanden werden.¹⁶⁷ Äquivalente Wechsel auf die Zukunft

163 Ob ein Verfassungsverstoß vorliegt, richtet sich insbes. danach, ob die Strafrechtslage sich innerhalb des Korridors zwischen Pönalisierungspflichten (einschließlich der allgemeinen Sicherheitsverantwortung des Staates) und Pönalisierungsgrenzen befindet. Dieser Verfassungsverstoß kann dabei – in den oben diskutierten, engen Grenzen – auch darin begründet liegen, dass eine Strafrechtsnorm *nicht* besteht.

164 Vgl. Höfling/Andreas Engels, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 34 Rn. 27, 30.

165 So aber Höfling/Andreas Engels, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 34 Rn. 27; Huster, ZfRS 24 (2003), 3 (10 f.).

166 Siehe oben § 1 I. 1. c) aa), auch zu bislang nicht genutzten Möglichkeiten einer Aufweichung dieser starren Grenze. Zur nur in Evidenzfällen bestehenden Möglichkeit, zur Umgehung der Frist auf das Unterlassen der Korrektur abzustellen, siehe M. Jahn, in: Verfassungsbeschwerde in Strafsachen², § 2 Rn. 114 sowie BVerfGE 56, 41 (81): »Einen Verfassungsverstoß dieser Art kann das Bundesverfassungsgericht erst dann feststellen, wenn evident ist, daß eine ursprünglich rechtmäßige Regelung wegen wissenschaftlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist, und wenn der Gesetzgeber gleichwohl weiterhin untätig geblieben ist«; ergänzend BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 11.01.2016 – 1 BvR 2980/14 –, Rn. 19 sowie oben § 1 I. 1. c) aa) in Fn. 67.

167 Dies wird beispielsweise auf europäischer Ebene offensichtlich, soweit sekundärrechtlich angeordnete Berichtspflichten konkrete kriminalpolitische Inhalte in Bezug nehmen; hierzu unten § 5 II. 1. d) cc).

sind bemerkenswerterweise auch zu verzeichnen, wenn das BVerfG mit Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten operiert.¹⁶⁸

4. Weitere Ansätze zur Gewährleistung (erhöhter) Diskursivität

Schließlich ist auf Ansätze zu verweisen, die – namentlich unter Verweis auf die Diskurstheorie – die Beschreitung weiterer Wege zur Gewährleistung einer (erhöhten) Diskursivität des Verfahrens der Strafgesetzgebung fordern.¹⁶⁹ Im Vordergrund stehen dabei erstens eine Ausschöpfung sämtlicher Erkenntnisquellen bei der Tatsachenermittlung als Grundlage der Gesetzgebungsentscheidung,¹⁷⁰ zweitens eine Berücksichtigung jedenfalls einhelliger »kriminologische[r] Erkenntnisse«,¹⁷¹ wenn nicht gar ein nachvollziehbares Abwägungsverfahren¹⁷² und drittens eine hinreichende Transparenz des Gesetzgebungsverfahrens, die maßgeblichen Änderungen von Gesetzentwürfen erst im Rechtsausschuss des Bundestages entgegenstehe.¹⁷³

Allerdings ist zunächst zu beachten, dass im Rahmen dieser Untersuchung die Frage nicht zu vertiefen ist, welches Maß an Diskursivität bei (Straf-)

168 Zutr. Huster, ZfRS 24 (2003), 3 (24 f.); daher sind sie – entgegen I. Augsberg/ S. Augsberg, VerwArch 98 (2007), 290 (308) – auch nicht »zahnlos«, weil eine Beurteilung »ins politische Belieben« gestellt wird: Zum einen bestehen verfassungsrechtliche Korridore fort, zum anderen kann diese zukünftige politische Beurteilung dezidiert in den Blick genommen worden sein.

169 J. Vogel, in: FS Roxin, S. 105 (115 f.); J. Vogel, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 376 ff. (hierzu bereits oben § 1 II. 3. d) m.w.N.) ferner Stächelín, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 168 ff.; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 521 ff.

170 J. Vogel, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 377; Stächelín, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 171 ff., 324 ff.

171 J. Vogel, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 376.

172 J. Vogel, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 378; Stächelín, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 189 ff.; Schwerdtfeger, in: FS Ipsen, S. 173 (178 ff.); in diese Richtung etwa auch – aus verfassungsrechtlicher Perspektive – Smeddinck, Integrierte Gesetzesproduktion, S. 219 ff.; Erbuth, JZ 2008, 1038 (1042); ferner – aus strafrechtlicher Perspektive – Sternberg-Lieben, in: Hefendehl/ von Hirsch/Wohlens (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, S. 65 (80).

173 J. Vogel, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 378 f.; siehe auch Stächelín, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 334 f. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die – kurz darauf – geklärte Rolle des sich besonders durch Intransparenz auszeichnenden Vermittlungsausschusses, dessen Handeln erstens auf den Anrufungsbeschluss und zweitens auf einen »Einigungsvorschlag im Rahmen des [...] zugrundeliegenden Gesetzgebungsverfahrens« begrenzt ist (zuletzt BVerfGE 150, 345).

Gesetzgebung sinnvoll ist und zu dessen Legitimitätssteigerung beiträgt; Untersuchungsgegenstand sind lediglich die (straf-)verfassungsrechtlichen (Mindest-)Anforderungen. In der Verfassungsrechtsprechung und auch der verfassungsrechtlichen Literatur haben sich indes diejenigen Entscheidungen des BVerfG, die für erhöhte prozedurale Pflichten des Gesetzgebers streiten,¹⁷⁴ – entgegen *J. Vogel*¹⁷⁵ – nicht als verallgemeinerungsfähig erwiesen, sondern beruhen – soweit ersichtlich – erstens auf Ausnahmekonstellationen (z.B. Planung durch Gesetz, verfassungsunmittelbare Leistungspflichten, strafrechtliche Schutzpflichten)¹⁷⁶ und legen zweitens (bezogen auf Prognose- und Abwägungsentscheidungen) dar, warum sich *auch das BVerfG* auf die Sachverhaltsermittlung des Parlaments stützen kann und keine eigene Tatsachenermittlung anzustellen braucht.¹⁷⁷ Drittens betont das BVerfG die sehr eng begrenzten verfassungsrechtlichen Maßgaben an das Gesetzgebungsverfahren¹⁷⁸ und hält viertens selbst innerhalb dieser Maßgaben auftretende Mängel nur dann für relevant, wenn diese evident sind.¹⁷⁹ Fünftens verbleibt bei Forderungen nach einem »Mehr« an Diskursivität doch sehr im Bereich des Beliebigen, welches Maß in welchem Gesetzgebungsverfahren erforderlich ist, etwa hinsichtlich des Ob, der Dauer, der Anzahl und Auswahl der in einer öffentlichen Anhörung zu beteiligenden Sachverständigen. Zu leicht ließe sich andernfalls bei Missfallen der Richtigkeit des Ergebnisses eines Gesetzgebungsverfahrens postulieren, der Gesetzgeber habe hier gerade nicht die richtigen Erkenntnisse gehört oder diese falsch gewürdigt. Daher ist hinsichtlich Art und Umfang der Sachverhaltsermittlung und -bewertung sowie hinsichtlich des Verfahrens den Gesetzgebungsorganen verfassungsrechtlich ein ausgesprochen weiter Handlungsspielraum zuzugestehen. Wenn aber die Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens sich – auch über die wenigen ausdrücklichen Vorgaben des Grundgesetzes hinausgehend – evi-

174 Namentlich BVerfGE 86, 90 (Ls. 3) zu einer Gebietsneugliederung sowie die bereits oben § 4 II. 2. sowie § 4 II. 3. ausf. referierten Entscheidungen zu Begründungs-, Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten; ferner BVerfGE 50, 290 (334 ff.); BVerfGE 65, 1 (55 f.) zu Prognoseentscheidungen.

175 *J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 377 mit Fn. 121; an der Übertragbarkeit bereits zweifelnd *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 173 mit Fn. 41; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 173.

176 Siehe hierzu bereits oben § 4 II. 2. und § 4 II. 3. m.w.N.; ferner *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 14 Rn. 49.

177 So klar erkenntlich in BVerfGE 50, 290 (334 ff.); BVerfGE 65, 1 (55 f.); BVerfGE 83, 130 (141 f.); in diese Richtung auch *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 14 Rn. 48.

178 Besonders deutlich der *Erste Senat*, siehe zuletzt etwa BVerfGE 149, 86 (Rn. 81).

179 BVerfGE 34, 9 (25); BVerfGE 91, 148 (175); hierauf bereits hinweisend *J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 377.

dent von dem Ziel entfernt, zu einem verfassungskonformen und von der Suche nach einem »Mehr« an Gerechtigkeit getragenen Gesetz zu führen,¹⁸⁰ ist, gestützt auf das Rechtsstaatsprinzip, ein auch verfassungsgerichtlich rügbarer Verfassungsmisbrauch bzw. -verstoß anzunehmen.

Zudem wäre ohnehin kritisch zu beleuchten, ob für die Strafgesetzgebung im Vergleich zu sonstiger Gesetzgebung erhöhte Pflichten zur Diskursivität bestehen: Für eine derartige Sonderstellung im Gesetzgebungsverfahren ergaben sich vorstehend keine Anzeichen. Dies stellt die hohe Eingriffsqualität von Strafgesetzen nicht in Abrede,¹⁸¹ erkennt aber an, dass sie nicht von einer anderen, andere Eingriffsgesetze überragenden Qualität sind. Denn es wäre nicht erklärbar, warum Gesetzgebung, die zu einem sogenannten »finalen Rettungsschuss«,¹⁸² zu Zwangsbehandlungen¹⁸³ oder zur Nichtgewährung bzw. zum Entzug des Sorgerechts für ein Kind¹⁸⁴ legitimiert, *a priori* geringeren Anforderungen unterliegen sollte als Strafgesetzgebung, die schließlich auch solche Marginalitäten betreffen kann wie Aktualisierungen der Verweisungen in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB.¹⁸⁵

5. Zusammenführung

Ob Strafrecht »nicht so besonders« ist,¹⁸⁶ einmal dahingestellt: Bei Strafgesetzgebung zeigen sich im Vergleich zu sonstiger Gesetzgebung keine Besonderheiten. Denn auch bezogen auf das materielle Strafrecht schuldet der Gesetzgeber zuvörderst das »verfassungskonforme Ergebnis«.¹⁸⁷ Diese Ergebnisorientierung ist indes nicht gleichzusetzen mit einem nur einmalig bei seinem Erlass verfassungskonformen Strafgesetz; der Gesetzgeber schuldet eine kontinuierlich verfassungskonforme Strafrechtssituation.¹⁸⁸ Verfassungsprozessual ist diese Pflicht zur Nachbesserung indes nicht isoliert rügbär. Spezifische Beobachtungspflichten, die als Auslöser für (Korrektur-)Strafgesetzgebung wirken können,¹⁸⁹ sind nur anzuerkennen, soweit

180 Zum entsprechenden materiellen Maßstab siehe oben § 1 II. 3. e).

181 Hierzu und zu den hieraus folgenden Begrenzungen oben § 1 IV.

182 Ad extremo § 14 Abs. 3 LuftStG a.F.; hierzu BVerfGE 115, 118.

183 Vgl. BVerfGE 129, 269; BVerfGE 142, 313.

184 Vgl. nur BVerfGE 107, 150.

185 Exemplarisch das 2. FiMaNoG, BGBl. 2017 I, S. 1693.

186 *J. Vogel* bei *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (79 f.).

187 BVerfGE 149, 86 (Rn. 81).

188 Siehe oben § 4 II. 3. b).

189 Zu diesem Zusammenhang bereits oben § 2 IV. 4.

entweder ein strukturell defizitäres Eigeninteresse des Gesetzgebers zum Tätigwerden besteht – dasselbe konstitutive Merkmal wie bei strafrechtlichen Schutzpflichten¹⁹⁰ – oder aber während des Gesetzesvollzugs Erkenntnisse zutage treten, die einen Verfassungsverstoß nahelegen und daher eine vertiefte Untersuchung veranlassen.¹⁹¹ Im Übrigen folgen, auch aus dem notwendig prognostischen Charakter von Strafgesetzgebung, keine verfassungsrechtlichen Besonderheiten, und es greift lediglich ein Schutz vor evidenten Missbräuchen des und im Gesetzgebungsverfahren(s).

Hiervon zu trennen ist die – hier nicht vertiefte – Frage nach möglichen Verbesserungen der Diskursivität, Rationalität und Transparenz des Strafgesetzgebungsverfahrens, sprich die Frage, inwieweit der Gesetzgeber innerhalb des ihm zur Verfügung stehenden prozeduralen »Korridors« diesen bestmöglich ausfüllt. Dabei ist aber zu beachten, dass sich manche der erhobenen Forderungen – etwa eines Quorums oder spezifischer Begründungspflichten – nicht ohne Veränderung des Verfassungstextes umsetzen ließen, weil durch zu hohe Anforderungen auch Gestaltungsrechte (etwa einzelner Abgeordneter) verfassungswidrig beschnitten werden können.¹⁹²

III. Strafgesetzgebung und Kriminalpolitikwissenschaft

Das verfassungsrechtlich vorgegebene, formale Verfahren der Strafgesetzgebung¹⁹³ stellt in Anbetracht fehlender Spezifika¹⁹⁴ somit nicht mehr als ein Korsett dar. Wie in anderen Politikbereichen¹⁹⁵ ist es daher im Bereich der Strafgesetzgebung unerlässlich, den Blick wirklichkeitswissenschaftlich zu weiten jedenfalls¹⁹⁶ auf die beteiligten Akteure und (Sub-)Prozesse,¹⁹⁷ um die Wirkmechanismen der Strafgesetzgebung umfassend zu begreifen.

190 Siehe hierzu oben § 4 II. 3. b) bei und mit Fn. 158.

191 BVerfGE 150, 1 (Rn. 176).

192 Eindrücklich BVerfGE 1, 144 (158 ff.) zu einem Deckungsvorbehalt.

193 Hierzu soeben § 4 I.

194 Siehe soeben § 4 II.

195 Allgemein etwa *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 280 ff.; *Smeddinck*, Integrierte Gesetzesproduktion, S. 75 ff.; siehe ferner *Edda Müller*, in: Brandt/Smeddinck/Tils (Hrsg.), Gesetzesproduktion im administrativen Binnenbereich, S. 17 (17 ff., 28) zum Steuerungspotential und »taktische[n] Arsenal« der Ministerialverwaltung.

196 Im Einklang mit dem Untersuchungsgegenstand sollen die jeweils verfolgten politischen Inhalte – sprich die »policies« – nicht im Vordergrund stehen, sondern die Rahmenbedingungen (»polity«) und Verfahren (»politics«).

197 So bereits *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 264 ff. sowie überblicksartig bei *Köbel*, ZStW 133 (2021), 169 (175 ff.).

1. Spezifische Akteure der Strafgesetzgebung

Angesichts der Fülle der (jedenfalls politisch)¹⁹⁸ verfolgbaren Ziele, des weiten Akteurbegriffs¹⁹⁹ und der Pluralität heutiger Gesellschaften ist nachfolgend allerdings eine (zwangsläufig wertende und typisierende) Vorauswahl auf solche kollektiven Akteure erforderlich, die in einer Mehrzahl an Strafgesetzgebungsverfahren in hervorgehobener Weise in Erscheinung treten. Deren jeweiliger Einfluss auf konkrete Gesetzgebung wäre jeweils vertiefte Untersuchungen wert; an dieser Stelle sollen lediglich die größeren Einflusslinien herausgearbeitet werden:

a) Bundesministerium der Justiz

An vorderster Stelle ist das Bundesministerium der Justiz (BMJ)²⁰⁰ – bzw., zwischen 2013 und 2021, das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)²⁰¹ – zu nennen.

aa) Geschäftsbereich des BMJ und dessen Auswirkungen auf die Strafgesetzgebung

Trotz dessen vorkonstitutionellen Wurzeln,²⁰² der erst seit 1975 rechtsförmlichen²⁰³ und zudem sehr allgemein gehaltenen²⁰⁴ Ausübung der Organisationsgewalt des Bundeskanzlers²⁰⁵ ist es als unstrittig zu bezeichnen, dass zum Geschäftsbereich des BMJ »das Strafrecht«²⁰⁶ zählt, einschließlich des

198 D.h. nicht notwendigerweise im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen; siehe aber oben § 2 III. 3. a) cc) zu »Vorfiltern«.

199 Siehe oben Einführung I. 2. a) bb) (2).

200 I. Nr. 3 des Organisationserlasses des Bundeskanzlers v. 08.12.2021, BGBl. 2021 I, S. 5176.

201 Vgl. I. Nr. 2 des Organisationserlasses der Bundeskanzlerin v. 17.12.2013, BGBl. 2013 I, S. 4310. Die vorherige Bezeichnung wurde vorkonstitutionell übernommen, vgl. TOP 3 der 4. Kabinettsitzung am 23.09.1949; *Bundesarchiv*, »Die Kabinettsprotokolle der Bundesregierung« online.

202 *Lenguth/Vogelgesang*, AöR 113 (1988), 531 (540).

203 *Lenguth/Vogelgesang*, AöR 113 (1988), 531 (533).

204 *Busse*, GOBReg³, § 9 GOBReg Rn. 3.

205 Grundlegende Aufarbeitung bei *Lenguth/Vogelgesang*, AöR 113 (1988), 531 ff.; *Busse*, *Der Staat* 45 (2006), 245 ff.

206 *Bundesministerium der Justiz*, Aufgaben und Organisation.

StGB²⁰⁷ der StPO²⁰⁸ und »andere[r] Gesetze, die im Schwerpunkt strafrechtliche Fragen betreffen – wie etwa das Jugendgerichtsgesetz, das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten oder das Wehrstrafgesetz –«^{209, 210} Auch ist es – neben dem Bundesministerium des Innern (BMI)²¹¹ – »Verfassungsressort« und ist nach § 45 Abs. 1 i. V. m. Anlage 6 Nr. 3 GGO an einer jeden Gesetzesinitiative der Bundesregierung vorab (!) zu beteiligen.

Die rechtlichen Folgen dieser Zuordnung des Strafrechts – jedenfalls des formellen Kernstrafrechts – zum Geschäftsbereich des BMJ ergeben sich aus der GOBReg und der GGO, sind aber auch überlagert durch politische Aspekte: Der Hausspitze des BMJ obliegt die Verwirklichung der – (nur) im Rahmen der Richtlinienkompetenz durch den oder die Bundeskanzler*in vorgegebenen – Politik »selbständig und unter eigener Verantwortung« (§ 1 Abs. 1 Satz 2 GOBReg); bei »Angelegenheiten, die die Geschäftsbereiche mehrerer Bundesministerien berühren« (§ 19 Abs. 1 Satz 1 GGO), z.B. einer das StGB tangierenden Reform des Abfallrechts, arbeitet das BMJ zumindest mit (§ 45 Abs. 1 Satz 1 und 2 GGO) und erlangt hierdurch Gestaltungs-, aber auch eine Verhinderungsmacht.²¹² Je stärker ausgeprägt schließlich der strafrechtliche Bezug, desto eher ist das BMJ als federführendes Ministerium mit (indes politisch gebundener²¹³) Gestaltungs-, aber auch Verhinderungsmacht (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 2 GGO) ausgestattet. Holzschnittartig gesprochen: Straftatbestände des StGB lassen sich ohne das BMJ nicht schaffen, aufheben oder verändern.²¹⁴ Doch das BMJ ist in seinen Entscheidungen nicht

207 *Bundesministerium der Justiz*, Abteilung Strafrecht. Aus der Tatsache, dass bei untergeordneten Änderungen des StGB der/die Justizminister/in nicht stets die Ausfertigung mitzeichnet, lässt sich wegen der Abweichungsmöglichkeit in § 29 Abs. 1 Satz 2 GOBReg nichts Gegenteiliges schließen.

208 *Bundesministerium der Justiz*, Abteilung Rechtspflege.

209 *Bundesministerium der Justiz*, Abteilung Strafrecht.

210 Für das Nebenstrafrecht bleibt die genaue Abgrenzung der Geschäftsbereiche im Dunkeln: Für das »Nebenstrafrecht, für das unter Umständen andere Ministerien zuständig sind [...] gibt es Referate in der Strafrechtsabteilung, die mit den federführenden Ministerien zusammenarbeiten«, *Bundesministerium der Justiz*, Abteilung Strafrecht.

211 Zum historischen Kompetenzkonflikt siehe *Lenguth/Vogelgesang*, AöR 113 (1988), 531 (541).

212 Zwar ist es dem federführenden Ministerium möglich, nach § 17 GOBReg oder § 22 Abs. 4, § 51 GGO eine Klärung herbeizuführen, doch dies bindet in so erheblichem Maß politische Ressourcen, als dass dieser Weg nur selten beschritten wird.

213 Etwa *qua* Vorgaben des Koalitionsvertrags.

214 Daher überrascht es nicht, dass ein modifizierter »Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz 2.0 – IT-SiG 2.0)« des BMI (IT-SiG 2.0-E v. 07.05.2020; veröffentlicht bei *Meister*,

frei, sondern in seinem Wirken eingebettet in einen (koalitions-)politischen Rahmen (»Zwänge«). Teil der politischen Aushandlungsprozesse ist es dann, dass das BMJ – evtl. widerwillig – Forderungen anderer Ministerien und sonstiger Akteure aufgreift.²¹⁵

Auch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens und bei Initiativen des Bundestages, des Bundesrates und des Vermittlungsausschusses²¹⁶ sowie in strafrechtsrelevanten Verfahren vor dem BVerfG²¹⁷ folgt bereits aus der Zuweisung des Geschäftsbereichs »Strafrecht« eine dominante Rolle des BMJ als in aller Regel federführendes Ministerium. Hinzu tritt die aus § 45 Abs. 1 i. v. m. Anlage 6 Nr. 3 GGO folgende Beteiligung des BMJ an *jedem* Gesetzgebungsverfahren; in strafrechtlicher Hinsicht auf die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Strafverfassungsrecht, aber auch im Hinblick auf die widerspruchslöse Einfügung in die bestehende Strafrechtsordnung.

bb) Interne Organisation des BMJ

Innerhalb des BMJ obliegt die Leitung selbstredend der Hausspitze – dem/der jeweiligen Bundesminister*in – (§ 6 Abs. 1 Satz 1 GGO), in zweiter Reihe den (beamteten) Staatssekretären*innen (§ 6 Abs. 2 GGO). Aufgrund der Aufgabenfülle einerseits, nicht selten fehlender Spezialkenntnisse andererseits kommt jedoch den Abteilungen (§ 8 Satz 1 GGO), Unterabteilungen (§ 8 Satz 2 GGO) und vor allem den einzelnen Referaten (§ 9 GGO) – letztere besetzt mit bis zu zwei Leiter*innen und i. d. R. mindestens vier Mitarbeiter*innen – maßgeblicher Einfluss auf Initiierung, Gestaltung und Fortgang einer jeden Gesetzesinitiative der Bundesregierung, auf die Bewertung fremdinitiiertter Gesetzesinitiativen und oft auch auf die Bewahrung des *status quo* zu.²¹⁸ Denn das fachlich zuständige Referat »hat die erste Entscheidung in

Netzpolitik.org v. 12.05.2020) – anders noch als sein Vorläufer (*Bundesministerium des Innern*, IT-SiG 2.0-E v. 27.03.2019) – sich nicht mehr zur Einführung von Straftatbeständen des »Digitalen Hausfriedensbruchs« und dem »Zugänglichmachen von Leistungen zur Begehung von Straftaten« verhält. Presseberichte verweisen insoweit auf »formale[...] Gründe« (*Meister*, Netzpolitik.org v. 12.05.2020), bei denen es sich letztlich um die Federführung des BMJ im Bereich der Strafgesetzgebung handeln dürfte.

215 Exemplarisch hierfür möge die Verbrechensqualifikation in § 244 Abs. 4 StGB stehen, die maßgeblich von der »Innenseite« gefordert worden war (vgl. *Mitsch*, KriPoZ 2017, 21 [22]).

216 Vgl. §§ 27, 31, 33, 34, 53, 55, 57 GGO.

217 Vgl. § 35 GGO.

218 Allgemein etwa *Ebner*, Die Zeit des politischen Entscheidens, S. 81 ff.; *Tils*, in: *Smeddinck/Tils* (Hrsg.), Normgenese und Handlungslogiken in der Ministerialver-

allen Angelegenheiten, die ihm in seinem Zuständigkeitsbereich zugewiesen sind« (§ 7 Abs. 1 Satz 3 GGO).²¹⁹

In der Geschäftsverteilung des BMJ ist die Zuständigkeit für Strafrechtsfragen²²⁰ traditionell zweigeteilt: Das Strafverfahrensrecht²²¹ ist der Unterabteilung R B in der Abteilung R (Rechtspflege) und aktuell drei strafrechtsrelevanten Referaten²²² zugewiesen; das für die hiesige Untersuchung relevante materielle Strafrecht der Abteilung II (Strafrecht), die sich in aktuell zwei Unterabteilungen mit je sieben Referaten gliedert.²²³

waltung, S. 297 (298 f.); zu prägenden Faktoren *Edda Müller*, in: Brandt/Smeddinck/Tils (Hrsg.), Gesetzesproduktion im administrativen Binnenbereich, S. 17 (24 f.); bezogen auf das Strafrecht *M. Korte*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 495 (497).

219 Zur Bewertung der Machtposition von Referaten im Vergleich zu übergeordneten (Unter-)Abteilungsleitern*innen und Staatssekretären*innen instruktiv *Ebner*, Die Zeit des politischen Entscheidens, S. 94 ff.; siehe auch *Bundesministerium des Innern*, Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften², Rn. 61; zur Parteipolitisation der Ministerialverwaltung *Tils*, in: Smeddinck/Tils (Hrsg.), Normgenese und Handlungslogiken in der Ministerialverwaltung, S. 297 (298) m.w.N. Darauf, dass in Bezug auf die Machtfülle einerseits eine Selbsttäuschung, andererseits eine Desillusionierung vorliegt, weist *Smeddinck*, in: Smeddinck/Tils (Hrsg.), Normgenese und Handlungslogiken in der Ministerialverwaltung, S. 227 ff. hin.

220 Hinzu treten für die Koordinierung mit anderen Bundesministerien und Verfassungsorganen das Kabinettsreferat (KabRef) (hierzu *Ebner*, Die Zeit des politischen Entscheidens, S. 103), aber je nach Regelungsmaterie auch sonstige Fachreferate (z.B. Datenschutzrecht, IV A 5 oder Umweltrecht, IV B 6); *Bundesministerium der Justiz*, Organisationsplan.

221 Indes ohne das Recht der europäischen und internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, siehe sogleich in Fn. 223.

222 R B 2 (Strafverfahren [Gerichtliches Verfahren]), R B 3 (Strafverfahren [Ermittlungsverfahren, Zwangsmaßnahmen]), R B 4 (Internationales Strafverfahrensrecht und Gerichtsverfassung; Opferschutz und Datenschutz im Strafverfahren); *Bundesministerium der Justiz*, Organisationsplan.

223 Unterabteilung II A mit II A 1 (Strafgesetzbuch [Allgemeiner Teil]; Betäubungsmittelstrafrecht); II A 2 (Strafgesetzbuch [Besonderer Teil]); II A 3 (Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht in Nebengesetzen; Gnadenrecht; Entschädigung für Strafverfolgung); II A 4 (Strafrechtliche Bekämpfung der Wirtschafts-, Computer-, Korruptions- und Umweltkriminalität); II A 5 (Jugendstrafrecht; Täter-Opfer-Ausgleich); II A 6 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; Verkehrsstrafrecht [StGB]; Kriminalprävention; Strafvollzugsrecht; Bewährungshilfe) und II A 7 (Sexualstrafrecht; Kriminologie; Strafrechtliche Bekämpfung von Doping; Statistiken der Rechtspflege). Unterabteilung II B mit II B 1 (Staatsschutzstrafrecht [Einzelsachen]; Völkerstrafrecht); II B 2 (Hilfe für Opfer von Straftaten; Geschäftsstelle des Beauftragten der Bundesregierung für die Anliegen von Opfern und Hinterbliebenen von terroristischen Straftaten im Inland); II B 3 (Bundeszentralregister; Gewerbe-

cc) Akteure innerhalb des BMJ

Neben den vorgenannten Organisationseinheiten verdienen zudem die individuellen, machtvollen²²⁴ Akteure innerhalb des BMJ Aufmerksamkeit. Traditionell sind die Leitungspositionen – von der Hausspitze bis zu den Referatsleiter*innen – mit Volljurist*innen besetzt,²²⁵ gleiches gilt für die Mehrzahl der Mitarbeiter*innen in den strafrechtsrelevanten Referaten. Eine signifikante Personalquelle hierfür sind – nicht nur bei Besetzung der Planstellen, sondern vor allem im Rahmen mehrjähriger Abordnungen – auf Landes- und (in geringerem Umfang auch) Bundesebene tätige Justizpraktiker*innen, d.h. insbesondere (Straf-)Richter*innen und Staatsanwält*innen. Dies lässt eine aus Ausbildung, aber auch aus praktischer strafverfolgender oder strafrichterlicher (i.d.R. nicht aber strafverteidigender) Vortätigkeit folgende Vorprägung jedenfalls vermuten.²²⁶ Aufgrund zunehmender Personalnot in der Landesjustiz steigt in jüngerer Zeit aber die Anzahl an Berufsanfänger*innen und vor allem an »Seiteneinsteigern« aus anderen juristischen Berufen, insbesondere Rechtsanwält*innen, an.

Nicht selten dient eine Tätigkeit am BMJ nachfolgend als »Sprungbrett« hin in höhere Richterämter, auch weil in einigen – insbesondere süddeutschen – Bundesländern Abordnungen an das BMJ karriereförderlich sind.²²⁷ All dies befördert einen Erfahrungsaustausch zwischen Staatsanwaltschaft, Gerichten und Ministerien, bedeutet aber auch nicht unproblematische,²²⁸

zentralregister); II B 4 (Internationales Strafrecht; Zusammenarbeit im Bereich der Sonstigen Rechtshilfe und mit den Internationalen Gerichtshöfen); II B 5 (Internationale Bekämpfung des Terrorismus; Staatsschutzstrafrecht); II B 6 (Europäische Staatsanwaltschaft; Grundsatzfragen europäischer Strafrechtspolitik) und II B 7 (Internationales Strafrecht; Zusammenarbeit im Bereich der Auslieferung und Vollstreckungshilfe); *Bundesministerium der Justiz*, Organisationsplan.

224 Siehe nur *Ebner*, Die Zeit des politischen Entscheidens, S. 82 ff. m.w.N.

225 Vgl. *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (68).

226 Zum Aspekt einer hinreichenden Zufriedenheit mit der materiellen Strafrechtsslage und zu Fragen einer »Machtverschiebung« siehe bereits oben § 1 VI. 3. a).

227 An drei aktuellen Beispielen: Die damalige baden-württembergische Richterin am LG *Birgit Linder* war 2008–2010 an das BMJ abgeordnet, nach weiteren Stationen wurde sie 2019 zur Richterin am BGH ernannt (*BGH*, PM 114/2019); der damalige bayerische Staatsanwalt *Christian Röhl* war 1999–2001 an das BMJ abgeordnet, nach weiteren Stationen wurde er 2018 zum Richter am BGH ernannt (*BGH*, PM 134/2018); der damalige Oberstaatsanwalt am BGH *Marcus Köhler* wurde 2015 an das BMJ abgeordnet und 2018 zum Richter am BGH ernannt (*BGH*, PM 084/2018).

228 Gegen eine Übertragbarkeit der großzügigen Linie, die das BVerfG auch angesichts § 18 Abs. 3 Nr. 1 BVerfGG in Bezug auf die (Un-)Befangtheit seiner Richter

vom geltenden Befangenheitsrecht der StPO²²⁹ nicht erfasste Vorbefassung, wenn ein Richter am BGH beispielsweise nun ein Gesetz anwenden (und inzident auf seine Verfassungskonformität überprüfen, Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) soll, das er vorher im Rahmen seiner Tätigkeit am BMJ maßgeblich konzipiert hat.

Schließlich ist auf die breitgefächerte publizistische Tätigkeit der im BMJ tätigen Personen hinzuweisen. Das ist zwar an sich im Hinblick auf die gesteigerte Diskursivität und die teils – nicht nur wegen der Vorbefassung bestehenden und auch auf daraus resultierenden »Insider«-Kenntnissen beruhenden – besondere Sachkunde uneingeschränkt zu begrüßen. Nicht unproblematisch²³⁰ ist es aber, wenn in Veröffentlichungen – insbesondere bei lobender Bewertung eines von ihnen selbst mitgestalteten Gesetzes – nicht vermerkt ist, inwieweit eine solche Vorbefassung gegeben ist und ob ihre Äußerung dienstlich oder (wie in der Regel) privat zu verstehen ist.²³¹

b) Bundeskanzleramt; weitere Ministerien

Neben dem »Spiegelreferat« des BMJ im Bundeskanzleramt²³² und im Bundesministerium der Finanzen²³³ zählen Strafrechtsfragen insbesondere zum Geschäftsbereich des BMI mit seiner Abteilung ÖS (Öffentliche Sicherheit);²³⁴ hinzu treten ggf. koalitionsbedingte weitere (und teils informelle)

anwendet (von BVerfGE 1, 67 bis zuletzt BVerfGE 152, 68), auf die Prozessordnungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit (so namentlich *Siolek*, in: LR²⁷, § 24 StPO Rn. 26) spricht neben der geringeren Richterzahl am BVerfG und deren ohnehin höhere politische Exponiertheit vor allem die spezifische Rolle, die dem BVerfG zugewiesen ist.

229 Vgl. *Siolek*, in: LR²⁷, § 24 StPO Rn. 26 (zur Vorbefassung als Gutachter, Interessenvertreter oder als Abgeordneter); ferner *Conen/Tsambikakis*, in: MK-StPO, § 24 StPO Rn. 31 bei und mit Fn. 77 f.; *Scheuten*, in: KK⁸, § 24 StPO Rn. 8; restriktiver *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO⁵, § 24 StPO Rn. 44 ff.

230 Entsprechende Transparenzgebote haben sich in der Strafrechtswissenschaft indes noch nicht in gleichem Maße herausgebildet wie in der Staatsrechtslehre (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V.*, VVdStRL 72 [2012], 701 [Nr. 46 ff.]).

231 Vorbildlich aber z.B. *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 303 (303 in Fn. * und Hinweis, ferner Danksagung, 339); *Eckell/Körner*, NStZ 2019, 433 (433 in Fn. *); Offenlegung der eigenen Beteiligung auch bei *Matthias Köhler*, NStZ 2017, 665 (665 in Fn. *).

232 Referat 131; *Bundeskanzleramt*, Organisationsplan. Siehe auch *Busse/H. Hofmann*, Bundeskanzleramt und Bundesregierung⁷, Kap. 4 Rn. 27 f.; *Ebner*, Die Zeit des politischen Entscheidens, S. 122.

233 Referat II E 5; *Bundesministerium der Finanzen*, Organisationsplan.

234 Besonders mit den Referaten ÖS I 1 (Grundsatz Polizei und Strafverfolgung); ÖS I 3 (u.a. BKA-Gesetz); ÖS I 4 (Internationale und EU-Zusammenarbeit; EUROPOL);

»Spiegelungen« durch Grundsatzreferate in weiteren Ministerien. Diesen kommt indes – auch wegen des Erstzugriffsrechts des federführenden Ministeriums und dort des Fachreferats (§ 7 Abs. 1 Satz 3 GGO) – weniger eine Gestaltungs- denn eine Verhinderungsfunktion zu, die sie bereits in sehr frühen Planungs- und Entwurfsstadien eines Gesetzgebungsverfahrens ausüben können.²³⁵

c) Bundesländer, insbesondere Landesjustizministerien

Vergleichbare Strukturen und Verfahren sind auch auf Landesebene zu verzeichnen, sodass für die Entscheidungsbildung in den jeweiligen Landesregierungen eine tragende Rolle – neben den jeweiligen Vertretungen beim Bund – den Justizministerien zukommt,²³⁶ die ihrerseits personell wiederum stark mit den Staatsanwaltschaften und Gerichten verwoben sind.²³⁷ Neben der förmlichen Beteiligung der Länder über den Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren²³⁸ ist insbesondere auf deren Vorab-Beteiligung bei

ÖS II 1 (Schwere und organisierte Kriminalität); ÖS II 2 (Internationaler Terrorismus und Extremismus; Personenschutz); ÖS II 3 (Terrorismus/Extremismus rechts/links; Politisch motivierte Kriminalität); sowie CI 6 (Grundsatz Cyberfähigkeiten der Sicherheitsbehörden); *Bundesministerium des Innern*, Organisationsplan.

235 Vgl. § 24 Abs. 1 GGO (zum Bundeskanzleramt), daneben u.a. §§ 19 Abs. 2 Satz 3, 45 Abs. 1 Satz 1 und 2 GGO.

236 Vgl. hierzu beispielsweise die Abteilung E (Strafrecht und Internetkriminalität) des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz mit (u.a.) den Referaten E 1 (Materielles Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht, Nebenstrafrecht), E 2 (Strafverfahrensrecht, Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren) und E 8 (Internetkriminalität, Straferichtsverfassung), *Bayerisches Staatsministerium der Justiz*, Organisationsplan; die Abteilung III (Strafrechtspflege) des Ministeriums der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen mit (u.a.) den Referaten III 2 (u.a. Unternehmensstrafrecht), III 4 (u.a. Materielles Strafrecht), III 5 (EU-Angelegenheiten und Rechtshilfe), III 6 (»Wirtschaftskriminalität, Korruption, Organisierte Kriminalität und Cybercrime«) und III 7 (u.a. Strafverfahrensrecht), *Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen*, Organisationsplan; ferner die Abteilung B (Zivil- und Strafrecht, Europarecht, Recht der internationalen Organisationen, Fachaufsicht über die Staatsanwaltschaften) des Ministeriums der Justiz des Saarlandes, *Ministerium der Justiz (Saarland)*, Abteilung B.

237 Beispielsweise sind im Justizministerium NRW die überwiegende Zahl der Mitarbeiter*innen in den Strafrechtsreferaten (Ober-)Staatsanwält*innen oder Richter*innen am AG oder LG; vgl. *Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen*, Organisationsplan.

238 Sei es als Initiator, sei es im Hinblick auf Stellungnahmen im sog. »ersten Durchgang«, sei es im Hinblick auf die Einspracheinlegung oder Zustimmung.

Geszentwürfen der Bundesregierung (§§ 41, 47 Abs. 1 Satz 1 GGO)²³⁹ zu verweisen, zudem auf einen informellen Austausch zwischen Landesministerien und von derselben Partei geführten Bundesministerien (etwa zwischen bayerischen Ministerien und CSU-geführten Bundesministerien).²⁴⁰

Besonders aufmerksam müssen hierbei Entwicklungen beobachtet werden, bei denen sich gleichgerichtete Interessen verschiedener Bundesländer bündeln. Wesentliches Vehikel hierfür ist vor allem die Konferenz der Justizministerinnen und -minister (»Justizministerkonferenz«, JuMiKo) nebst einem Strafrechtsausschuss der für Strafrechtsfragen zuständigen Abteilungsleiter*innen der Landesjustizministerien. Zudem befasst sich auch die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder (»Innenministerkonferenz«, IMK) wegen der Zuständigkeit für Fragen der (Kriminal-) Polizei nicht selten mit Fragen des materiellen Strafrechts und dessen prozessualer Durchsetzung.²⁴¹ Beschlüsse der JuMiKo und IMK sind zwar rechtlich nicht bindend – insbesondere nicht für das BMJ, dessen Hausspitze nur beratend an der JuMiKo teilnimmt. Dennoch ist auf eine politische Wirkkraft insbesondere dahingehend zu verweisen, dass sich im politischen Meinungskampf auf etwaige »Beschlüsse« dieser Konferenzen verweisen lässt, die es nunmehr nur noch »umzusetzen« gelte.

d) Gerichte und Staatsanwaltschaften; Strafkammertag

Über die vorgenannten personellen Verwebungen zwischen Ministerialverwaltung und (Straf-)Justizpflege hinausgehend ist zu beachten, dass der BGH und der Generalbundesanwalt bei strafrechtsrelevanter Gesetzgebung im Rahmen der Beteiligung der Verbände nach § 47 Abs. 3 GGO mit adressiert werden,²⁴² wobei deren Stellungnahmen – anders als die der Verbände – bedenklicher Weise nicht veröffentlicht werden.²⁴³ Wenig Zurückhaltung wahrte indes ein von den Präsidenten*innen der Oberlandesgerichte und des BGH eingesetzter »Strafkammertag«, der sich als »Sprachrohr der Straf-

239 Strafrechtspflege ist in aller Regel Ländersache und berührt daher Belange der Länder.

240 Zur Einrichtung von »Spiegelabteilungen« in Landesministerien zur Kontrolle von Bundesministerien siehe *K. König*, in: Derlien/Murswieck (Hrsg.), *Regieren nach Wahlen*, S. 15 (16).

241 Zum Einstimmigkeitsprinzip bei der IMK und dem Mehrheitsprinzip bei der JuMiKo siehe *de Maizièere*, *Regieren*, S. 96.

242 Siehe BMJV, Schreiben v. 17.02.2020 – II B 7 – 9520/9-22-1-27 29/2020.

243 Hierauf und auf deren Wirkmacht hinweisend *Norouzi*, in: FS Werle, S. 853 (861 ff.).

richterschaft« versteht²⁴⁴ und dem es durch kluge Terminierung²⁴⁵ und Themensetzung gelungen war, für die Strafprozessrechtsentwicklung in der aktuellen 19. Legislaturperiode einen entscheidenden Akzent zu setzen.²⁴⁶ Auf Landesebene wiederum ist ein – teils informeller – Informations- und auch Meinungs- und Austausch zu aktuellen Gesetzgebungsprojekten zwischen (Schwerpunkt-)Staatsanwaltschaften, Gerichten und Landesministerien zu verzeichnen.

e) *Berufsverbände der Strafrechtspflege*

An einer Mehrzahl an Strafgesetzgebungsverfahren beteiligen sich Verbände derjenigen Berufe, die professionell mit der Strafrechtspflege befasst sind, insbesondere durch Debattenbeiträge in Form von Stellungnahmen bis hin zu Vorschlägen für Gesetzesinitiativen. Hervorzuheben sind:

aa) *Anwaltsverbände*

(1) *Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK); Strauda*

Als berufsständischer Vertretung der Anwaltschaft kommt der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) als Interessenvertretung für die Seite der Strafverteidigung, aber auch für Fragen der rechtlichen Vertretung weiterer Akteure (insbesondere Verletzter und Zeugen) im Strafverfahren eine besondere Rolle zu. 1959 beschloss die Hauptversammlung der BRAK, einen 1947 »von der früheren ›Arbeitsgemeinschaft der Anwaltskammervorstände im Bundesgebiet‹ vor Jahren gebildeten ›Strafrechtsausschuß‹ zu übernehmen«²⁴⁷ und skizzierte den Aufgabenbereich des geläufig als *Strauda* abgekürzten Ausschusses anlässlich einer Streitigkeit mit der RAK Hamburg wie folgt: »Der Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer ist die permanente Institution der Bundesrechtsanwaltskammer zur Beschäftigung mit allen Fragen des Strafrechts und des Strafprozeßrechts, eingeschlossen der großen Reform beider Arbeitsgebiete oder standesrechtlicher Fragen der

244 *Zweiter Strafkammertag*, Dokumentation, S. 5.

245 Der 2. Strafkammertag fand zwei Tage nach der Bundestagswahl 2017 und somit noch vor Beginn der Koalitionsverhandlungen statt.

246 Seine zentralen Forderungen, dokumentiert unter *Zweiter Strafkammertag*, Dokumentation, fanden Einzug in den Koalitionsvertrag und nachfolgend in das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019, BGBl. 2019 I, S. 2121.

247 BGHZ 33, 381 (382).

Verteidigung«.²⁴⁸ Neben ca. einem Dutzend anwaltlicher Vertreter wirken an den in aller Regel jährlich drei Tagungen des Strauda und weiterer Arbeitstreffen von Arbeitsgruppen als ständige Gäste Vertreter des BMJ und der Landesjustizverwaltungen, der (Landes- und Bundes-)Strafjustiz, anderer Berufsverbände²⁴⁹ sowie der Wissenschaft in beratender Funktion mit.²⁵⁰ Diese besondere Zusammensetzung dürfte dazu beitragen, dass dem Strauda ein besonderes »Gewicht in der rechtspolitischen Debatte« zugeschrieben wurde.²⁵¹

(2) Deutscher Anwaltverein (DAV)

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) weist als freiwilliger Zusammenschluss von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten eine größere Staatsferne als die BRAK auf. Als Akteur der Kriminalpolitik wirkt dabei vor allem sein mit aktuell zwölf Anwält*innen besetzter *Ausschuss Strafrecht* und die hiervon zu trennende *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht* des DAV.

(3) Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV)

Deutlich kleiner, aber politischer geprägt ist der Republikanische Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV).

(4) Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen

Regionale Vereinigungen von Strafverteidiger*innen haben sich zudem in einem Organisationsbüro zusammengeschlossen. Historisch gehen dieses

248 BGHZ 33, 381 (384). Ein 2020 neu eingerichteter Ausschuss für Strafprozessrecht steht außerhalb des Gegenstands dieser Untersuchung.

249 Insbes. des DAV (§ 4 III. 1. e) aa) (2)), des DRB (§ 4 III. 1. e) bb)) und der Österreichischen Rechtsanwaltskammertags (ÖRAK).

250 Aktuell sind dies *Matthias Jahn* (seit 2006), *Frank Saliger* (seit 2014) und der *Verf.* (seit 2013). Zur früheren Besetzung siehe *K.-H. Groß*, in: FS Strauda, S. 37 (74 in Fn. 174).

251 *K.-H. Groß*, in: FS Strauda, S. 37 (77); siehe auch *K.-H. Groß*, in: FS Strauda, S. 37 (44 f.); *Wolf*, in: FS 60 Jahre BRAK, S. 63 (153 f.). Allgemein zur Geschichte, zur Arbeitsweise und zu Tätigkeitsschwerpunkten des Strauda *Dippel*, in: FS Strauda, S. 3 ff.; *K.-H. Groß*, in: FS Strauda, S. 37 ff.; *Rieß*, in: FS Strauda, S. 49 ff.; *Wahle*, in: FS Strauda, S. 79 ff.

und der von diesem Organisationsbüro veranstaltete Strafverteidigertag als »Forum kritischer Advokatur«²⁵² auf eine als unzureichend wahrgenommene Berücksichtigung von Verteidigerinteressen in der BRAK und im DAV zurück.²⁵³

bb) Richterverbände, insbesondere Deutscher Richterbund (DRB); Große Strafrechtskommission des DRB

Als größte (freiwillige) Interessenvertretung der Strafjustiz (Gerichte und Staatsanwaltschaften) wirkt der Deutsche Richterbund (DRB), daneben die mit dem DRB konkurrierende Neue Richtervereinigung (NRV).

Besondere Beachtung verdient die sogenannte *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, die sich bereits ihrem Namen nach in Tradition der Großen Strafrechtskommission 1954–1959 sieht,²⁵⁴ aber eine vom Präsidium des DRB eingesetzte und inzwischen²⁵⁵ vollständig mit Richter*innen und Staatsanwält*innen besetzte Fachkommission darstellt, die »durch ihre vorbereitende gutachterliche Tätigkeit die laufende Arbeit von Präsidium und Bundesvorstand« unterstützt, insbesondere durch die Vorbereitung von Stellungnahmen. Das ist deswegen bemerkenswert, weil die Große Strafrechtskommission des DRB gelegentlich seitens des BMJ mit der Erstattung von Gutachten zu aktuellen Fragen möglicher Straf(prozess)rechtsreformen beauftragt wird.²⁵⁶ Bei der Erstellung solcher Gutachten arbeitet sie mit Gästen, vorrangig aus dem Bereich der Justiz und den Justizministerien, aber auch der Anwaltschaft zusammen.²⁵⁷

252 *Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen*, Strafverteidigervereinigungen.

253 Guthke/Kitlikoglu/M. Mayer/Scherzberg, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 30 Jahre Strafverteidigertag ... kein Grund zu feiern, S. 21 (22 f.).

254 Hierzu deren Niederschriften in 14 Bänden, 1956–1960.

255 2008 wurde noch *Hans Lilie* als Mitglied dieser Großen Strafrechtskommission geführt; *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, Ermittlungsverfahren, S. 2.

256 Exemplarisch *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, Ermittlungsverfahren, S. 9; *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, Besetzungsreduktion, S. 6 ff.; neuerdings wird der Auftrag direkt an den DRB gerichtet, *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, Vertrauenspersonen und Tatprovokationen, S. 6.

257 Exemplarisch *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, Ermittlungsverfahren, S. 2; *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, Besetzungsreduktion, S. 2; *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes*, Vertrauenspersonen und Tatprovokationen, S. 2.

cc) Polizeigewerkschaften

Für die strafverfolgend tätigen Polizisten*innen treten als Interessenvertretungen der Bund Deutscher Kriminalbeamter (BDK) und die Gewerkschaft der Polizei (GdP) auch im Hinblick auf strafrechtsrelevante Gesetzgebung in Erscheinung.

f) *Sonstige Interessenverbände*

Grundlegend, aber in Bezug auf schnelllebige und aktuelle Gesetzgebungsverfahren teils zu niederfrequent erfolgen Gutachten und Verhandlungen des Deutschen Juristentags (DJT) in seiner Abteilung Strafrecht. Zudem sind die angegebenen Abstimmungsergebnisse jedoch – abseits von evidenten Ergebnissen – von nur sehr begrenzter Aussagekraft, weil sich nur eine begrenzte Zahl an Strafrechtspraktiker*innen und -wissenschaftler*innen an diesen beteiligen.

Darüber hinaus ist auf themenspezifische Interessenverbände zu verweisen, die sich etwa aus der Binnenperspektive spezifisch mit Fragen des Wirtschaftsstrafrechts,²⁵⁸ aber auch aus der Betroffenenperspektive etwa mit Fragen der Entkriminalisierung bestimmter strafrechtlich verbotener Verhaltensweisen befassen, ferner – mit Fokus auf Fragen der Geschlechtergerechtigkeit – auf den Deutschen Juristinnenbund e.V.

g) *Strafrechtswissenschaft*

Neben dem – hier nicht vertieften – Agieren durch Einzelpersonen der Strafrechtswissenschaft finden sich zu Einzelthemen von einer Mehr-²⁵⁹ oder Vielzahl²⁶⁰ an Strafrechtswissenschaftler*innen getragene Äußerungen. Vor allem aber ist auf die sogenannten »*Alternativprofessoren*«²⁶¹ und auf einen seit 2015 bestehenden *Kriminalpolitischen Kreis (KriK)* von 35 Strafrechts-

258 Exemplarisch *Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV)*, Stellungnahme »Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung«.

259 Exemplarisch *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1 ff.

260 Hervorgehoben o.N., Resolution deutscher Strafrechtsprofessorinnen und –professoren an die Abgeordneten des Deutschen Bundestages; *Ziethener Kreis*, NK 2021, 383 sowie *Hilgendorf/Rosenau*, Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe.

261 Siehe hierzu bereits oben Einführung I. 1. a) bei und mit Fn. 48.

professor*innen zu verweisen,²⁶² »die sich mit Fragen der Strafrechtspolitik befassen«²⁶³ und zu (möglicher) Gesetzgebung im Bereich des materiellen und formellen Strafrechts Stellung beziehen.²⁶⁴

h) Medien

Die (klassischen wie neuen) Medien beteiligen sich schließlich nicht nur durch Vermittlung und Verarbeitung der von anderen Akteuren vertretenen kriminalpolitischen Inhalte. Durch *agenda setting*, durch Hervorhebung eines bestimmten kriminalpolitischen Inhalts und auch durch Kommentare wirken sie selbst als Akteur der Kriminalpolitik.²⁶⁵

2. Strukturelle Pfade der Einwirkung auf Strafgesetzgebung

Die Wege, auf denen die vorgenannten und weitere (Individual- wie korporative) Akteure Kriminalpolitik betreiben, sind vielfältig. Daher konzentriert sich die nachfolgende Untersuchung auf fünf strukturelle Pfade typischer Einwirkungen auf Strafgesetzgebung:

a) Koalitionsverhandlungen

In der deutschen Mehrparteiendemokratie prädeterninieren die Koalitionsverhandlungen und deren Ergebnis – der Koalitionsvertrag²⁶⁶ – maßgeblich

262 Siehe hierzu bereits oben Einführung I. 2. a) aa) bei und mit Fn. 93.

263 *Kriminalpolitischer Kreis (KriK)*, Stellungnahme zur Einführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung in Strafsachen; ähnlich *Kriminalpolitischer Kreis*, KriPoZ 2021, 322 (322): »[...] die besonders an der Reform des Straf- und Strafverfahrensrechts interessiert sind«.

264 *Weißer*, ZStW 129 (2017), 961 (963): »Äußerungen von Strafrechtswissenschaftlern fließen allenfalls als Bestandteil der (kriminal-) politischen Debatte in den Prozess der demokratischen Willensbildung ein«; ähnlich *Kölbl*, NK 2019, 249 (251). Zu den verschiedenen Bereichen der Expertise siehe zusammenfassend *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (32 ff.); aus kriminalpolitikwissenschaftlicher Sicht zur Politikberatung *S. Heinrich/Lange*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 431 ff.

265 Hierzu ausf. *Hoven*, KriPoZ 2018, 2 ff.; *Liebl*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 405 (409 ff.); *Prittowitz*, in: FS Hamm, S. 575 ff.; in Bezug auf den Straf(zumesungs-)rahmen *Hoven*, MschrKrim 102 (2019), 65 ff.

266 Zur Rechtsnatur und den rechtlichen Wirkungen siehe nur *Epping*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 63 GG Rn. 12 ff.; *von Schlieffen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch*

das planmäßige Arbeitsprogramm der gesetzgeberischen Tätigkeit,²⁶⁷ vorbehaltlich sich ändernder Rahmenbedingungen, wozu nicht nur Finanz- und Wirtschaftskrisen, Pandemien u. dgl. zählen können, sondern auch andere Auslöser für Strafgesetzgebung wie hervorgehobene Kriminalfälle oder neu hinzutretende europäische Rahmenvorgaben.²⁶⁸ Angesichts der meist deutlich abstrakteren Wahlprogramme²⁶⁹ finden in den Koalitionsverhandlungen in kurzer Zeit – unter Heranziehung auch der Expertise in den Parteien, Fraktionen, aber auch jedenfalls denjenigen Landes- und Vorgängerregierungen²⁷⁰, in denen die verhandelnden Parteien²⁷¹ beteiligt sind – hoch dynamische Aushandlungs- und Konkretisierungsprozesse statt,²⁷² die ein kurzes aber prägendes Zeitfenster für die Prädetermination späterer (Straf-)Gesetzgebung eröffnen.²⁷³

Während mit der Aufnahme in den Koalitionsvertrag als Arbeitsprogramm die wohl entscheidende Hürde für die Aktivierung des Strafgesetzgebers (jedenfalls zumeist und vorbehaltlich nachträglicher Verhinderungstaktiken bzw. »Querschüsse«) bereits genommen ist, bedürfen nachträgliche, nicht im Koalitionsvertrag angelegte Gesetzentwürfe – gerade bei Uneinigkeit zwischen den Koalitionspartnern – eines noch deutlich größeren Auslösers.

des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 49; *W. Leisner*, NJW 2010, 823 (824 ff.); aus politischer Sicht exemplarisch *Dexheimer*, Koalitionsverhandlungen in Bonn; zur Prosa *de Maizière*, Regieren, S. 22 ff.

267 *De Maizière*, Regieren, S. 19, 23.

268 So enthielt der Koalitionsvertrag 2013 u.a. Maßgaben zur Korruption im Gesundheitswesen (*CDU, CSU und SPD*, Koalitionsvertrag 2013, S. 55, 101), zum Sexualstrafrecht (S. 70 f.), zur Strafbarkeit des Dopings und der Korruption berufssportlicher Wettbewerbe (S. 96), zum Stalking (S. 102), zur IT-gestützten Kriminalität (S. 101, 103) und zur Abgeordnetenbestechung (S. 106).

269 Vgl. hierzu oben § 1 VI. 3. c).

270 Vgl. *K. König*, in: *Derlien/Murswieck* (Hrsg.), *Regieren nach Wahlen*, S. 15 (16, 22 ff., 33).

271 *Von Schlieffen*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³*, § 49 Rn. 3 mit Fn. 12.

272 Vgl. nur *Kropp*, in: *Derlien/Murswieck* (Hrsg.), *Regieren nach Wahlen*, S. 59 (63 ff.); *von Beyme*, in: *Derlien/Murswieck* (Hrsg.), *Regieren nach Wahlen*, S. 85 (91 ff.).

273 Zu nachfolgenden »Koalitionsrunden« bzw. einem »Koalitionsausschuss« als »neue[s] Entscheidungszentrum« siehe nur *K.-R. Korte*, in: *Lauth/C. Wagner* (Hrsg.), *Politikwissenschaft¹⁰*, S. 63 (88 f.).

b) *Genese von Regierungsentwürfen*

aa) Haus- und Ressortabstimmung (nichtöffentlicher RefE)

Ist in einem Ministerium – zumeist dem BMJ – der Impuls entstanden,²⁷⁴ aus einer gegebenen Ursache Strafgesetzgebung zu betreiben, so ist es zu einer förmlichen Gesetzesinitiative der Bundesregierung noch ein weiter, das formelle Strafgesetzgebungsverfahren und dessen Ergebnis indessen prädeteminierender Weg: Idealtypisch erfolgt zunächst eine Vorprüfung insbesondere der Geeignetheit und Erforderlichkeit, der Kompetenz und entgegenstehender rechtlicher oder praktischer Bedenken²⁷⁵ mit Skizzierung der Grundzüge des Vorhabens (ggf. in Form sogenannter »Eckpunkte«), das sodann mit der Hausspitze geklärt und dem Bundeskanzleramt elektronisch mitgeteilt wird (§ 40 GGO).²⁷⁶ Anschließend erfolgt die Ausarbeitung eines »Referentenentwurfs« (RefE), bestehend aus dem Regelungsvorschlag (vgl. § 42 GGO)²⁷⁷ und einer Begründung (vgl. § 43 GGO) unter der Leitung der zuständigen Referatsleiter*innen.²⁷⁸ Teils wird bereits im Rahmen der Vorprüfung oder im Rahmen der Ausarbeitung des Referentenentwurfs externer Sachverstand einbezogen²⁷⁹ oder auch eine »Expertenkommission«²⁸⁰ eingesetzt,²⁸¹ teils werden zu diesem Stadium intra- und interministerielle »Projektgruppen« gebildet²⁸² und nicht selten ausführliche Diskussionen mit

274 Sei es auf der fachlichen, sei es auf der politischen Ebene.

275 Sog. »Blaue Prüffragen«, *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 13 ff.; *Fliedner*, ZG 1991, 40 ff. Weitere dieser Prüffragen (Aufgabenerledigung durch Private; Kosten) sind für Strafgesetzgebung ohne Belang.

276 *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 22.

277 Zur Rechtsförmlichkeit siehe insbes. *Bundesministerium der Justiz*, *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*³; *Weckerling-Wilhelm*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 10.

278 *Bundesministerium des Innern*, *Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften*², Rn. 96 ff.

279 Umfassend hierzu *Heintzen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 9 m.w.N.; zu kriminologischer Auftragsforschung exemplarisch *Meier*, *KriPoZ* 2020, 1 (3 f.). Eine Vorformulierung ganzer Gesetzentwürfe durch beauftragte Rechtsanwaltskanzleien o.Ä. ist in der Strafgesetzgebung – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstandlich geworden. Zur bisweilen sehr selektiven Wahrnehmung externen Sachverstands eindrücklich *Weißer*, *ZStW* 129 (2017), 961 (963 f.); dass die Einbeziehung Externer nicht die Einbeziehung (nur) der Wissenschaft bedeutet, legte bereits *Amelung*, *ZStW* 92 (1980), 19 (67) offen.

280 Vgl. nur *Weißer*, *ZStW* 129 (2017), 961 ff.; allgemein *Bundesministerium des Innern*, *Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften*², Rn. 88.

281 Exemplarisch *Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte*, Abschlussbericht.

282 *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 24 ff., 33 ff.

politischen Entscheidungsträger*innen geführt, insbesondere mit solchen aus den Regierungsfractionen.²⁸³

Nach Billigung durch den bzw. die Minister*in im Rahmen der sogenannten »Hausabstimmung«²⁸⁴ und, insbesondere bei politisch umstrittenen oder sonst hervorgehobenen Vorhaben, einer sogenannten »Frühkoordinierung« mit dem Bundeskanzleramt,²⁸⁵ erfolgt die sogenannte »Ressortabstimmung« (§ 45 GGO).²⁸⁶ Hierbei werden neben dem Bundeskanzleramt diejenigen Ministerien, deren Geschäftsbereiche mitbetroffen sind, und nachrichtlich auch alle weiteren Ministerien eingebunden. Namentlich über die »Spiegelreferate«²⁸⁷ erfolgt auf diesem Weg eine wechselseitige Kontrolle der Koalitionspartner. Treten im Rahmen der Frühkoordinierung bzw. der Ressortabstimmung Widersprüche zu Tage, so beginnt ein mitunter langwieriges Ringen um fachliche und politische Kompromisse – auch von nicht miteinander zusammenhängenden Gesetzentwürfen in Kombination (»Paketen«)²⁸⁸ – auf aufsteigenden Ebenen (zunächst beteiligte Referatsleiter*innen, dann Unterabteilungsleiter*innen, Abteilungsleiter*innen, dann Staatssekretär*innen,²⁸⁹ dann Bundesminister*innen; erst als *Ultima Ratio* das Bundeskabinett, §§ 16, 17 GOBReg),²⁹⁰ ggf. erneut unter Einbeziehung weiterer politischer Entscheidungsträger*innen und -gremien wie dem Koalitionsausschuss.²⁹¹

bb) Beteiligung der Länder und der Verbände sowie des Nationalen Normenkontrollrats (RefE)

Auf Grundlage eines Referentenentwurfs erfolgt zudem die Beteiligung von Ländern, Fachkreisen und Verbänden (§ 47 GGO) unter dem Hinweis, dass es sich »um einen Gesetzentwurf handelt, der von der Bundesregierung

283 *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 72. Siehe hierzu noch sogleich bei und mit Fn. 294

284 *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 46.

285 *Knoll*, Bundeskanzleramt, S. 207; *Bundesministerium des Innern*, Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften², Rn. 105 f.; *Zerger* in *Bundesregierung*, Regierungspressekonferenz vom 20. Februar 2019.

286 Die rechtsförmliche Prüfung durch das BMJ (§ 46 GGO) erfolgt bei seinen eigenen Entwürfen im Vorfeld der »Hausabstimmung«.

287 Siehe oben § 4 III. 1. b).

288 *De Maizière*, *Regieren*, S. 44 ff.

289 Einschließlich der »Staatssekretärsrunde«, *de Maizière*, *Regieren*, S. 34 f.

290 *Busse/H. Hofmann*, Bundeskanzleramt und Bundesregierung⁷, Kap. 3 Rn. 152, 164 ff.; *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 58 ff.

291 *K.-R. Korte*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 63 (88 f.).

noch nicht beschlossen worden ist« (§ 47 Abs. 4 Satz 1 GGO). Dies legt eine – auch aus Zeitgründen sinnvolle – Parallelität zur Ressortabstimmung nahe;²⁹² doch ist wegen Widerspruchsmöglichkeiten anderer beteiligter Ministerien (vgl. § 47 Abs. 1 Satz 2 GGO) die Praxis eine andere (geworden): Um eine politische Vorfestlegung und Ankereffekte zu vermeiden, erfolgt eine Beteiligung der Länder und Verbände inzwischen in der Regel erst nach einer (zumindest weitgehenden, teils aber auch nur vorläufigen²⁹³) politischen Kompromissfindung zwischen den beteiligten Ministerien und Koalitionspartnern, d.h. teils mit einflussreichen Abgeordneten des Bundestages.²⁹⁴ Während die Länderbeteiligung vertraulich erfolgen kann, erfolgt bei strafrechtlicher Gesetzgebung die Verbändebeteiligung grundsätzlich öffentlich²⁹⁵ und wird von einer Veröffentlichung des Entwurfs (und der nachfolgend eingehenden Stellungnahmen) im Internet begleitet (§ 48 Abs. 3 GGO);²⁹⁶ dies schließt nicht aus, dass Referentenentwürfe vorab formal (§ 48 Abs. 1 GGO) an die Presse gegeben oder informell an diese oder andere Personen »durchgestochen« werden.²⁹⁷ Im Rahmen dieser Beteiligung eingehende Stellungnahmen werden zumindest auf fachlicher Ebene geprüft; je stärker die (fachliche oder politische) Vorfestlegung und je ausgeprägter die Divergenz der kriminalpolitischen Inhalte sind, desto geringer werden sich diese im weiteren Verlauf niederschlagen.²⁹⁸

Welche Verbände ausdrücklich mit einer Bitte um Stellungnahme angeschrieben werden, ist nicht festgelegt, und scheint (trotz unklarer Da-

292 Vgl. *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 8 Rn. 65.

293 Als »politische« Absprachen, in denen teils auf das weitere parlamentarische Verfahren explizit verwiesen wird (vgl. *Bundesregierung*, Regierungspressekonferenz vom 24. Januar 2020), ist ihnen keine rechtsgleiche Bindungswirkung und damit Dauerhaftigkeit zuzusprechen.

294 *De Maizière*, *Regieren*, S. 38, 43 f. Dass solche Vorgespräche Widerstände im parlamentarischen Verfahren nicht gänzlich ausräumen können, wird exemplarisch im Kontext der Verbandsverantwortlichkeit deutlich, vgl. *Annelie Kaufmann/Sehl*, *Verbandssanktionengesetz*.

295 Stellungnahmen von Behörden und Gerichten werden indes nicht veröffentlicht.

296 Insoweit erübrigt sich die Frage einer Vorab-Kennntnisgabe an Bundestag und Bundesrat, § 48 Abs. 2 GGO.

297 Vgl. nur die beiden – noch nicht in die Verbändeanhörung gegebenen – Referentenentwürfe eines IT-Sicherheitsgesetzes 2.0; *Bundesministerium des Innern*, IT-SiG 2.0-E v. 27.03.2019; *Meister*, *Netzpolitik.org* v. 12.05.2020.

298 Bemerkenswert war indes, dass unter Verkürzung der üblichen Fristen der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft bereits drei Tage nach Ablauf der Stellungsfrist beschlossen wurde.

tenlage²⁹⁹) teils themenspezifisch, teils beliebig zu sein.³⁰⁰ Bei vier – als exemplarisch zu bewertenden – materiell-strafrechtlichen Referentenentwürfen der 18. Legislaturperiode³⁰¹ wurden einige Akteure stets beteiligt (*Anwaltschaft*: BRAK, DAV, RAV; Strafverteidigervereinigungen; *Justiz*: DRB, NRV; *Polizei*: BRK, GdP; ferner der Deutsche Juristinnenbund e.V.), andere nur teils (BGH; GBA; das damalige Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht; Weißer Ring e.V.; wistev e.V.; die Strafrechtslehrer*innen insgesamt³⁰² oder als namentlich benannte Einzelpersonen, sowie themenspezifische Akteure wie der BDI, der DGB oder die DIHK).

Schließlich unterliegen sämtliche Regierungsinitiativen dem Prüfungsrecht des Nationalen Normenkontrollrats (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 NKRK) im Hinblick auf den »Erfüllungsaufwand[...] neuer Regelungen für Bürgerinnen und Bürger, Wirtschaft und öffentliche Verwaltung« und deren nachvollziehbare, methodengerechte Ermittlung und Darstellung in der Begründung des Entwurfs (§ 1 Abs. 2, Abs. 3 NKRK). Dieses beim Bundeskanzleramt eingerichtete, unabhängige Beratungsgremium³⁰³ prüft daher nicht die politische Sinnhaftigkeit eines Vorhabens,³⁰⁴ seine Einbindung (sei es im Rahmen der Ressortabstimmung³⁰⁵, sei es erst knapp vor Erstellung der Kabinettsvorlage³⁰⁶) dient prozedural dazu, bezogen auf den Erfüllungsaufwand und

299 Zumeist erfolgt die Zusendung laut Anschreiben an die Verbände »lt. Verteiler«.

300 Vgl. auch *Heintzen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 9 Rn. 30 sowie BVerfGE 36, 321 (Ls. 1, 330) zum grundsätzlichen Ermessen »der gesetzgebenden Körperschaften« bei der Auswahl von »Verbände[n] und Sachverständige[n] bei einem Anhörungsverfahren«.

301 Entwurf eines Gesetzes zu dem Strafrechtsübereinkommen des Europarates vom 27. Januar 1999 über Korruption und dem Zusatzprotokoll vom 15. Mai 2003 zum Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption (Az.: IIA4 – zu 9510/13-21-23-1-23 4/2016 v. 29.02.2016); Europarat – Ratifikation des Übereinkommens des Europarates über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten und über die Finanzierung des Terrorismus; SEV 198 (Az.: IIB4 – 9510/13-26-8-5-27 3/2016 v. 21.01.2016); (Referenten-)Entwurf für ein Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport (Az.: 4630/19 – 43 556/2013); Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (Az.: II A 4 – 4027-3-8-23 232/2014).

302 Vermittelt über *Georg Freund*; hierzu auch *M. Korte*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 495 (501).

303 Allgemein hierzu *Röttgen*, ZRP 2006, 47 ff.; *H. Hofmann/Birkenmaier*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 12 Rn. 1 ff.

304 *Röttgen*, ZRP 2006, 47 (48): »Der Normenkontrollrat hat sich nicht mit dem politisch gewollten materiellen Inhalt des Gesetzentwurfs zu befassen«.

305 *H. Hofmann/Birkenmaier*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 12 Rn. 30.

306 Vgl. BR-Drs. 440/20, Anlage 1, S. 2, 5.

die Kosten eines Gesetzgebungsvorhabens die Validität der Begründung zu steigern, insbesondere durch Konsultationen mit dem Fachreferat,³⁰⁷ durch Stellungnahmen, die Regierungsentwürfen (mit Gegenäußerungen der Bundesregierung) beigegeben werden (§ 6 Abs. 1 Satz 2 NKRg),³⁰⁸ sowie durch Beratung der Bundestags- und Bundesratsausschüsse (§ 6 Abs. 3 NKRg). Strafrechtlich tritt der Normenkontrollrat somit vor allem im Kontext des Wirtschafts- und Unternehmensstrafrechts in Erscheinung.³⁰⁹

cc) Regierungsentwurf (RegE)

Die Kabinettsvorlage (§ 51 GGO) mit dem Ziel eines »Regierungsentwurfs« (RegE)³¹⁰ – zugleich eine Gesetzesinitiative i.S.d. Art. 76 Abs. 1 GG – erfolgt somit in aller Regel erst dann, wenn nicht nur innerhalb der Bundesregierung, sondern auch mit den Regierungsfractionen hinreichende Einigkeit über den Inhalt eines Gesetzentwurfs erzielt wurde.³¹¹ Das dahinterliegende politische Ziel fasst *Maaßen* wie folgt treffend wie zugleich erschreckend zusammen:

»Hierdurch soll sichergestellt werden, dass das Gesetzgebungsverfahren im Bundestag zu einem »Selbstläufer« wird, bei dem lediglich die Opposition ihre ohnehin aussichtslosen Änderungsanträge stellen wird. Die Koalition wird Änderungen nur noch dann im Bundestag fordern, wenn ein Entgegenkommen gegenüber den Forderungen des Bundesrates erforderlich ist oder wenn Berichtigungsbedarf besteht.«³¹²

Indes stellt dies eine Umkehrung des »Struckschen Gestzes« dar, dass kein Gesetzentwurf den Bundestag so verlasse, wie es ihn erreicht habe,³¹³ und unterschätzt, dass zu diesem Zeitpunkt lediglich eine vorläufige politische

307 *H. Hofmann/Birkenmaier*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 12 Rn. 31 f.

308 *H. Hofmann/Birkenmaier*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 12 Rn. 34 f.

309 Eindrücklich in BR-Drs. 440/20, Anlage 1.

310 Zur möglicherweise parallelen Einbringung durch die Koalitionsfractionen siehe oben § 4 I. 1. a) bei und mit Fn. 15.

311 Siehe auch *Ebner*, *Die Zeit des politischen Entscheidens*, S. 131: Abstimmungen im Kabinett »in der Regel reine Formsache«.

312 *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 72. Siehe ebenso schon *Amelung*, *ZStW* 92 (1980), 19 (66); *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 284 f.

313 Vgl. *Deutscher Bundestag*, *Der Weg eines Gesetzes*: »Kein Gesetz kommt aus dem Parlament so heraus, wie es eingebracht worden ist«; vgl. ferner *Pieper*, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, § 40 Rn. 95; *Butzer*, in: *BeckOK-GG*⁵³, Art. 38 GG Rn. 29. Zur Empirie siehe unten § 6 I. 2. c).

Bindung besteht, sowie dass manche Aspekte möglicherweise explizit dem weiteren parlamentarischen Verfahren überlassen werden.³¹⁴

dd) Vorverlagerung und Informalisierung der Kriminalpolitik bei Regierungsentwürfen

Eine kriminalpolitische Einwirkung auf Strafgesetzgebung erscheint daher – von Ausnahmefällen abgesehen – vor allem dann erfolgversprechend, wenn sie frühzeitig und auch *vor* der inzwischen entscheidend gewordenen Ressortabstimmung erfolgt; selbst Stellungnahmen zu Referententwürfen mögen – auch bei autonom nationaler Strafgesetzgebung³¹⁵ – bloß zu einem Instrument des Kampfes gegen Windmühlen geworden sein oder allenfalls der Absicherung der (vorläufig) gefundenen politischen Kompromisslinien dienen.³¹⁶ Diese Vorverlagerung trägt zugleich zu einer noch weitergehenden³¹⁷ Informalisierung der Strafgesetzgebung bei, in der die geschäftsordnungsrechtlich wie grundgesetzlich strukturierten Diskussionen und Debatten aus fachlicher Sicht zu Makulatur zu werden drohen.

ee) Exkurs: Formulierungshilfen

In Anbetracht der geringen Ressourcen der Fraktionen und einzelner Abgeordneter, selbst Gesetzentwürfe zu entwickeln,³¹⁸ besteht vermittelt über § 56 Abs. 3 GGO die Möglichkeit jedenfalls der Koalitionsfraktionen,³¹⁹

314 Vgl. oben in Fn. 293 und in Fn. 294. Beispiele aus neuerer Zeit sind in materiell-strafrechtlicher Hinsicht die Ergänzung des § 184b Abs. 5 Satz 2 StGB im 57. StrÄndG sowie in strafprozessualer Hinsicht die Einführung der Quellen-TKÜ und der Online-Durchsuchung im Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens.

315 Bei dem reduzierten Gestaltungsspielraum des nationalen Strafgesetzgebers bei europäischen oder internationalen Vorgaben versteht sich dies von selbst; siehe nur *M. Korte*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 495 (500 f.).

316 Vgl. soeben in Fn. 314 m.w.N.

317 Zum Mangel einer Gesetzgebungsverfahrenordnung siehe nur *Lücke*, ZG 2001, 1 (1); zu Recht an einer rechtlichen Lösbarkeit zweifelnd *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (225 f.).

318 Hierzu exemplarisch *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 3 ff.; *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 286 ff.

319 Auf Ausnahmen weist *Boehl*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 15 Rn. 30 mit Fn. 113 hin, nicht aber BT-Drs. 19/19746.

auf durch Bundesministerien erarbeitete »Formulierungshilfen« zurückzugreifen.³²⁰ Dies betrifft zum einen Gesetzesinitiativen »aus der Mitte des Bundestages«, zum anderen (und vor allem) aber Formulierungshilfen für Abänderungsanträge bzw. die (Ausschuss-)Beschlussempfehlungen³²¹ im Verlauf der parlamentarischen Entscheidungsfindung. Soweit andere Fraktionen auf dieses Mittel nicht zurückgreifen können, greifen diese z.T. auf Ministerien in Bundesländern mit Regierungsbeteiligung ihrer Parteien zurück, z.T. auf die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages, z.T. auch auf Externe.³²²

c) Landesinitiativen

Aus politikwissenschaftlicher Perspektive sind Bundesratsinitiativen nur dann lohnenswert, wenn aus Ländersicht die Bundesregierung und die sie tragenden Parteien nicht hinreichend selbständig gesetzgeberisch tätig werden,³²³ sie sind daher vor allem ein Mittel bei divergierenden Mehrheitsverhältnissen oder unterschiedlichen Interessen zwischen Landes- und Bundesparteien.³²⁴ Dennoch gelangen bereits Initiativen einzelner Länder *im* Bundesrat³²⁵ in das Licht der Öffentlichkeit und eignen sich zum politischen Meinungskampf, selbst innerhalb derselben Partei(enfamilie). Zudem können entsprechende Entwürfe – teils wortwörtlich, teils in modifizierter Form – von gleichgesinnten Akteuren im Bundestag³²⁶ und in der Bundesregierung aufgegriffen werden. Prototypisch hierfür steht der Straftatbestand der Datenhehlerei (§ 202d StGB), der zuvor mehrfach von Ländersseite gefordert worden und zweimal Gegenstand einer Bundesratsinitiative gewesen

320 *Maafßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 8 Rn. 79.

321 *Bundesministerium des Innern*, Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften², Rn. 178 ff.

322 Vgl. *Boehl*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 15 Rn. 30.

323 Zur geringen – aber gegebenen – empirischen Bedeutung siehe unten § 6 I. 2. a).

324 Zum politischen Hintergrund siehe nur *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 16 Rn. 2; *Masing/Risse*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 76 GG Rn. 22; zur Involvierung der Landesministerien *K. König*, in: Derlien/Murswieck (Hrsg.), Regieren nach Wahlen, S. 15 (16).

325 Zum Verfahren hin zu einer Bundesratsinitiative siehe oben *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 16 Rn. 9 ff.

326 Etwa als Gesetzesinitiative »aus der Mitte« des Bundestages.

war,³²⁷ bis er auf Grundlage einer parallelen Gesetzesinitiative der *anderen* Initiativberechtigten³²⁸ beschlossen wurde.³²⁹

d) Anhörungen

Der wohl formalisierte Pfad der Einwirkung Externer auf Strafgesetzgebungsverfahren liegt in Anhörungen der Gesetzgebungsorgane, insbesondere des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages im Rahmen seiner Beratungen von Gesetzentwürfen.³³⁰

aa) Öffentliche Anhörung

Es ist in der Geschäftsordnung des Bundestages als Minderheitenrecht ($\frac{1}{4}$ der Ausschussmitglieder) ausgestaltet, dass der federführende Ausschuss Anhörungen »von Sachverständigen, Interessenvertretern und anderen Auskunftspersonen« »[z]ur Information über einen Gegenstand seiner Beratung« vornehmen kann (§ 70 Abs. 1 Satz 1 und 2 GOBT). Ihren (quantitativen) Durchbruch haben öffentliche Anhörungen in Ausschüssen des Bundestages erst mit einer »dreitägigen öffentlichen Informationssitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform im März 1966 über die Reform des politischen Strafrechts«³³¹ erhalten. Die Auswahl der Auskunftspersonen obliegt den Fraktionen, die Anzahl wird – je nach Fraktionsstärke (vgl. § 70 Abs. 2 Satz 2 GOBT) – üblicherweise auf ein bis zwei je Fraktion begrenzt.³³²

Von den durch den oder die Ausschussvorsitzende*n (§§ 59 Abs. 1 Satz 1, 70 Abs. 7 GOBT) geladenen Auskunftspersonen wird in der Regel erwartet, im Vorfeld eine schriftliche Stellungnahme einzureichen (vgl. § 70 Abs. 6 Satz 2 GOBT), die auf der Homepage des Rechtsausschusses veröffentlicht wird;³³³ ebenso sind Vorgespräche mit den Berichterstatter*innen der sie jeweils benennenden Fraktion bzw. deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nicht unüblich. In der Anhörung selbst, über die zumeist ein Wortprotokoll

327 BR-Drs. 284/13 und BT-Drs. 17/14362; BR-Drs. 70/14 und BT-Drs. 18/1288.

328 BT-Drs. 18/5088 (CDU/CSU und SPD) sowie BT-Drs. 18/5171 (BReg).

329 BGBl. 2015 I, S. 2218; hierzu unten Anhang A VI. 10.

330 Siehe hierzu bereits oben § 4 I. 2. b).

331 *Bücker*, ZG 1989, 97 (100 f.): Nach insgesamt acht Anhörungen in den ersten vier Legislaturperioden wuchs deren Zahl auf 165 in der 10. Legislaturperiode an.

332 Vgl. *Ritzel/Bücker*, Handbuch für die Parlamentarische Praxis, § 70 GOBT S. 10.

333 *Deutscher Bundestag*, Ausschüsse – Recht und Verbraucherschutz – Öffentliche Anhörungen.

geführt wird (siehe aber § 73 GOBT), haben die Auskunftspersonen eine zeitlich stark limitierte³³⁴ Möglichkeit für ein Eingangsstatement, an die sich ebenfalls stark begrenzte und formalisierte Fragemöglichkeiten der Ausschussmitglieder³³⁵ anschließen;³³⁶ Antworten hierauf sind ebenfalls zeitlich sehr knapp zu halten (§ 70 Abs. 5 GOBT).³³⁷

Im Wesentlichen verfolgen öffentliche Anhörungen drei Funktionen: Erstens dienen sie – ganz im Sinne eines Ringens um das beste Gesetz – der Nutzung externen Sachverständigen; zweitens einer erhöhten Transparenz und Diskursivität durch den Austausch mit Externen.³³⁸ Im Vordergrund dürfte jedoch, drittens, die »wissenschaftliche Legitimation politischer Positionen« stehen, jedenfalls bei politisch umstrittenen oder die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich ziehenden Fragestellungen: »Häufig ist das erkenntnisleitende Interesse für die Durchführung einer Anhörung und damit auch für die Auswahl der Auskunftspersonen nicht so sehr die allgemeine Informationserweiterung, sondern eher die Bestätigung der eigenen Meinung durch die Wissenschaft«. ³³⁹ Allerdings sollen hierdurch auch – der eigenen politischen Position entsprechende – Forderungen nebst Begründungen platziert werden, auf die sich in den nachfolgenden und für die parlamentarische Entscheidungsfindung zentralen (informellen) Berichterstattergesprächen³⁴⁰ verweisen lässt. All dies hat auch Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Anhörung, namentlich in der Adressierung von Fragen vorrangig an »eigene« Auskunftspersonen, aber auch in der von den Auskunftspersonen erwarteten Positionierung.³⁴¹

Diese Politisierung öffentlicher Anhörungen hat auch zur Folge, dass durch diese eher der Schein einer Diskursivität als diese selbst geschaffen wird, sodass die Frage, ob eine öffentliche Anhörung durchgeführt wird,

334 In der 19. Legislaturperiode üblicherweise vier Minuten, zuvor fünf Minuten.

335 Nicht aber der Vertreter der Bundesregierung.

336 Vgl. nur *Bull*, in: Jann/K. König (Hrsg.), *Regieren zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, S. 205 (221) zum Desinteresse derjenigen Parlamentarier, die einen Sachverständigen nicht benannt haben.

337 Vgl. hierzu und zu weiteren Verfahrensfragen *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 127 ff.

338 *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 17 Rn. 126; *Bücker*, ZG 1989, 97 (102).

339 *Bücker*, ZG 1989, 97 (102 f.); gleichermaßen auch die Wissenschaft als »Legitimitätsverschaffer« sehend *Bull*, in: Jann/K. König (Hrsg.), *Regieren zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, S. 205 (214, 221).

340 Siehe oben § 4 I. 2. b).

341 Vgl. *Kühl*, in: FS Böttcher, S. 597 (598); ferner *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (66). Zum Aspekt der Kreation von strafrechtlichen Rechtsgütern in öffentlichen Anhörungen siehe bereits oben § 1 IV. 2. a) aa) (2) bei und mit Fn. 1136.

nicht mit einem Diskursivitätsgewinn gleichgesetzt werden darf. Daher stößt es auch aus diesem Blickwinkel auf keine Bedenken,³⁴² dass der Bundestag und seine Ausschüsse sowohl bei der Frage des Ob als auch bei der Auswahl der »Verbände und Sachverständige bei einem Anhörungsverfahren« »grundsätzlich« Ermessen genießt.³⁴³ Mangels verfassungsrechtlicher Konturierung des Gesetzgebungsverfahrens³⁴⁴ und angesichts vielgestaltiger Möglichkeiten sämtlicher Abgeordneter zur Informationsaufnahme und -diskussion dürften inhaltliche Begrenzungen dieses Ermessens³⁴⁵ allenfalls theoretischer Natur,³⁴⁶ wenn nicht ausgeschlossen sein.³⁴⁷

bb) Erweitertes Berichterstattergespräch

In der Geschäftsordnung weniger klar verankert³⁴⁸ und in der parlamentarischen Wirklichkeit im Vergleich zu öffentlichen Anhörungen auch eine Rarität sind – neben den früher verbreiteten nichtöffentlichen Anhörungen (vgl. § 70 Abs. 8 GOBT)³⁴⁹ – erweiterte Berichterstattergespräche. Diese erfolgen zumeist nichtöffentlich und nicht durch den Ausschuss als Ganzes, sondern nur durch die hiermit beauftragten Berichterstatter (§ 70 Abs. 5 Satz 3 GOBT) der Fraktionen, ggf. jedoch ergänzt um weitere Ausschussmitglieder bzw. den Vorsitzenden.³⁵⁰

342 Zu weitgehend daher *Schwerdtfeger*, in: FS Ipsen, S. 173 (178 ff.) basierend auf Gleichsetzung von Abwägungsvorgängen der Exekutive mit Gesetzgebung der Legislative; hierzu bereits oben § 4 II. 4.

343 BVerfGE 36, 321 (Ls. 1, 330).

344 Vgl. nur BVerfGE 36, 321 (330).

345 In Abgrenzung zur prozeduralen Ausgestaltung, etwa als Minderheitenrecht.

346 In diese Richtung indes *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (116): »kein bloßes noble officium«, aber verfassungsrechtliche Konsequenzen erst bei materiell-rechtlichen Konsequenzen. Inwieweit hier aber Evidenzfälle denkbar sind, verbleibt unklar, zumal »offensichtlicher« externer Sachverstand nicht selten sich auch anderweitig zur Sachfrage bereits geäußert haben wird und so dieselbe Informationsquelle auch anderweitig herangezogen werden kann.

347 *Heintzen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 9 Rn. 23.

348 *Winkelmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, § 23 Rn. 55.

349 Hierzu *Schüttemeyer*, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, § 42 Rn. 10, 21.

350 Näher dokumentiert ist diese Praxis, soweit ersichtlich, nicht; Andeutungen finden sich bei *Schwarz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 17 Rn. 135 sowie *Ritzel/Bücker*, Handbuch für die Parlamentarische Praxis, § 126a GOBT S. 2 und exemplarisch in BT-Drs. 19/10242, S. 4; BT-Drs. 18/12412, S. 3; BT-Drs. 17/12086,

Wenngleich bei diesen erweiterten Berichterstattergesprächen die Transparenzfunktion reduziert ist, resultiert aus dem nichtöffentlichen Rahmen eine erhöhte Diskursivität, weil die Abgeordneten hier in deutlich geschützterem Rahmen – und nicht im Rampenlicht der Öffentlichkeit – mit den Auskunftspersonen über Sachfragen in einen Dialog eintreten können. Je stärker jedoch die politische Vorfestlegung schon ist – etwa *qua* Regierungsentwurf³⁵¹ und öffentlich bekannter Abänderungsanträge der Opposition –, desto reduzierter ist der politische Handlungsspielraum, der in der nachfolgenden Entscheidungsfindung in den Ausschussberatungen verbleibt.

e) *Abstrakte Normenkontrolle; Rechtssatzverfassungsbeschwerde*

Die Anrufung des BVerfG – sei es im Wege der abstrakten Normenkontrolle, sei es im Wege der Rechtssatzverfassungsbeschwerde – nach Erlass einer neuen Strafvorschrift betrifft zwar nicht das Gesetzgebungsverfahren als solches, das mit der Veröffentlichung im BGBl. seinen Abschluss gefunden hat. Angesichts der bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde zu beachtenden Jahresfrist (§ 93 Abs. 3 BVerfGG)³⁵² sind derartige verfassungsrechtliche Streitigkeiten aber noch im unmittelbaren Zusammenhang zur Strafgesetzgebung zu sehen, insbesondere soweit sie bereits im Gesetzgebungsverfahren angekündigt werden. Die Drohungen mit »Karlsruhe« scheinen indes die tatsächliche Erhebung von Verfassungsbeschwerden weit zu überwiegen: So gab es den Untersuchungszeitraum betreffend keine abstrakte Normenkontrolle³⁵³ und nur je zwei Kammer- und Senatsentscheidungen, die auf einer Verfassungsbeschwerde beruhten;³⁵⁴ die Mehrzahl an Senatsentscheidungen resultierte aus Urteilsverfassungsbeschwerden.³⁵⁵

S. 10. Der *Verf.* hat an einem solchen erweiterten Berichterstattergespräch in der 19. Legislaturperiode teilnehmen dürfen.

351 Siehe hierzu oben § 4 III. 2. b) dd).

352 Hierzu ausf. oben § 1 I. 1. c) aa); die abstrakte Normenkontrolle unterliegt keiner Antragsfrist.

353 Vor dem Untersuchungszeitraum: BVerfGE 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II).

354 BVerfGE 110, 141 (Kampfhunde); BVerfGE 153, 182 (Suizidhilfe); BVerfGK 15, 491; BVerfG, Beschl. v. 30.03.2022 – 1 BvR 2821/16 –.

355 BVerfGE 105, 135 (Vermögensstrafe); BVerfGE 109, 133 (Sicherungsverwahrung I); BVerfGE 110, 226 (Geldwäsche); BVerfGE 128, 326 (Sicherungsverwahrung II); BVerfGE 130, 372 (Maßregelvollzugszeiten). Hinzu tritt die abstrakte Normenkontrolle in BVerfGE 106, 310 (Zuwanderungsgesetz).

Die Ursachen für diese Divergenz dürften zum einen in dem rechtlich weiten Spielraum des Gesetzgebers begründet liegen,³⁵⁶ zum anderen aber in rechtlichen und faktischen Zulässigkeitshürden, namentlich der (in Abgrenzung zu einer Popularklage³⁵⁷) erforderlichen Beschwer. Zwar kann dem Beschwerdeführer nicht zugemutet werden, zunächst eine Zuwiderhandlung zu begehen und erst inzident die Verfassungskonformität überprüfen zu lassen.³⁵⁸ Auch liegt es hinsichtlich neuer Verhaltensnormen (Strafrechts-expansion) zwar, jedenfalls bei Allgemeindelikten, auf der Hand, dass man durch diese selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.³⁵⁹ Doch dies in einer Verfassungsbeschwerde in Bezug auf Verhalten offen- und darzulegen,³⁶⁰ das bereits mit dem Verdikt der Strafbarkeit versehen wurde, fällt gerade bei potentiell anrühigen Verhaltensweisen nicht leicht.³⁶¹ Bei Strafschärfungen – und auch bei Hochstufungen von Ordnungswidrigkeiten zu Straftaten – ist zudem zu berücksichtigen, dass die Verbotsnorm unverändert bleibt: Besteht diese daher schon seit Jahresfrist, kann die Verbotsnorm nicht (mehr) mit der Rechtssatzbeschwerde gerügt werden, und eine *allein* aus der erhöhten Strafdrohung resultierende, zusätzliche (Eigen-)Betroffenheit wird sich schwerlich behaupten lassen. Entsprechendes gilt für sonstige Rechtsfolgen, etwa das Fahrverbot als Nebenstrafe oder gar Schärfungen des Rechts der Sicherungsverwahrung.

Eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde erscheint daher allenfalls in Fällen echter Neuschaffung von Verhaltensnormen erfolgversprechend, nicht hingegen bei Strafrechtsschärfungen oder -intensivierungen; dort verbleibt grundsätzlich nur das Warten auf den »richtigen Fall« und eine hierauf gestützte Urteilsverfassungsbeschwerde. In diesem (eingengten) Bereich kann sie aber – ganz im Sinne nachgelagerter Kriminalpolitik – als Instrument genutzt werden, um individuell für falsch erachtete Gesetze korrigieren zu lassen, soweit sie sich (zugleich) als verfassungswidrig erweisen.

356 Siehe oben § 1 IV.

357 Siehe nur *M. Jahn*, in: Verfassungsbeschwerde in Strafsachen², § 2 Rn. 163.

358 Siehe nur BVerfGE 81, 70 (82 f.); *H. Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 90 BVerfGG Rn. 376a.

359 Vgl. oben § 1 IV. 1. a).

360 Vgl. *M. Jahn*, in: Verfassungsbeschwerde in Strafsachen², § 2 Rn. 163.

361 Am Beispiel: Im Rahmen einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde unmittelbar gegen § 184i Abs. 1 StGB müssten Beschwerdeführer*innen darlegen, dass es ihnen nunmehr untersagt sei, andere Personen in sexuell bestimmter Weise körperlich zu berühren und dadurch zu belästigen (!).

f) *Zähmung in Wissenschaft und Praxis*

Allerdings zeigt sich am BVerfG, an weiteren Gerichten sowie in der wissenschaftlichen Aufarbeitung³⁶² im Nachgang zur Strafgesetzgebung ein Phänomen, das sich als Zähmung umschreiben lässt: Damit seien die oben dargelegten Ausweichmechanismen in Erinnerung gerufen,³⁶³ namentlich Versuche, durch verfassungskonforme Auslegung oder gar Rechtsfortbildung *contra legem* »an sich« verfassungswidrige Straftatbestände »zu retten«, oder zumindest durch eine teleologisch-restriktive Auslegung die Auswirkungen von Änderungen, die als »Auswüchse« erachtet werden, zu minimieren.³⁶⁴ Diese rechtsinterne Herangehensweise lässt sich zum einen als gebotener Respekt gegenüber dem Recht, dem Gesetzgeber und auch dem Normverwerfungsmonopol des BVerfG interpretieren. Zum andern reduziert diese Zähmung – bzw. deren Versuch – den kriminalpolitischen Druck und vor allem die rechtliche Notwendigkeit einer Korrektur des Gesetzes selbst, weil verfassungsrechtlich problematische Kriminalisierungen beispielsweise auf prozessuaalem Wege einer Erledigung zugeführt werden und daher nicht mehr Gegenstand einer Urteilsverfassungsbeschwerde sein können.³⁶⁵

3. Zusammenführung

Strafgesetzgebung erfolgt im formalen Rahmen, den das Grundgesetz allgemein für Gesetzgebung vorgibt;³⁶⁶ strafrechtliche Besonderheiten sind nicht zu verzeichnen.³⁶⁷ Wengleich es den Legislativorganen freistünde, sich generell oder spezifisch bezogen auf das Strafrecht auch alternativer, etwa prozessanaloger³⁶⁸ Konzepte zu bedienen, sind sie hierzu strafverfassungs-

362 Siehe hierzu bereits oben § 1 VI. 3. a) sowie ergänzend *Erb*, in: Barton u.a. (Hrsg.), FS Fischer, S. 301 (312 f.).

363 § 1 V.

364 Selbstredend ist auch vorstellbar, im Falle eines als zu restriktiv erachteten Gesetzes für eine teleologisch-expansive Auslegung bis hin zur Wortlautgrenze (Art. 103 Abs. 2 GG) zu streiten.

365 Gegen Einstellungsentscheidungen nach § 153a StPO ist die Verfassungsbeschwerde nicht zulässig, weil die formelle Subsidiarität gegenüber fachgerichtlichem Rechtsschutz nicht gewahrt wurde. Will eine Beschuldigte daher eine Strafnorm durch das BVerfG zu Fall bringen, muss sie einer Einstellung nach § 153a StPO seine Zustimmung versagen, eine Verurteilung hinnehmen und – wegen der Voraussetzung der Rechtswegerschöpfung – erst durch die Instanzen ziehen.

366 Hierzu oben § 4 I.

367 Hierzu oben § 4 II.

368 So dezidiert das fiktive Modell von *H. Jäger*, in: FS Klug Bd. 1, S. 83 (84 ff.).

rechtlich nicht verpflichtet. Da entsprechende Modifikationen des Verfahrens oder auch nur eine größere Selbstbindung des Gesetzgebers denkbar unwahrscheinlich erscheinen, handelt es sich bei derartigen Vorschlägen letztlich nur um Denkmodelle fern der politischen Realität.

Zudem legte die Darstellung des Ablaufs der Strafgesetzgebung und der beteiligten Akteure (selbst bereits innerhalb der Bundesregierung) offen, warum (Straf-)Gesetzgebung ressourcenintensiv ist und es daher erstens eines besonderen »Leidensdrucks«, sprich Auslösers für Strafgesetzgebung bedarf, und warum zweitens sich eine Mehrzahl an Ausweichmechanismen in der Praxis entwickelt haben, um Strafgesetzgebung entbehrlich werden zu lassen.

Kriminalpolitikwissenschaftlich lassen sich schließlich eine Reihe in der Kriminalpolitik besonders in Erscheinung tretender Akteure erkennen.³⁶⁹ Als besonders gewichtiger Akteur ist dabei das BMJ zu bezeichnen, dem bereits innerhalb der Bundesregierung aufgrund der Zuordnung der Geschäftsbereiche eine erhebliche Gestaltungs-, aber auch Verhinderungsmacht zukommt. Zugleich zeigte sich – bereits innerhalb des BMJ, aber auch bei weiteren Akteuren – eine Dominanz der Justizpraktiker aus Gerichten und Staatsanwaltschaften; die Anwaltschaft zeigt sich zwar ebenfalls politisch organisiert, aber weniger einflussreich; die Strafrechtswissenschaft als solche nur bedingt organisiert und eher in Einzelstimmen in Erscheinung tretend.

Für andere Akteure als das BMJ zeigten sich als wesentliche Pfade der – nicht selten erfolglosen³⁷⁰ – Einwirkung auf Strafgesetzgebung vor allem Stadien *vor* und *nach* dem formalen Gesetzgebungsverfahren: *Vor* Beginn einer formalen Gesetzesinitiative i.S.d. Art. 76 Abs. 1 GG, idealerweise bereits vor einem Referentenentwurf ist noch keine Selbstbindung der die Regierung tragenden Fraktionen entstanden, sodass Sachdiskussionen erfolgsversprechender erscheinen. Weitere Pfade vor diesem Stadium sind zu sehen in Vorprägungen durch Koalitionsverhandlungen, sei es durch Landesinitiativen, vor allem aber in europäisierter Strafgesetzgebung;³⁷¹ *nach* dem Gesetzentwurf namentlich in der Anrufung des BVerfG – vor allem im Wege einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde, die aber ihrerseits deutlichen rechtlichen wie faktischen Begrenzungen unterworfen ist³⁷² –, aber auch in zähmend-korrigierender Rechtsanwendung.³⁷³ Hingegen sollte die Bedeu-

369 Siehe oben § 4 III. 1.

370 Ein gewisser »Erfolg« ließe sich indes darin sehen, dass ein vorläufiger Kompromiss (etwa in Gestalt eines RefE) durch nachfolgende Aktionen abgesichert wird, d.h. eine Veränderung zu Lasten der eigenen Position verhindert wird.

371 Siehe hierzu sogleich § 5.

372 Hierzu soeben § 4 III. 2. e).

373 Hierzu soeben § 4 III. 2. f).

tung öffentlicher Anhörungen für die Diskursivität von Strafgesetzgebung nicht überbewertet werden.³⁷⁴

Angesichts fehlender Spezifika der Strafgesetzgebung ist diese *Vor-*³⁷⁵ wie *Nachverlagerung*, ohne die Bedeutung des Strafrechts und dessen Eingriffstiefe marginalisieren zu wollen, allerdings nicht als ein spezifisch *strafverfassungsrechtliches* Defizit anzusehen, sondern als ein generelles Kennzeichen des modernen Parlamentarismus:

»Die auch von Juristen geführte Klage über den »Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens« und insbesondere über dessen faktische »Entparlamentarisierung« lebt nicht zuletzt von der Verklärung eines vergangenen »goldenen Zeitalters« der Gesetzgebung und des Parlamentarismus, ist mithin oftmals eher Ausdruck politischer Unzufriedenheit denn unvoreingenommener wissenschaftlicher Expertise.«³⁷⁶

Es spricht viel dafür, dass sich dieser Eindruck – auch angesichts mancher hochproblematischer Strafnormen, die in einer verklärten »Blütezeit« entstanden sind – auch auf Klagen über einen »Niedergang des Strafgesetzgebungsverfahrens« übertragen lässt.

374 Siehe oben § 4 III. 2. d).

375 Hierzu oben § 4 III. 2. b) dd).

376 *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (226).