

§ 6 Strafgesetzgebung in der 13. bis 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages

In diesem Kapitel sollen die zuvor theoretisch und an einzelnen Beispielen entwickelten Ansätze im Spiegel der Strafgesetzgebung der 13.–19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages überprüft werden. Hierzu bietet sich – in Anerkennung aller Limitationen dieses Ansatzes – zum einen eine quantitative Untersuchung sowohl des *Outputs*, sprich der Änderungsgesetzgebung, als auch der zu diesen Gesetzen führenden Gesetzgebungsverfahren an. Zum anderen seien einzelne Gesetzgebungsverfahren aus diesem Untersuchungszeitraum herausgegriffen und einer vertieften, qualitativen Analyse der Ursachen, Auslöser, Motivationen, Verfahrensschritte und Ergebnisse unterzogen.

I. *Quantitatives*

Im Untersuchungszeitraum¹ änderten 149 Gesetze² das StGB; hinzu treten eine Neubekanntmachung, zwei Berichtigungen und acht im BGBl. veröffentlichte Entscheidungen des BVerfG, die Vorschriften des StGB betrafen (siehe Tabelle 6.1).³

Legislaturperiode	13	14	15	16	17	18	19
Gesetze mit StGB-Änderungen	20	15	17	23	18	32	24
Berichtigungen/Neubekanntmachung	2	0	0	0	0	1	0
Entscheidungen des BVerfG	0	1	4	0	2	0	1

Tabelle 6.1: StGB-relevante Veröffentlichungen im BGBl.

1 Siehe oben Einführung II. 1.

2 Einschließlich der Änderung durch die Zehnte Zuständigkeitsanpassungs-VO (unten Anhang A VI. 5.) als materielles, nicht aber formelles Gesetz.

3 Quelle: eigene Auswertung, siehe Anhang A.

1. Strafgesetze

a) Häufigkeit: Straflagistische Hyperaktivität?

Klagen über eine strafrechtliche Hyperaktivität des Gesetzgebers sind verbreitet.⁴ Bei allen Limitationen einer allein auf die Anzahl verkündeter Gesetze basierenden Analyse⁵ bietet es sich an, dies statistisch näher auszuwerten,⁶ zumal *Asholt* »eine nahezu exponentiell steigende Kurve« an Strafgesetzen vermutet.⁷ Das lässt sich unter Zugrundelegung der Strafgesetzgebung seit 1973 (siehe Tabelle 6.2 und Abbildung 6.1, S. 502)⁸ vorsichtig⁹ bestätigen:

Zunächst wurde – entsprechend *Asholt* – die Gesamtsumme der (hier: seit dem 01.01.1973 und bis zum 31.12.2022) verkündeten Strafgesetze herangezogen und einer Regressionsanalyse¹⁰ in Abhängigkeit zum (Kalender-)Jahr unterzogen, wengleich diese Gesamtsumme nur steigt und sich nur schlecht als Maß für (Hyper-)Aktivität eignet. Dabei ergab sich, unter Zugrundelegung eines Signifikanzniveaus von $\alpha = .05$, sowohl bei einer linearen ($F(1, 47) = 1337, p < .001, R^2 = .965$; erwartet werden 4,22 Strafgesetze pro Jahr) als auch bei einer exponentiellen ($F(1, 47) = 588.30, p < .001, R^2 = .924$) Regression eine statistisch signifikante Korrelation. Die

4 Siehe hierzu bereits oben Einführung bei und mit Fn. 1 ff.; ferner exemplarisch *Asholt*, Vormbaum/Welp Bd. 5, S. IX.

5 Man erinnere sich beispielsweise nur daran, wie umfangreich das 4. StrRG im Vergleich zu einigen Strafrechtsänderungsgesetzen ist. Zu den Limitationen siehe ferner *Asholt*, Vormbaum/Welp Bd. 5, S. XI.

6 Die nachfolgend verwendeten Auswertungsskripte sowie Datensätze sind beim *Verf.* verfügbar. Als Auswertungssoftware wurde R (Version 4.2.2) sowie python (Version 3.10.8) verwendet, für den *G*-Test das Skript von *Hurd*, Log-likelihood tests of independence & goodness of fit.

7 *Asholt*, Vormbaum/Welp Bd. 5, S. IX.

8 Erst ab der 7. Legislaturperiode liefert *Schindler*, Datenhandbuch, eine hinreichend detaillierte Datengrundlage. Als weitere Datenquellen für die nachfolgenden statistischen Auswertungen wurden herangezogen: *Asholt*, Vormbaum/Welp Bd. 5, S. 414 ff.; *Schindler*, Datenhandbuch, S. 57 f., 2396 f.; *Deutscher Bundestag*, Das Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages, S. 1.19, 10.1; *Deutscher Bundestag*, Statistik der Gesetzgebung – 19. Wahlperiode; sowie die eigene Auswertung, siehe Anhang A. Die 20. Legislaturperiode wurde für die kalenderjahrweisen Analysen ergänzend bis zum 31.12.2022 ausgewertet.

9 Aufgrund eines leichten Abflachens straflegistischer Tätigkeit in der 19. Legislaturperiode steht dieser Befund indes auf wackligen Beinen.

10 Zur Methodik siehe nur *Hatzinger/Hornik/H. Nagel/M. J. Maier*, R^2 , S. 381 ff.; *Dytham*, Choosing and Using Statistics³, S. 219 ff.; ferner *Diekmann*, Empirische Sozialforschung¹⁸, S. 688 ff.

exponentielle Interpretation weist dabei einen niedrigeren AIC-Wert¹¹ auf und beschreibt die Korrelation daher besser.

Angesichts zeitlicher Divergenzen innerhalb von Legislaturperioden (zunächst mit einer Anlaufphase, abschließend mit einer Wahlkampfphase, siehe hierzu die Abbildung 6.2, S. 503) erscheint es vorzugswürdig, diese anstelle der Kalenderjahre heranzuziehen. Daher wurde die Summe der in einer Legislaturperiode erlassenen Strafgesetze einer Regressionsanalyse in Abhängigkeit zur seit der Konstituierung des 7. Deutschen Bundestages vergangenen Zeit unterzogen. Auch hier ergab sich sowohl bei einer linearen ($F(1, 11) = 20.09, p < .001, R^2 = .614$) als auch bei einer exponentiellen ($F(1, 11) = 10.82, p = .007, R^2 = .450$) Regression eine statistisch signifikante Korrelation. Erneut weist die exponentielle Interpretation einen niedrigeren AIC-Wert auf und beschreibt die Korrelation daher auch hier besser.

Allerdings ist zu hinterfragen, ob es sich bei der Zunahme legislativer Aktivität um ein spezifisch strafrechtliches Phänomen handelt. Daher ist die straflegistische ins Verhältnis zur allgemeinen legislativen Aktivität zu setzen und zu überprüfen, ob das Merkmal »Verteilung der Gesetzgebung auf StGB-bezogene und nicht-StGB-bezogene Gesetze« bei einem Signifikanzniveau von $\alpha = .05$ stochastisch von dem Merkmal »Legislaturperiode« abhängig ist. Das ist zwar nach dem *Fisher-Yates-Test*¹² bezogen auf den gesamten Untersuchungszeitraum der 7. bis 19. Legislaturperiode der Fall ($p = .025$),¹³ beruht jedoch auf zwei Ausreißern, nämlich einer niedrigen Aktivität in der 8. und vor allem einer hohen Aktivität in der 18. Legislaturperiode. Schließt man bereits einen der beiden Ausreißer aus, lassen sich keine Abhängigkeiten mehr belegen ($p = .141$ bzw. $p = .166$; ohne beide Ausreißer: $p = .518$).¹⁴

Mithin lässt sich – unter Anwendung stochastischer Methoden – die 18. Legislaturperiode als auffällig strafrechtsaffin bezeichnen. Im Übrigen finden

11 Zum AIC-Wert siehe nur *Dytham*, *Choosing and Using Statistics*³, S. 233, 236.

12 Zur Auswahl der Testmethoden siehe *Howell*, *Statistical methods for psychology*⁸, S. 137 ff., insbes. 151 f.; *Wickens*, *Multiway contingency table analysis for the social sciences*, S. 26 ff., 44; *Dytham*, *Choosing and Using Statistics*³, S. 72 ff. Der Fisher-Yates-Test wurde mit 10^8 Iterationen bei simulierten p -Werten durchgeführt.

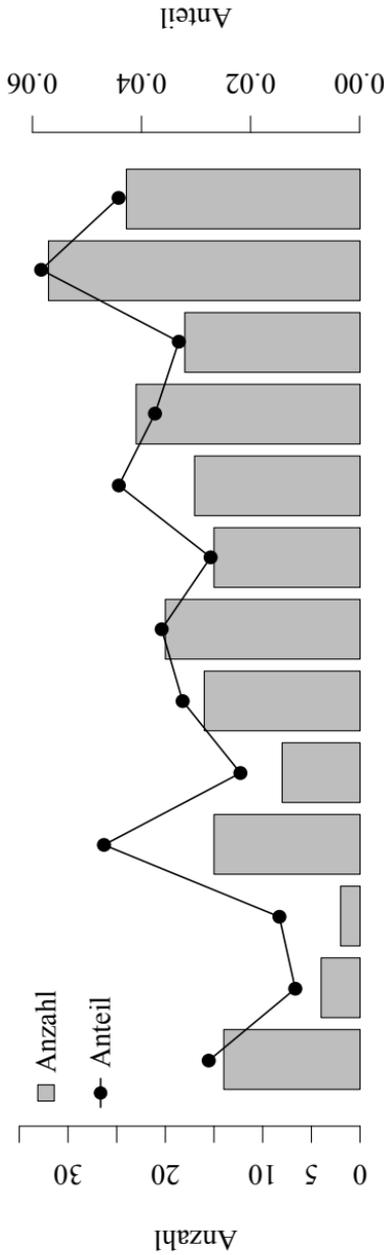
13 Der im Hinblick auf die teils sehr kleinen Häufigkeiten weniger geeignete χ^2 -Test ($\chi^2(12) = 23.31, p = .025$) und auch der G -Test ($G^2(12) = 24.13, p = .019$) zeigen vergleichbare Befunde.

14 Die Anwendung alternativer Tests zeigt vergleichbare Befunde:

	χ^2 -Test	G -Test
ohne 8. LP	$\chi^2(11) = 16.82, p = .113$	$G^2(11) = 16.55, p = .122$
ohne 18. LP	$\chi^2(11) = 14.81, p = .191$	$G^2(11) = 16.11, p = .137$
ohne 8. und 18. LP	$\chi^2(10) = 9.34, p = .500$	$G^2(10) = 9.62, p = .475$

Legislaturperiode	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19
Verkündete Gesetze	506	339	136	320	366	493	551	549	385	613	543	548	543
StGB-Änderungen	14	4	2	15	8	16	20	15	17	23	18	32	24
Anteil	2,8%	1,2%	1,5%	4,7%	2,2%	3,2%	3,6%	2,7%	4,4%	3,8%	3,3%	5,8%	4,4%
StGB-Änderungen/Jahr	3,50	1,03	0,83	3,85	2,09	4,11	5,05	3,77	5,66	5,71	4,52	7,99	5,99

Tabelle 6.2: Anzahl, Anteil und Rate StGB-relevanter Gesetzgebung



Legislaturperiode

Abbildung 6.1: Anzahl und Anteil StGB-relevanter Gesetzgebung

sich aber keine Nachweise dafür, dass der Gesetzgeber häufiger als früher zum Strafrecht anstelle zu anderen Regelungsgebieten greifen würde.

b) Umfang

Auf Paragraphen als Gliederungseinheit bezogen kam es im Untersuchungszeitraum der 13. bis 19. Legislaturperiode bei 149 formellen, das StGB betreffenden Gesetzen zu insgesamt 706 Änderungen, d.h. zu durchschnittlich 4,74 Paragraphen des StGB, die je Gesetz geändert wurden. Davon entfielen indes 120 Änderungen auf das 6. StrRG und 55 weitere auf die Reform der Vermögensabschöpfung; ohne diese ist der durchschnittliche Änderungsumfang 3,61 geänderte Paragraphen pro Gesetz. Lässt man diese beiden umfangreichen Reformwerke als Ausreißer außen vor, ist eine Entwicklung hin zu kleinteilig werdender Strafgesetzgebung nicht zu verzeichnen.¹⁵

c) Gegenstände

Diese formelle Gesetzgebung machte zwar vor keinem einzigen Abschnitt des StGB halt (siehe hierzu Tabelle 6.3¹⁶), doch sind die individuellen Änderungsraten je Norm höchst divers: So wurden etliche Straftatbestände des Besonderen Teils nicht geändert, ebenso wenig viele Grundlagenbestimmungen des Allgemeinen Teils; das andere Extrem ist der Geldwäschetatbestand (§ 261 StGB), der durch 26 Gesetze geändert wurde. Weitere Spitzenreiter sind § 5 StGB (14 Änderungen), § 203 StGB (11 Änderungen) und § 78b StGB (10 Änderungen); im Mittelfeld liegen z.B. §§ 129a und 238 StGB mit je 5 sowie §§ 201a, 244 und 263a StGB mit je 4 Änderungen.

15 $p = .322$ nach *Fisher-Yates* mit 10^8 Iterationen bei simulierten p -Werten. Berücksichtigt man beide umfangreiche Reformwerke, so zeigt sich deren hoher Einfluss auf die Änderungsrate ($p < .001$ nach *Fisher-Yates* mit 10^8 Iterationen bei simulierten p -Werten).

16 Angegeben wurde jeweils die Anzahl an Gesetzen, die einen Titel, Abschnitt oder Teil des StGB ändern, unabhängig von der Anzahl an Änderungen, die dieses eine Gesetz innerhalb eines Titels vornimmt.

Legislaturperiode	13	14	15	16	17	18	19
<i>Allgemeiner Teil, davon:</i>	12	5	7	10	6	15	9
Das Strafgesetz	9	2	4	2		7	5
— Geltungsbereich	6	1	3	2		7	4
— Sprachgebrauch	3	1	1			2	2
Die Tat		1					1
— Grundlagen der Strafbarkeit		1					1
— Versuch							
— Täterschaft und Teilnahme							
— Notwehr und Notstand							
— Straflosigkeit parl. Äußerungen ...							
Rechtsfolgen der Tat	5	3	3	7	4	8	4
— Strafen	2	1		2		2	
— Strafbemessung				1	1	1	1
— mehrere Gesetzesverletzungen						1	
— Strafaussetzung zur Bewährung	2			3		1	
— Verwarnung mit Strafvorbehalt					1	1	
— Maßregeln der Besserung ...	4	1	3	2	2	5	1
— Einziehung	1	1		1		1	3
Strafantrag, Ermächtigung ...		1	1		2	1	
Verjährung	1	1	2	2	2	5	2
— Verfolgungsverjährung	1	1	2	1		5	2
— Vollstreckungsverjährung		1		1		1	
<i>Besonderer Teil, davon:</i>	13	12	13	16	13	24	22
Friedensverrat, Hochverrat, ...	3			1		4	3
Landesverrat; äußere Sicherheit						1	
Ausländische Staaten						1	1
Verfassungsorgane, Wahlen ...		1				1	2
Landesverteidigung						1	
Widerstand gegen die Staatsgewalt	1		1		1	1	2
Öffentliche Ordnung	2	4	5	3	2	9	9
Geld- und Wertzeichenfälschung	1				1	1	1
Falsche uneidl. Aussage; Meineid		1		1			
Falsche Verdächtigung				1			2
Religion und Weltanschauung	1						1
Personenstand, Ehe und Familie	2			1		1	
Sexuelle Selbstbestimmung	4	1	2	1		4	5
Beleidigung	1					1	4
Pers. Lebens- und Geheimbereich	4	1	1	4		4	5
Leben	1	1				2	2
Körperliche Unversehrtheit	1				1		

Legislaturperiode	13	14	15	16	17	18	19
Persönliche Freiheit	3		2	2	1	4	3
Diebstahl und Unterschlagung	1				1	2	
Raub und Erpressung	1					1	
Begünstigung und Hehlerei	1	4	4	5	2	9	1
Betrug und Untreue	3	1	2			4	2
Urkundenfälschung	1	1	1			2	
Insolvenzstraftaten							
Strafbarer Eigennutz	2				1	1	
Straftaten gegen den Wettbewerb	1	1	1			3	
Sachbeschädigung			1	1	1		
Gemeingefährliche Straftaten	2			1	1	3	
Straftaten gegen die Umwelt	2			1	4	2	
Straftaten im Amt	3				1	4	4

Tabelle 6.3: Gegenstand der Strafgesetzgebung (Anzahl Gesetze je Legislaturperiode; Mehrfachnennung möglich)

d) *Typisierung*

Als nächstes sei diese formelle Strafgesetzgebung nach der oben entwickelten Typologie¹⁷ einer oder mehreren Ausprägungen zugeordnet, ohne hier zwischen Quantität (anhand potentieller oder tatsächlicher Fallzahlen) und Qualität der Änderungen innerhalb und zwischen den Änderungsgesetzen zu differenzieren.¹⁸ Dabei bleiben die gänzlich außerhalb des Untersuchungsgegenstands liegenden Änderungsgesetze¹⁹ außen vor. Dabei zeigt sich vor allem, welcher straflegistischer Fokus auf Strafrechtsexpansion (67,4%; siehe Tabelle 6.4 sowie Abbildung 6.3), gefolgt von Strafrechtsverschärfung (24,2%), liegt.²⁰ Eine Intensivierung erfolgte deutlich seltener (10,6%). Durchaus beachtlich ist allerdings die Anzahl an Gesetzen, die (zumindest auch) zu einer Strafrechtsreduktion führen (16,7%). Milderungen (3,8%) und Relativierungen durch StGB-Gesetzgebung (3,0%) spielten hingegen nur eine quantitativ untergeordnete Rolle. 16,7% der Änderungs-

17 Oben § 2 I.

18 Insofern unterscheidet sich dieser Ansatz z.B. von der auf den Politikbereich der Inneren Sicherheit und daher weiter gefassten Studie von *Wenzelburger/Staff*, *Politics & Policy* 44 (2016), 319 ff.

19 $n = 17$; siehe oben Einführung II. 1.

20 Eine isolierte Strafschärfung, d.h. eine bloße Anpassung des Strafrahmens »nach oben«, erfolgte hingegen selten ($n = 3$, d.h. 2,3%).

gesetze beschränkten sich auf redaktionelle Anpassungen. Fasst man Expansion, Schärfung und Intensivierung einerseits, Reduktion, Relativierung und Milderung andererseits zusammen, bewirken 76,5% der Änderungsgesetze (auch) ein »Mehr« an materiellem Strafrecht im StGB, immerhin 21,2% (auch) ein »Weniger«. Statistische Auffälligkeiten der Verteilung zwischen den Legislaturperioden lassen sich hierbei nicht belegen.²¹

Legislaturperiode	13	14	15	16	17	18	19	Summe
StGB-Änderungen	20	15	17	23	18	32	24	149
— davon untersucht	17	14	16	19	15	28	23	132
— nur redaktionell	2	1	4	3	3	5	4	22
— Expansion	15	8	9	11	7	20	19	89
— Reduktion	3	4	5	2	2	4	4	24
— Schärfung	5	1	3	4	3	8	8	32
— Milderung	1	1	0	0	1	1	1	5
— Intensivierung	1	1	2	1	3	2	4	14
— Relativierung	1	1	1	1	0	0	0	4

Tabelle 6.4: Typisierung der Strafgesetzgebung (Anzahl Gesetze je Legislaturperiode; Mehrfachnennung möglich)

Allerdings ist bei der Interpretation dieser Typisierung gewiss viel Vorsicht geboten: Über generelle Limitationen einer quantitativen Auswertung von Strafgesetzgebung²² ist die Aussagekraft begrenzt, weil sich hier nicht differenzieren lässt, welche tatsächliche Bedeutung den jeweiligen Einzeländerungen zukommt. So wird beispielsweise eine breitflächige Expansion gleich gezählt wie eine nur punktuelle Strafmilderung. Andererseits kann sich eine Expansion in der bloßen Einführung einer Versuchsstrafbarkeit – und damit ohne Erweiterung der Verbotsnorm – erschöpfen. Schließlich ist das Zusammenspiel mehrerer Straftatbestände, die auf einen komplexen Lebenssachverhalt Anwendung finden, zu berücksichtigen; dies kann der Sache nach dazu führen, dass eine scheinbare Expansion in der Praxis nicht anders wirkt als eine Strafrechtsschärfung. Gleichwohl bestätigen diese Da-

21 Weder bezogen auf den gesamten Untersuchungszeitraum, noch bei paarweisen Vergleichen der Expansion/Reduktion, Schärfung/Milderung und Intensivierung/Relativierung zeigt nach *Fisher-Yates* eine statistisch auffällige Abweichung.

22 Siehe oben § 6 I. 1. a).

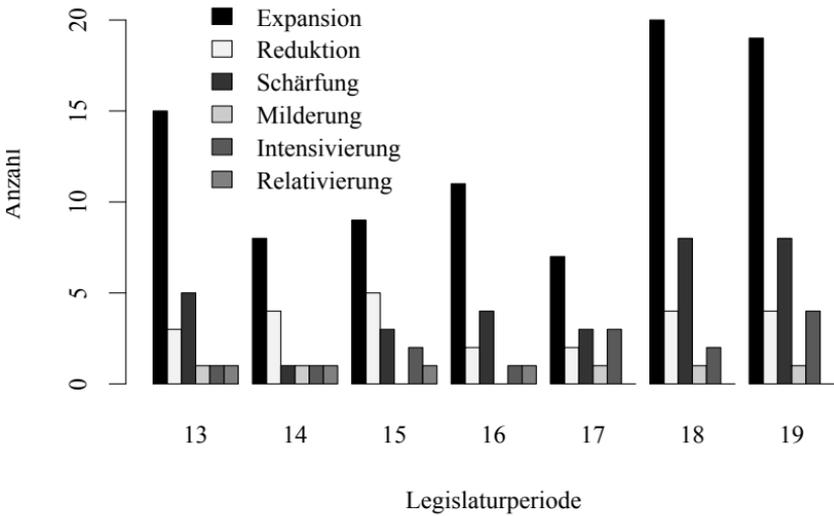


Abbildung 6.3: Typisierung der Strafgesetzgebung

ten den – auch sonst oftmals beklagten – expansiv-schärfenden Schwerpunkt an Strafgesetzgebung.

Allerdings ist einiges Wasser in den Wein zu gießen: Bei nicht wenigen Gesetzen ist die Strafrechtsexpansion aus diesen soeben genannten Gründen nur marginal. Noch stärker in Gewicht fällt es, dass es oftmals zu kurz gegriffen wäre, die Expansion der Strafvorschrift isoliert zu betrachten. So stellte beispielsweise die Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts²³ oder die Möglichkeit für Rechtsanwält*innen und Steuerberater*innen, Verrechnungsstellen²⁴ oder IT-Dienstleister²⁵ einsetzen zu können, einen deutlichen Freiheitsgewinn dar – und nur soweit z.B. diese Berufsgeheimnisträger (und ihre Vertragspartner) von diesen ihnen neu eröffneten Möglichkeiten Gebrauch machen, ist der Anwendungsbereich einiger (neuer bzw. expandierter) Strafgesetze überhaupt eröffnet. Daneben wurden immerhin zwei strafrechts-expansive Gesetze durch das BVerfG für verfassungswidrig und nichtig erklärt,²⁶ ein weiteres war unerkannt verfassungswidrig.²⁷ Schließlich ist zu betonen, dass es keineswegs eine monotone expansive und schärfende

23 Siehe unten Anhang A I. 9.

24 Siehe unten Anhang A IV. 12. sowie Anhang A IV. 15.

25 Siehe unten Anhang A VI. 32.

26 BVerfGE 110, 141 sowie BVerfGE 153, 182.

27 Siehe unten § 6 I. 2. c).

Entwicklung ist, sondern die Strafrechtsentwicklung eher dem Gang eines Krebses gleicht, wie vor allem die beachtliche Anzahl an Strafrechtsreduktionen zeigt.

e) *Europäische und internationale Auslöser*

Im Hinblick auf europäische und internationale Auslöser wurden die einzelnen Änderungsgesetze und die Begründungen deren Entwürfe dahin ausgewertet, ob in diesen auf unionsrechtliche, völkervertragliche oder sonstige internationale Maßgaben, einschließlich noch in Entstehung befindlicher supra- oder internationaler Rechtsakte, verwiesen wird.

Es lässt sich ein solcher europäischer oder internationaler Auslöser in 38,9% aller Änderungsgesetze²⁸ festmachen. Das ist weit entfernt von dem pauschal vorgebrachten Anteil unionsrechtlich determinierter Gesetzgebung von ca. 80%,²⁹ und ist in der gleichen Größenordnung, den andere Auswertungen für die Gesetzgebung in Deutschland sowohl allgemein als auch für den Justizbereich im Speziellen ergeben haben.³⁰ Dies legt einen durchaus beachtlichen Korridor für rein nationale Strafgesetzgebung, aber vor allem nahe, dass es zahlreiche rein nationale Auslöser für Strafgesetzgebung gibt.

Ausdrucksstark ist zudem, auf welche Quellen sich diese europäischen und internationalen Auslöser verteilen (siehe Tabelle 6.5): So ist ein wesentlicher Impulsgeber das Völkervertragsrecht, das seine rechtlichen (wenn auch nicht kriminalpolitischen!) Wirkungen erst nachfolgend und aufgrund eines eigenständigen Willensentschlusses des Bundestages entfaltet (10,7%). Neben strafrechtlichen Vorgaben des sekundären Unionsrechts (Gemeinsame Maßnahmen, Rahmenbeschlüsse und nunmehr Richtlinien sowie Verordnungen, zusammen 15,4%) war zudem nicht-strafrechtliche Rechtsetzung der EU (12,8%) wesentlicher Impulsgeber, soweit diese Folgeänderungen im StGB notwendig machte oder aber es politisch ermöglichte, aus Anlass

28 $n = 149$. Für diese Differenzierung der Auslöser wurden sämtliche Änderungsgesetze herangezogen. Bezogen auf die Gesetze im Untersuchungsbereich ($n = 132$) ergibt sich eine leicht höhere Rate von 41,7%.

29 Vgl. Töller, ZParLR 2008, 3 (5 f.) m.w.N.; die 80%-Marke geht dabei zurück auf eine auf die Wirtschafts-, Steuer- und Sozialgesetzgebung bezogene Prognose des früheren Kommissionspräsidenten Jacques Delors.

30 Töller, ZParLR 2008, 3 (9) gelangt für den Justizbereich für die 13. bis 15. Legislaturperiode auf 21,6%, 34,1% und 42,2%, insgesamt für diese Legislaturperioden auf 25,9%, 34,5% und 39,1%; Töller, Die Europäisierung der Bundesgesetzgebung zwischen 2005 und 2017, S. 7 für den (weiteren) Bereich der Inneren Sicherheit für die 16. bis 18. Legislaturperiode auf 38,9%, 22,2% und 33,3%.

dieser ohnehin erfolgenden Gesetzgebung auch eine Änderung des StGB vorzunehmen.

Legislaturperiode	13	14	15	16	17	18	19	Summe
StGB-Änderungen	20	15	17	23	18	32	24	149
— europ./int. Auslöser	8	4	6	12	9	12	7	58
— (in Prozent)	40%	27%	35%	52%	50%	38%	28%	39%
— Völkervertragsrecht	3	1	3	3	1	5	0	16
— VN-Sicherheitsrat	0	0	0	0	0	1	0	1
— »soft law«	0	0	0	1	1	2	1	5
— EGMR-Rspr.	0	0	0	0	2	0	0	2
— strafr. EG-Übk./-Prot.	4	1	0	0	0	0	0	5
— strafr. Sekundärrecht	0	2	4	4	3	5	5	23
— nichtstrafr. EU-Recht	2	1	1	7	4	3	1	19

Tabelle 6.5: Europäische und internationale Auslöser (Anzahl Gesetze je Legislaturperiode; Mehrfachnennung möglich)

Angesichts des Regelungsgehalts von strafrechtlichen EU-Richtlinien und Europarats-Konventionen – und der nur spärlichen strafrechtseinhegenden Rechtsprechung etwa des EGMR – würde es naheliegen, dass diese Auslöser sich fast ausschließlich strafrechtsexpansiv und -schärfend auswirken.³¹ In der Tat ist der Anteil bei der Strafrechtsexpansion auch leicht erhöht zur sonstigen, nicht derart begründeten Gesetzgebung (76,3%, siehe Tabelle 6.6); statistisch auffällig ist dies aber nicht.³² Eine Intensivierung (3,6%) ist hingegen seltener zu verzeichnen. Im Hinblick auf Reduktion (18,2%), Schärfung (23,6%) und Milderung (5,5%) sind die Werte nahezu identisch.³³

Mit dieser rein quantitativen Betrachtung ist indes keine Aussage darüber getroffen, inwieweit das Gesetz tatsächlich eine »Eins-zu-eins«-Umsetzung der europäischen und internationalen Vorgaben bewirkt hat, ob Umsetzungsdefizite verbleiben und/oder ob das Vehikel einer Umsetzungsgesetzgebung für die überschießende Verwirklichung nationaler kriminalpolitischer Inhalte genutzt wurde. Zudem sei erneut auf die Begrenzungen dieser quantitativen Typisierung hingewiesen.³⁴

31 So etwa *Kubicziel*, JZ 2018, 171 (173).

32 $p = .490$ nach *Fisher-Yates*.

33 In der Gänze unterscheiden sich daher europäisch/international induzierte und sonstige Gesetzgebung auch nicht in statistisch auffälliger Weise, $p = .103$ nach *Fisher-Yates*.

34 Siehe soeben § 6 I. 1. d).

	alle Änderungen	mit europ./int. Auslöser
StGB-Änderungen	149	58
— davon untersucht	132	55
— nur redaktionell	22	10
— Expansion	89	42
— Reduktion	24	10
— Schärfung	32	13
— Milderung	5	3
— Intensivierung	14	2
— Relativierung	4	0

Tabelle 6.6: Typisierung nach Impuls (Anzahl Gesetze je Legislaturperiode; Mehrfachnennung möglich)

2. Strafgesetzgebungsverfahren

a) *Initiatoren*

(Erfolgreiche) Strafgesetzgebung³⁵ wird – wie sonstige Gesetzgebung auch – weit überwiegend von der Bundesregierung (66,2%), den sie tragenden Parlamentsfraktionen (10,8%) bzw. von beiden parallel³⁶ (15,5%) initiiert (zusammen: 92,6%).³⁷ Erfolgreiche Bundesratsinitiativen haben Seltenheitswert (2,8%).³⁸ Wegen ihres Inhalts beachtenswert sind die Handvoll an inter-

35 Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich die nachfolgenden Auswertungen auf den Untersuchungszeitraum der 13. bis 19. Legislaturperiode, nur auf Parlamentsgesetzgebung und auf sämtliche Gesetze, die das StGB veränderten ($n = 148$). Auch später für verfassungswidrig erklärte Gesetze wurden berücksichtigt. Die Rohdaten, soweit nicht in Anhang A bzw. *Deutscher Bundestag*, Das Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages; enthalten, sind beim *Verf.* verfügbar, ebenso die verwendeten Auswerteskripte.

36 Hierzu oben § 4 I. 1. a) bei und mit Fn. 15.

37 Herangezogen wurde die formelle Initiative zum Gesetz, auch wenn eine strafrechtsrelevante Bestimmung erst im Verlauf des Verfahrens ergänzt wurde. Zu diesen Fällen siehe noch unten § 6 I. 2. c).

38 Dies waren das 32. StrÄndG (Anhang A I. 1.), das Gesetz zur Stärkung der Täterverantwortung (Anhang A V. 11.), das 56. StrÄndG (Anhang A VI. 31.) und das 58. StrÄndG (Anhang A VII. 9.).

fraktionellen Initiativen aus der Mitte des Bundestages³⁹ (4,7%).⁴⁰ Statistisch auffällige Unterschiede zu sonstiger Gesetzgebung zeigen sich nicht.⁴¹

b) *Öffentliche Anhörungen*

In 70,9% aller (erfolgreichen) Strafgesetzgebungsverfahren kam es im Rahmen der Ausschussberatungen zu (mindestens einer) öffentlichen Anhörung, die indes nicht notwendigerweise Strafrechtsfragen zum Gegenstand hatte. Die Rate schwankte dabei zwischen 50,0% in der 13. bis zu 90,3% in der 18. Legislaturperiode. Zu erweiterten Berichterstattergesprächen kam es ausweislich der Ausschussberichte hingegen nur in einem Fall.

Bei den 35 dezidiert strafrechtlich ausgerichteten Anhörungen des Rechtsausschusses in der 18. und 19. Legislaturperiode⁴² war die zahlenstärkste vertretene Gruppe⁴³ die Wissenschaft⁴⁴ (30,1%), knapp dahinter folgte die Strafjustiz einschließlich der organisierten Richterschaft (27,8%). Die Anwaltschaft (11,9%) und Polizei(gewerkschaften) (4,8%) spielten hingegen zahlenmäßig nur eine untergeordnete Rolle. Hinzu traten sachbezogen weitere Sachverständige (25,3%), darunter z.B. Opferverbände wie der Weiße Ring, aber auch der Chaos Computer Club, der ADAC oder Transparency International (Tabelle 6.7).

c) *Veränderung im parlamentarischen Verfahren (»Strucksches Gesetz«)*

Das dem früheren SPD-Fraktionsvorsitzenden *Peter Struck* zugeschriebene »Strucksche Gesetz« besagt, dass kein Gesetzentwurf den Bundestag so

39 Hier definiert als Initiativen, die entweder nicht von den Koalitionsfraktionen *als solche* oder auch von der Opposition stammen. Reine Oppositionsinitiativen waren im Untersuchungszeitraum nicht erfolgreich.

40 Dies waren das SFHÄndG (Anhang A I. 3.), das 33. StrÄndG (Anhang A I. 4.), das Transplantationsgesetz (Anhang A I. 7.) und das OrgKG (Anhang A I. 14.) in der 13. Legislaturperiode, das Untersuchungsausschussgesetz (Anhang A II. 5.) in der 14. Legislaturperiode, das 36. StrÄndG (§ 201a StGB; Anhang A III. 14.) in der 15. Legislaturperiode sowie § 217 StGB (Anhang A VI. 9.) in der 18. Legislaturperiode.

41 $p = .260$ nach *Fisher-Yates*.

42 Darunter zwei in demselben Gesetzgebungsverfahren.

43 Klassifizierung anhand der Angaben in den BT-Drs., ggf. ergänzt/korrigiert aufgrund eigener Erkenntnisse zu den jeweiligen Auskunftspersonen.

44 Eingedenk der Tatsache, dass diese dort nicht notwendigerweise die reine Wissenschaft vertreten, sondern auch als Interessenvertreter agieren.

Gruppe	Anteil
<i>Wissenschaftler/-innen</i>	81 (30,1%)
<i>Strafjustiz, darunter:</i>	75 (27,8%)
– StAen / Gerichte	59 (21,9%)
– Deutscher Richterbund	10 (3,7%)
– Landesjustizministerien	5 (1,9%)
– Neue Richtervereinigung	1 (0,6%)
<i>Rechtsanwaltschaft, darunter:</i>	32 (11,9%)
– DAV	20 (7,4%)
– BRAK	7 (2,6%)
<i>NGO/Opfervertretung, darunter:</i>	21 (7,8%)
– Transparency International	5 (1,9%)
– Weißer Ring	3 (1,1%)
<i>Polizei, darunter:</i>	13 (4,8%)
– Polizeibehörden	6 (4,8%)
– GdP, DPolG, BDK	4 (1,5%)
<i>Sonstige, darunter:</i>	47 (17,5%)
– djb	7 (2,6%)
– ADAC	1 (0,6%)
– CCC	1 (0,6%)
– GFF	1 (0,6%)

Tabelle 6.7: Sachverständige bei öffentlichen Anhörungen des BT-Rechtsausschusses (18. und 19. LP) in Strafgesetzgebungsverfahren

verlasse, wie er eingebracht wurde.⁴⁵ Allerdings wurde dieses »Gesetz« in 16,9% der Fälle an Strafgesetzgebung widerlegt. In 33,1% der Verfahren kam es zu anderen, d.h. nicht das Strafrecht betreffenden Änderungen im parlamentarischen Verfahren. In 7,4% der Verfahren begrenzten sich die das StGB betreffenden Modifikationen auf redaktionelle Korrekturen oder Folgeänderungen. Substanzielle StGB-relevante Modifikationen erfolgten bei 42,6% der Gesetzgebungsverfahren, wobei bemerkenswerterweise in 6,8% der Verfahren im ursprünglichen Gesetzentwurf noch keine Änderung des StGB verzeichnet war, sondern erst in den Ausschussberatungen ergänzt wurde (siehe auch Abbildung 6.4). Bezogen auf das Strafrecht zeigt sich daher das »Strucksche Gesetz« pauschalisierend gesprochen darin, dass *die Hälfte* der StGB-Änderungen den Bundestag anders verlassen als sie ihn erreichen.

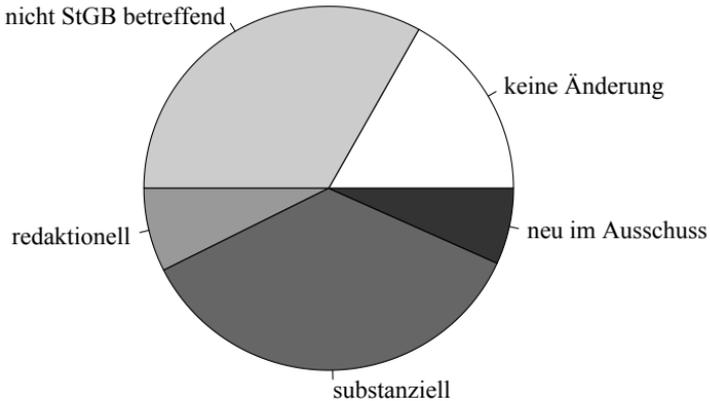


Abbildung 6.4: Veränderung im parlamentarischen Verfahren

Ergänzend ist auf zwei Verfahren (0,01%) hinzuweisen, in denen die Aufnahme der StGB-Änderung erst aufgrund des Einigungsvorschlags des Vermittlungsausschusses erfolgte:⁴⁶ die Modifikation des § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB durch das 5. Steuerbeamten-Ausbildungsänderungsgesetz⁴⁷ und die Kreation der Qualifikation des § 129 Abs. 4 Halbs. 2 StGB im Gesetz zur

45 Vgl. nur *Butzer*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 38 GG Rn. 29.

46 Hinzu tritt ein Gesetz, in dem die StGB-Änderung durch den Vermittlungsausschuss redaktionell modifiziert wurde.

47 BT-Drs. 14/9631; unten Anhang A II. 12.

Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung).⁴⁸ Im ersten Fall wurden in den Beratungen des Bundestages und in der Anrufung des Vermittlungsausschusses zwar Modifikationen des §§ 370a, 371 AO verlangt,⁴⁹ ein Bezug zur Geldwäschestrafbarekeit nach § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB nur am Rande und nur in Bezug auf die Auswirkungen auf die »Entgegennahme von Honoraren durch Steuerberater oder Rechtsanwälte« hergestellt.⁵⁰ Unter Anwendung der Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts, dass der Vermittlungsvorschlag »im Rahmen des Anrufungsbegehrens und des ihm zugrundeliegenden Gesetzgebungsverfahrens verbleib[en]« muss,⁵¹ war daher § 261 Abs. 1 Satz 3 StGB bis zur Ausweitung der Regelung im Jahr 2007⁵² formell verfassungswidrig. Im zweiten Fall war der Vermittlungsvorschlag hingegen durch die Anrufung des Bundesrates zumindest vorgezeichnet.⁵³

d) Mehrheiten im Bundestag

StGB-relevante Gesetze wurden im Bundestag in etwa der Hälfte der Fälle (allein) von der Koalition getragen,⁵⁴ ggf. mit wenigen anders abstimmenden Abgeordneten (58,2%). Bei etlichen StGB-relevanten Gesetzen erfolgte der finale Gesetzesbeschluss unter Beteiligung zumindest einiger Oppositionsfractionen (30,1%), wenn nicht (nahezu) einstimmig (8,9%). Eigenständige Mehrheiten – d.h. nicht von ganz großen Teilen der Koalition getragen – waren in 2,7% aller StGB-relevanten Gesetze zu verzeichnen.

Teilt man allerdings den Untersuchungszeitraum anhand des Inkrafttretens der Föderalismusreform 2006 in zwei Teile, so zeigt sich seitdem eine statistisch signifikante⁵⁵ geringere Beteiligung der Opposition (siehe Tabelle 6.8), was auch nicht – oder jedenfalls nicht allein – mit den Großen Koalitionen

48 BT-Drs. 15/5737; unten Anhang A III. 19.

49 BT-Drs. 14/8887, S. 2; BT-Drs. 14/9343, S. 2.

50 BT-Drs. 14/8887, S. 24; ebenso BT-Prot. 14/23384(C).

51 BVerfGE 101, 297 (Ls. 1, 307); BVerfGE 150, 345 (Ls. 1).

52 Unten Anhang A IV. 13.

53 BT-Drs. 15/5621, S. 1 f.

54 Herangezogen wurde das Ergebnis der 3. Lesung bzw. des Beschlusses über den Vermittlungsvorschlag laut Kundgabe im Bundestagsprotokoll. Nicht berücksichtigt wurde das Gesetz zur Stärkung der Täterverantwortung (Anhang A V. 11.), weil die Mehrheitsverhältnisse nicht mitgeteilt wurden, sowie das OrgKG (Anhang A I. 14.), das in der 3. Lesung von einer ganz anderen Mehrheit getragen war als der – nicht die StGB-Regelung modifizierende – Vorschlag des Vermittlungsausschusses.

55 $p < .001$ nach *Fisher-Yates*.

in der 16., 18. und 19. Legislaturperiode korreliert.⁵⁶ Dies lässt vermuten, dass die mit der Föderalismusreform 2006 eintretende Reduktion der Zustimmungserfordernisse und damit eine geringere Verhinderungsmacht des Bundesrates eine Einbindung der Opposition entbehrlich(er) machte.

Mehrheit	vor 09/2006	nach 09/2006
Koalition	12	73
Koalition und Opposition	28	16
(nahezu) einstimmig	10	3
eigenständig	3	1

Tabelle 6.8: Mehrheiten vor und nach der Föderalismusreform 2006

Unter Berücksichtigung der jeweiligen politischen Mehrheitsverhältnisse⁵⁷ zeigt sich zudem, dass mehr als zwei Drittel (69,2%) der Strafgesetzgebung – sowohl bis zur Föderalismusreform als auch danach, nicht aber in der 17. Legislaturperiode⁵⁸ – von qualifizierten parlamentarischen Mehrheiten getragen wurden, hierunter 54,1% der Beschlüsse von qualifizierten parlamentarischen Mehrheiten von $\geq 75\%$ (siehe Abbildung 6.5).

e) Zusammenführung

Bei aller gebotener Vorsicht in der Interpretation dieser quantitativen Erhebungen und Auswertungen zum Strafgesetzgebungsverfahren: Es mangelt diesem nicht an prozeduralen Elementen – seien es, auch fraktionsübergreifende, Vorgespräche vor einer förmlichen Gesetzesinitiative, seien es öffentliche Anhörungen im Bundestags-Rechtsausschuss, seien es Modifikationen des StGB-relevanten Gesetzestextes im parlamentarischen Verfahren – und damit nicht an *formeller* Diskursivität. Auch qualifizierte Mehrheitserfordernisse hätten sich im Rahmen von Strafgesetzgebung häufig überwinden lassen. Prozedurale Einschränkungen von Strafgesetzgebung erweisen sich daher auch aus quantitativer Sicht als wenig vielversprechend, um dem

56 Bei einem Vergleich zwischen vor der Föderalismusreform verabschiedeten Strafgesetzen und der Strafgesetzgebung der 17. Legislaturperiode ergeben sich ebenfalls statistisch signifikante Unterschiede, $p = .009$ nach *Fisher-Yates*.

57 Bei nicht-namentlichen Abstimmungen wurden die Mehrheitsverhältnisse nach der Fraktions- bzw. Gruppenstärke zu Beginn der Legislaturperiode bemessen; bei einer unklaren Anzahl an Zustimmung seitens einer Fraktion (Abweichler) wurden pauschale Korrekturfaktoren angesetzt.

58 Dort nur 6 der 17 Strafgesetze, d.h. 35,3%.

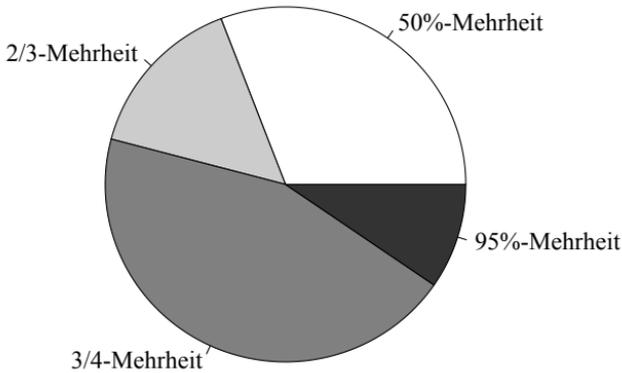


Abbildung 6.5: Erreichte Mehrheiten bei StGB-relevanter Gesetzgebung

Strafgesetzgeber zusätzliche Grenzen aufzuzeigen. Klagen über mangelnde Diskursivität aber dürften – auch das ist Teil der Interpretation dieser Zahlen – eher damit verbunden sein, dass entweder nicht die richtigen Stimmen gehört wurden, oder aber nicht die richtigen Schlüsse gezogen wurden. Das aber sind (wahrgenommene) Mängel, denen man mit rein prozeduralen Elementen ohnehin nicht begegnen könnte.

II. Qualitatives

Nunmehr sei die empirische Perspektive gelenkt hin auf einzelne, ausgewählte Strafgesetzgebungsverfahren. Dies dient dem Ziel, die zuvor herausgearbeitete Theorie der Statiken und Dynamiken des Strafrechts einerseits, des Strafgesetzgebungsverfahrens andererseits zu exemplifizieren und hierdurch auch weiter zu validieren. Das Augenmerk liegt dabei vorrangig auf den Prozessen der Strafgesetzgebung, nur nachrangig auf den konkreten Inhalten der jeweiligen Strafgesetze.

1. Europäisierte Strafgesetzgebung am Beispiel der RL 2011/36/EU und ihrer Umsetzung

Zunächst soll anhand der RL 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels,⁵⁹ deren Genese und deren Umsetzung in Deutschland das Wechselspiel zwischen nationaler und europäischer Strafgesetzgebung herausgearbeitet werden. Als Untersuchungsgegenstand erscheint diese Richtlinie *a priori* besonders geeignet, weil es sich dabei um die erste unter dem Vertrag von Lissabon erlassene materiell-strafrechtliche Richtlinie handelt und somit nicht nur im Vorfeld,⁶⁰ sondern auch im Nachgang zu dieser Richtlinie bereits umfangreiches Quellenmaterial vorliegt.

a) *Genese des Kommissionsvorschlags zur RL 2011/36/EU*

In Anbetracht der hier eingenommenen (auch) kriminalpolitikwissenschaftlichen Perspektive wäre es zu kurz, die Untersuchung mit dem formalen, am 28. März 2010 verabschiedeten Legislativvorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung von Menschenhandel [...] der Kommission⁶¹ zu beginnen. Vielmehr stellt dieser Vorschlag einen Kulminationspunkt in einem längeren Prozess dar, in dem verschiedene Handlungszyklen⁶² ineinander verwoben sind:

aa) Das Stockholmer Programm und die Verfolgung des Menschenhandels

Zunächst zur Makroebene der strategischen Leitlinien:⁶³ Im Ende 2009 beschlossenen Stockholmer Programm wurde unter Inbezugnahme des neuen primärrechtlichen Rahmens der Menschenhandel als einer von mehreren Kriminalitätsbereichen benannt, in denen eine Harmonisierungsmaßnahme ergriffen werden »sollte[...]«;⁶⁴ daneben wurde Menschenhandel als »Herausforderung[...] für die innere Sicherheit der Union« hervorgehoben.⁶⁵ Vor allem wurde im Abschnitt »Schutz vor schwerer und organisierter Krimina-

59 Siehe unten Anhang B IV. 1.

60 Zusammenfassender Überblick – Stand 2010 – bei S. Zimmermann, Menschenhandel.

61 KOM(2010) 95 endg. v. 28.03.2010.

62 Siehe oben § 5 II. 1.

63 Siehe oben § 5 II. 1. a)

64 ABIEU Nr. C 115 v. 04.05.2010, S. 1 (15, Nr. 3.3.1).

65 ABIEU Nr. C 115 v. 04.05.2010, S. 1 (17, Nr. 4.1).

lität« der Menschenhandel prominent hervorgehoben,⁶⁶ auf ein »maßnahmenorientierte[s] Papier« des Rates Bezug genommen⁶⁷ und unter anderem die »Annahme neuer Rechtsvorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels und für den Opferschutz« gefordert.⁶⁸ Dies legt auf den ersten Blick nahe, hier *den* Auslöser für den nachfolgenden Kommissionsvorschlag zu sehen. Dies wäre indes deutlich zu kurz gegriffen, weil die entscheidenden Vorarbeiten zu diesem Zeitpunkt bereits getan waren und das Stockholmer Programm somit eine politische (Vor-)Bindung bewirkte, die bestehenden Bestrebungen (jedenfalls im Rat⁶⁹) aufgreifen zu wollen.

bb) Die weitgehend folgenlose formelle Evaluation des RB 2002/629/JI

Die strafrechtliche Verfolgung des Menschenhandels stand nämlich bereits weit im Vorfeld der RL 2011/36/EU im Zentrum des europäischen Strafrechts, insbesondere in Gestalt der Gemeinsamen Maßnahme 97/154/JI⁷⁰ und nachfolgend des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI.⁷¹ Dieser erlegte in Art. 10 Abs. 2 RB 2002/629/JI der Europäischen Kommission die Pflicht auf, »eine[n] schriftlichen Bericht[...]« vorzulegen, »inwieweit die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen getroffen haben, um diesem Rahmenbeschluss nachzukommen.« Hierzu wartete sie indes nicht den Abschluss eines durch die Kommission (mit-)finanzierten Forschungsprojekts zur Evaluierung genau dieses Rahmenbeschlusses ab.⁷² Vielmehr legte die Kommission diesen Bericht bereits am 2. Mai 2006 vor,⁷³ indes prominent

66 Zu diesem Zusammenhang siehe auch eine von UNODC in Auftrag gegebene Studie, *Vermeulen/van Damme/De Bondt*, Organised crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants.

67 Ratsdok. 11450/5/09 REV 5. Dieses verwies – im November 2009 – auf die »Vorlage eines zweiten, überarbeiteten Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels, der Bestimmungen über die Angleichung der strafrechtlichen Vorschriften [...] beinhalten wird« (S. 9).

68 ABIEU Nr. C 115 v. 04.05.2010, S. 1 (21 f., Nr. 4.4.2).

69 Zur fehlenden Bindungswirkung gegenüber jedenfalls dem Parlament siehe oben § 5 II. 1. a).

70 Siehe unten Anhang B I. 3.

71 Siehe unten Anhang B II. 6. sowie *Krieg*, Multilevel Regulation against Trafficking in Human Beings, S. 144 ff.

72 Dieses Projekt hatte eine Laufzeit von 2006 bis 2007; die Projektergebnisse wurden im Jahr 2009 veröffentlicht, vgl. *Weyembergh/Santamaria*, The evaluation of European criminal law, S. 7.

73 KOM(2006) 187 endg. v. 02.05.2006, »Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament auf der Grundlage von Artikel 10 des Rahmenbeschlusses

versehen mit zwei Warnhinweisen zu seiner Aussagekraft: Diese »bestimme[...] sich [...] weitgehend nach der Qualität und pünktlichen Übermittlung der Informationen der Mitgliedstaaten an die Kommission«;⁷⁴ zudem »garantier[e] allein das« – ausschließlich bewertete – »Vorhandensein von Rechtsvorschriften noch nicht deren vollständige Umsetzung; entscheidend ist, bis zu welchem Grad und in welchem Geiste einzelstaatliche Gerichte bzw. Verwaltungen die Vorschriften durchsetzen. Die mitgeteilten Angaben enthalten vielfach nicht die Informationen, die die Kommission benötigt, um dies bewerten zu können.«⁷⁵ Als Bewertungskriterium zog die Kommission zwar – neben rechtsklarer und -sicherer Umsetzung innerhalb der vorgesehenen Frist – das »wirkungsvolle Funktionieren« heran, stützte sich aber damals (nahezu) ausschließlich auf den Wortlaut der Strafvorschriften in den Mitgliedstaaten.⁷⁶ Im Lichte dieser methodischen Grenzen und insbesondere des schematisch-oberflächlichen, auf den Wortlaut der Strafbestimmungen fokussierten Vergleichs⁷⁷ ist die Schlussfolgerung der Kommission zu lesen, »dass die Mitgliedstaaten den Anforderungen aus dem Rahmenbeschluss des Rates offenbar weitgehend nach[ge]kommen« seien.⁷⁸ Zugleich aber wies die Kommission darauf hin, dass sie im Bereich des Opferschutzes – auch wegen eines Aktionsplans des Rates⁷⁹ – »die Rechtsvorschriften betreffend schutzbedürftige Opfer, die in Strafverfahren auftreten, weiterentwickeln« wolle.⁸⁰ Zusammenfassend ist daher der Evaluation selbst kaum Ergänzungs- oder Korrekturbedarf des europäischen materiellen Strafrechts im Bereich des Menschenhandels zu entnehmen;⁸¹ diese fungierte daher nicht als Auslöser für eine Revision des Rahmenbeschlusses.⁸² Dies dürfte im Wesentlichen auf den begrenzten Auftrag an die Kommission in Art. 10 Abs. 2

des Rates vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels«, sowie das begleitende Arbeitsdokument SEC(2006) 525 v. 02.05.2006.

74 KOM(2006) 187 endg. v. 02.05.2006, S. 3.

75 KOM(2006) 187 endg. v. 02.05.2006, S. 6.

76 KOM(2006) 187 endg. v. 02.05.2006, S. 4 ff.

77 Vgl. exemplarisch SEC(2006) 525 v. 02.05.2006, S. 20: »In Germany the prosecution of trafficking offences does not depend upon the intervention of the victim (Article 132 Criminal Procedure Code). As regards protection and assistance for victims, Germany referred to Arts; 68 b 255 a; 395 397a 406 d 406 j 406 h« (*sic!*).

78 KOM(2006) 187 endg. v. 02.05.2006, S. 9.

79 Siehe nachfolgend § 6 II. 1. a) cc).

80 KOM(2006) 187 endg. v. 02.05.2006, S. 9.

81 Allenfalls in Bezug auf die strafschärfende Berücksichtigung, wenn Kinder Verletzte sind, KOM(2006) 187 endg. v. 02.05.2006, S. 7.

82 Auch in Bezug auf Vorschriften des Opferschutzes wäre nicht auf diese Evaluation, sondern vielmehr auf den dort referenzierten Aktionsplan des Rates zu verweisen. Siehe auch *Lindner*, Menschenhandel, S. 146, dem zufolge sich »[d]ie Kritik am

RB 2002/629/JI zurückzuführen sein, zudem auf weitere, bereits parallel im Gange befindliche Handlungszyklen. Denn bereits im »Haager Programm« hatte der Europäische Rat den Rat und die Kommission ersucht, »im Jahr 2005 einen Plan auszuarbeiten, damit gemeinsame Normen, vorbildliche Verfahrensweisen und Mechanismen zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels entwickelt werden können.«⁸³

- cc) Der EU-Plan über bewährte Vorgehensweisen, Normen und Verfahren zur Bekämpfung und Verhütung des Menschenhandels und seine Evaluierung

Ein solcher Aktionsplan ist auf einer mittleren Abstraktionsebene zwischen den fünfjährigen strategischen Leitlinien und einzelnen (Legislativ-)Maßnahmen zu verorten. Mittels eines solchen Aktionsplans können politische Themen auf der Agenda gehalten werden, für deren konkrete Verwirklichung es aktuell an Mehrheiten oder auch nur an Ressourcen fehlt. Es handelt sich zudem um ein öffentlichkeitswirksames Instrument, das politisches Tätigwerden vermittelt, ohne tatsächlich unmittelbar eine Veränderung der Rechtsordnung zu bewirken oder diese auch nur unmittelbar anzustreben. Daher kann es sowohl Ambiguitäten enthalten als auch »auf die Zukunft gezogene Wechsel«, zumal die an der Aushandlung beteiligten Akteure unterschiedliche Prognosen anstellen können, ob die Vorhaben des Plans tatsächlich realisiert werden. Eine rechtliche Bindungswirkung entfalten solche Programme nicht.⁸⁴ Dass sie dennoch kriminalpolitisch nicht unterschätzt werden dürfen, zeigt sich am Beispiel des Menschenhandels eindrücklich:

Der zuvor geschilderten Aufforderung des Europäischen Rates folgte zunächst die Kommission, beraten durch ein »bekämpfungsnahes« Expertengremium,⁸⁵ indem sie im Oktober 2005 Vorschläge für einen Aktionsplan vorlegte, der materiell-strafrechtlich indes allenfalls in Bezug auf den

Rahmenbeschluss [...] nicht gegen die getroffenen, sondern gerade gegen die nicht getroffenen Regelungen« richtete.

83 ABIEU Nr. C 53 v. 03.03.2005, S. 1 (7 unter 1.7.1).

84 Siehe oben § 5 II. 1. b).

85 Beschluss der Kommission vom 25. März 2003 zur Einrichtung einer Beratenden Gruppe mit der Bezeichnung »Sachverständigengruppe Menschenhandel«, ABIEU Nr. L 79 v. 26.03.2003, S. 25. Voraussetzung für die Mitgliedschaft war »Erfahrung im Bereich der Bekämpfung des Menschenhandels« auf Behördenseite oder in Nichtregierungsorganisationen (Art. 3 des Beschlusses); zur Besetzung ABIEU Nr. C 205 v. 30.08.2003, S. 3. Aus Deutschland waren *Bärbel Heide Uhl* und *Martina Liebsch* vertreten.

Bereich des Kinderhandels und der Kinderprostitution eine weitergehende Strafrechtsharmonisierung erwog⁸⁶ und sich im Übrigen u.a. auf Fragen der Strafverfolgung fokussierte. Auch im Rat begannen die – parallelen – Diskussionen zunächst noch ohne materiell-strafrechtliche Elemente;⁸⁷ nachfolgende Ergänzungen waren wenig konkret und betrafen lediglich den »Kinderhandel« und die Vermögensabschöpfung⁸⁸ sowie die an die Mitgliedstaaten gerichtete Aufforderung, das Europarats-Übereinkommen über Menschenhandel⁸⁹ prioritär zu ratifizieren.⁹⁰ Wesentlicher Bestandteil des Plans war aber das Ziel, eine »[b]essere Kenntnis des Ausmaßes und der Charakteristika des Menschenhandels (einschließlich Verbindungen zu anderen Formen der Kriminalität), von dem die EU betroffen ist, im Hinblick auf gezieltere Gegenmaßnahmen der EU« zu erlangen.⁹¹ Mit der Verabschiedung des EU-Plans am 1. und 2. Dezember 2005⁹² war damit die Frage eines weiteren materiell-strafrechtlichen Rechtsakts auf den ersten Blick zwar nicht aktuell. Es war aber zugleich sichergestellt, dass die Bekämpfung des Menschenhandels auf politischer Ebene virulent blieb und der Rat sich politisch selbst gebunden hatte, auf neue Erkenntnisse – die er zielgerichtet einforderte – mit »gezieltere[n] Gegenmaßnahmen der EU« zu reagieren.

Diesen Aktionsplan griff zunächst die österreichische Ratspräsidentschaft Anfang 2006 auf und verhandelte Schlussfolgerungen des Rates, in denen indes materiell-strafrechtlich lediglich auf den bestehenden Rahmenbeschluss verwiesen wurde.⁹³ Ähnliches gilt für den Entwurf von Schlussfolgerungen des Rates,⁹⁴ welche die portugiesische Ratspräsidentschaft in der zweiten

86 KOM(2005) 514 endg. v. 18.10.2005, S. 9: »2006 wird die Kommission die Umsetzung der Rahmenbeschlüsse des Rates zur Bekämpfung des Menschenhandels und zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie evaluieren und in ihren Evaluierungsberichten besonders hervorheben, dass der spezielle Rechtsrahmen für die Bekämpfung des Kinderhandels und damit zusammenhängende Straftaten, insbesondere die Nötigung von Kindern zur Prostitution oder die Vornahme sexueller Handlungen mit Kinderprostituierten, erweitert werden muss, und gegebenenfalls entsprechende Vorschläge unterbreiten.«

87 Ratsdok. 12402/05 v. 19.09.2005.

88 Erstmals in Ratsdok. 12402/1/05 REV 1 v. 26.10.2005, S. 16.

89 ETS Nr. 197.

90 Erstmals in Ratsdok. 12402/2/05 REV 2 v. 09.11.2005, S. 11.

91 Bereits enthalten in Ratsdok. 12402/05 v. 19.09.2005; Formulierung nach dem verabschiedeten Aktionsplan, Ziel 2. Siehe ergänzend auch die Priorisierung entsprechender Forschungsprogramme (1.1.b.).

92 ABIEU Nr. C 311 v. 09.12.2005, S. 1. Knapper Überblick auch bei *S. Zimmermann*, Menschenhandel, S. 51.

93 Ratsdok. 8885/06.

94 Ratsdok. 14011/07, S. 2 ff.

Jahreshälfte 2007 zusammen mit der »Deklaration von Porto«⁹⁵ vorlegte. In der verabschiedeten Fassung wurde die Kommission aufgefordert, einen Bericht über die Evaluation und Überwachung des EU-Plans vorzulegen⁹⁶ – ein klares Beispiel für ein Wechselspiel zwischen den europäischen Institutionen.

Dieser Aufforderung kam die Kommission im Folgejahr nach und stützte sich dabei wesentlich auf von den Mitgliedstaaten (d.h. deren Regierungen) beantworteten Fragebögen,⁹⁷ daneben konsultierte die Kommission »[a]uch andere Stellen, die für die Umsetzung einiger im Aktionsplan vorgesehener Maßnahmen verantwortlich sind«⁹⁸ – eine Perpetuierung der (politischen) Vorauswahl der Akteure im Aktionsplan, zu der etwa die Strafverteidigung nicht gehörte. In Kontrastierung der von den Mitgliedstaaten berichteten Fallzahlen mit einer Schätzung der Internationalen Organisation für Migration (IOM) schloss die Kommission, »dass der Menschenhandel sowohl zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung als auch zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeitskraft immer noch ein Verbrechen mit geringem Risiko ist.«⁹⁹ Auch bemängelte sie, dass einige Mitgliedstaaten nur von wenigen Fällen des Opferschutzes und von Entschädigungszahlungen für Opfer berichtet hatten.¹⁰⁰ Wenngleich die Kommission vor allem ein Defizit in der Rechtsanwendung feststellte, schloss sie aus den von den Mitgliedstaaten gelieferten Fallzahlen, »dass in Ländern mit einer signifikanten Zahl unterstützter Opfer die Zahl strafrechtlicher Verfahren ebenfalls höher liegt«, und stützte hierauf ihre Erwägung, den Rahmenbeschluss zu überarbeiten, »auch um wirksamere Regelungen zur Unterstützung der Opfer zu gewährleisten.«¹⁰¹

dd) Kommissionsvorschlag für einen überarbeiteten Rahmenbeschluss

Kein halbes Jahr später unterbreitete die Europäische Kommission einen Vorschlag für einen (neuen) Rahmenbeschluss.¹⁰² Ergänzend zum vorgenannten

95 Abgedruckt in Ratsdok. 14011/07, S. 30 ff.

96 Ratsdok. 14186/2/07 REV 2, S. 5.

97 Zu diesen siehe noch SEC(2009) 358 v. 25.03.2009, S. 55 ff.; hierzu sogleich § 6 II. 1. a) dd).

98 KOM(2008) 657 endg. v. 17.10.2008, S. 2.

99 KOM(2008) 657 endg. v. 17.10.2008, S. 3.

100 KOM(2008) 657 endg. v. 17.10.2008, S. 3 f.

101 KOM(2008) 657 endg. v. 17.10.2008, S. 5.

102 KOM(2009) 136 endg. v. 25.03.2009; hierzu *Krieg*, Multilevel Regulation against Trafficking in Human Beings, S. 172 f.; *Lindner*, Menschenhandel, S. 147 ff.

Bericht verwies sie zudem auf eine Folgenabschätzung,¹⁰³ Treffen der vorgenannten Sachverständigengruppe¹⁰⁴ und auf ein »Konsultationstreffen mit Sachverständigen unterschiedlicher Provenienz, einschließlich Vertretern der Regierungen, von Strafverfolgungsbehörden, Nichtregierungsorganisationen, internationalen Organisationen und Hochschulen«.¹⁰⁵ Im Widerspruch zu ihrem eigenen Evaluationsbericht wird auf eine unzureichende Umsetzung des bestehenden Rechtsrahmens verwiesen,¹⁰⁶ wobei unklar verbleibt, inwiefern sich dies durch einen neuen Rahmenbeschluss auf europäischer Ebene ändern sollte. Zudem wurde eine unzureichende Strafverfolgung angesichts der vermuteten tatsächlichen Fallzahlen moniert.¹⁰⁷ Pauschal folgte der Hinweis darauf, dass »Interessenträger und Mitgliedstaaten dazu neigten,« die Auffassung einer von der Kommission in Auftrag gegeben und (mit-)finanzierten wissenschaftlichen Studie zum Rahmenbeschluss¹⁰⁸ »zu teilen, dass dieser reformbedürftig sei, insbesondere in Bezug auf Unterstützung für Opfer¹⁰⁹ und um mehr Strafverfolgung zu bewirken.«¹¹⁰ Materiellstrafrechtlich bestehe, so die Kommission, hingegen kein klares Bild zur Frage, inwieweit die wissentliche Inanspruchnahme von unter Zwang erbrachten sexuellen Dienstleistungen unter Strafe zu stellen sei.¹¹¹ Allerdings

103 Allgemein hierzu siehe oben § 5 II. 1. c) bb).

104 Siehe oben bei und mit Fn. 85.

105 KOM(2009) 136 endg. v. 25.03.2009, S. 3 f. In gewissem Widerspruch hierzu statuierte die Kommission aber auf S. 4, dass »[e]xternes Expertenwissen [...] nicht erforderlich« gewesen sei.

106 SEC(2009) 359 v. 25.03.2009, S. 3: »This current framework, however, is considered by stakeholders to suffer from insufficient or erratic implementation in Member States«.

107 SEC(2009) 359 v. 25.03.2009, S. 4 sowie SEC(2009) 358 v. 25.03.2009, S. 11; siehe zudem bereits zuvor KOM(2008) 657 endg. v. 17.10.2008, S. 3.

108 *Weyembergh/Santamaria*, The evaluation of European criminal law, S. 7.

109 Bemerkenswert hierzu die Formulierung in KOM(2009) 136 endg. v. 25.03.2009, S. 4: »Negativ auswirken könnte sich eine Stärkung der Rolle des Opfers im Strafverfahren, wenn dadurch die Verfahrensrechte des Beklagten in Mitleidenschaft gezogen würden, insbesondere das Recht auf ein unparteiisches Gericht (Artikel 47 der EU-Charta) und die Verteidigungsrechte (Artikel 48 der EU-Charta). Allerdings hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eindeutige Grundsätze festgelegt, um sowohl den Rechten des Beklagten als auch denen des Opfers gerecht zu werden. Die uneingeschränkte Vereinbarkeit mit den Verteidigungsrechten gewährleistet ein sorgfältig ausgearbeiteter Rechtstext, der die Grundlage für eine ordnungsgemäße Umsetzung durch die Mitgliedstaaten darstellt.«

110 SEC(2009) 358, S. 18: »Stakeholders and MS tend to echo the remarks of [...] a study by the ECLAN on the FD that FD needs to be revised, in particular to improve victim support mechanisms and to promote more prosecutions.«

111 SEC(2009) 358 v. 25.03.2009, S. 18.

seien von den »Stakeholder(n)« vier Schwachstellen des Rahmenbeschlusses benannt worden: Dieser erfasse nicht Menschenhandel zum Zweck der Organentnahme oder anderer Formen der Ausbeutung, es fehle an einer Mindesthöchststrafe bereits für den Grundtatbestand, es sei nicht sichergestellt, dass Verletzte unbestraft blieben, und die extraterritoriale Anwendung des Strafrechts sei Ausnahmen zugänglich.¹¹² Daraus schließt die Kommission auf eine unzureichende Harmonisierung der materiell-strafrechtlichen Bestimmungen und begründet damit die Notwendigkeit, auch insoweit den RB 2002/629/JI zu reformieren.¹¹³

Bezeichnend an alledem ist erstens, dass die Kommission die unzureichende Harmonisierung nicht mittels einer vertieften funktional-rechtsvergleichenden Studie belegte. Insbesondere war dies auch nicht Gegenstand der vorgenannten, von der Kommission (mit-)finanzierten Studie. Zweitens hatte diese Studie, die in der Folgenabschätzung in anderthalb Sätzen zusammengefasst worden war¹¹⁴ und als Begründung für die Reformbedürftigkeit (auch) des materiell-strafrechtlichen Teils des Rahmenbeschlusses herangezogen wurde, die materiell-strafrechtliche Angleichung im Allgemeinen positiv bewertet,¹¹⁵ insbesondere Bedenken gegenüber den punitiven Auswirkungen von Mindesthöchststrafen geäußert¹¹⁶ und eine Reform nicht selbständig gefordert, sondern nur die Ankündigung der Kommission, dass der Rahmenbeschluss reformiert werden solle, aufgegriffen.¹¹⁷ Dies belegt eindrücklich den instrumentellen Charakter, den Rechtsvergleichung und Wissenschaft – zumindest teils – im Kontext politischer Initiativen der Kommission innehaben.¹¹⁸ Drittens stützte sich die Kommission maßgeblich auf

112 SEC(2009) 358 v. 25.03.2009, S. 12.

113 SEC(2009) 358 v. 25.03.2009, S. 13.

114 Neben dem Fragment oben in Fn. 110 findet sich noch folgender Hinweis in SEC(2009) 358 v. 25.03.2009, S. 18, Fn. 55: »The study also highlights that generally speaking the assistance and protection mechanism is remains (*sic!*) insufficient, that Italian law contains more favourable provisions, and that some countries such as FI, BE, LT, GR and LU are making an effort to develop a global approach to trafficking, more focussed on victims.«

115 *Weyembergh/Santamaria*, in: Weyembergh/Santamaria (Hrsg.), *The evaluation of European criminal law*, S. 379 (382 ff., 92 f.).

116 *Weyembergh/Santamaria*, in: Weyembergh/Santamaria (Hrsg.), *The evaluation of European criminal law*, S. 379 (394).

117 *Weyembergh/Santamaria*, in: Weyembergh/Santamaria (Hrsg.), *The evaluation of European criminal law*, S. 379 (395).

118 Siehe hierzu *J. Vogel*, in: S. Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, S. 205 (207 ff.) sowie bereits oben § 5 II. 1. c) bb).

pauschale Antworten der Mitgliedstaaten zu Fallzahlen¹¹⁹ und zur innerstaatlichen Rechtslage, in der etwa die Möglichkeit der Strafverfolgung gegen Verletzte und damit komplexe Fragen des Nötigungsnotstands einerseits, prozessualer Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung andererseits auf eine binäre Frage »Ja/Nein« reduziert worden waren.¹²⁰

ee) Erste Beratungen im Rat und seinen Gremien

Im Rat und seinen Gremien wurden zwar rasch Verhandlungen aufgenommen,¹²¹ diese führten jedoch nicht bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zu einem Beschluss, sodass der Kommissionsvorschlag bereits deswegen hinfällig wurde. Dennoch führten diese Verhandlungen zu einem Entwurfstext, »der den derzeit herrschenden gemeinsamen Auffassungen des Rates entspricht«¹²² und der daher nachfolgend von der Kommission – zumindest teilweise – rezipiert wurde.¹²³

Ausweislich der Ratsdokumente stand die Legislativmaßnahme als solche und auch die Einführung einer generellen Mindesthöchststrafe nicht in Frage; die bloß fakultative Inkriminierung der wissentlichen Inanspruchnahme von unter Zwang erbrachten sexuellen Dienstleistungen erwies sich als tragfähiger Kompromiss.¹²⁴ Hinsichtlich der Reichweite der Pönalisierungspflicht plädierten einige Delegationen zwar für größere Kohärenz, auch zum Europarats-Übereinkommen, und stritten für größere Bestimmtheit;¹²⁵ durchsetzen konnte sich aber nur die Klarstellung, dass nur Vorsatztaten gemeint sind, und eine Einschränkung der Begriffsdefinition der Ausbeutung

119 So ist für Deutschland angegeben, dass im Jahr ca. 15.000 Verletzte eine Entschädigung (»compensation«) erhalten hatten (S. 65, Nr. 18), obschon für dasselbe Jahr nur 377 Strafverfahren gemeldet worden waren (S. 55, Nr. 1 sowie S. 59, Nr. 5).

120 SEC(2009) 358 v. 25.03.2009, S. 64, Nr. 11: »Countries in which victims are protected from criminal prosecution or sanctions for offences they were forced to commit in relation to their situation as victims of trafficking«. Deutschland antwortete mit Ja; Belgien mit Nein, wies aber auf allgemeine Regeln und Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung hin (»Not directly. However general clauses apply. In addition the prosecution can terminate the case«, Fn. 120).

121 Das Europäische Parlament wurde zwar im April 2009 zu einer Stellungnahme aufgefordert (vgl. Ratsdok. 14317/09, S. 2), infolge der Neuwahl und Neukonstituierung wurde indes erst im September 2009 eine Berichterstatterin benannt, die keinen Berichtsentwurf mehr zu diesem Vorschlag eines Rahmenbeschlusses vorlegte.

122 Vgl. Ratsdok. 16772/09, S. 1 f.

123 Siehe hierzu noch sogleich § 6 II. 1. b) aa).

124 Vgl. Ratsdok. 10728/09, S. 33 mit Fn. 2; Ratsdok. 11587/09, S. 4.

125 Ratsdok. 10728/09, S. 8 in Fn. 1.

auf strafbare (und nicht jegliche rechtswidrige) Handlungen.¹²⁶ Hinsichtlich Mindesthöchststrafen suchten manche Delegationen zwar nach einer potentiellen Intensivierung durch Aufnahme weiterer Erschwerungsgründe, andere aber betonten die Kohärenz zum nationalen Recht (und damit – auch – eine Reduktion des Umsetzungsbedarfs¹²⁷) und auch zu 2002 verabschiedeten Schlussfolgerungen des Rates über einen Ansatz zur Angleichung der Strafen^{128, 129}. Im Hinblick auf die Bestimmung, der zufolge »[k]eine Verhängung von Sanktionen gegen Opfer« erfolgen solle (Art. 6 RB-E), ist unverkennbar, dass etliche Mitgliedstaaten den jeweiligen Umsetzungsbedarf zu reduzieren suchten, sei es durch Aufnahme eines Vorbehalts, dass dies im »Einklang mit den Grundsätzen seines Rechtssystems« geschehen müsse, sei es durch Begrenzung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift, sei es durch Fokussierung auf die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion, sei es durch bloßen Verweis auf die Strafzumessung.¹³⁰

Hinzuweisen ist auf den sichtlich allgemeinen Konsens zur Zielrichtung und Konstruktion des Entwurfes, der als solcher – ausweislich der Ratsdokumente – nicht angegriffen wurde. Auch richtete sich der Fokus in den Ratsarbeitsgruppen zugleich auf den operativen Teil des vorgeschlagenen Rechtsakts, d.h. auf die einzelnen Artikel (und hier auf die englische Arbeitsfassung¹³¹), während die Erwägungsgründe erst nachfolgend diskutiert wurden. Vor allem ist bemerkenswert, welches Augenmerk auf die Vermeidung von Umsetzungsschwierigkeiten und auf eine Reduktion des Umsetzungsbedarfs gelegt wurde. Als Argumentationsmuster sind vor allem Kohärenzargumente anzutreffen, zum Teil auch strafverfassungsrechtliche Prinzipien wie Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit, erstaunlich selten aber empirische oder genuin kriminalpolitische Argumente.

126 Vgl. Art. 1 RB-E i.d.F. Ratsdok. 16772/09, S. 9 f.; nachfolgend Ratsdok. 12332/1/09 REV 1, S. 6 f.; Ratsdok. 12963/09, S. 7 f.

127 Offensichtlich in Ratsdok. 10728/09, S. 10 Fn. 2: »thus give rise to unnecessary problems in implementing the provision«.

128 Ratsdok. 9141/02.

129 Ratsdok. 10728/09, S. 10 ff.; nachfolgend Ratsdok. 12332/1/09 REV 1, S. 8.; Ratsdok. 12963/09, S. 9 f.; Ratsdok. 13568/09, S. 11; Ratsdok. 14317/09, S. 13 f.; Ratsdok. 14602/09, S. 11 f.

130 Ratsdok. 10728/09, S. 15 f.; nachfolgend Ratsdok. 11745/09, S. 2; Ratsdok. 12963/09, S. 11.

131 Vgl. Ratsdok. 10728/09 S. 7 Fn. 1; etliche der zitierten Ratsdokumente liegen zudem nur auf Englisch vor.

b) *Der formale Gesetzgebungsprozess zur RL 2011/36/EU*

aa) Kommissionsvorschlag KOM(2010) 95 endg.

Der formale Gesetzgebungsprozess zur späteren RL 2011/36/EU wurde eingeleitet mit einem Kommissionsvorschlag vom 29. März 2010,¹³² der sich in Struktur und Inhalt in weiten Teilen am vorangegangenen Vorschlag eines (zweiten) Rahmenbeschlusses orientierte,¹³³ aber nun auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützt und demzufolge auf den Erlass einer Richtlinie gerichtet war. Die Bestimmungen über die Pönalisierungspflicht (Art. 2 RL-E) und über die Nichtbestrafung von Verletzten (Art. 7 RL-E) entsprachen dabei in der – für die Verhandlung maßgeblichen¹³⁴ – englischen Fassung dem zuvor im Rat erzielten Konsens,¹³⁵ die Bestimmung über Mindesthöchststrafen in weiten Teilen.¹³⁶ Besonders bemerkenswert ist die Aufnahme einer Berichtspflicht (Art. 19 Abs. 2 Satz 2 RL-E) über die Nutzung der Möglichkeit, die wissentliche Inanspruchnahme von unter Zwang erbrachten sexuellen Dienstleistungen zu kriminalisieren: Hiermit war nicht nur den Mitgliedstaaten eine verschärfte Auseinandersetzung mit dieser Option auferlegt, sondern auch ein »Wechsel auf die Zukunft« gezogen, im Zuge der nachfolgenden Evaluation der Richtlinie an dieser Stelle ggf. nachschärfen zu können.

bb) Allgemeine Ausrichtung des Rates

In den Verhandlungen des Rates wurde zwar die Strafschärfung für Amtsträger¹³⁷ und der vorgenannte »Wechsel auf die Zukunft« wieder gestrichen,¹³⁸ indem die Mitteilungspflichten und die Überprüfung durch die Kommission abgeschwächt wurden. Im Übrigen konnte auf dieser Grundlage binnen drei Monaten eine allgemeine Ausrichtung erzielt werden.¹³⁹

132 KOM(2010) 95 endg v. 29.03.2010.

133 Zu diesem siehe soeben § 6 II. 1. a) dd).

134 Siehe soeben § 6 II. 1. a) ee).

135 Die einzigen Abweichungen betrafen Aktualisierungen der Verweisung und dass in Art. 2 Abs. 6 RL-E von »Richtlinie« anstelle von »Rahmenbeschluss« die Rede war.

136 Die Kommission favorisierte eine starre Mindesthöchststrafe statt der vom Rat erwogenen Spanne; außerdem hielt sie am Erschwerungsgrund der Begehung durch Amtsträger fest, worauf sich die Mitgliedstaaten zuvor nicht hatten einigen können.

137 Vgl. Ratsdok. 8802/10, S. 15; siehe auch *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (382).

138 Vgl. Ratsdok. 9667/20.

139 Vgl. Ratsdok. 10330/10; Ratsdok. 10845/10; siehe auch *Brodowski*, ZIS 2010, 749 (753).

cc) Positionierung des Parlaments

Im Juni und Juli 2010 erfolgte eine Positionierung des Parlaments über einen Berichtsentwurf des LIBE-Ausschusses und des Ausschusses für die Rechte der Frau und die Gleichstellung der Geschlechter¹⁴⁰ mitsamt insgesamt 227 Änderungsanträgen zum Richtlinienvorschlag der Kommission.¹⁴¹ Der mit einer zweieinhalbseitigen allgemeinen Begründung versehene Berichtsentwurf selbst forderte die Inkriminierung der »wissentliche[n] Inanspruchnahme von Diensten von Opfern des Menschenhandels«,¹⁴² zudem forderten dessen Änderungsanträge u.a. eine Anhebung der Mindesthöchststrafe (Nr. 20 und 21) und eine weiterreichende materiell-strafrechtliche Privilegierung der Verletzten (Nr. 27). Weitere Änderungsanträge anderer Abgeordneter sprachen sich teils für weitergehende Expansion und Intensivierung des Strafrechts aus (etwa Nr. 121 und 130), oder aber verwahrten sich gegen Mindesthöchststrafen überhaupt (Nr. 125). Das ganze Spektrum (Streichung der Vorschrift bis Inkriminierung unabhängig von einer Kenntnis der Zwangslage) bildeten die Änderungsanträge zur Inkriminierung der Inanspruchnahme von Diensten von Opfern ab (Nr. 207 ff.).

dd) Trilog und Verabschiedung

Im Trilog wurde infolge dieser stark divergierenden Positionen daher der »Wechsel auf die Zukunft« gezogen und verschärft: Der Kommission wurde mit Art. 23 Abs. 2 RL 2011/36/EU eine spezifische Berichtspflicht auferlegt, »wie sich die bestehenden nationalen Rechtsvorschriften, mit denen die Inanspruchnahme von Diensten, die Gegenstand einer Ausbeutung durch Menschenhandel sind, unter Strafe gestellt wird, auf die Verhütung des Menschenhandels auswirken,« und verpflichtet, »erforderlichenfalls geeignete Vorschläge« zu unterbreiten. In materiell-strafrechtlicher Hinsicht wurde im Übrigen auf Wunsch des Europäischen Parlaments eine Bestimmung zur Vermögensabschöpfung aufgenommen (Art. 7 RL 2011/36/EU) und die Straffreistellung für Verletzte ausgeweitet (Art. 8 RL 2011/36/EU).¹⁴³ Sonst wurden im Wesentlichen die Formulierungen und Regelungsinhalte

140 PE442.887v01-00 v. 28.06.2010.

141 PE445.701v01-00 v. 27.07.2010.

142 PE442.887v01-00 v. 28.06.2010, S. 43; ferner Änderungsantrag Nr. 45 mit Begründung: »Das unter Strafe Stellen von Dienstleistungen, die von Menschen »angeboten« werden, die Opfer von Menschenhandel sind, können (*sic!*) erhebliche präventive Auswirkungen auf den Menschenhandel haben«.

143 Zutr. *Lindner*, Menschenhandel, S. 153.

der allgemeinen Ausrichtung des Rates übernommen (Art. 2 bis Art. 6 RL 2011/36/EU).¹⁴⁴ Im November 2009 wurde die formale Beschlussfassung im Europäischen Parlament initiiert;¹⁴⁵ nach einstimmiger Annahme des Trilogergebnisses in den Ausschüssen¹⁴⁶ beschloss das Europäische Parlament die Richtlinie mit 643 zu 10 Stimmen bei 14 Enthaltungen, nachfolgend der Rat einstimmig – bei Nichtbeteiligung Dänemarks und des Vereinigten Königreichs – in erster Lesung.¹⁴⁷ Mit Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union¹⁴⁸ trat die RL 2011/36/EU in Kraft (Art. 24) und war bis zum 6. April 2013 umzusetzen (Art. 22 Abs. 1 RL 2011/36/EU).

c) *Erste Versuche einer Umsetzung in Deutschland*

aa) *Unechter Regierungsentwurf (BT-Drs. 17/13706)*

Zur Umsetzung der Richtlinie legte das BMJ am 24. Oktober 2012 einen RefE vor, der sich weitgehend auf deren Vorgaben fokussierte, aber in begrenztem Umfang auch Änderungen vorsah, die »aus systematischen Gründen« oder »zur Klarstellung sinnvoll und ratsam« erschienen.¹⁴⁹ In den strafrechtlichen Aspekten unverändert, aber um eine Änderung der GewO erweitert reichten erst am 4. Juni 2013 – und damit nach Ablauf der Umsetzungsfrist – die Koalitionsfraktionen diesen minimalinvasiven Gesetzentwurf im Bundestag ein,¹⁵⁰ der indes in seiner Begründung eine Prüfung einer umfassenden Reform der §§ 232 ff. StGB für die nächste Wahlperiode anregte.¹⁵¹ Zwei Tage später folgte eine schon stark vom bevorstehenden Bundestagswahlkampf geprägte erste Lesung. Im Anschluss hieran wurde dieser Entwurf an den Rechtsausschuss verwiesen,¹⁵² der gut zwei Wochen später eine öffentliche

144 Vgl. Ratsdok. 16945/10; Ratsdok. 17201/10. Zu den Erwägungsgründen *Lindner*, Menschenhandel, S. 154 ff.

145 Zur Ankündigung des Rates, dem Trilogergebnis zuzustimmen, vgl. Ratsdok. 17201/10, S. 2; konsolidierter Änderungsantrag Nr. 228 in den Parlamentsausschüssen, PE454.385v01-00 v. 24.11.2010.

146 Vgl. A7-0348/2010 = PE442.887v02-00 v. 02.12.2010.

147 Vgl. Ratsdok. 17751/10; nachfolgend PE-CONS 69/2/10 REV 2 sowie Ratsdok. 7562/1/11 REV 1; Ratsdok. 8039/11.

148 ABIEU Nr. L 101 v. 15.04.2011, S. 1.

149 Vgl. Schreiben des BMJ v. 24.10.2012, Az. II A 2 – 9520/9-9–6-4-2 25 535/2012.

150 BT-Drs. 17/13706; hierzu *Renzikowski*, Menschenhandel, S. 23 ff.

151 BT-Drs. 17/13706, S. 4.

152 BT-Prot. 17/30792(B) ff.

Anhörung durchführte¹⁵³ und wiederum zwei Tage später seine Beschlussempfehlung und seinen Bericht vorlegte.¹⁵⁴ Dieser griff eine Anregung der Anhörung auf und schlug eine strafrechtsbegrenzende Einschränkung (bzw. »Klarstellung«) vor.¹⁵⁵ Am selben Tag legte die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN drei Änderungsanträge vor, insbesondere zum Ausnutzen einer Tat nach § 232 Abs. 1 Satz 1 StGB zu sexuellen Zwecken.¹⁵⁶ Am Folgetag lehnte der Bundestag in zweiter Lesung zunächst diese Änderungsanträge ab¹⁵⁷ und beschloss in zweiter und dritter Lesung mit den Stimmen der Koalitionsfraktionen den Entwurf.¹⁵⁸

Im Bundesrat war die Positionierung der Ausschüsse zunächst uneinheitlich – der Innenausschuss suchte den Gesetzentwurf durchzuwinken, aber eine Reform in der nachfolgenden Legislaturperiode anzumahnen, der federführende Rechtsausschuss empfahl die Einleitung des Vermittlungsverfahrens nach Art. 77 Abs. 2 GG u.a. mit dem Hinweis darauf, dass die »strafrechtliche Umsetzung der RL 2011/36/EU [...] unzureichend« sei.¹⁵⁹ Trotz Plädoyer der damaligen Staatssekretärin des BMJ im Bundesrat, »die 1:1-Umsetzung der EU-Richtlinie heute passieren zu lassen«, da »[v]or dem Hintergrund der abgelaufenen Frist zur Umsetzung der EU-Richtlinie [...] Spielraum [für gründliche Diskussion] jetzt aber nicht mehr [besteht]«,¹⁶⁰ rief der Bundesrat am 20. September 2013 den Vermittlungsausschuss an.¹⁶¹ Mit der Neuwahl des Bundestages am 22. September 2013 und dem darauffolgenden Zusammentritt des 17. Deutschen Bundestages fiel der Gesetzesentwurf der Diskontinuität anheim.

Es zeigte sich bei alledem eine deutliche Politisierung der Umsetzung und – seitens der Mehrheit im Bundesrat – ersichtlich eine Erwartung, durch die Forderung nach einer weiterreichenden Regelung größeren Erfolg bei der Bundestagswahl zu erzielen und nach der Wahl eine mit den eigenen kriminalpolitischen Vorstellungen stärker übereinstimmende Regelung erzielen zu können. Wäre hingegen der minimalinvasive Gesetzentwurf angenommen worden, so wäre der unmittelbare Auslöser für das Tätigwerden des Strafgesetzgebers – die Umsetzung der RL – entfallen. Ob sich umgekehrt die Bundesregierung und die sie tragenden Fraktionen erhofft hatten, durch

153 Vgl. BT-Drs. 17/14215, S. 2.

154 BT-Drs. 17/14193 und BT-Drs. 17/14215.

155 BT-Drs. 17/14215, S. 4.

156 BT-Drs. 17/14227.

157 BT-Prot. 17/32068(D).

158 BT-Prot. 17/32069(A).

159 BR-Drs. 641/1/13, insbes. Nr. 5.

160 BR-Prot. 914 S. 476 (B).

161 BR-Prot. 914 S. 477 (A); BR-Drs. 641/13(B) = BT-Drs. 17/14789.

Verzögerung bis kurz vor der Bundestagswahl die Reform angesichts des Umsetzungsdrucks möglichst minimalinvasiv vornehmen zu können und hierdurch den innerhalb der Koalition bestehenden politischen Streit »zum Umgang mit Prostitution und anderen sexuellen Dienstleistungen« kleinzuhalten,¹⁶² lässt sich nicht belegen. Beachtenswert ist allerdings die Eile des parlamentarischen Verfahrens, in der dennoch eine – wenngleich nur geringfügige – Restriktion auf Anregung der öffentlichen Anhörung aufgegriffen wurde.

bb) Gesetzesantrag des Landes Niedersachsen (BR-Drs. 528/13)

Das vorstehend dargestellte Gesetzgebungsverfahren überschneidet sich mit der Behandlung eines Gesetzesantrags des Landes Niedersachsen, der am 21. Juni 2013 im Bundesrat eingebracht wurde,¹⁶³ eine deutlich weitergehende Strafrechtsexpansion und -schärfung vorsah,¹⁶⁴ aber lediglich an die Ausschüsse überwiesen wurde¹⁶⁵ und sodann ebenfalls der Diskontinuität anheim fiel.¹⁶⁶ Die Vorlage eines Umsetzungsgesetzes durch ein Bundesland ist eine beachtenswerte, hier dem Bundestagswahlkampf geschuldete Ausnahme und war ersichtlich von dem Ziel getragen, den politischen Druck auf die damalige Bundesregierung und die sie tragende Koalition zu erhöhen und – insbesondere nach der Wahl – die verfolgten kriminalpolitischen Inhalte eher durchsetzen zu können.

d) *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels*

aa) Referentenentwurf, Regierungsentwurf und Stellungnahme des Bundesrates

Obschon die Umsetzungsfrist im April 2013 abgelaufen war, legte das BMJV erst im Oktober 2014 einen – zum vorangegangenen RefE¹⁶⁷ nahezu wortgleichen und daher rasch von der Strafrechtswissenschaft kritisierten¹⁶⁸ –

162 Vgl. *Petzsche*, KJ 2017, 236 (236).

163 BR-Drs. 528/13.

164 Umfassend hierzu *Renzikowski*, Menschenhandel, S. 25 ff.

165 BR-Prot. 912 S. 407 (B).

166 Vgl. BR-Prot. 967 S. 153 (A).

167 Hierzu soeben in Fn. 149.

168 *Renzikowski/Kudlich*, ZRP 2015, 45.

Referentenentwurf vor,¹⁶⁹ griff aber explizit die im vorangegangenen parlamentarischen Verfahren vorgenommene Änderung auf.¹⁷⁰ Die Begründung legte dar, dass »[d]er Gesetzentwurf [...] angesichts der [...] abgelaufenen Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2011/36/EU bewusst darauf [verzichtet,] weitere, im politischen, fachlichen und gesellschaftlichen Raum erörterte Problemstellungen bei der Bekämpfung des Menschenhandels aufzugreifen«. Unter Verweis auf den Koalitionsvertrag wurde aber eine Vorlage der »Neukonzeption der §§ 232 ff. StGB« zu einem späteren Zeitpunkt angekündigt. Der DAV¹⁷¹ und der Bundesweite Koordinierungskreis gegen Menschenhandel e.V. (KOK) kritisierten jeweils – mit unterschiedlichem Gehalt – den Entwurf als unvollständig. Gleichwohl wurde er unverändert als RegE beschlossen,¹⁷² der Bundesrat regte eine Ruhensvorschrift an, welche die Bundesregierung erst im Kontext der Neukonzeption prüfen wollte.¹⁷³

bb) Informelle Vorberatungen im Bundestag und nachfolgendes parlamentarisches Verfahren

Im Bundestag schien die Sorge zu überwiegen, durch Umsetzung der Richtlinie eines Auslösers für Strafgesetzgebung in diesem Bereich verlustig zu werden. Denn bemerkenswerterweise erfolgte die erste Lesung im Bundestag erst über ein Jahr später, am 2. Juni 2016, als »nunmehr ein Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen vor[lag], mit dem [...] weiter gehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf entsprochen werden soll[te]«. ¹⁷⁴ Diesem lag eine entsprechende Formulierungshilfe des BMJV vom 6. April 2016 zugrunde¹⁷⁵ und war durch einen Entwurf einer Formulierungshilfe vom 20. Juli 2015 vorbereitet worden.¹⁷⁶ Mit dieser Formulierungshilfe sollten »die Lösungen weiterer Problemstellungen, die im politischen, fachlichen und gesellschaftlichen Raum erörtert werden, in das laufende Gesetzgebungsverfahren eingebracht und verabschiedet werden.«¹⁷⁷

169 Vgl. Schreiben des BMJV v. 22.10.2014, Az. II A 2 – 4000/39 – 25 781/2014.

170 RefE v. 22.10.2014, S. 8.

171 Stellungnahme Nr. 3/2015.

172 BR-Drs. 54/15 v. 13.02.2015.

173 Vgl. BT-Drs. 18/4613, S. 12 f.

174 Parl. Staatssekretärin Lange, BT-Prot. 18/17017(C).

175 Zum materiell-rechtlichen Regelungsgehalt siehe unten Anhang A VI. 16.

176 Vgl. Schreiben des BMJV v. 20.07.2015, Az. II A 2 – 4000/39 – 25 351/2015.

177 Vgl. Schreiben des BMJV v. 20.07.2015, Az. II A 2 – 4000/39 – 25 351/2015, S. 2.

Vor der ersten Lesung hatte der Rechtsausschuss den Vorgang schon »anberaten«;¹⁷⁸ wenige Tage nach der ersten Lesung folgte eine öffentliche Anhörung,¹⁷⁹ und ca. einen Monat später legte der Rechtsausschuss seinen Bericht vor, der im Vergleich zur Formulierungshilfe insbesondere eine Strafschärfung bei der in § 232 StGB angedrohten Mindeststrafe vorsah,¹⁸⁰ eine in der Formulierungshilfe der Bundesregierung enthaltene Forderung des Bundestages an die Bundesregierung, die Reform nach zwei Jahren zu evaluieren, aufgriff.¹⁸¹ Am nächsten Tag folgte in der zweiten und dritten Lesung – mit den Stimmen der Regierungskoalition – der Gesetzesbeschluss des Bundestages;¹⁸² der Bundesrat beschloss auf der nächst ohne Fristverkürzung erreichbaren Sitzung, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen.¹⁸³ Das Gesetz trat am Tag nach der Veröffentlichung im BGBl., mithin am 15. Oktober 2016 – und daher dreieinhalb Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist – in Kraft.¹⁸⁴

Bermerkwert ist hieran – neben der bereits erwähnten evidenten Sorge, eines Auslösers für Strafgesetzgebung verlustig zu werden – die weitreichende Informalisierung und auch Vorverlagerung des Gesetzgebungsverfahrens zwischen Gesetzesinitiative der Bundesregierung und erster Lesung im Bundestag. Dies führte dazu, dass es mitnichten bei einer »Eins-zu-eins-Umsetzung« verblieb, sondern in erheblichem Umfang (rein) nationale kriminalpolitische Inhalte verfolgt wurden. Dennoch verlief – auch außerhalb des parlamentarischen Betriebs – ein gewisses Zeitfenster zum Versuch einer (kriminal-)politischen Einflussnahme, zumal der Entwurf der Formulierungshilfe im Juli 2015 in die Verbändeanhörung gegeben worden war.¹⁸⁵ Zudem war nicht nur durch das vorangegangene parlamentarische Verfahren, den Koalitionsvertrag und die Ankündigung im RegE erkennbar, dass eine solche Gesamtreform der §§ 232 ff. StGB jedenfalls noch innerhalb dieser Legislaturperiode auf der politischen Agenda stehen würde. Aus der Strafrechtswissenschaft nutzten indes nur eine handvoll Akteure – diese indes umso gewichtiger – die hier vergleichsweise lange offenstehenden politischen Zeitfenster (2011 bis mindestens August 2015), um sich mit der

178 BT-Drs. 18/9095, S. 16.

179 BT-Drs. 18/9095, S. 16.

180 Vgl. BT-Drs. 18/9095, S. 17.

181 Vgl. BT-Drs. 18/9095, S. 22. Siehe hierzu oben § 2 IV. 4. mit Fn. § 5 II. 1. d).

182 BT-Prot. 18/18079(D).

183 BR-Drs. 464/16 (B).

184 BGBl. 2016 I, S. 2226.

185 Vgl. Schreiben des BMJV v. 20.07.2015, Az. II A 2 – 4000/39 – 25 351/2015. Die Stellungnahmefrist war indes – auch in Anbetracht der Sommerpause – mit dem 14. August 2015 knapp bemessen.

Sinnhaftigkeit und Stimmigkeit möglicher Änderungen *ex ante* auseinanderzusetzen.¹⁸⁶

e) *Umsetzungsberichte der Europäischen Kommission*

Die Umsetzung in Deutschland erfolgte indes zu spät, um noch seitens der Europäischen Kommission in ihrem (ersten) »Bericht zur Bewertung der von den Mitgliedstaaten zur Einhaltung der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer ergriffenen notwendigen Maßnahmen«¹⁸⁷ berücksichtigt zu werden. Bemerkenswert ist indes der zeitgleich vorgelegte Bericht der Kommission »über die Auswirkungen der bestehenden nationalen Rechtsvorschriften, mit denen die Inanspruchnahme von Diensten, die Gegenstand einer Ausbeutung durch Menschenhandel sind, unter Strafe gestellt wird, auf die Verhütung des Menschenhandels«.¹⁸⁸ Obschon die europäische Rechtslage ausdrücklich von einem Erfordernis der Wissentlichkeit bezüglich der Opfer-eigenschaft spricht, statuierte die Kommission, »[d]er Verdächtige/Beklagte profitier[e] von der Unschuldsvermutung und ha[be] keinerlei Verpflichtung, seine Unschuld zu beweisen«, da »die Beweislast in erster Linie bei der Staatsanwaltschaft« liege; die Rechtslage in Irland stelle eine lobenswerte Ausnahme dar.¹⁸⁹ In Anbetracht dieser »hohe[n] Schwelle für die Einleitung der Strafverfolgung« solle, so die Kommission, »näher geprüft werden, wie hoch der Kenntnisstand sein muss, damit ein Straftatbestand erfüllt ist.«¹⁹⁰ Trotz einer anerkanntermaßen dünnen Evidenz¹⁹¹ plädierte die Kommission

186 Zu verweisen ist insbes. auf die Kurzmonographie *Renzikowski*, Menschenhandel; daneben auf *Renzikowski/Kudlich*, ZRP 2015, 45; *Renzikowski*, Stellungnahme zur Reform der §§ 232 ff. StGB – Formulierungshilfe des Rechtsausschusses; *Pfuhl*, JR 2014, 278 ff. sowie auf die Dissertationen *Krieg*, Multilevel Regulation against Trafficking in Human Beings; *Pfuhl*, Menschenhandel (insbes. S. 217 ff.); *Reintzsch*, Menschenhandel (insbes. S. 204 ff.) und (wenngleich ohne Fokus auf die nationale Ebene) *Lindner*, Menschenhandel; ferner die kurz zuvor erschienenen Dissertationen *Hempel*, Menschenhandel; *S. Zimmermann*, Menschenhandel. Zur Analyse *ex post* siehe insbes. *Bürger*, ZIS 2017, 169 ff.; *Petzsche*, KJ 2017, 236 ff.; *F.-C. Schroeder*, NSTz 2017, 320 ff. und monographisch *Ofosu-Ayeh*, Menschenhandel.

187 COM(2016) 722 final v. 02.12.2016; hierzu *Petzsche*, KJ 2017, 236 (239 mit Fn. 25) sowie *Brodowski*, ZIS 2017, 688 (692 f.).

188 COM(2016) 719 final v. 02.12.2016.

189 COM(2016) 719 final v. 02.12.2016, S. 8; hierzu bereits *Brodowski*, ZIS 2017, 688 (693).

190 COM(2016) 719 final v. 02.12.2016, S. 9.

191 COM(2019) 719 final v. 02.12.2016, S. 6 f.

nachdrücklich für eine entsprechende Strafrechtsexpansion, legte aber keine neue Legislativmaßnahme vor.¹⁹²

Auf einer deutlich weicheren Berichtsgrundlage – Art. 20 RL 2011/36/EU – legte die Europäische Kommission zudem zwei Jahre später einen weiteren Bericht vor. In diesem sind die entsprechenden Schlussfolgerungen abgemildert. Gleichwohl legte die Kommission es den Mitgliedstaaten »weiterhin nahe, Maßnahmen zur Kriminalisierung jener zu treffen, die bewusst die Dienste von Opfern von Menschenhandel in Anspruch nehmen.¹⁹³ Trotz dieser klaren Äußerungen scheint es aber – auch in Anbetracht des »sanften Drucks«, den solche Kommissionsdokumente im nationalen kriminalpolitischen Diskurs als »soft law« ausüben können – lange Zeit an einem Auslöser für eine entsprechende Reform der bindenden Pönalisierungsvorgaben der RL 2011/36/EU gefehlt zu haben, bis die Kommission im Dezember 2022 einen Legislativvorschlag, u.a. mit dem Ziel der Erfassung der wissentlichen Inanspruchnahme von Dienstleistungen von Opfern des Menschenhandels, unterbreitete.¹⁹⁴

f) Zusammenführung

An diesem Beispiel europäisierter Strafgesetzgebung zeigt sich eindrücklich, inwiefern sich kriminalpolitische Prozesse in mehreren Ebenen überlappen (*Kopräsenz* kriminalpolitischer Prozesse): auf europäischer Ebene (jedenfalls) mittels strategischer Leitlinien, Aktionspläne und einzelner Legislativmaßnahmen, auf nationaler Ebene (jedenfalls) durch konkurrierende Gesetzgebungsverfahren der Opposition (etwa *qua* Bundesrat) und der Koalition, die jeweils über die zwingenden europäischen Vorgaben hinausgehende Regelungen enthielten. Ebenso zeigten sich verschiedenste Einflussnahmemöglichkeiten der nationalen Ebene auf die supranationale Ebene, insbesondere in den im hier dargestellten Aushandlungsprozess zur RL 2011/36/EU wohl entscheidendsten Akteuren (Europäischer Rat, Rat und dessen Gremien).¹⁹⁵

192 COM(2019) 719 final v. 02.12.2016, S. 12.

193 COM(2018) 777 final v. 03.12.2018, S. 7 f.; ein umfangreiches begleitendes Arbeitsdokument findet sich in SWD(2018) 473 final v. 03.12.2018. Dies wurde auch in einem weiteren Bericht zwei Jahre später aufgegriffen, aber nicht intensiviert, COM(2020) 661 final v. 20.10.2020, S. 12 f., 17.

194 COM(2022) 732 final v. 19.12.2022; siehe ergänzend einen vierten Umsetzungsbericht, COM(2022) 736 final v. 19.12.2022.

195 Krit. zur Frage, ob aus diesen *Möglichkeiten* auch ein Qualitätsgewinn folgt, *Hörnle*, in: Weigend-Symposium, S. 243 (249 ff.).

Eine Trägheit bzw. Statik des Strafrechts, sobald es in Gesetzesform gegossen ist, unterstreicht die Resistenz gegenüber einer »vorschnellen« (und evtl. nur vermeintlichen) »Eins-zu-Eins«-Umsetzung und vor allem die lange währende Zurückhaltung der Kommission, trotz deutlicher kriminalpolitischer Positionierung für eine Pönalisierung der wissentlichen Inanspruchnahme von Diensten von Opfern des Menschenhandels, eine diesbezügliche Reform der Richtlinie anzustoßen. Dies wiederum belegt die Notwendigkeit, eine einmalige Dynamik, wie sie hier durch die RL 2011/36/EU ausgelöst wurde, zu nutzen und sich nicht auf eine Ankündigung einer nachfolgenden Reform zu verlassen. Gleichwohl zeigte sich auf europäischer Ebene die Sinnhaftigkeit eines »Wechsels auf die Zukunft«, da die bloße Ermunterung in Art. 18 Abs. 4 RL 2011/36/EU, flankiert durch die nunmehr vorliegenden Berichte der Kommission, einen nachhaltigen Anpassungsdruck im Sinne eines »soft law« bewirken kann; daher überrascht es nicht, dass derartige Regelungen in inzwischen 19 Mitgliedstaaten bestehen.¹⁹⁶ Diese Kriminalisierung der wissentlichen Inanspruchnahme von Diensten von Opfern des Menschenhandels verdeutlicht schließlich die Zielrichtung einer Verhaltensregulierung durch Strafrecht: Menschenhandel wird als »Marktdelikt« begriffen und daher unmittelbar auf die »Kundenseite«, mittelbar und entscheidend auf die »Angebots-« bzw. insbesondere die Mittlereite (und damit die eigentlichen Täter des Menschenhandels) einzuwirken versucht.¹⁹⁷

2. Die Verwirklichung kriminalpolitischer Ziele im 44. StrÄndG

Das nachfolgend exemplarisch herausgegriffene 44. StrÄndG bewirkte erstens – als kriminalpolitisches Herzstück – eine Strafschärfung des § 113 Abs. 1 StGB (Höchststrafe drei statt zwei Jahre Freiheitsstrafe), zweitens

196 Vgl. COM(2022) 732 final v. 19.12.2022, S. 15.

197 So ausdrücklich etwa COM(2019) 719 final v. 02.12.2016, S. 11 f.: »Das Endziel, die Beseitigung des Menschenhandels, kann aber nur erreicht werden, wenn verhindert wird, dass das Verbrechen überhaupt begangen wird, indem alle auf Unions- und nationaler Ebene zur Verfügung stehenden Instrumente eingesetzt werden. [...] Das Fehlen einer strafrechtlichen Verfolgung der Inanspruchnahme der Dienste von Opfern des Menschenhandels, insbesondere, wenn sie in dem Wissen erfolgt, dass die betreffende Person Opfer des Menschenhandels ist, macht den gesamten Kampf gegen den Menschenhandel weniger wirksam und verhindert die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie 2011/36/EU. [...] Bei völlig fehlender oder unzureichender Strafverfolgung der Inanspruchnahme solcher Dienste im Zusammenhang mit Menschenhandel kann der Tätigkeit von Menschenhändlern, die definitionsgemäß die Ausbeutung ihrer Opfer einschließt, nicht nur nicht entgegengewirkt werden, sie kann durch eine Kultur der Straflosigkeit sogar noch gefördert werden.«

eine Strafrechtsexpansion durch eine neue Strafvorschrift der Behinderung und des tätlichen Angriffs gegen Hilfeleistende (§ 114 Abs. 3 StGB a.F., nunmehr § 115 Abs. 3 StGB) und eine Erweiterung der geschützten Tatobjekte in § 305a Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB, drittens eine Strafschärfung in §§ 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 121 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 125a Satz 2 Nr. 2 StGB durch Aufnahme des Beisichführens anderer gefährlicher Werkzeuge¹⁹⁸ und viertens eine Strafmilderung durch Aufnahme einer Regelung für minder schwere Fälle in § 244 Abs. 3 StGB, um die Problematik des bloßen Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB zu entschärfen.¹⁹⁹ Nach knapper Skizzierung des formalen Gesetzgebungsverfahrens sollen hier im Vordergrund die vorgebrachte Begründung zum kriminalpolitischen Herzstück der Änderung und der Umgang mit der hieran zeitgenössisch geäußerten Kritik stehen. Die Änderungen in Bezug auf das Beisichführen anderer gefährlicher Werkzeuge werden nachfolgend im Kontext der Strafgesetzgebung als Reaktion auf Rechtsprechung diskutiert.²⁰⁰

a) *Das Gesetzgebungsverfahren hin zum 44. StrÄndG*

Nachdem ein kurz vor Ablauf der 17. Legislaturperiode eingereichter Gesetzesantrag Sachsens zur Verschärfung des § 113 StGB²⁰¹ den Usancen des Bundesrates folgend sich mit Beginn der 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages erledigt hatte,²⁰² und im Koalitionsvertrag auf Bundesebene im Oktober 2009 angekündigt worden war, den »strafrechtlichen Schutz« für »Polizeibeamte und andere Personen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen,« »verbessern« zu wollen,²⁰³ legte Sachsen im Februar 2010 einen erneuten Gesetzesantrag im Bundesrat vor, dem Bayern beigetreten

198 Indes mit Verwendungsvorbehalt, exemplarisch *Bosch*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 121 StGB Rn. 32. Dieser Verwendungsvorbehalt wurde bei §§ 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 125a Satz 2 Nr. 2 StGB indes durch das 52. StrÄndG (Anhang A VI. 23.) gestrichen; hierzu noch § 6 II. 3. c) cc).

199 Siehe auch unten Anhang A V. 6.

200 Siehe unten § 6 II. 3. c).

201 BR-Drs. 271/09.

202 Die formelle Feststellung dessen folgte indes erst einige Jahre später, BR-Prot. 967 S. 131(C).

203 *CDU, CSU und FDP*, Koalitionsvertrag 2009, S. 108: »Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte[:] Polizeibeamte und andere Personen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, werden immer häufiger Ziel brutaler gewalttätiger Angriffe. Wir wollen ihren strafrechtlichen Schutz – insbesondere durch eine Neufassung des § 113 Abs. 2 StGB – verbessern.«

war.²⁰⁴ In geringfügig modifizierter Fassung beschloss der Bundesrat am 7. Mai 2010 diesen Antrag²⁰⁵ und lehnte einen Antrag Thüringens ab, gegen Vollstreckungsbeamte gerichtete Körperverletzungen als gefährliche Körperverletzung zu qualifizieren (§ 224 Abs. 2 StGB-E).²⁰⁶

Es liegt nahe, dass dies die Bundesregierung dazu antrieb, ein eigenes – wenngleich inhaltlich sehr ähnliches – Gesetzgebungsverfahren zu priorisieren. Nachdem ein Referentenentwurf Ende Mai 2010 in die Anhörung gegeben worden war,²⁰⁷ folgte nach der parlamentarischen Sommerpause der Regierungsentwurf, in dem der Bundesratsvorschlag hin zum jetzigen § 115 Abs. 3 StGB aufgegriffen wurde.²⁰⁸ Aus der Stellungnahme des Bundesrates, die u.a. gefordert hatte, die Regelung des minder schweren Falles in § 244 Abs. 3 StGB auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB zu begrenzen,²⁰⁹ wurde nachfolgend im Rechtsausschuss des Bundestages die Erstreckung auf den Katastrophenschutz aufgegriffen; zu sonstigen Änderungen kam es nicht, auch nicht zu einer öffentlichen Anhörung.²¹⁰ Nach Beschluss im Bundestag mit den Stimmen der Koalitionsfraktionen bei Enthaltung der SPD und gegen die Stimmen der übrigen Opposition – und zugleich Ablehnung der vorgenannten Bundesratsinitiative –²¹¹ nahm der Bundesrat explizit davon Abstand, den Vermittlungsausschuss anzurufen.²¹² Am Tag nach der Veröffentlichung im BGBl.²¹³ trat das Gesetz am 5. November 2011 in Kraft.

b) *Das kriminalpolitische Herzstück des 44. StrÄndG: Die Schärfung des § 113 Abs. 1 StGB*

Die aus kriminalpolitischer Sicht zentrale Änderung des 44. StrÄndG war die Verschärfung der Strafdrohung des § 113 Abs. 1 StGB.

204 Vgl. BR-Prot. 867 S. 54 (B).

205 Vgl. BR-Drs. 98/1/10 sowie BR-Prot. 869 S. 121 (C).

206 Vgl. BR-Drs. 98/2/10 sowie BR-Prot. 869 S. 121 (C).

207 BMJ, Schreiben v. 25.05.2010 – II A 2 – 4010/8 – 25 304/2010.

208 BR-Drs. 646/10.

209 BT-Drs. 17/4143, S. 10.

210 Vgl. BT-Drs. 17/6505.

211 BT-Prot. 17/14009(D) f.

212 BT-Prot. 886 S. 395(B) mit Anlage 6.

213 BGBl. 2011 I, S. 2130.

aa) »Strafrechtlicher Schutz« der Vollstreckungsbeamten als vordergründiges Ziel

Der RegE begründete diese Änderung apodiktisch damit, dass dies den »strafrechtlichen Schutz« der Vollstreckungsbeamten und der »Autorität staatlicher Vollstreckungsakte und damit [...] des Gewaltmonopols des Staates »verbesser[e]«. ²¹⁴ In starker Verkürzung, ohne weitere Differenzierung und daher in – möglicherweise bewusster – Ambiguität wird damit ein ganzes Argumentationsbündel an Straftheorien aufgerufen, das je nach Leser unterschiedliche Assoziationen zu wecken vermag. Neben der negativen Generalprävention sticht jedenfalls die negative Spezialprävention ins Auge, eventuell auch die positiven Spielarten der General- und Spezialprävention. Diese vordergründige, aber ambige Zielsetzung zeigte sich erneut im weiteren parlamentarischen Verfahren: So verwies in der Ersten Lesung *Ahrendt* (FDP) explizit auf die »generalpräventive Wirkung«, ²¹⁵ während etwa *Lambrecht* (SPD) die Strafschärfung u.a. deswegen ablehnte, weil »[d]iese Täter [...] zu einer Klientel [gehören], die nicht wohlberechnend und abwägend agiert«, sodass von einer »Verschärfung des § 113« StGB keine präventive Wirkung zu erwarten sei, ²¹⁶ *Wieland* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) hob apodiktisch die (höhere) Bedeutung der Sanktionierungswahrscheinlichkeit für präventive Wirkungen hervor. ²¹⁷ Ähnliche Muster sind ebenfalls in der Zweiten Lesung zu verzeichnen. ²¹⁸

Die hiesige Untersuchung der Dynamiken des Strafrechts wird zunächst dadurch bestätigt, dass die Proponenten dieses Gesetzgebungsvorhabens – zumindest ihren parlamentarischen Äußerungen zufolge – dem Strafrecht

214 BR-Drs. 646/10, S. 3. Bemerkenswerterweise wurde im Besonderen Teil der Begründung diese Änderung nur beschrieben, nicht aber begründet (BR-Drs. 646/10, S. 5).

215 BT-Prot. 17/9018(B).

216 BT-Prot. 19/9020(A). Ähnlich auch die Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/6505, S. 4 sowie *Tempel* (DIE LINKE), BT-Prot. 19/9022(C).

217 BT-Prot. 17/9024(A); siehe hierzu auch die Fraktion der SPD in BT-Drs. 17/6505, S. 4: »Eine Verschärfung werde von den Vollzugsbeamten überwiegend nicht gefordert, diese drängten vielmehr auf eine konsequente Verfolgung von Straftätern und ein Ausschöpfen der schon bestehenden Strafmöglichkeiten«.

218 Einerseits *van Essen* (FDP), BT-Prot. 17/14001 (C) und vor allem (plakativ wie oberflächlich) *S. Kauder* (CDU/CSU): »Wenn wir zu dem Ergebnis kommen, dass Strafe nicht abschreckt, brauchen wir sie nicht. Dann können wir es ganz sein lassen. Es ist anerkannt, dass Generalprävention ein strafverschärfendes Mittel (*sic!*) darstellt, welches wichtig und notwendig ist«, BT-Prot. 17/14007(A); andererseits *Högl* (SPD), BT-Prot. 17/14002 (C); *Montag* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), BT-Prot. 17/14006 (C); *Wunderlich* (DIE LINKE), BT-Prot. 17/14005 (A).

eine klare verhaltensregulierende Wirkung zuschreiben, die hier manifest an die (potentiellen) Täter adressiert ist.²¹⁹ Diese Verhaltensregulierung solle sich – und allein die subjektive Sicht der politischen Akteure ist für die Entstehung einer Dynamik entscheidend – hier ergeben, obwohl der gegenständliche Tatbestand unverändert im unteren Bereich der im StGB anzutreffenden Strafdrohungen zu verorten ist.²²⁰ Der Verweis auf eine zunehmende Gewaltbereitschaft gegenüber Vollstreckungsbeamten,²²¹ der zeitgleich zum Gesetzgebungsverfahren kriminologisch näher untersucht wurde,²²² lässt sich dabei als ein (wahrgenommener) Wandel von Verhaltensweisen auf »Täterseite« und damit als typische Ursache für Strafgesetzgebung interpretieren;²²³ als Auslöser fungierte vor allem ein (wahrgenommener) Summationseffekt,²²⁴ vermittelt über die (Vor-)Bindung durch den Koalitionsvertrag.²²⁵

bb) »Signal an die zur Vollstreckung berufenen Organe« als explizit benanntes Ziel

Bemerkenswert ist allerdings, wie deutlich noch ein weiteres mit dieser Strafgesetzgebung verfolgtes Ziel im parlamentarischen Prozess offen zu Tage getreten ist: So sprach *Heveling* (CDU/CSU) davon, es sei »ein klares Signal an die zur Vollstreckung berufenen Organe – seien es Polizisten, Gerichtsvollzieher, Justizvollzugsbeamte oder sonstige Amtsträger im Sinne des § 11 des Strafgesetzbuches –, dass der Strafraum in (*sic!*) § 113 erhöht wird«;²²⁶ die gleiche Stoßrichtung ist auch dem Debattenbeitrag von *A. Schuster* (CDU/CSU) zu entnehmen:

219 Vgl. oben § 2 III. 3. a) aa).

220 Insbes. sah die Änderung keine Einführung einer Mindest(freiheits)strafe vor.

221 Eindrücklich BR-Drs. 646/10, S. 3: »Die Hemmschwelle, Gewalt einzusetzen, scheint zu sinken, was sich auch in Angriffen auf Vollstreckungsbeamte zeigt«.

222 Siehe hierzu noch unten § 6 II. 2. b) dd).

223 Hierzu oben § 2 III. 3. b) cc).

224 Eindrücklich der prominente Verweis auf eine Steigerung der in der PKS verzeichneten Fallzahlen binnen zehn Jahren »um 30,74 Prozent«, BR-Drs. 646/10, S. 1, 3, unbeschadet deren begrenzter Aussagekraft (hierzu noch unten § 6 II. 2. b) dd)).

225 Vgl. hierzu § 4 III. 2. a).

226 BT-Prot. 17/14004(A) sowie zuvor BT-Prot. 17/9020 (C): »Wenn es heute um die Anpassung der Vorschriften bezüglich des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte geht, dann geht es auch um Fragen des Opferschutzes«. Krit. hierzu *Montag* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): »Diese Reform ist nur ein fragwürdiges Signal an die Polizei – wir tun irgendetwas für euch – [...] und macht darüber hinaus überhaupt keinen Sinn«, BT-Prot. 17/14006(C).

»Es ist richtig, dass die Koalition mit der Verschärfung des § 113 Strafgesetzbuch ein Zeichen setzt: Wir stehen hinter unseren Einsatzkräften. [...] Ich spreche regelmäßig in Arbeitskreisen mit Polizisten. Diese sagen mir: Das ist keine Symbolpolitik. Wir erwarten von euch glasklar eine Strafverschärfung. Das ist eine ganz klare Erwartung. Deswegen bin ich heute froh, dass wir politisch endlich liefern. Ich werde seit eineinhalb Jahren gefragt, wann wir endlich etwas tun. Wenn ich den Polizisten nun am Samstag gegenüberstehe, habe ich ein gutes Gefühl.«²²⁷

Unbeschadet der tatsächlichen präventiven Wirkungen der Strafschärfung verfolgte bereits der Gesetzentwurf – jedenfalls den parlamentarischen Äußerungen zufolge – zugleich das (latente) Ziel einer Kommunikation mit (potentiell) »Verletzten«.²²⁸ Indes dürfte weniger eine Veränderung denn eine Sicherung des (dienstlichen) Verhaltens und eine Motivationssteigerung bei den Vollstreckungsbeamten²²⁹ bezweckt worden sein; mithin, dass diese Personen, die – in den plakativen Worten *Hevelings* – »im Dienste der Gesellschaft für das Gewaltmonopol stehen«, »ihren Kopf« (man kann ergänzen: weiterhin) »hin[halten]«.²³⁰

cc) Kommunikation mit der Gesellschaft und Wählern als hintergründiges Ziel

Unverkennbar ist zudem an diesem Gesetzgebungsvorhaben der Aspekt, wie mit dieser Änderung die Gesellschaft im Allgemeinen adressiert werden soll. Aufgerufen ist dabei das allgemeine »Vertrauen in das Gewaltmonopol

227 BT-Prot. 17/14008(B). Ähnlich auch die Fraktion der CDU/CSU in BT-Drs. 17/6505, S. 4: Mit diesem Gesetzentwurf »werde [...] ein klares Signal sowohl an die Einsatzkräfte als auch an potentielle Straftäter ausgesandt, dass der Staat hinter den Vollstreckungsbeamten und Einsatzkräften stehe und sein Gewaltmonopol durchsetzen werde«. Siehe ferner *Högl* (SPD), BT-Prot. 17/14002(B): »Deswegen bin ich persönlich sehr skeptisch gegenüber einer Strafrechtsverschärfung. Wir müssen hier im Deutschen Bundestag mit symbolischer Gesetzgebung sehr vorsichtig sein. Allerdings sind manchmal auch starke Signale notwendig [...], wenn die Adressatinnen und Adressaten – in diesem Fall die Vollstreckungsbeamten – ein starkes Signal brauchen.«

228 Allgemein hierzu § 2 III. 3. a) bb) (2).

229 Hierfür spricht auch folgende, die Motivation der Vollstreckungsbeamten thematisierende Äußerung von *Edathy* (SPD): »Am meisten wurde von den Beamtinnen und Beamten bemängelt, dass der Gesetzgeber bzw. die jeweils zuständige Regierung nicht genug für ihre Motivation tut. Ich glaube, Sie hätten einen größeren Beitrag zur Unterstützung der Bundespolizei geleistet, wenn Sie zum Beispiel die sogenannten Weihnachtsgelder nicht weiterhin eingefroren, sondern sie zur Steigerung der Motivation der Beamten verwendet hätten«, BT-Prot. 17/14009(B).

230 BT-Prot. 17/9020 (C).

des Staates«, dem ein »allgemeines Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt«²³¹ abträglich wäre. Dieses Vertrauen sollte hier durch die Symbolik der Strafgesetzgebung – im Sinne eines »*Law and Order*«, wenngleich in durchaus nuancierter Form – durch dieses Gesetzgebungsverfahren gesteigert werden. Dies belegen Debattenbeiträge, die insgesamt auf die Erfolge und Misserfolge im Bereich der »Inneren Sicherheit« verweisen,²³² und der bereits im RegE prominent zu vernehmende Hinweis, dass »Angriffe auf Vollstreckungsbeamte [...] in der Öffentlichkeit als zunehmendes Problem wahrgenommen« würden.²³³

Bemerkenswerterweise ist für diese kommunikative, latente Funktion von Strafgesetzgebung – die sich selbstredend aus Sicht der politischen Akteure auch in zukünftigen Wahlentscheidungen niederschlagen soll –, dass sie unabhängig von der nachfolgenden Rechtsanwendung erfolgt.²³⁴ Denn zum einen sollen unmittelbar durch die Gesetzgebung die vorgenannten Signale ausgesendet werden; nachfolgende Strafurteile usw. vermögen dies allenfalls in Ausnahmefällen, wenn sich das Urteil konkret auf eine Gesetzesänderung zurückführen ließe. Zum anderen kann die nachfolgende Rechtsanwendung aus Sicht der politischen Akteure implizit vorausgesetzt werden, weil ein generell hohes Vertrauen in die sogenannte »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« bzw. in die Institution des Rechts im Allgemeinen und in die Strafjustiz im Besonderen besteht.²³⁵ Auch dies trägt dazu bei, dass mit einer Strafschärfung oder einer Strafrechtsexpansion politische Signale ausgesendet werden können, selbst wenn eine solche Änderung des geschriebenen Rechts im Einzelfall ohne oder ohne nennenswerte strafrechtspraktische Auswirkungen bleiben sollte.

dd) Zweifelhafter Umgang mit der Kriminologie und der Strafrechtswissenschaft

Schließlich zeigte sich in diesem Gesetzgebungsverfahren an mindestens drei Stellen ein zweifelhafter Umgang mit kriminologischer und strafrechtswissenschaftlicher Expertise:

231 Formulierung nach BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 10.

232 So *Edathy*, BT-Prot. 17/14009(C) und *Montag*, BT-Prot. 17/14005(D).

233 BR-Drs. 646/10, S. 3.

234 Daher geht sie über die kommunikative Funktion des Strafrechts hinaus; zu jener *K. Günther*, *Criminal Law, Crime and Punishment as Communication*, S. 12 ff. m.w.N.

235 Siehe oben § 1 VI. 3. b).

Zunächst ist darauf zu verweisen, dass zur Begründung der Handlungsnotwendigkeit vor allem auf einen Anstieg der in der PKS registrierten Fälle von Widerstand gegen die Staatsgewalt verwiesen wurde. Die Angabe der Steigerungsrate der vorangegangenen zehn Jahre auf zwei Nachkommastellen genau (»30,74 Prozent«)²³⁶ versucht dabei eine Objektivität zu vermitteln, welche über die bekannten und in Stellungnahmen zum RefE erörterten Begrenzungen der Aussagekraft der PKS²³⁷ hinwegzuspieren versucht. Wohl auch wegen der politischen Verbindung im Koalitionsvertrag und der durch die Bundesratsinitiative unterstrichenen politischen Handlungsnotwendigkeit blieb vielmehr die Frage einer empirisch-kriminologischen Handlungsnotwendigkeit unbeantwortet, zumal eine von zehn Bundesländern in Auftrag gegebene²³⁸ Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen zu Gewalt gegen Polizeibeamte zwar mehrfach angesprochen wurde,²³⁹ deren vollständige Ergebnisse aber nicht abgewartet wurden.²⁴⁰

Ein wesentlicher Kritikpunkt am Gesetzentwurf war, dass die Strafschärfung nicht die zu seiner Begründung vorgebrachten massiven Gewalttätigkeiten gegenüber Polizeibeamten betrifft, in denen zugleich auch weitere, schwerere Delikte begangen werden,²⁴¹ sondern nur Fallgestaltungen, in

236 BR-Drs. 646/10, S. 1, 3.

237 *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme RefE 25.05.2010, S. 8; *Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE 25.05.2010.

238 Näher zum Hintergrund *Ellrich/Baier/Pfeiffer*, *Polizeibeamte als Opfer von Gewalt*, S. 8 f. Zu Kritik am Studiendesign seitens Polizeigewerkschaften und einiger Landesregierungen sowie des BMI siehe BT-Drs. 17/641.

239 *Heveling* (CDU/CSU), BT-Prot. 17/9020(D) f.; *Wieland* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), BT-Prot. 17/9023(D) f.; siehe auch *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme RefE 25.05.2010, S. 7; *Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE 25.05.2010.

240 *Ellrich/Baier/Pfeiffer*, *Polizeibeamte als Opfer von Gewalt*; erste Zwischenergebnisse lagen 2010 indes schon vor, vgl. etwa *Pfeiffer/Ellrich/Baier*, in: M. H. Möllers/van Ooyen (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2010/2011 – Erster Halbband*, S. 309; hierzu bemerkenswert und – angesichts der vorherigen Kritik an der Studie umso befremdlicher – die Kritik von *Wieland* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), BT-Prot. 17/9024(A): »Wir brauchen Pfeiffers Ergebnis, um es umfangreich erörtern zu können, und nicht wieder nur sieben Thesen, die Schönemann ihm abgenötigt hat – so war es doch –, nach dem Motto: Legen Sie schnell etwas vor!« Zur Klarstellung: Mit *Schönemann* war hier ersichtlich der damalige niedersächsische Innenminister *Uwe Schönemann* gemeint, nicht der Strafrechtswissenschaftler *Bernd Schönemann*.

241 Vgl. *Heveling*, BT-Prot. 17/14003(A); dies aufgreifend *Montag*, BT-Prot. 17/14003(B) sowie 17/14006(B).

denen jedenfalls keine schwerer wiegenden Delikte verwirklicht werden.²⁴² Über die verbleibende Strafzumessungsrelevanz des § 113 StGB etwa bei einem versuchten Totschlag²⁴³ mag man trefflich streiten; an den Grundfesten des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch (§ 24 StGB) rüttelte aber *S. Kauder* (CDU/CSU), als er die Notwendigkeit einer Strafschärfung des § 113 StGB damit begründete, dass »[b]ei einem Tötungsversuch, von dem der Täter zurücktritt, [...] § 113 StGB übrig [bleibt]«,²⁴⁴ mithin dieser *wegen* des Tötungsversuchs – obschon strafbefreiend zurückgetreten – härter zu bestrafen sei als es § 113 StGB a.F. ermöglicht hatte. Im gleichen Licht ist auch die Position der CDU/CSU-Fraktion zu sehen, die im Bericht des Rechtsausschusses zur strafrechtswissenschaftlich vorgebrachten Kritik – insbesondere zu Irrtums- und Konkurrenzfragen – äußerte: »Auch wenn die Kritik am Gesetzentwurf der Bundesregierung aus dogmatischer Sicht teilweise nachvollziehbar sein möge, werde jedenfalls ein klares Signal sowohl an die Einsatzkräfte als auch an potentielle Straftäter ausgesandt.«²⁴⁵ Dies belegt eindrücklich ein seitens der Strafgesetzgebung eingefordertes Primat der Kriminalpolitik über Fragen der Strafrechtsdogmatik.

Beachtenswert ist schließlich, dass in der Plenardebatte ein strafrechtswissenschaftlicher Beitrag aufgegriffen wurde, welche »der Aprilausgabe der *Juristischen Arbeitsblätter* – Grundstudium« zugeschrieben wurde.²⁴⁶ Ein derartiges Aufgreifen eines Fachbeitrags – der anders als etwa Stellungnahmen für öffentliche Anhörungen des Rechtsausschusses nicht dezidiert aktiv-kriminalpolitisch verfasst wurde²⁴⁷ – trägt gewiss zu einer erhöhten Diskursivität des Strafgesetzgebungsverfahrens bei und könnte zugleich zu einer Versachlichung der Argumentation beitragen, ohne zugleich das Primat des Gesetzgebers in Frage zu stellen. Indes diene diese Parlamentsdebatte in Zweiter Lesung offensichtlich nicht mehr dem Ringen um die sachlich richtige Lösung, sondern nur dazu, die zuvor – spätestens im Rechtsausschuss – gefundenen Positionierungen der Öffentlichkeit zu vermitteln. Gleichwohl trägt es nichts bei, dass diese anerkannte Ausbildungszeitschrift in einem

242 § 113 StGB a.F. vermochte zwar als Privilegierung §§ 240, 241 StGB zu verdrängen, nicht jedoch sonstige Tatbestände; siehe nur *Eser*, in: Schönke/Schröder²⁸, § 113 StGB Rn. 68.

243 So *Heveling*, BT-Prot. 17/14003(C).

244 BT-Prot. 17/14007(A).

245 BT-Drs. 17/6505, S. 4.

246 *Montag*, BT-Prot. 17/14006(A) unter Verweis auf *Bosch*, JURA 2011, 268 ff.; tatsächlich erscheint dieser Beitrag in der Aprilausgabe der Zeitschrift »JURA – Juristische Ausbildung«.

247 *Bosch*, JURA 2011, 268 (268) sprach selbst von »eine[r] wohl kaum noch zu verhindernde[n] Gesetzesänderung«.

Zwischenruf in Zweifel gezogen wurde.²⁴⁸ Schwerwiegend ist vor allem aber die Grenzüberschreitung und der Angriff *ad hominem* an den zunächst in der Plenardebatte unerwähnt gebliebenen Autor – *Bosch* – und seine hierbei in Zweifel gezogene fachliche Qualifikation.²⁴⁹

c) *Zusammenführung*

Dieses exemplarisch herausgegriffene Gesetzgebungsverfahren auf nationaler Ebene zeigt – bereits bei Fokussierung auf parlamentarische Verfahren – eindrücklich ein Zusammenspiel kriminalpolitischer Prozesse auf nationaler Ebene, ohne dabei ein Glanzstück an Diskursivität zu sein. Hierbei trat nicht nur der Primat der Strafgesetzgebung und mithin der Kriminalpolitik gegenüber der Strafrechtsdogmatik offen zu Tage,²⁵⁰ sondern auch die vielgestaltigen Funktionen, die bereits unmittelbar mit Strafgesetzgebung als Prozess verbunden werden: Es zeigte sich markant, dass Strafgesetzgebung aus politischer Sicht nicht nur der Herbeiführung eines anderen Rechtszustands (und nachfolgend dessen Anwendung und mithin deren Wirkungen) dient. Vielmehr verfolgte Strafgesetzgebung hier ergänzend, wenn nicht vorrangig, unmittelbar eine kommunikative Funktion an potentielle Straftäter, an potentiell Verletzte (hier die Vollstreckungsbeamten) und an die Gesellschaft bzw. an Wähler insgesamt. Wie oben bereits dargelegt,²⁵¹ dient nicht nur das Strafrecht der Verhaltensregulierung, sondern auch und vor allem die Strafgesetzgebung als solche, zumal diese – medial begleitet – eher kommunikativ (und ggf. auch präventiv) wirken kann als das nur selten von der breiten Öffentlichkeit gelesene StGB.

248 *Luczak*, BT-Prot. 17/14006: »Wer liest das denn? Damit fällt man durch das Studium!«

249 *S. Kauder* (CDU/CSU): »Mich würde interessieren, wer das geschrieben hat, ob das ein Professor oder so ein Scharfmacher wie Sie [*Jerzy Montag, der Verf.*] war. Das ist vielleicht nicht ganz ohne Bedeutung«, BT-Prot. 17/14006(D). Indes, so *Montag* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): »Ich habe aus einem Beitrag zitiert, der nicht von einer Studentin oder einem Studenten und auch nicht von einem wild gewordenen Rechtsreferendar geschrieben worden ist, sondern von Herrn Professor Dr. Nikolaus Bosch, der – man höre und staune – in Bayreuth, also an einer bayerischen Universität, lehrt«, BT-Prot. 17/14007(C).

250 Siehe soeben § 6 II. 2. b) dd) bei und mit Fn. 245.

251 Siehe oben § 2 III. 3. a).

3. Strafgesetzgebung als Reaktion auf Rechtsprechung

Rechtsprechung kann, wie oben aufgezeigt, sowohl als Auslöser für Strafgesetzgebung wirken²⁵² als auch eine Ursache darstellen, namentlich wenn infolge verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung Anpassungsbedarf besteht²⁵³ oder wenn einfachgesetzlicher Korrektur- bzw. Optimierungsbedarf aufgezeigt wird.²⁵⁴ Strafgesetzgebungsakte, die als Reaktion auf Rechtsprechung verstanden werden können und die innerhalb des Untersuchungszeitraums und -gegenstands liegen,²⁵⁵ sollen nachfolgend qualitativ auf die Tragfähigkeit des oben aufgezeigten Modells und auf Gemeinsamkeiten, insbesondere in Bezug auf das Gesetzgebungsverfahren, untersucht werden. Zur besseren Zuspitzung werden dabei diejenigen Strafgesetzgebungsverfahren herausgegriffen, die einen besonderen Fokus auf strafrechtliche Fragen und eine Regelung durch das Strafrecht und – im Einklang mit der Zielsetzung dieser Untersuchung – einer Lozierung *im* StGB legen. Damit bleiben etwa²⁵⁶ prominente zivilrechtliche Gesetzgebungsverfahren mit maßgeblichem Einfluss auf das Strafrecht²⁵⁷ ebenso außer Betracht wie die – nicht strafrechtsspezifische und maßgeblich auch durch Rechtsprechung des BVerfG eingeforderte²⁵⁸ – Gleichberechtigung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, die auch zu Änderungen des StGB führte.²⁵⁹

Das somit zu untersuchende, gute Dutzend an Gesetzgebungsverfahren lässt sich grob in drei Fallgruppen einteilen:

a) *Rechtsprechung zur restriktiven Auslegung des StGB, insbesondere zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG)*

Eine erste Fallgruppe solcher Strafgesetzgebungsverfahren ist dabei die Reaktion auf Rechtsprechung, die ein bestimmtes Verhalten dezidiert für *nicht*

252 § 2 IV. 1.

253 § 2 III. 2.

254 § 2 III. 5.

255 Hierzu oben Einführung II. 1.

256 Zu weniger öffentlichkeitswirksamen Gesetzgebungsverfahren, die Rechtsprechung aufgreifen, siehe insbes. Anhang A I. 19. (mit Schwerpunkt Berufsrecht) und Anhang A V. 15. (zum Jagdrecht). Auch die nachfolgende und vollständige Aufhebung des § 143 StGB (Anhang A IV. 1.) in Folge von BVerfGE 110, 141 (»Kampfhunde«) sei nachfolgend ausgeklammert.

257 Siehe bereits oben § 1 V. 2. c).

258 Vgl. nur BVerfGE 105, 313 (348); BVerfGE 124, 199 (Ls. 2, 226).

259 Exemplarisch unten Anhang A III. 16.

strafbar – oder nicht qualifiziert strafbar – gehalten hat, und die diese Situation *ad futurum* durch Strafrechtsexpansion oder -schärfung zu korrigieren sucht.²⁶⁰

Zu derartig klaren Entscheidungen kommt es aus prozessualen Gründen grundsätzlich nur dann,²⁶¹ wenn die Staatsanwaltschaft ebendieses Verhalten angeklagt hat und daher notwendigerweise (§ 170 Abs. 1 StPO) von der Strafbarkeit ebendieses Verhaltens ausgegangen ist; auch die Frage der Verwirklichung einer Qualifikation²⁶² stellt sich – unbeschadet der richterlichen Freiheit, den Sachverhalt anders zu würdigen als die Anklage (vgl. § 265 Abs. 1 StPO) – in der Regel nur dann, wenn dies von der Staatsanwaltschaft vertreten wird. Zudem ist auf die Hürde des Zwischenverfahrens hinzuweisen, in dem das Gericht der Hauptsache, hilfsweise das Beschwerdegericht, auf Basis der Aktenlage die rechtliche Würdigung der Strafbarkeit teilen muss und Zweifelsfragen nicht offenlassen darf.²⁶³ Demzufolge können auf diesem Weg grundsätzlich nur solche Verhaltensweisen von der Rechtsprechung thematisiert und später von der Strafgesetzgebung aufgegriffen werden, die sich zumindest »im Dunstkreis« des von bestehenden Strafgesetzen erfassten Verhaltens bewegen.

Hinreichende kriminalpolitische Handlungsnotwendigkeit vermitteln sodann grundsätzlich nur solche Freisprüche (oder Verneinungen der Verwirklichung von Qualifikationen), die letztinstanzlich getroffen oder bestätigt bzw. vom BVerfG veranlasst werden. Zwar erlangen auch Entscheidungen der Instanzgerichte regelmäßig bundesweite und – wie in neuerer Zeit in Bezug auf die Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs in Tierställen²⁶⁴ – kriminalpolitische Aufmerksamkeit;²⁶⁵ doch können derartige Entscheidungen

260 Zu dieser Gruppe zählen jedenfalls BGHSt 50, 370 (Anhang A IV. 17.); BVerfG, Beschl. v. 01.09.2008 – 2 BvR 2238/07 – (Anhang A V. 6.); BGHSt 51, 44 (Anhang A VI. 1.); BGHSt [GrS] 57, 202 (Anhang A VI. 11.); BGH StV 2018, 97 (Anhang A VII. 12.); und – mit Einschränkungen – auch BGH NSTz 2013, 279 (Anhang A VI. 18.) sowie BGHSt 63, 98 (Tz. 42 ff.) (Anhang A VII. 7.). Zum Sonderfall BVerfGE 117, 244 und PrStG siehe sogleich § 6 II. 3. b) bei und mit Fn. 283.

261 Ausnahmen sind denkbar in Revisionen der Nebenklage, in Klageerzwingungsverfahren oder auch in jeglichen prozessualen Situationen in einem *obiter dictum*. Letzteres dürfte aber nur selten eine Handlungsnotwendigkeit des Strafgesetzgebers in hinreichender Deutlichkeit vor Augen führen.

262 Bei *Regelbeispielen* entfällt hingegen diese Frage, weil auch ohne Regelwirkung von einem besonders schweren Fall usw. ausgegangen werden kann.

263 *Hartmut Schneider*, in: KK⁸, § 203 StPO Rn. 11; *Stuckenberg*, in: LR²⁷, § 203 StPO Rn. 17.

264 LG Magdeburg StV 2018, 335; nachfolgend OLG Naumburg NJW 2018, 2064.

265 Vgl. zum vorgenannten Beispiel *CDU, CSU und SPD*, Koalitionsvertrag 2017, S. 86: »Wir wollen Einbrüche in Tierställe als Straftatbestand effektiv ahnden.«

noch in nachfolgenden Instanzen möglicherweise korrigiert werden und daher den Ressourcenaufwand eines Strafgesetzgebungsverfahrens entbehrlich machen.²⁶⁶

Daraus, dass wenigstens der »Dunkreis« bestehender Strafgesetze tangiert sein muss, folgen schließlich die verbindenden Elemente der diese Reaktion auslösenden Rechtsprechung: Vor allem aus Gründen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) und somit der Wortlautgrenze der Strafvorschriften,²⁶⁷ oder aber aus Gründen der (insbesondere teleologischen, systematischen und historischen) Auslegung²⁶⁸ dieser Strafvorschriften muss aus Sicht des (letztentscheidenden) Gerichts die Strafvorschrift nicht erfüllt oder aber ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund gegeben sein.²⁶⁹

Beachtenswert ist in Bezug auf diese Fallgruppe, dass der aus einer restriktiven Auslegung folgende Freispruch oder die Verneinung einer Qualifikation zwar notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für eine strafgesetzliche Reaktion ist: Nur soweit dieses Ergebnis im Widerspruch steht zu kriminalpolitischen Inhalten, ist eine Handlungsnotwendigkeit zwar grundsätzlich gegeben. Für die Einleitung eines Strafgesetzgebungsverfahrens bedarf es

266 Daher erscheint die Aufnahme der vorgenannten Formulierung in den Koalitionsvertrag 2017 einerseits als verfrüht, weil knapp nach der Bundestagswahl 2017 zunächst nur das Berufungsurteil (LG Magdeburg StV 2018, 335) ergangen war. Andererseits aber war das kriminalpolitische Zeitfenster angesichts der Koalitionsverhandlungen eröffnet und war, als das Revisionsurteil (OLG Naumburg NJW 2018, 2064) erging, bereits geschlossen.

267 BGHSt 50, 370 (371 f.): »eindeutige[r] Wortlaut«; »mit dem Wortsinn der Vorschrift [...] nicht zu vereinbaren«; aufgegriffen in BT-Drs. 16/9646, S. 2 und in § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F. (Anhang A IV. 17.). BVerfG, Beschl. v. 01.09.2008 – 2 BvR 2238/07 –, Rn. 15: »vom möglichen Wortsinn [...] nicht mehr umfasst«; aufgegriffen in BR-Drs. 646/10, S. 1 und in § 113 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB n.F. (Anhang A V. 6.).

268 BGHSt 51, 44 (Auslegung des sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB); aufgegriffen in BT-Drs. 18/476, S. 1 und in § 108e StGB n.F. (Anhang A VI. 1.). BGHSt [GrS] 57, 202 (u.a. Auslegung der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB); aufgegriffen in BT-Drs. 18/6446, S. 1 und in §§ 299a ff. StGB n.F. (Anhang A VI. 11.). BGH NSTz 2013, 279 (zur Aktualität der finalen Verknüpfung bei § 177 StGB a.F.); neben anderer Rechtsprechung aufgegriffen in BR-Drs. 162/16, S. 6 f. und nachfolgend in § 177 StGB n.F. (Anhang A VI. 18.).

269 Als Beispiel für letztgenannte Untergruppe möge – auch wenn die bisherige kriminalpolitische Reaktion sich auf die Ankündigung im Koalitionsvertrag begrenzte – LG Magdeburg StV 2018, 335 und nachfolgend OLG Naumburg NJW 2018, 2064 dienen. An diesem Beispiel zeigt sich indes auch die Schwierigkeit, durch Strafgesetzgebung *ad futurum* Veränderungen zu bewirken, weil hierzu die Querschnittsregelung im Allgemeinen Teil modifiziert oder für diese konkrete Situation außer Anwendung gestellt werden müsste.

zudem aber zumeist noch eines weiteren Auslösers. Daher ist es durchaus bezeichnend, dass bei den meisten der hier erörterten Strafgesetzänderungen dies jeweils nur Teil eines größeren Vorhabens war.²⁷⁰

b) *Handlungsaufträge und -anregungen des BVerfG*

Eine zweite Fallgruppe besteht aus Reaktionen auf Rechtsprechung des BVerfG, die den Gesetzgeber verfassungsrechtlich zum Tätigwerden verpflichtete²⁷¹ oder zumindest anregte,²⁷² oder ein derartiges Eingreifen des BVerfG seitens der Politik befürchtet wurde²⁷³: Innerhalb des Untersuchungszeitraums und -gegenstands sticht insoweit die durch BVerfGE 88, 203 veranlasste Neuregelung der §§ 218a ff. StGB durch das SFHÄndG ins Auge,²⁷⁴ daneben – bereits des Titels des Gesetzes wegen – die Änderung des § 129 StGB im Rahmen der Umsetzung von BVerfGE 109, 279:²⁷⁵ Infolge der vom BVerfG geforderten Mindesthöchststrafe für Katalogtaten einer akustischen Wohnraumüberwachung²⁷⁶ forderte der Bundesrat in seiner – insoweit erfolgreichen – Anrufung des Vermittlungsausschusses,²⁷⁷ dass dieses Ermittlungsinstrument auch in besonders schweren Fällen des § 129 StGB eingesetzt werden könne, und verlangte daher die Anhebung des Strafrahmens in § 129 Abs. 4 StGB; die zugleich im Antrag hierfür vorgebrachten Argumente der Rechtssystematik und Angemessenheit wirken hingegen bloß vorgeschoben.²⁷⁸ Dies unterstreicht, dass auch nicht materiell-strafrechtliche Handlungsaufträge des BVerfG – hier eine Reform des strafprozessualen Rechts zur akustischen Wohnraumüberwachung²⁷⁹ – eine Dynamik entfalten können, die sich sodann als Annex auf das materielle Strafrecht auswirken kann, obschon insoweit gerade keine strafverfassungsrechtliche Änderungspflicht besteht. Dasselbe Muster zeigt sich ebenfalls, wenngleich außerhalb des Untersuchungsgegenstands, im »Prüfauftrag« des BVerfG in Bezug auf

270 Eine Ausnahme stellt indes das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen dar (Anhang A VI. 11.).

271 Vgl. allgemein oben § 2 III. 2. a) aa) sowie § 2 IV. 1. a).

272 Vgl. allgemein oben § 2 IV. 1. b).

273 So bei Anhang A VII. 2..

274 Siehe unten Anhang A I. 3.

275 Siehe unten Anhang A III. 19.

276 BVerfGE 109, 279 (347 f.).

277 Siehe hierzu oben § 6 I. 2. c).

278 Vgl. BT-Drs. 15/5621, S. 1 f.

279 BVerfGE 109, 279 (381).

»die Rechte Tatgeschädigter beim erweiterten Verfall«.²⁸⁰ Hier entschied sich der Strafgesetzgeber zunächst für eine materiell-strafrechtliche,²⁸¹ nunmehr für eine prozessuale Lösung.²⁸² Ebenso kann aus BVerfGE 117, 244 (»Cicero«) nicht eine Verpflichtung zum Erlass des nunmehrigen § 353b Abs. 3a StGB geschlossen werden,²⁸³ allenfalls (und auch nur sehr sublim) eine Anregung zur Modifikation des materiellen Geheimnisschutzstrafrechts.²⁸⁴

Dass neben expliziten und verfassungsfundierten Gesetzgebungsaufträgen des BVerfG auch unterschwellige Anregungen aufgegriffen werden, erklärt sich mit der hohen Aufmerksamkeit des Politikbetriebes gegenüber Rechtsprechung des BVerfG. Diese wiederum ist zwar nicht nur in der Verfassungs(organ)treue fundiert, sondern lässt sich ergänzend mit der hohen öffentlichen Wertschätzung gegenüber dem BVerfG begründen.²⁸⁵ Indes stand die Umsetzung entsprechender materiell-stra(fverfassungs)rechtlicher Forderungen des BVerfG nur im SFHÄndG im Vordergrund und ließ sich allenfalls noch in Bezug auf das PrStG öffentlichkeitswirksam postulieren.

c) *Sonst aufgezeigter Optimierungs- und Korrekturbedarf, insbesondere zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB*

Nur sehr wenige Gesetzgebungsverfahren bzw. darin verfolgte Änderungen lassen sich konkret darauf zurückführen, dass die Rechtsprechung im Übrigen Optimierungs- oder Korrekturbedarf aufgezeigt hatte.²⁸⁶ Ein solches Aufgreifen von aufgezeigten Mängeln des geltenden Rechts lässt sich etwa in der 2017 erfolgten Änderung des § 238 Abs. 1 StGB sehen.²⁸⁷ Diese lässt sich darauf zurückführen, dass sich in der Rechtsanwendung des zehn Jahre

280 BVerfGE 110, 1 (31).

281 Siehe BT-Drs. 16/700, S. 20 sowie unten Anhang A IV. 3.

282 Siehe insbes. § 459h StPO; zur Änderung siehe *Matthias Köhler*, NStZ 2017, 665 (679 ff.) sowie allg. unten Anhang A VI. 22.

283 Die materiell-strafrechtliche Frage, ob die nachfolgende Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses eine sukzessive Beihilfe darstellen kann, wurde in BVerfGE 117, 244 (263 ff.) ausdrücklich offengelassen.

284 Diese erfolgte insoweit durch das PrStG, hierzu unten Anhang A V. 10.

285 Siehe oben § 1 IV. 1. c) aa).

286 Vgl. allgemein oben § 2 IV. 1. b). Mit sehr viel gutem Willen lässt sich auch in Bezug auf das 54. StrÄndG (Anhang A VI. 28.) anführen, dass der BGH in NStZ 2008, 146 zu erkennen gegeben habe, dass zur Europarechtskonformität des § 129a StGB eine Änderung seitens des Gesetzgebers erforderlich sei.

287 Siehe unten Anhang A VI. 20.; daneben ist auf die vermögensabschöpfungsrechtliche Korrektur in Folge von BGH NStZ-RR 2020, 46 (Anhang A VII. 13.) zu verweisen.

zuvor neu erlassenen Tatbestands²⁸⁸ zeigte, »dass sich der Tatbestand nicht mehr unmittelbar am begangenen Tatumrecht orientiert, sondern allein an der Art und Weise, in der das Opfer versucht, der bewirkten Beeinträchtigung zu entgehen«. ²⁸⁹ Mithin schütze dieser weder »Überängstliche noch besonders Hartgesottene, die sich durch das Nachstellen nicht beeindrucken lassen«. ²⁹⁰ Vor allem zeigte sie sich – in durchaus zweifelhafter Weise – im 44. StrÄndG²⁹¹ in Bezug auf das »Standardproblem« des bloßen Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs:

aa) Unbedachte Änderung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB im 6. StrRG

Erst im parlamentarischen Verfahren hin zum 6. StrRG²⁹² erfolgte im Rechtsausschuss eine – so weder im Regierungsentwurf,²⁹³ noch im Koalitionsentwurf,²⁹⁴ noch seitens des Bundesrates oder in sonstigen mitbehandelten Gesetzesinitiativen²⁹⁵ angelegte²⁹⁶ – Erweiterung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB vom Beisichführen »eine[r] Schußwaffe« auf das Beisichführen »eine[r] Waffe oder ein[es] andere[n] gefährliche[n] Werkzeugs«. ²⁹⁷ Zugleich wurde § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB – und auch § 177 Abs. 3 StGB – dieser Regelung »angepasst«. ²⁹⁸ Die zur Begründung gewählten Worte sind berühmt geworden:

»Zunächst sollen in § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a [...] neu [...] die gegenüber dem Begriff der Schußwaffe weiteren Begriffe ›Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug‹ gebraucht werden, um andernfalls drohende Ungereimtheiten auszuschließen. So wäre es kaum einzusehen, die Verwendung beispielsweise einer Handgranate, eines Tapetenmessers oder von Salzsäure beim Raub einer niedrigeren Mindeststrafdrohung zuzuordnen, als die Verwendung einer Schußwaffe. *Der Begriff des ›gefährlichen Werkzeugs‹ ist § 223a Abs. 1 (= § 224 Abs. 1 Nr. 2 E) entnommen, so*

288 Siehe unten Anhang A IV. 6.

289 BT-Drs. 18/9946, S. 10.

290 BGHSt 54, 189 (Rn. 22).

291 Zu weiteren Änderungen des 44. StrÄndG siehe oben § 6 II. 2. und § 6 II. 3. a); zusammenfassend unten Anhang A V. 6.

292 Allgemein hierzu unten Anhang A I. 11.

293 BT-Drs. 13/8991.

294 BT-Drs. 13/7164.

295 BT-Drs. 13/2203; BT-Drs. 13/3468; BT-Drs. 13/6038; BT-Drs. 13/8267; BT-Drs. 13/8548.

296 Siehe nur *Schlothauer/Sättle*, StV 1998, 505 (505).

297 BT-Drs. 13/8991, S. 20.

298 Zu § 244 StGB: BT-Drs. 13/8991, S. 20; BT-Drs. 13/9064, S. 17; zu § 177 StGB: BT-Drs. 13/8991, S. 15; BT-Drs. 13/9064, S. 13 f.

daß zur Auslegung auf die hierzu entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann. Danach ist z. B. Salzsäure als gefährliches Werkzeug anzusehen (BGHSt 1, 1).«²⁹⁹

Dabei wurde indes seitens des Gesetzgebers offensichtlich übersehen, dass ein zentraler Bestandteil der Definition des gefährlichen Werkzeugs bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der auf die konkrete Verwendung abstellt (»Einsatzkomponente«³⁰⁰), schlicht untauglich ist für Fälle des bloßen Beisichführens, weil dieses gerade nicht auf die Verwendung und auch nicht auf eine Verwendungsabsicht oder dergleichen abstellt. Lässt man hingegen potentielle Verletzungsfolgen ausreichen, so wäre »dies bei fast jedem Gegenstand, der die Einwirkungsmöglichkeit auf den menschlichen Körper gegenüber einer Kraftentfaltung ohne physikalisch oder chemisch wirkende Hilfsmittel erhöht, zu bejahen [...], [und es] käme [...] zu einer unabsehbaren Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschriften.«³⁰¹ Besonders problematisch ist dies bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB, da Diebstahl – anders als Raub und Vergewaltigung – zum einen ein gewaltfernes Delikt ist und auch viele Bagatelle (z.B. Ladendiebstähle) miterfasst, mithin die (auch nur potentielle) Verwendung von Waffen eher atypisch ist. Zum anderen war bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB a.F. gerade keine § 250 Abs. 3 StGB vergleichbare Regelung für minder schwere Fälle vorgesehen.³⁰²

bb) Das Scheitern von Begrenzungsversuchen mit BGHSt 52, 257

In der Folge wurden unzählige subjektive, objektive und gemischt subjektiv-objektive Begrenzungsversuche seitens der Literatur vorgeschlagen³⁰³ und teils auch von der Rechtsprechung erwogen.³⁰⁴ Derartigen Ansätzen erteilte jedoch BGHSt 52, 257 eine Absage, obschon der BGH den »Auslegungshinweis des Gesetzgebers [...] für [...] nicht tauglich«³⁰⁵ und »die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) StGB [für] missglückt« erachtete, denn »[d]iese

299 BT-Drs. 13/9064, S. 18; Hervorh. durch *Verf.*

300 *Schlothauer/Sättele*, StV 1998, 505 (505).

301 *Schlothauer/Sättele*, StV 1998, 505 (505 f.).

302 Diese senkt den Strafraum auf den des Grunddelikts ab, vgl. § 249 Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 5 StGB damaliger Fassung senkte ebenfalls die Mindeststrafe bei minder schweren Fällen des Abs. 3 auf die Mindeststrafandrohung des Grunddelikts ab.

303 Siehe hierzu den Überblick bei *Hochmayr*, in: *Hochmayr* (Hrsg.), *Waffen und gefährliche Werkzeuge als Strafschärfungsgrund*, S. 51 (64 ff.); *J. Vogell/Brodowski*, in: LK¹³, § 244 StGB Rn. 17 sowie in BGHSt 52, 257 (Rn. 20 ff.); jeweils m.w.N.

304 So sehr rasch in BGH NSTz 1999, 301 (302).

305 BGHSt 52, 257 (Rn. 17).

lässt von vornherein keine Auslegung des Begriffs des ›anderen gefährlichen Werkzeugs‹ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte.«³⁰⁶ Allerdings seien die subjektiven Begrenzungsversuche insbesondere mit Wortlaut und Mikrosystematik unvereinbar,³⁰⁷ und objektiv sei der Begriff letztlich nicht »allgemeingültig zu definieren«³⁰⁸ – jedenfalls sah der BGH davon ausdrücklich ab. Vielmehr sah er sich veranlasst, Kasuistik zu betreiben und im konkreten Fall ein »klappbares Taschenmesser mit einer längeren Klinge« als gefährliches Werkzeug zu subsumieren.³⁰⁹

Nicht näher ging der BGH allerdings darauf ein, ob die erkanntermaßen fehlende »Stimmigkeit« auch verfassungsrechtliche Zweifel an der Qualifikationsvorschrift begründet, insbesondere in Bezug auf die hinreichende Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG), das Willkürverbot in Bezug auf die daraus folgende Beliebigkeit (Art. 3 GG) und die vom Schuldprinzip vorausgesetzte Möglichkeit einer schuldangemessenen Bestrafung.³¹⁰ Indes schärfte das BVerfG erst kurze Zeit später seine Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot bei Strafschärfungsgründen nach;³¹¹ eine – ohnehin nur mit der Nichtvorlage an den BGH begründete – Verfassungsbeschwerde, die ein Verfahren wegen dieser Qualifikationsvorschrift und ein »Schweizer Taschenmesser« betraf, nahm das BVerfG (in anderer Kammerbesetzung) nicht zur Entscheidung an,³¹² und auch nachfolgend ist bislang keine (veröffentlichte) Verfassungsrechtsprechung zu dieser Frage ergangen.

Vielmehr konstatierte der BGH, dass die sich aus der fehlenden »Stimmigkeit« »ergebenden Misslichkeiten [...] gegebenenfalls durch eine adäquate Neufassung des Gesetzes zu beseitigen« seien.³¹³ Diese – in der gebotenen Zurückhaltung formulierte – Forderung bezog sich dabei auf den Wortlaut des gegenständlichen Erschwerungsgrunds in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB, enthielt sich aber einer Stellungnahme, *wie* eine solche Neufassung aussehen könnte.

306 BGHSt 52, 257 (Rn. 24).

307 BGHSt 52, 257 (Rn. 26 ff.)

308 BGHSt 52, 257 (Rn. 24).

309 BGHSt 52, 257 (Rn. 3, 33 ff.).

310 Hierzu näher, vor Einführung des § 244 Abs. 3 StGB, *J. Vogel*, in: LK¹², § 244 StGB Rn. 18. Zur Möglichkeit bei § 177 StGB und § 250 StGB, durch Bejahung eines minder schweren Falles auf die Mindeststrafe des Grundtatbestands zu erkennen, siehe oben in Fn. 302.

311 BVerfG, Beschl. v. 01.09.2008 – 2 BvR 2238/07 –.

312 BVerfG, Beschl. v. 02.03.2009 – 2 BvR 1032/08 –.

313 BGHSt 52, 257 (Rn. 32).

- cc) Der Weg des geringsten Widerstandes mit § 244 Abs. 3 StGB n.F. durch das 44. StrÄndG

Etwa zwei Jahre später wurde die Problematik in demjenigen RefE aufgegriffen, welcher nachfolgend zum 44. StrÄndG führte:³¹⁴ Dieser sah die – später auch Gesetz gewordene – Ergänzung eines minder schweren Falles als § 244 Abs. 3 StGB vor. Damit kann zwar »sicher[ge]stell[t werden], dass in jedem Einzelfall eine angemessene Strafe verhängt werden kann«. ³¹⁵ Dass jedoch das Problem nicht an seiner Wurzel – die Formulierung des Qualifikationstatbestands – gepackt wird und zudem der minder schwere Fall (anders als beim Vergleichsgegenstand § 250 Abs. 3 StGB) eine über den Grundtatbestand erhöhte Mindeststrafe vorsieht, rief sogleich Kritik des DRB³¹⁶ und des DAV³¹⁷ und nachfolgend – zum RegE – auch des Strauda³¹⁸ hervor, die allerdings im Gesetzgebungsverfahren – soweit ersichtlich – nicht aufgegriffen wurde.³¹⁹

Besonders pikant daran ist, dass derselbe Gesetzentwurf die Aufnahme desselben Merkmals in §§ 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 121 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 125a Satz 2 Nr. 2 StGB vorsah,³²⁰ in den dortigen Regelbeispielen aber jeweils subjektiv eine Verwendungsabsicht oder zumindest ein Verwendungsvorbehalt als Einschränkung vorgesehen war.³²¹ Unbeschadet der Frage, ob dies der beste Ansatz zu einer Neuregelung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB wäre, hätte es zumindest nahegelegen, angesichts der Diskussion im selben Gesetzgebungsverfahren zumindest ausdrücklich zu erwägen, diesen Restriktionsansatz in § 244 StGB zu übernehmen. Dass nachfolgend in §§ 121 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 125a Satz 2 Nr. 2 StGB der Verwendungsvorbehalt durch das 52. StrÄndG gestrichen wurde,³²² wiegt dort wegen der bloßen

314 Siehe hierzu oben § 6 II. 2. a).

315 BR-Drs. 646/10, S. 6; gleichlautend auch zuvor der RefE v. 25.05.2010.

316 *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme RefE 25.05.2010, S. 2.

317 *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme RefE 25.05.2010, S. 11 ff.

318 *BRAK*, Stellungnahme Nr. 24/2011; siehe zudem *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme BT-Drs. 17/4143, S. 5 ff.

319 Indes forderte der Bundesrat, den Anwendungsbereich des § 244 Abs. 3 StGB n.F. einzugrenzen, BT-Drs. 17/4143, S. 11. In Debattenbeiträgen wurde § 244 StGB nur von *Stadler* (FDP) aufgegriffen: »Den Gerichten sollte hier ein flexibles Instrument an die Hand gegeben werden, wie dies bei vielen anderen Tatbeständen im Strafgesetzbuch schon vorgesehen ist«, BR-Prot. 877/454(A).

320 Kritik hieran äußerte allein *Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE 25.05.2010; Lob bei *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme RefE 25.05.2010, S. 2.

321 Exemplarisch *Bosch*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 121 StGB Rn. 32.

322 Siehe unten Anhang A VI. 23.

Regelwirkung weniger schwer. Bemerkenswert ist aber, dass in der Begründung zum RefE und zum RegE die Auslegungsproblematik nicht diskutiert, sondern § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB jeweils als Vorbild genannt wurde³²³ und die diesbezügliche Kritik des DAV,³²⁴ des DRB,³²⁵ der NRV³²⁶ und des Strauda (»[u]nbegreiflich«)³²⁷ nicht einmal thematisiert wurde.

Somit zeigt sich im Gesetzgebungsverfahren und dem 44. StrÄndG der Weg des geringsten Widerstandes: Eine allgemeine Regelung eines »minder schweren Falles« ist rechtstechnisch einfach, führt zu vergleichsweise wenig legislativem Diskussionsbedarf über die optimale Ausgestaltung von Qualifikationsmerkmalen und eröffnet vor allem den – aus Sicht der Kriminalpolitik in Deutschland vertrauenswürdigen – Gerichten einen (noch) größeren Handlungsspielraum in der Rechtsanwendung. Es wird somit innerhalb der Strafgesetzgebung ein Ausweichmechanismus³²⁸ genutzt, um noch größeren legislativen Änderungsbedarf zu vermeiden.

4. Zusammenführung

Bei der qualitativen Auswertung einiger Strafgesetzgebungsverfahren zeigte sich, dass bereits in einzelnen Gesetzgebungsverfahren mehrere Ursachen, Auslöser und Motivationen zusammentreffen und sich verschiedene kriminalpolitische Prozesse – auch in Mehrebenensystemen – überlappen können. So vermenigte das 44. StrÄndG die Reaktion auf ein wahrgenommenes Strafrechtsschutzdefizit von Vollstreckungsbeamten mit einer Reaktion auf verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Begriff der »Waffe« und mit einer oberflächlichen Korrektur des § 244 StGB, und so gingen diesem Gesetzgebungsverfahren entsprechende Bundesratsinitiativen und eine politische Vorbindung kraft Koalitionsvertrag voraus. Eine thematische Vermischung ist hingegen in europäischer Strafgesetzgebung³²⁹ weniger zu vermuten, dafür aber eine noch offener zu Tage tretende Vermengung von mehrschichtigen kriminalpolitischen Handlungszyklen: So beeinflussten sich im gewählten Beispiel der RL 2011/36/EU die strategischen Leitlinien (hier das Stockholmer Programm), Aktionspläne im Rat und das konkrete Legis-

323 BT-Drs. 18/11161, S. 9 f.

324 *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme RefE 13.12.2016, S. 9 ff.

325 *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme RefE 13.12.2016, S. 2, 4.

326 *Neue Richtervereinigung*, Stellungnahme RefE 13.12.2016, S. 3 f.

327 *BRAK*, Stellungnahme Nr. 16/2017, S. 5.

328 Zu diesem siehe oben § 1 V. 1. d).

329 Anders indes in der Umsetzungsgesetzgebung, in der auch weitere politische Inhalte verwirklicht werden können.

lativvorhaben wechselseitig, standen aber jeweils auch in wechselseitigem Bezug zu nationalen Akteuren (etwa im Rat und im Europäischen Rat) und zu nationaler Strafgesetzgebung (namentlich der vorangegangenen Umsetzung des RB 2002/629/JI).

Zum anderen aber bestätigten sich grundsätzlich die oben entwickelten Modellannahmen, sowohl Statiken und Dynamiken als auch das europäisierte Strafgesetzgebungsverfahren betreffend: So zeigte sich die dynamisierende Kraft von (manchen) Leitentscheidungen der Rechtsprechung, von Summationseffekten in Bezug auf (wahrgenommene) Kriminalität und von europäischen Rahmenvorgaben, aber auch die Kumulierung manifester und latenter Ziele von Strafgesetzen und vor allem bereits von Strafgesetzgebung als solcher. Gleichwohl ist dies, selbst soweit man letzteres als »symbolische Gesetzgebung« bezeichnen mag, nicht von vornherein gleichzusetzen mit verfassungswidrigem oder sonst illegitimem politischen Handeln.³³⁰

330 Vgl. hierzu bereits oben § 2 III. 1. sowie § 2 III. 3. a) bb) (3).

