

Dominik Brodowski

Die Evolution des Strafrechts

Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und
kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung



Nomos

Band 21

Neue Schriften zum Strafrecht



Nomos

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß LL.M., Universität Köln

Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster

Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt am Main

BVR Prof. Dr. Henning Radtke, Bundesverfassungsgericht Karlsruhe

Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Frank Saliger, Universität München

Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München

Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich

Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Prof. Dr. Rainer Zaczek, Universität Bonn

Dominik Brodowski

Die Evolution des Strafrechts

*Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und
kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung*

Nomos Verlagsgesellschaft

Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (Univ. of Pennsylvania), geboren 1980, studierte Rechtswissenschaften in Tübingen und legte 2006 die erste juristische Staatsprüfung ab. 2007 folgte der Master of Laws an der University of Pennsylvania in Philadelphia (USA), 2012 die zweite juristische Staatsprüfung. Zunächst in Tübingen, später in München war er wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Joachim Vogel, RiOLG. 2015 wurde er von der Universität Tübingen mit einer Arbeit über „Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht“ promoviert. Anschließend war er wissenschaftlicher Mitarbeiter in Frankfurt a.M. bei Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU) und Prof. Dr. Matthias Jahn, RiOLG. An der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a.M. wurde er im Juni 2021 habilitiert und erhielt die Lehrbefugnis für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches und Internationales Strafrecht, IT-Strafrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht. Seit 2018 ist er an der Universität des Saarlandes tätig, zunächst als Juniorprofessor, seit 2022 als Universitätsprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 499372082.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Habil., Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt a.M., 2021

1. Auflage 2023

© Dominik Brodowski

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8676-3
ISBN (ePDF): 978-3-7489-3045-7

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748930457>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

Vorwort

Bei dieser Monographie handelt es sich um eine aktualisierte Fassung des Manuskripts, das im Sommersemester 2021 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität als Habilitationsschrift angenommen wurde. Für diese Druckfassung konnten Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis Januar 2023 berücksichtigt und der Untersuchungszeitraum um die 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags ergänzt werden.

Betreut wurde das Habilitationsverfahren durch *Matthias Jahn*, dem ich an dieser Stelle ganz besonders herzlich für seine Unterstützung, seinen Rat und dafür danken möchte, wie er mich in sein Team aufgenommen hat, nachdem ich nach dem Tod von *Joachim Vogel* auf der Suche nach einer neuen akademischen Heimat war. Mit dem Strafverfassungsrecht als wesentlichem Topos der Schrift knüpfe ich an ein zentrales Forschungsfeld meiner beiden akademischen Lehrer an. *Cornelius Prittwitz* möchte ich für sein Zweitgutachten herzlich danken, den anonymen Gutachterinnen und Gutachtern sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) für die Förderung der Open-Access-Publikation.

Entstanden ist diese Monographie teils während meiner Frankfurter Assistentenzeit, teils während meiner Tätigkeit als (Junior-)Professor an der Universität des Saarlandes. Meinem Team rund um *Maria Gahn*, *Julia Reichmann* und *Christoph Zoller* danke ich sehr herzlich für unermüdliche Scan- und Korrekturdienste («all remaining errors are my own»), den Saarbrücker Kolleginnen und Kollegen (im Strafrecht *Marco Mansdörfer* und zunächst *Heinz Koriath*, nunmehr *Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu* sowie, als Emeritus, *Heike Jung*) für deren wohlwollende Unterstützung dieses Forschungsvorhabens. Sehr dankbar bin ich für meinen beruflichen und akademischen Freundeskreis, aus dem ich hier – angesichts besonderer Bezüge zu dieser Schrift – *Christoph Burchard*, *Eduardo Saad-Diniz*, *Johanna Sprenger* und *Liane Wörner* namentlich hervorheben möchte.

Glücklich schätze ich mich schließlich wegen meines privaten Umfelds, vor allem wegen der beständigen Unterstützung durch meine Eltern, durch meine Verwandten und Freunde – und insbesondere durch *Verena*.

Saarbrücken/Rosenheim, im Januar 2023

Dominik Brodowski

Inhaltsübersicht

Erster Teil: Einführung	33
Zweiter Teil: Statisches und Dynamisches im Strafrecht – Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf das materielle Strafrecht	79
§ 1 Statisches im Strafrecht	81
§ 2 Dynamisches im Strafrecht	311
§ 3 Das Zusammenspiel von statischen und dynamischen Wirkmechanismen und die Evolution des Strafrechts	373
Dritter Teil: Strafgesetzgebung in Deutschland und Europa	383
§ 4 Strafgesetzgebung in Deutschland	385
§ 5 Strafgesetzgebung in der Europäischen Union	443
§ 6 Strafgesetzgebung in der 13. bis 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages	499
Vierter Teil: Dynamische Bestimmtheit von Strafnormen	559
§ 7 Spezifika des strafverfassungsrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 Abs. 2 GG)	561
§ 8 Dynamische Elemente der (Un-)Bestimmtheit von Strafnormen	623
Fünfter Teil: Schlussbetrachtung	649
Anhang A: Evolution des StGB in der 13. bis 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages	665
Anhang B: Materielles Europäisches Strafrecht im Überblick	755
Literaturverzeichnis	777
Stichwortverzeichnis	845

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einführung	33
I. Säulen dieser Untersuchung	35
1. Strafverfassungsrecht	36
a) Strafrecht, Strafrechtswissenschaft und (deutsches) Verfassungsrecht	36
b) Herausbildung des »Strafverfassungsrechts« als »Leit- oder Schlüsselbegriff«	45
2. Kriminalpolitik und Kriminalpolitikwissenschaft	49
a) Kriminalpolitik	49
aa) »Aktive« Kriminalpolitik	49
bb) Kriminalpolitik als Politikfeld	52
(1) Kriminalpolitik als »policy«	53
(2) Kriminalpolitik als »politics«	54
(3) Kriminalpolitik als »polity«	56
b) Kriminalpolitikwissenschaft	57
3. Gesetzgebungslehre und Strafgesetzgebungslehre	60
a) Gesetzgebungslehre	60
b) Strafgesetzgebungslehre	62
II. Eigener Ansatz	65
1. »Evolution des materiellen Strafrechts« – Zum Gegenstand dieser Untersuchung	66
2. Statiken, Dynamiken und Wechselwirkungen – Zum Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung	70
a) Wirkmechanismen der Evolution des materiellen Strafrechts	70
b) Europäisierte Strafgesetzgebung – Strafgesetzgebungslehre und Strafgesetzgebungspraxis in der 13. bis 19. Legislaturperiode	73
c) Wechselwirkungen zwischen Strafgesetzgebung und Rechtsprechung	74
3. Strafverfassungsrecht, Kriminalpolitikwissenschaft, Strafgesetzgebungslehre – Zur Methodik dieser Untersuchung	75
III. Gang der Untersuchung	76

Zweiter Teil: Statisches und Dynamisches im Strafrecht – Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf das materielle Strafrecht	79
§ 1 Statisches im Strafrecht	81
I. Rechtsförmlichkeit	82
1. Unbefristete Fortgeltung des StGB	84
a) Rechtstheoretischer Hintergrund	84
b) Zeitgesetze und experimentelle Strafgesetzgebung	86
c) Resistenz gegen strafverfassungsrechtliche Kontrolle	87
aa) Nachkonstitutionelles Recht	87
bb) Vorkonstitutionelles Recht	90
d) Zusammenführung	91
2. Erfordernis von Parlamentsgesetzen zur Änderung des StGB	91
3. Dauerhaftigkeit von Gesetzgebung	93
a) Verbot von strafrechtlicher Einzelfallgesetzgebung	94
b) Strafverfassungsrechtliches Gebot der Dauerhaftigkeit von Gesetzen	95
c) Kontinuität auch in Zeiten politischen Wandels	96
II. Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils	97
1. Ausdrückliche Konstitutionalisierung	99
a) ... im Bereich der Rechtsfolgen der Tat	99
aa) Verbot der Todesstrafe (Art. 102 GG, Art. 2 Abs. 2 GRCh, Art. 1 EMRK ZP-6, Art. 1 EMRK ZP-13)	99
bb) Misshandlungsverbot (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG); Verbot der Folter sowie erniedrigender Strafe oder Behandlung (Art. 3 EMRK, Art. 4 GRCh)	100
cc) Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 5 EMRK, Art. 6, 49 Abs. 3 GRCh)	101
(1) Zeitige Freiheitsstrafe	102
(2) Lebenslange Freiheitsstrafe	103
(3) Maßregelvollzug, insbesondere Sicherungsverwahrung	106
dd) Eigentum (Art. 14 GG, Art. 1 EMRK ZP, Art. 17 Abs. 1 GRCh)	107
(1) Geldstrafe	107
(2) Vermögensstrafe	108
(3) Einziehung (Vermögensabschöpfung)	109
ee) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und spezielle Grundrechte	110

ff)	Doppelverfolgungs- und Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 Abs. 3 GG, Art. 4 EMRK ZP-7, Art. 50 GRCh)	111
b)	... im Bereich der Rechtfertigung und des Strafbarkeitsausschlusses	112
aa)	Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG)	113
bb)	Wahrheitsgetreue Parlamentsberichterstattung (Art. 42 Abs. 3 GG)	113
cc)	Indemnität (Art. 46 Abs. 1 GG)	114
c)	... durch das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 EMRK, Art. 49 Abs. 1 und 2 GRCh)	115
aa)	Rückwirkungsverbot	115
bb)	Verbot analoger oder außergesetzlicher Strafbegründung oder -schärfung; Parlamentsvorbehalt	116
cc)	Inhaltliche Bestimmtheit	117
d)	... durch Maßgaben des europäischen und internationalen Strafrechts	117
aa)	EU-Primärrecht; EMRK	117
bb)	EU-Sekundärrecht	118
(1)	Strafanwendungsrecht	119
(2)	Teilnahme	121
(3)	Versuch	124
(4)	Verjährung	125
(5)	Rechtsfolgen der Tat im Allgemeinen	126
(6)	Vermögensabschöpfung im Besonderen	126
(7)	Zusammenführung	127
cc)	Völkervertragsrecht	128
2.	Implizite Konstitutionalisierung	129
a)	Schuldprinzip	129
aa)	Grundgesetzliche Dimension	130
(1)	... im Spiegel der Verfassungsrechtsprechung	130
(2)	... im Spiegel der Straf- und Verfassungsrechtswissenschaft	132
bb)	Europaverfassungsrechtliche Dimension	137
cc)	Kriminalpolitische Dimension	139
b)	Verhältnismäßigkeit, Gleichheit und materielle Gerechtigkeit	141
aa)	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	141
(1)	Begrenzung der Rechtsfolgen der Tat (einschließlich Strafzumessung)	141

(2) Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung	142
(3) Eingriffslegitimierende Rechtfertigungsgründe, insbesondere Notwehr (§ 32 StGB)?	144
bb) Gleichheitsgrundrecht (Art. 3 Abs. 1 GG)	146
(1) Maßstabsbildung in der Rechtsprechung des BVerfG	146
(2) Strafverfassungsrechtliche Maßstäbe	148
cc) Materielle Gerechtigkeit	152
c) Naturrecht bzw. übergesetzliches Recht	152
d) Einheit bzw. Widerspruchsfreiheit der Strafrechtsordnung und die konstitutionalisierende Kraft der Strafrechtsdogmatik	155
aa) Strafverfassungsrechtliche Rekonstruktion	156
bb) Kriminalpolitische Rekonstruktion	158
e) Strafanwendungsrecht und das Erfordernis eines völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunkts	159
3. Prozedurale Konstitutionalisierung	162
a) (Rationalitäts-)Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren	163
b) Zeitliche Kontinuität als Verfassungsprinzip (<i>A. Leisner</i>)	165
c) Argumentationslast in Verbindung mit »in dubio pro libertate« (<i>Kaspar</i>)	167
d) Diskurstheorie und Strafgesetzgebung (<i>J. Vogel</i>)	169
e) »Weiche« Konstitutionalisierung mittels <i>Radbruch</i> 'scher Formel	171
4. Zusammenführung	173
III. Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten	175
1. Europa- und völkerrechtliche Vorgaben	175
a) Vorgaben des EU-Primärrechts	176
aa) Loyalitätsverpflichtung (Art. 4 Abs. 3 EUV)	177
bb) Konkretisierung durch Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV	179
cc) Konkretisierung durch Art. 30 EuGH-Satzung	181
dd) Konkretisierung durch Art. 194 Abs. 1 UAbs. 2 EAGV	182
b) Vorgaben des EU-Sekundärrechts	182
aa) Rechtsgrundlagen	183
bb) Typologie und Struktur	185
cc) Reichweite der unionsrechtlichen Vorgaben	189
dd) Zur Umsetzung von kriminalstrafrechtlichen Vorgaben durch das bzw. im StGB	192
c) Vorgaben des Völkerrechts	194

aa)	Völkergewohnheitsrecht einschließlich des <i>ius cogens</i>	194
(1)	Völkerstrafrecht	195
(2)	Folterverbot	196
(3)	Straftaten gegen ausländische Staaten und deren Repräsentanten	197
bb)	Völkervertragsrecht	197
(1)	Ausgangspunkt: freiwillige Bindung ohne normative Konstitutionalisierung	198
(2)	Ausnahme: Resolutionen des VN-Sicherheitsrats (insbesondere S/RES/1373 [2001])	199
(3)	Kriminalpolitische Konstitutionalisierung	200
cc)	Empfehlungen (» <i>soft law</i> «)	202
2.	Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker (Art. 26 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 2 GG)	204
3.	Verfassungsrechtliche Schutzpflichten und -obliegenheiten	207
a)	Grundrechtliche Konstruktion	208
aa)	Schutzfunktion der Grundrechte	208
(1)	BVerfGE 39, 1 (»Schwangerschaftsabbruch I«)	209
(2)	BVerfGE 88, 203 (»Schwangerschaftsabbruch II«)	211
(3)	Weitere Rechtsprechung des BVerfG	212
(4)	Positive Verpflichtungen (» <i>positive obligations</i> «) des europäischen Menschenrechtsschutzes	213
(5)	Verbleibende Unklarheiten über Reichweite, Intensität und Durchsetzbarkeit	217
(6)	Notwendigkeit einer weiteren Eingrenzung: Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit demokratisch-politischer Mitgestaltung	223
bb)	Grundrecht auf Sicherheit	225
(1)	Grundrecht auf Sicherheit (<i>Isensee</i>)	225
(2)	Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK, Art. 6 GRCh)	226
b)	Sicherheitsverantwortung des Staates und Obliegenheiten zur Kriminalisierung	229
aa)	Strafverfassungsrechtliche Fundierung	229
bb)	Weitere Konkretisierung und Prozeduralisierung (» <i>weiche</i> « Konstitutionalisierung)	232
cc)	Strafrechtskultur und transkulturelles Strafrecht	234
4.	Zusammenführung	235
IV.	Pönalisierungsgrenzen und -hemmnisse	237
1.	Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Verhaltensnorm	237

a)	Verhaltensnorm als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff	238
aa)	Eröffnung jedenfalls des Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	238
bb)	Eingriffsqualität von Strafgesetzgebung	241
cc)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	243
dd)	Relevanz der EMRK	245
b)	Unionsrechtskonformität der Verhaltensnorm	246
c)	Kriminalpolitische Perspektive	247
aa)	Grundrechte und grundrechtsbezogene Rechtsprechung des BVerfG als »polity«	248
bb)	Breiter politischer Handlungsspielraum	249
2.	Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Sanktionsnorm bzw. der sanktionsbewehrten Verhaltensnorm	250
a)	Gesetzgebungskritische Rechtsgutslehre	250
aa)	Abschichtungen	250
(1)	Auslegungsleitende Funktion	251
(2)	Kriminalpolitische Klugheitsregel: »policy«, echte oder scheinbare »polity«?	251
bb)	Verfassungsrechtlicher Gehalt	253
(1)	Ausgangspunkt: BVerfGE 120, 224	253
(2)	Verfassungsrechtliche Konstruktionen	254
(3)	Wiederauferstehung in BVerfGE 153, 182?	258
b)	Strafrecht im Vergleich zu anderen Regelungsmodellen: Strafrecht als »Ultima Ratio«	260
aa)	Kriminalpolitische Klugheitsregel: »policy«, echte oder scheinbare »polity«?	261
bb)	Strafverfassungsrechtliche Deutungs- und Argumentationsmuster	262
cc)	Das Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung und Ultima Ratio als Schranken-Schranke (M. Jahn/Brodowski)	263
c)	Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm bzw. der sanktionsbewehrten Verhaltensnorm	264
aa)	Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm	265
bb)	Verhältnismäßigkeit der sanktionsbewehrten Verhaltensnorm	267
cc)	Unionsrechtskonformität der Sanktionsnorm	271
3.	Prozeduralisierung	274
4.	Zusammenführung	275
V.	Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen	276

1. Strafrechtsinterne Spielräume	276
a) Gewohnheitsrecht und ständige Rechtsprechung im Allgemeinen Teil	277
b) Rechtsfortbildung <i>intra legem</i>	279
c) Rechtsfortbildung <i>praeter</i> und <i>contra legem</i>	281
d) Spielräume bei der Rechtsauslegung und -anwendung	283
2. Strafrechtsrelativierung abseits formeller Entkriminalisierung	285
a) Prozessuale Strafrechtsrelativierung	285
b) Ressourcensteuerung	287
c) Materiell-rechtliche Strafrechtsreduktion	288
3. Strafrechtsintensivierung abseits formeller Kriminalisierung	290
a) Expansion des Sicherheitsrechts	290
b) Prozessuale Strafrechtsintensivierung; Ressourcensteuerung	293
c) Materiell-rechtliche Strafrechtsintensivierung	293
d) (Teil-)Exkurs: Nebenstrafrecht	294
4. Zusammenführung	295
VI. Strafrechtskontinuität als »policy«	296
1. Schuldzentrierung	296
2. StGB als »Grundgesetz für den Bürger«?	297
a) Rechtliche und faktische Zweifel	298
b) Grundtatbestände des StGB als (Teil-)Kodifikation des transkulturellen Strafrechts	299
c) Besondere öffentliche Wahrnehmung des StGB	300
3. Hinreichende Zufriedenheit mit dem Kriminaljustizsystem in Deutschland	301
a) ... in Strafrechtspraxis und -wissenschaft	302
b) ... der Öffentlichkeit	303
c) ... ausweislich der Wahlprogramme	304
4. Asymmetrische politische Anreize für Änderungen des StGB	306
a) Wahrgenommene Handlungsnotwendigkeit und deren Vermittlung	306
b) Politischer »Nutzen«	307
5. Zusammenführung	309
§ 2 Dynamisches im Strafrecht	311
I. Typologie	314
1. Formale Änderungen	314
a) Neubekanntmachung	314
b) Berichtigung	315
c) Redaktionelle Änderung	316

2. Materielle Änderungen	316
a) ... im Besonderen Teil	317
aa) Expansion und Reduktion	317
bb) Intensivierung und Relativierung	318
cc) Schärfung und Milderung	319
b) ... im Allgemeinen Teil	319
3. Deklaratorische Änderungen	319
a) Entscheidungen des BVerfG	320
b) Kodifikation von Rechtsprechung	321
II. Zur Änderungsrate bei Verfassungen	321
1. Empirischer Zugang	322
2. Diskussion	323
3. Transfer auf das Strafrecht	324
III. Ursachen	326
1. Demokratizität und politische Symbolik als Schein-Ursachen	327
2. Anpassung an die (ihrerseits dynamische) Statik	328
a) Verfassungsrecht	328
aa) Rückführung in den »Korridor«	328
bb) Veränderung des »Korridors«	330
b) Europäisches und Internationales Strafrecht	332
aa) EMRK	332
bb) EU-Strafrecht (Europäisches Strafrecht i.e.S.)	333
cc) Völkerrecht	334
3. Verhaltensregulierung	336
a) Ziel des Strafrechts und der Strafgesetzgebung: Verhaltensregulierung	336
aa) Manifeste Funktionen und Ziele	337
bb) Latente Funktionen und Ziele	338
(1) ... auf »Handelndenseite«	338
(2) ... auf »Verletztenseite«, auf Seiten Dritter und auf gesellschaftlicher Ebene	339
(3) Auswirkungen latenter Funktionen auf die Verfassungskonformität von Strafgesetzen	340
cc) Zusammenführung	342
b) Wichtige Fallgruppen aktueller Strafgesetzgebung zur Verhaltensregulierung	345
aa) Befriedung gesellschaftlicher Konflikte	345
bb) Technische, wirtschaftliche und ökologische Entwicklung	346
cc) (Wahrgenommener) Wandel von Verhaltensweisen auf »Täterseite«	348

4.	Geänderte Strafrechtskonzepte	349
a)	»Risikostrafrecht«	349
b)	»Präventionsstrafrecht«	350
c)	»Sicherheits(straf-)recht«	351
d)	»punitive turn«	352
e)	»Feindstrafrecht«	353
5.	Optimierung und Korrektur	353
6.	Zusammenführung	355
IV.	Auslöser	355
1.	Leitentscheidungen der Rechtsprechung	356
a)	... mit Veränderung, Konkretisierung oder Aktualisierung der Statik	356
b)	... mit explizitem Verweis auf die Legislative	358
c)	... mit hinreichender Resonanz	360
2.	Kriminalität	361
a)	Herausragende Einzelfälle bzw. -situationen	361
b)	Summations- und Kumulationseffekte	363
c)	Evidenzen	363
3.	Europäisches und Internationales Strafrecht	364
a)	EU-Strafrecht (Europäisches Strafrecht i.e.S.)	364
b)	Völkerrecht	364
4.	Zeitgesetzgebung und Evaluationen	365
5.	Machtwechsel und Machtdemonstration	367
6.	Außerstrafrechtliche Rechtsetzung	368
V.	Motivationen	369
1.	Normkonformität	369
2.	Gestaltungswille	370
3.	Machterhalt bzw. -steigerung	371
§ 3	Das Zusammenspiel von statischen und dynamischen Wirkmechanismen und die Evolution des Strafrechts	373
I.	Zusammenführung der Statiken	373
II.	Zusammenführung der Dynamiken	376
III.	Zusammenspiel von statischen und dynamischen Wirkmechanismen	378
1.	Asymmetrien	379
2.	Wirkbedingungen »aktiver« Kriminalpolitik	380
3.	Plurales, verfassungsgebundenes Strafrecht in einer pluralistischen Gesellschaft	380

Dritter Teil: Strafgesetzgebung in Deutschland und Europa	383
§ 4 Strafgesetzgebung in Deutschland	385
I. Das formale Verfahren der Strafgesetzgebung	385
1. Initiativen	386
a) Berechtigte (Art. 76 Abs. 1 GG)	386
b) Vorabbefassung des Bundesrates bzw. der Bundesregierung (Art. 76 Abs. 2 und 3 GG)	387
2. Beratung und Beschlussfassung im Bundestag als Herzkammer des Gesetzgebungsverfahrens (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG)	388
a) Erste Lesung	389
b) Ausschussarbeit	390
c) Zweite und ggf. dritte Lesung sowie Schlussabstimmung	391
3. Mitwirkung des Bundesrates und des Vermittlungsausschusses (Art. 77 Abs. 2 bis Abs. 4 GG)	392
4. Vetomacht der Bundesregierung? (Art. 113 GG)	393
5. Ausfertigung und Verkündung	395
6. Besonderheiten bei einer Grundgesetzänderung	395
II. Verfassungsrechtliche Spezifika der Strafgesetzgebung	396
1. Qualifizierte Mehrheitserfordernisse	396
2. Begründungspflichten	397
a) Begründungen im Gesetzgebungsverfahren	398
b) Rechtsprechung des BVerfG	400
c) Würdigung	401
3. Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten	403
a) Rechtsprechung des BVerfG	403
b) Würdigung	406
4. Weitere Ansätze zur Gewährleistung (erhöhter) Diskursivität	410
5. Zusammenführung	412
III. Strafgesetzgebung und Kriminalpolitikwissenschaft	413
1. Spezifische Akteure der Strafgesetzgebung	414
a) Bundesministerium der Justiz	414
aa) Geschäftsbereich des BMJ und dessen Auswirkungen auf die Strafgesetzgebung	414
bb) Interne Organisation des BMJ	416
cc) Akteure innerhalb des BMJ	418
b) Bundeskanzleramt; weitere Ministerien	419
c) Bundesländer, insbesondere Landesjustizministerien	420
d) Gerichte und Staatsanwaltschaften; Strafkammertag	421

e)	Berufsverbände der Strafrechtspflege	422
aa)	Anwaltsverbände	422
	(1) Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK); Strauda	422
	(2) Deutscher Anwaltverein (DAV)	423
	(3) Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV)	423
	(4) Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen	423
bb)	Richterverbände, insbesondere Deutscher Richterbund (DRB); Große Strafrechtskommission des DRB	424
cc)	Polizeigewerkschaften	425
f)	Sonstige Interessenverbände	425
g)	Strafrechtswissenschaft	425
h)	Medien	426
2.	Strukturelle Pfade der Einwirkung auf Strafgesetzgebung	426
a)	Koalitionsverhandlungen	426
b)	Genese von Regierungsentwürfen	428
aa)	Haus- und Ressortabstimmung (nichtöffentlicher RefE)	428
bb)	Beteiligung der Länder und der Verbände sowie des Nationalen Normenkontrollrats (RefE)	429
cc)	Regierungsentwurf (RegE)	432
dd)	Vorverlagerung und Informalisierung der Kriminalpolitik bei Regierungsentwürfen	433
ee)	Exkurs: Formulierungshilfen	433
c)	Landesinitiativen	434
d)	Anhörungen	435
aa)	Öffentliche Anhörung	435
bb)	Erweitertes Berichterstattergespräch	437
e)	Abstrakte Normenkontrolle; Rechtssatzverfassungsbeschwerde	438
f)	Zähmung in Wissenschaft und Praxis	440
3.	Zusammenführung	440
§ 5	Strafgesetzgebung in der Europäischen Union	443
I.	Das Verfahren europäischer Strafgesetzgebung	444
1.	Initiativen	445
a)	Berechtigte (Art. 76 AEUV)	445
b)	Anhörung des Rechnungshofs (Art. 325 Abs. 4 AEUV)	445

c)	Subsidiaritäts-Frühwarnsystem mit förmlicher Einbindung nationaler Parlamente	446
2.	Notbremsemechanismus (Art. 83 Abs. 3 AEUV)	447
3.	Erste Lesung	449
a)	»Allgemeine Ausrichtung« des Rates	449
b)	Beratung im Europäischen Parlament und seinen Ausschüssen	450
c)	Trilog-System und Standpunkt des Europäischen Parlaments	451
d)	Abstimmung im Rat	451
4.	Zweite und Dritte Lesung; Vermittlung	452
5.	Ausfertigung, Veröffentlichung, Inkrafttreten	452
II.	Der Umkreis europäischer Strafgesetzgebung	453
1.	Handlungszyklus im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	453
a)	Strategische Leitlinien (Art. 68 AEUV)	455
b)	Arbeitsprogramme, »Fahrpläne« und Schlussfolgerungen	458
c)	Zur Genese von Kommissionsentwürfen	460
aa)	Interne Organisation der Europäischen Kommission	460
bb)	Vorbereitung, Folgenabschätzungen und die Begründung von Kommissionsvorschlägen	462
d)	Berichtspflichten: Umsetzungskontrolle und <i>ex post</i> -Evaluierung	464
aa)	Berichtspflichten der Mitgliedstaaten	465
bb)	Berichtspflichten der Europäischen Kommission über die Umsetzung des Unionsrechtsakts in den Mitgliedstaaten	466
cc)	Berichtspflichten der Europäischen Kommission zur Evaluierung des Unionsrechtsakts	467
2.	Auslöser für EU-Strafgesetzgebung	468
a)	Parallelitäten zu Dynamiken nationaler Strafgesetzgebung	469
aa)	Leitentscheidungen der Rechtsprechung	469
bb)	Kriminalität von europäischer Dimension	470
cc)	Völkerrecht	471
dd)	Zeitgesetzgebung und Evaluationen	472
ee)	Machtwechsel und Machtdemonstrationen	472
ff)	Außerstrafrechtliche Rechtsetzung	472
b)	Besondere Auslöser für europäische Strafgesetzgebung	473
aa)	Verfolgung nationalstaatlicher Interessen?	473
bb)	»Spiel über die Bande« (<i>policy laundering</i>)?	474
cc)	Wechselspiel der Akteure	476

3.	Verflechtung nationaler und europäischer Strafgesetzgebung	477
a)	Strafverfassungsrechtliche Verflechtung	477
aa)	Institutionelle Verflechtung bei europäischer Strafgesetzgebung	477
bb)	Prozedurale Verflechtung bei europäischer Strafgesetzgebung	478
cc)	Materielle Verflechtung durch europäische und nationale Strafgesetzgebung	481
dd)	Justizielle Verflechtung	482
	(1) Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV)	482
	(2) Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV)	483
	(3) Ultra vires-Kontrolle durch nationale Verfassungsgerichte	486
	(4) Identitätskontrolle durch nationale Verfassungsgerichte	488
ee)	Zusammenführung	490
b)	Kriminalpolitische Verflechtung	490
aa)	Verflechtung der »politics«	490
bb)	Verflechtung der »polity«	492
cc)	Verflechtung der »policy«	493
III.	Zusammenführung	494
1.	Normalisierung der Strafgesetzgebung auf europäischer Ebene	494
2.	Partiell fortbestehende Sonderrolle des Europäischen Strafrechts	495
a)	... aus europäischer Perspektive	495
b)	... aus nationaler Perspektive	496
3.	Kontrastierung europäischer und nationaler Strafgesetzgebungsverfahren	497
§ 6	Strafgesetzgebung in der 13. bis 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages	499
I.	Quantitatives	499
1.	Strafgesetze	500
a)	Häufigkeit: Straflegitime Hyperaktivität?	500
b)	Umfang	504
c)	Gegenstände	504
d)	Typisierung	506
e)	Europäische und internationale Auslöser	509
2.	Strafgesetzgebungsverfahren	511
a)	Initiatoren	511
b)	Öffentliche Anhörungen	512

c)	Veränderung im parlamentarischen Verfahren (»Strucksches Gesetz«)	512
d)	Mehrheiten im Bundestag	515
e)	Zusammenführung	516
II.	Qualitatives	517
1.	Europäisierte Strafgesetzgebung am Beispiel der RL 2011/ 36/EU und ihrer Umsetzung	518
a)	Genese des Kommissionsvorschlags zur RL 2011/36/EU	518
aa)	Das Stockholmer Programm und die Verfolgung des Menschenhandels	518
bb)	Die weitgehend folgenlose formelle Evaluation des RB 2002/629/JI	519
cc)	Der EU-Plan über bewährte Vorgehensweisen, Normen und Verfahren zur Bekämpfung und Verhütung des Menschenhandels und seine Evaluierung	521
dd)	Kommissionsvorschlag für einen überarbeiteten Rahmenbeschluss	523
ee)	Erste Beratungen im Rat und seinen Gremien	526
b)	Der formale Gesetzgebungsprozess zur RL 2011/36/EU	528
aa)	Kommissionsvorschlag KOM(2010) 95 endg.	528
bb)	Allgemeine Ausrichtung des Rates	528
cc)	Positionierung des Parlaments	529
dd)	Trilog und Verabschiedung	529
c)	Erste Versuche einer Umsetzung in Deutschland	530
aa)	Unechter Regierungsentwurf (BT-Drs. 17/13706)	530
bb)	Gesetzesantrag des Landes Niedersachsen (BR-Drs. 528/13)	532
d)	Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels	532
aa)	Referentenentwurf, Regierungsentwurf und Stellungnahme des Bundesrates	532
bb)	Informelle Vorberatungen im Bundestag und nachfolgendes parlamentarisches Verfahren	533
e)	Umsetzungsberichte der Europäischen Kommission	535
f)	Zusammenführung	536
2.	Die Verwirklichung kriminalpolitischer Ziele im 44. StrÄndG	537
a)	Das Gesetzgebungsverfahren hin zum 44. StrÄndG	538
b)	Das kriminalpolitische Herzstück des 44. StrÄndG: Die Schärfung des § 113 Abs. 1 StGB	539
aa)	»Strafrechtlicher Schutz« der Vollstreckungsbeamten als vordergründiges Ziel	540

bb) »Signal an die zur Vollstreckung berufenen Organe« als explizit benanntes Ziel	541
cc) Kommunikation mit der Gesellschaft und Wählern als hintergründiges Ziel	542
dd) Zweifelhafter Umgang mit der Kriminologie und der Strafrechtswissenschaft	543
c) Zusammenführung	546
3. Strafgesetzgebung als Reaktion auf Rechtsprechung	547
a) Rechtsprechung zur restriktiven Auslegung des StGB, insbesondere zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG)	547
b) Handlungsaufträge und -anregungen des BVerfG	550
c) Sonst aufgezeigter Optimierungs- und Korrekturbedarf, insbesondere zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB	551
aa) Unbedachte Änderung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB im 6. StrRG	552
bb) Das Scheitern von Begrenzungsversuchen mit BGHSt 52, 257	553
cc) Der Weg des geringsten Widerstandes mit § 244 Abs. 3 StGB n.F. durch das 44. StrÄndG	555
4. Zusammenführung	556
Vierter Teil: Dynamische Bestimmtheit von Strafnormen	559
§ 7 Spezifika des strafverfassungsrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 Abs. 2 GG)	561
I. Gesetzlichkeitsprinzip und Rückwirkungsverbot	563
1. Allgemeines Rückwirkungsverbot in der Rechtsprechung des BVerfG	563
a) Verbot der Rechtsfolgenrückbewirkung (»echte Rückwirkung«)	563
b) Zulässigkeit tatbestandlicher Rückanknüpfung (»unechte Rückwirkung«)	564
c) Kein gesetzgleicher Vertrauensschutz bei Rechtsprechung	565
2. Hypothetische Anwendung allgemeiner Maßstäbe auf das materielle Strafrecht	566
a) Vorverlagerung des Inkrafttretens	566
b) Anwendung neuen Rechts bei Strafverfolgung von »Altfällen«	566

aa)	Maßgeblichkeit des Rechts zum Entscheidungszeitpunkt	567
bb)	Maßgeblichkeit des Rechts zur Tatzeit	568
cc)	Differenzierung zwischen Verbots- und Sanktionsnorm	568
c)	Zusammenführung: relativer Schutz vor Rückwirkungen	570
3.	Vergleich mit dem strafverfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot	571
a)	Völkerrechtsverbrechen; evident menschenrechtswidrige Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe	571
b)	Verfassungswidrige Strafrechtsänderungen	573
c)	Strafrechtsänderung während der Tatbegehung (§ 2 Abs. 2 StGB)	574
d)	Strafrechtsänderung nach Tatbegehung (§ 2 Abs. 3 StGB)	576
e)	Rückwirkungsverbot und Rechtsprechungsänderung	577
4.	Zusammenführung	578
II.	Gesetzlichkeitsprinzip, Normenklarheit und Normenbestimmtheit	579
1.	Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit in der Rechtsprechung des BVerfG	579
a)	Klare und präzise Regelung des Anlasses, des Zwecks und der Grenzen des Eingriffs (kompetenzsichernde Funktion)	580
b)	Klare und erkennbare Regelung der Voraussetzungen und des Umfangs des Eingriffs (freiheitssichernde Funktion)	582
2.	Hypothetische Anwendung allgemeiner Maßstäbe auf das materielle Strafrecht	585
a)	Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative	585
b)	Erkennbarkeit der Voraussetzungen und des Umfangs des Eingriffs	587
c)	Zusammenführung: hinreichende Bestimmtheit und relative Erkennbarkeit	588
3.	Vergleich mit dem strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot	590
a)	Kongruenzen	590
b)	Erkennbarkeit der Strafbarkeit anhand des Wortlauts der Strafvorschrift	594
aa)	»Analogieverbot« und Verbot gewöhnheitsrechtlicher Strafbegründung und -schärfung	595
bb)	Priorisierung von formellen Strafgesetzen	596
cc)	Relative Erkennbarkeit	597

c)	Bestimmtheitsgebot und strafrechtliche Irrtumslehre	598
aa)	Erkennbarkeit bzw. Vorhersehbarkeit als gemeinsames Kriterium	598
bb)	Überlappende verfassungsrechtliche Fundierung	599
cc)	Bestimmtheitsgebot und unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB)	599
dd)	Normenklarheit, Normenbestimmtheit und Tatumstandsirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB)	602
d)	Zur Reichweite des Bestimmtheitsgebots im Allgemeinen Teil	604
aa)	Besonders strikte Geltung bezogen auf Rechtswidrigkeitsurteil	605
bb)	Besondere Gründe für Relativierungen	607
cc)	Konsequenzen für <i>actio libera in causa</i> , Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung	609
4.	Zusammenführung	610
III.	Gesetzlichkeitsprinzip und Parlamentsvorbehalt (Wesentlichkeitstheorie)	611
1.	Allgemeiner Parlamentsvorbehalt (Wesentlichkeitstheorie) in der Rechtsprechung des BVerfG	612
2.	Hypothetische Anwendung allgemeiner Maßstäbe auf das materielle Strafrecht	614
a)	Strafbegründende und strafaufhebende exekutive Einzelentscheidungen	615
b)	Strafbegründung und Strafaufhebung durch Rechtsverordnung	617
3.	Vergleich mit dem strafverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt	618
4.	Zusammenführung	621
§ 8	Dynamische Elemente der (Un-)Bestimmtheit von Strafnormen	623
I.	Nachträgliche Bestimmtheit	624
1.	Abschichtungen	624
a)	Generalisierende Perspektive des Art. 103 Abs. 2 GG	624
b)	Nachträgliche Gesetzgebung	625
2.	Relevanz des Zeitpunkts	626
a)	... hinsichtlich der kompetenzsichernden Funktion	626
b)	... hinsichtlich der freiheitssichernden Funktion	627
3.	Diffuse Rechtsprechung des BVerfG	628
4.	Dynamisierung und Relativierung des Maßstabs	631

a) Mindestvoraussetzung: im Wortlaut enthaltener Nukleus an Bestimmtheit	631
b) Nachjustierung der Bestimmtheit (insbesondere Präziserungsgebot)	632
5. Zusammenführung	635
II. Nachträgliche Unbestimmtheit	635
1. Abschichtungen	636
2. Relevanter Zeitpunkt	637
3. Dynamische Kriterien des Bestimmtheitsmaßstabs	637
a) Strafverfassungsrechtliche Herleitung	637
b) Verstärkung durch Argumentation zur Reichweite von Generalklauseln im Gefahrenabwehrrecht	639
c) Zusammenführung	642
4. Anwachsen zur Verfassungswidrigkeit	643
a) ... mit Abhilfemöglichkeit des Strafgesetzgebers	644
b) ... mit Verfassungswidrigkeit <i>ex nunc</i>	644
5. Zusammenführung	645
Fünfter Teil: Schlussbetrachtung	649

Anhang A: Evolution des StGB in der 13. bis 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages 665

I. 13. Legislaturperiode (1994–1998)	667
1. 32. StrÄndG (§§ 44, 69b StGB)	667
2. AusfG SeeRÜbk	667
3. SFHÄndG	667
4. 33. StrÄndG (§§ 177 bis 179 StGB)	669
5. IuKDG	670
6. KorrBG 1997	670
7. TPG	671
8. KindRG	671
9. BegleitG (zum TKG)	671
10. Bekämpfung von Sexualdelikten	672
11. 6. StrRG	672
a) Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung	673
b) Straftaten gegen Leib, Leben und die persönliche Freiheit	674
c) Eigentums- und Vermögensdelikte; Urkundenstrafrecht	675

d) Gemeingefährliche Straftaten, insbesondere Brandstiftungsdelikte	676
e) Weitere Änderungen	677
12. Berichtigung des 6. StrRG	678
13. StVG-ÄndG	679
14. Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität	679
15. PsychThG	680
16. Nuklearversuche	680
17. 11. LuftVG-ÄndG	681
18. 3. BNotarO-ÄndG	681
19. BRAO-ÄndG	681
20. EGFInSchG	682
21. EUBestG	682
22. Neubekanntmachung	683
II. 14. Legislaturperiode (1998–2002)	684
1. Schutz von Verfassungsorganen des Bundes	684
2. StVÄG 1999	684
3. Lebenspartnerschaften	684
4. G zur Bekämpfung gefährlicher Hunde	686
5. UntersuchungsausschussG	686
6. Euro-Einführung	686
7. StVBG	687
8. ProstitutionsG	687
9. BVerfGE 105, 135 (Vermögensstrafe)	687
10. ZuwanderungsG 2002	688
11. VStGB	688
12. 5. Steuerbeamten-AusbildungsÄndG	688
13. Illegale Beschäftigung	689
14. Vorbehaltene Sicherungsverwahrung	689
15. Ausführung 2. Prot. EG-FinSchÜbk	689
16. 34. StrÄndG (§ 129b StGB)	690
III. 15. Legislaturperiode (2002–2005)	691
1. BVerfGE 106, 310 (Zuwanderungsgesetz)	691
2. Umsetzung RB 2002/475/JI	691
3. 35. StrÄndG	693
4. Arbeitsmarktreform	694
5. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung	694
6. BVerfGE 110, 141 (Kampfhunde)	696
7. BVerfGE 110, 226 (Geldwäsche)	696
8. BVerfGE 109, 133 (Sicherungsverwahrung I)	697
9. UWG 2004	697

10. Gemeinsame Agrarpolitik	697
11. Nachträgliche Sicherungsverwahrung	697
12. SchwarzarbeitsbekämpfungsgG	698
13. ZuwanderungsgG 2004	699
14. 36. StrÄndG (§ 201a StGB)	699
15. 1. JustizmodernisierungsgG	699
16. Lebenspartnerschaftsrecht	700
17. 37. StrÄndG (§§ 180b, 181 StGB)	700
18. Billigung, Leugnung oder Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft	701
19. Umsetzung von BVerfGE 109, 279	702
20. 38. StrÄndG	702
21. 39. StrÄndG (§§ 303, 304 StGB)	703
IV. 16. Legislaturperiode (2005–2009)	703
1. Bereinigung von Bundesrecht	703
2. Bürokratieabbau	705
3. Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung	705
4. 2. JustizmodernisierungsgG	705
5. Personenstandsrechtsreform	706
6. 40. StrÄndG (Stalking)	706
7. Führungsaufsicht	706
8. Sicherung der Unterbringung	707
9. GewebeG	707
10. 41. StrÄndG (Computerkriminalität)	707
11. VN-Übereinkommen zur Bekämpfung nuklearterroristischer Handlungen	708
12. Rechtsberatung	708
13. TKÜ-Neuregelung	709
14. Grundstoffüberwachung	709
15. Steuerberatung	709
16. GwBekErgG	710
17. Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie	710
18. 42. StrÄndG	712
19. 2. Opferrechtsreformgesetz	712
20. 43. StrÄndG	712
21. Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG)	713
22. Neuregelung des Wasserrechts	713
23. Umsetzung RB 2006/783/JI und RB 2008/675/JI	714

V. 17. Legislaturperiode (2009–2013)	715
1. Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung	715
2. Umsetzung RB 2008/913/JI sowie Zusatzprotokoll Cybercrime-Konvention	715
3. Schwarzgeldbekämpfungsgesetz	717
4. BVerfGE 128, 326 (Sicherungsverwahrung II)	717
5. Zwangsheirat	717
6. 44. StrÄndG	718
7. 45. StrÄndG	719
8. Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts	719
9. BVerfGE 130, 372 (Maßregelvollzugszeiten)	719
10. Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht	720
11. Täterverantwortung	720
12. Abstandsgebot	720
13. Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz	721
14. Industrieemissionen	721
15. Jagdrecht	722
16. 46. StrÄndG	722
17. StORMG	722
18. AIFM-UmsG	723
19. 47. StrÄndG	723
20. Designgesetz	723
VI. 18. Legislaturperiode (2013–2017)	724
1. 48. StrÄndG	724
2. 49. StrÄndG	724
3. Umsetzung Empfehlungen NSU-Untersuchungsausschuss	727
4. GVVG-ÄndG	727
5. Zehnte ZuständigkeitsanpassungsVO	728
6. AsylverfahrensbeschleunigungsG	728
7. Bereinigung des Rechts der Lebenspartner	728
8. KorrBG 2015	729
9. Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung	730
10. Vorratsdatenspeicherung	730
11. Korruption im Gesundheitswesen	731
12. 1. FiMaNoG	731
13. Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus	732
14. Modernisierung des Besteuerungsverfahrens	732
15. Informationsaustausch Terrorismusbekämpfung	732
16. Menschenhandel	733
17. Änderung abfallverbringungsrechtlicher Vorschriften	733
18. 50. StrÄndG	734

19. VStGB-Änderung	734
20. Nachstellungen	735
21. 51. StrÄndG	735
22. Vermögensabschöpfung	736
23. 52. StrÄndG	736
24. 53. StrÄndG	737
25. 2. FiMaNoG	737
26. Elektronische Akte	737
27. Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten	738
28. 54. StrÄndG	738
29. 55. StrÄndG	739
30. Effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des Strafverfahrens	739
31. 56. StrÄndG	739
32. Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen	740
33. Berichtigung des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens	740
VII.19. Legislaturperiode (2017–2021)	741
1. Gleichgeschlechtliche Ehe	741
2. Information über einen Schwangerschaftsabbruch	741
3. BWahlG-ÄndG	741
4. PIF-Umsetzung	742
5. Psychotherapeutenausbildung	742
6. 2. DSAnpUG-EU	744
7. 57. StrÄndG	744
8. BVerfGE 153, 182 (Suizidhilfe)	745
9. 58. StrÄndG	745
10. EUStAG	745
11. 59. StrÄndG	746
12. 60. StrÄndG	746
13. JStG 2020	747
14. Geldwäsche-RL-Umsetzung	747
15. 61. StrÄndG	747
16. Rechtsextremismus und Hasskriminalität	748
17. Bestandsdaten-ReparaturG	749
18. Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder	750
19. StPO-Fortentwicklung	751
20. Berufsrechts-Neuregelung	751
21. Cyberstalking	752
22. Anti-Doping-Gesetz-Änderung	752

23. Betreiben krimineller Handelsplattformen	752
24. Feindeslisten	753
25. Transparenzregeln für MdB	754
Anhang B: Materielles Europäisches Strafrecht im Überblick	755
I. Sekundärrecht gestützt auf den Vertrag von Maastricht (1993–1999)	755
1. Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (GM 96/443/JI)	756
2. Drogenhandel (GM 96/750/JI)	756
3. Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Kindern (GM 97/154/JI)	756
4. Geldwäsche (GM 98/699/JI)	757
5. Organisierte Kriminalität (GM 98/733/JI)	757
6. Bestechung im privaten Sektor (GM 98/742/JI)	757
II. Sekundärrecht gestützt auf den Vertrag von Amsterdam (1999–2003)	758
1. Geldfälschung (RB 2000/383/JI)	758
2. Betrug und Fälschung unbarer Zahlungsmittel (RB 2001/413/JI)	758
3. Geldwäsche (RB 2001/500/JI)	758
4. Geldfälschung (Rückfallschärfung) (RB 2001/888/JI)	759
5. Terrorismus (RB 2002/475/JI)	759
6. Menschenhandel (RB 2002/629/JI)	759
7. Beihilfe zur unerlaubten Migration (RB 2002/946/JI)	760
8. Schutz der Umwelt (RB 2003/80/JI)	760
III. Sekundärrecht gestützt auf den Vertrag von Nizza (2003–2009)	760
1. Bestechung im privaten Sektor (RB 2003/568/JI)	760
2. Sexuelle Ausbeutung von Kindern (RB 2004/68/JI)	761
3. Drogenhandel (RB 2004/757/JI)	761
4. Einziehung (RB 2005/212/JI)	761
5. Angriffe auf Informationssysteme (RB 2005/222/JI)	761
6. Meeresverschmutzung durch Schiffe (RB 2005/667/JI)	762
7. Berücksichtigung ergangener Verurteilungen (RB 2008/675/JI)	762
8. Organisierte Kriminalität (RB 2008/841/JI)	762
9. Umwelt (RL 2008/99/EG)	763
10. Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (RB 2008/913/JI)	763
11. Terrorismus (RB 2008/919/JI)	763
12. Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt (RL 2009/52/EG)	764
13. Meeresverschmutzung durch Schiffe (RL 2009/123/EG)	764
IV. Sekundärrecht gestützt auf den Vertrag von Lissabon (seit 2009)	765

1. Menschenhandel (RL 2011/36/EU)	765
2. Sexueller Missbrauch von Kindern (RL 2011/93/EU)	765
3. Angriffe auf Informationssysteme (RL 2013/40/EU)	766
4. Sicherstellung und Einziehung (RL 2014/42/EU)	766
5. Marktmissbrauch (RL 2014/57/EU)	766
6. Geldfälschung (RL 2014/62/EU)	767
7. Terrorismus (RL [EU] 2017/541)	767
8. PIF (RL [EU] 2017/1371)	767
9. Neue psychoaktive Substanzen (RL [EU] 2017/2103)	768
10. Geldwäsche (RL [EU] 2018/1673)	768
11. Betrug und Fälschung unbarer Zahlungsmittel (RL [EU] 2019/713)	769
V. Überblick über Querschnittsfragen und -materien	769
1. Rechtsgrundlage	769
2. Maßgaben für das Strafanwendungsrecht	769
3. Maßgaben für Teilnahme- und Versuchsstrafbarkeit	771
4. Mehrheiten und Abstimmungsverhalten	771
5. Umsetzung in Deutschland	771
Literaturverzeichnis	777
Stichwortverzeichnis	845

Erster Teil:
Einführung

Die Strafgesetzgebung findet sich im Zangengriff der Kritik wieder, die teils von denselben Akteuren vorgebracht wird: Einerseits wird auf einen aktuellen »Reformeifer« des Gesetzgebers mit damit einhergehender Strafrechtsexpansion verwiesen,¹ dies als »Inkriminierungsrausch«², als »straflegislatorische[...] Hyperaktivität«³ oder als »Hypertrophie«⁴ beschrieben, und diese Entwicklung sowohl als kriminalpolitisch sowie strafrechtlich unklug kritisiert⁵ als auch für unvereinbar mit »dem« Ultima Ratio-Prinzip gehalten.⁶ Andererseits aber sind nicht minder laut Stimmen zu vernehmen, die unterbliebene oder unzureichende Reformen kritisieren.⁷ *Pars pro toto* möge hierfür die ohne legistische Konsequenz gebliebene Einsetzung einer »Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte« seitens des BMJV stehen.⁸ Aus dieser Dichotomie, die gegen Ende der 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages immer deutlicher hervortrat, entstand die Idee, diejenigen strafverfassungsrechtlichen⁹ und kriminalpolitischen¹⁰ Wirkmechanismen zu untersuchen, welche die aktuelle Entwicklung bzw. Evolution¹¹ des Strafrechts und konkret des StGB in Deutschland prägen.

I. Säulen dieser Untersuchung

Bevor die eigene Fragestellung und die angewendeten Forschungsmethoden näher konturiert werden¹² sowie der Gang der Untersuchung knapp skizziert

1 Siehe hierzu, statt vieler, Landau, in: FS Schlick, S. 523 (525 ff.); Ignor, in: FS Landau, S. 375 (380 ff.); R. Hamm, NJW 2016, 1537; Sandkuhl, StraFo 2016, 97; Schellenberg, Recht und Politik 2016, 12 (hiergegen Winkelmeier-Becker, Recht und Politik 2016, 13); Bommarius, AnwBl 2015, 870 (871 ff.); zum *punitive turn*-Paradigma ergänzend Schlepper, Strafgesetzgebung, S. 11 ff.; Groscurth, Sicherheit durch Sicherung, S. 74 ff.

2 Weigend, StV 10/2016, I (Editorial).

3 M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 (970).

4 Guido Britz, jM 2018, 385 (386).

5 Exemplarisch erneut Weigend, StV 10/2016, I (Editorial).

6 Zur Diskussion über das Ultima Ratio-Prinzip, den hierzu vertretenen Konstruktionsprinzipien und einem eigenen Lösungsansatz siehe M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 ff.; M. Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 ff. m.w.N. sowie unten § 1 IV. 2. b).

7 Zuletzt etwa Kinzig, KriPoZ 2020, 8 (13).

8 Siehe hierzu *Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte*, Abschlussbericht; sowie Dölling, DRiZ 2015, 260 ff.; V. Haas, ZStW 128 (2016), 316 ff.

9 Zur Begriffsbestimmung siehe noch unten Einführung I. 1.

10 Zur Begriffsbestimmung siehe noch unten Einführung I. 2.

11 Zur Begriffsbestimmung siehe noch unten Einführung II. 1.

12 Siehe unten Einführung II.

wird¹³, sind Vorbemerkungen zu den Säulen des Strafverfassungsrechts,¹⁴ der Kriminalpolitik(-wissenschaft) und der (Straf-)Gesetzgebungslehre nötig, auf denen diese Untersuchung im Wesentlichen aufbaut. Dabei ist – zumindest kursorisch – auf den jeweiligen Forschungsstand und auf Überschneidungen bestehender Studien zur hiesigen Fragestellung einzugehen.

1. Strafverfassungsrecht

a) *Strafrecht, Strafrechtswissenschaft und (deutsches) Verfassungsrecht*

Dem Textkorpus des Grundgesetzes sind seit seinem Inkrafttreten im Wesentlichen unveränderte Vorgaben zur strafrechtlichen Kompetenzordnung,¹⁵ zu konkreten materiell-strafrechtlichen¹⁶ und strafverfahrensrechtlichen¹⁷ Aspekten sowie zu weiteren Bereichen der Strafrechtspflege¹⁸ zu entnehmen.¹⁹ Trotz dieser Kontinuität des strafrechtsbezogenen formellen Verfassungsbestandes hat sich das Verhältnis zwischen dem Verfassungsrecht

13 Siehe unten Einführung III.

14 Zum europäischen Strafrecht, das hier als Teil des Strafverfassungsrechts aufgefasst wird, siehe noch unten Einführung I. 1. b) bei und mit Fn. 66.

15 Art. 73 Abs. 1 Nr. 3, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

16 Art. 26 Satz 2 GG (Pönalisierungspflicht bezogen auf Herbeiführung eines Angriffskrieges); Art. 46 Abs. 1 GG (Indemnität von Mitgliedern des Bundestages), Art. 102 GG (Abschaffung der Todesstrafe), Art. 103 Abs. 2 GG (Gesetzlichkeitsprinzip), Art. 103 Abs. 3 GG (Doppelbestrafungsverbot), Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG (Vorbehalt eines förmlichen Gesetzes für Freiheitsbeschränkungen) sowie Art. 143 GG a.F. (verfassungsunmittelbare Strafvorschrift des Hoch- und Landesverrats).

17 Art. 46 Abs. 2 bis 4 GG, auch i.V.m. Art. 60 Abs. 4 GG (Immunität von Mitgliedern des Bundestages bzw. des Bundespräsidenten); Art. 92 ff. GG (»Die Rechtsprechung«), insbes. Art. 101 GG (Gesetzlicher Richter); Art. 103 Abs. 1 GG (Anspruch auf rechtliches Gehör); Art. 104 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 bis 4 GG (Verfahren bei Freiheitsentziehung).

18 Art. 16 Abs. 2 GG (Auslieferungsverbot deutscher Staatsangehöriger).

19 Änderungen zu den in den vorigen Fußnoten erwähnten Bestimmungen sind Stand Januar 2023 die Aufhebung des Art. 143 GG durch das Strafrechtsänderungsgesetz v. 30.08.1951, BGBl. I, S. 739, die Einfügung des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG durch das (47.) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16) v. 29.11.2000, BGBl. I, S. 1633 (zur Vereinbarkeit dieser Verfassungsänderung mit den in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Maßstäben siehe BVerfGE 113, 273 [295 ff.]) sowie die Verlagerung der Gesetzgebungszuständigkeit für den Strafvollzug im Zuge der Föderalismusreform 2006 (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes [Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c] v. 28.08.2006, BGBl. I S. 2034).

und dem Strafrecht in dessen verschiedenen Teildisziplinen höchst unterschiedlich entwickelt.²⁰ Im *Strafverfahrensrecht* war bereits seit Gründung der Bundesrepublik eine enge rechtspraktische wie rechtswissenschaftliche Orientierung am Verfassungsrecht zu verzeichnen,²¹ was sich auch in den inzwischen berühmt gewordenen Chiffren des »Strafverfahrensrecht[s] [als] angewandtes Verfassungsrecht« (*Henkel*)²² bzw. des Strafverfahrensrechts als (ein²³) »Seismograph der Staatsverfassung« (*C. Roxin*)²⁴ widerspiegelt. Im *Rechtshilferecht* trat mit gewisser zeitlicher Verzögerung – zunächst musste die tradierte Zweidimensionalität (d.h. das rein völkerrechtliche Verhältnis zwischen zwei souveränen Staaten, ohne dreidimensional zusätzlich das Subjekt der Auslieferung in den Blick zu nehmen) überwunden werden²⁵ – eine ähnlich enge Beziehung zutage;²⁶ gleiches gilt für den *Strafvollzug*

20 Indes früh für eine Gesamtschau plädierend *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. V.

21 Beginnend mit BVerfGE 1, 4; neben fundamentalen (Senats-)Entscheidungen des BVerfG (exemplarisch BVerfGE 109, 279 [»großer Lauschangriff«]; BVerfGE 130, 1 [»Lebensversicherung« – hier: Abwägungslehre bei rechtswidrig erlangten Beweismitteln]; BVerfGE 133, 168 [»Verständigung«]) ist in diesem Bereich viel an Detailrechtsprechung zu erkennen, die das BVerfG entgegen seinem in BVerfGE 7, 198 (207) und BVerfGE 18, 85 (92 f.) fundiertem Selbstverständnis teils zu einer strafverfahrensrechtlichen »Superrevisionsinstanz« werden lässt (vgl. hierzu die Nachweise zur Erweiterung der Prüfungskompetenz des BVerfG bei *M. Jahn*, in: Verfassungsbeschwerde in Strafsachen², Rn. 157). Zusammenfassend zum Verhältnis des Strafverfahrens- zum Strafverfassungsrecht *M. Jahn*, in: *Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (66 ff.); zu historischen Wurzeln der besonderen Verfassungsorientierung des Strafverfahrensrechts *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 2.

22 *Henkel*, Strafverfahrensrecht, V (Vorwort); zur Rezeptionsgeschichte *M. Jahn*, in: *Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (66 f. in Fn. 12). Dass es sich dabei um eine »gut gemeinte Übertreibung« (*Amelung/Wirth*, StV 2002, 161 [161]) und vor allem um eine Pauschalisierung handelt (hierauf hinweisend *Möstl*, in: *Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 179 Rn. 1), ist unbestritten.

23 Hierzu *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 490.

24 *C. Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht³⁰, § 2 Rn. 1; zur Rezeptionsgeschichte *M. Jahn*, in: *Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (68 in Fn. 17).

25 Siehe hierzu nur *J. Vogel/Burchard*, in: *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas*, Vor § 1 IRG Rn. 77, 128.

26 Nach divergenter früherer Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 9, 174 [181 f.] sowie BVerfGE 15, 249 [251]; ergänzend BVerfGE 38, 398 – individualrechtlicher Spezialitätsschutz bei Auslieferung; BVerfGE 18, 112 [120 f.] – Auslieferung trotz möglicher Todesstrafe) ist seit einer 1982 erlassenen einstweiligen Anordnung (BVerfGE 59, 280) eine solide Grundrechtsfundierung des Rechtshilferechts zu ver-

nach Überwindung des Sonderstatusverhältnisses.²⁷ Die *kompetenzrechtliche* Dimension im Verhältnis zwischen Bund und Ländern²⁸ stand und steht in Bezug auf das materielle »Kriminalstrafrecht« nahezu gänzlich außer Streit;²⁹ treten in Bezug auf weitere Bereiche des Strafrechts kompetenzrechtliche Streitigkeiten zu Tage (insbesondere zur Sicherungsverwahrung³⁰ nebst The-

zeichnen (vgl. nur die nachfolgende Entscheidung BVerfGE 60, 348), die sich bis in die heutige Zeit und in Diskussionen über (nationale) *ordre public*- und Identitätsvorbehalte zur Begrenzung europäischer Instrumente der strafjustiziellen Zusammenarbeit fortsetzt (grundlegend insbes. BVerfGE 113, 273 [»Europäischer Haftbefehl«] m. Anm. u. Bspr. [u.a.] *Buermeyer*, HRRS 2005, 273 ff.; *Masing*, NJW 2006, 264 ff.; *Schünemann*, StV 2005, 681 ff.; BVerfGE 140, 317 [»Identitätskontrolle«] m. Anm. u. Bspr. [u.a.] *Burchardt*, ZaöRV 76 [2016], 527 ff.; *Brodowski*, JR 2016, 415 ff.; *H.-H. Kühne*, StV 2016, 299 ff.; *F. Meyer*, HRRS 2016, 332 ff.; *Nettesheim*, JZ 2016, 424 ff.; *Reinbacher/Wendel*, EuGRZ 2016, 333 ff.; *Satzger*, NSTz 2016, 514 ff.; *Sauer*, NJW 2016, 1134 ff.; *Schönberger*, JZ 2016, 422 ff. und BVerfGE 156, 182 m. Bspr. *Brodowski*, StV 2021, 682).

- 27 BVerfGE 33, 1 (9 ff.); zuvor bereits krit. zum Gesetzesersetzenden »besonderen Gewaltverhältnis« im Strafvollzug *Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, S. 86 ff. Zum Grenzbereich zwischen Strafvollzugs- und Strafzumessungsrecht im Kontext der lebenslangen Freiheitsstrafe siehe BVerfGE 45, 187; BVerfGE 72, 105; beide Aspekte ebenfalls zusammenführend *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 33 ff. Zur Konstitutionalisierungswirkung von BVerfGE 33, 1 ausf. *K. Günther*, KritV 83 (2000), 298 ff.
- 28 Zur hiervon zu trennenden Frage europäischer Strafrechtsetzungskompetenzen siehe aus verfassungsgerichtlicher Sicht nur das »Lissabon«-Urteil BVerfGE 123, 267 (359 f., 407 ff.); zur Frage der Strafrechtsetzungskompetenz der Gubernative den »Rindfleischetikettierungs«-Beschluss BVerfGE 143, 38.
- 29 BVerfGE 13, 367 (372); eindrücklich ferner BVerfGE 23, 113 (Ls. 2): »Der Bundesgesetzgeber kann, wenn er ein Verhalten als strafwürdig erachtet, im Bereich der im Strafgesetzbuch herkömmlich geregelten Materien Straftatbestände schaffen (Art. 74 Nr. 1 GG), ohne hierbei an die ihm sonst durch die Zuständigkeitskataloge gezogenen Grenzen gebunden zu sein«. Nur eine geringe Relativierung trat durch BVerfGE 110, 141 (»Kampfhunde«) ein (siehe hierzu noch unten Anhang A III. 6.), die indes nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, sondern auf der Regelung des Art. 72 Abs. 2 GG beruhte, die seit der Föderalismusreform 2006 nicht mehr für das Strafrecht relevant ist (*Broemel*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 74 GG Rn. 2; *Seiler*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 74 GG Rn. 4). Siehe ergänzend *Maiwald*, ZRP 2006, 18 ff., historisch *Dreher*, NJW 1952, 1282 f. sowie, statt vieler, *Broemel*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 74 GG Rn. 5; *Degenhart*, in: Sachs⁹, Art. 74 GG Rn. 11 ff.; *Seiler*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 74 GG Rn. 4 f.; *Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 74 GG Rn. 97 ff.; ferner *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (30 ff.); *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 501 f.
- 30 Die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung im StGB (vgl. hierzu nur *Kinzig*, NSTz 2004, 655 ff. m.w.N.) erfolgte als Reaktion darauf, dass das BVerfG landespolizeirechtliche Regelungen aus kompetenzrechtlichen Gründen für unver-

rapieunterbringung³¹ sowie zu Ermittlungsmaßnahmen in der Gemengelage zwischen Prävention und Repression³²), werden diese Fragen naturgemäß verfassungsrechtlich betrachtet und verfassungsgerichtlich entschieden.³³ Deutlich wechselvoller ist hingegen die Geschichte des Verhältnisses zwischen *materiellem Strafrecht*³⁴ und Verfassungsrecht:

Nicht ohne unbegründeten Stolz auf die strafrechtsimmanent postulierten – und durch die *lex lata* jedenfalls größtenteils gewährleisteteten – Freiheitsgarantien konnte die tradierte Strafrechtslehre in den ersten Jahrzehnten der Geltung des Grundgesetzes oftmals verfassungsfern bzw. vorkonstitutionell³⁵ argumentieren und wirken.³⁶ Zudem war die Legislative damals zu einer Gesamtreform des StGB gewillt und die Hoffnung geschürt, dass diese von einer liberalen, strafrechtsbegrenzenden und strafrechtsrationalisierenden Intention getragen werde und damit im Einklang mit dem Grundkonsens

einbar mit dem GG erklärt hatte, BVerfGE 109, 190 m. Anm. (u.a.) *Gärditz*, NVwZ 2004, 693 ff.; *Hörnle*, StV 2006, 383 ff.; *Kinzig*, NJW 2004, 911 ff.; *Pestalozza*, JZ 2004, 605 ff.; nachfolgend grundlegend EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 (M./. Deutschland) sowie BVerfGE 128, 326.

- 31 BVerfGE 134, 33; siehe auch EGMR, Urt. v. 04.12.2018 – Nr. 10211/12, 27505/14 (Inseher ./ Deutschland).
- 32 Grundlegend hierzu – neben BVerfGE 103, 21 (»Genetischer Fingerabdruck«), BVerfGE 110, 33 (»Zollkriminalamt«) und BVerfGE 120, 274 (»Online-Durchsuchung«) – insbes. BVerfGE 113, 348 (»TKÜ II«) m. Bespr. (u.a.) *Kutscha*, NVwZ 2005, 1231 ff.; *Puschke/Singelstein*, NJW 2005, 3534 ff.; *Stephan*, VBIBW 2005, 410 ff.; siehe ferner *Gusy*, NdsVBl 2006, 65 ff.; *Sievers*, Telekommunikationsüberwachung, S. 72 ff. sowie *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 42 ff., 54 ff., 493 ff.
- 33 Beachtenswert in diesem Kontext ist allerdings neben *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, vor allem die Habilitationsschrift von *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, der auch aus verfassungsrechtlicher Sicht legislative Handlungsoptionen der Kriminalprävention im Polizei- und Strafverfahrensrecht vergleicht und schlussfolgert, dass auch die »strategische Überwachung« im Vorfeld konkreter Gefahren »als Aufgabe des Strafrechts« zu begreifen sei (S. 305 ff.).
- 34 Hiervon abzuschichten ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle von tatbestandsimmanenten Verbotsnormen sowie zum Einfluss der Grundrechte (insbes. Art. 5 Abs. 1, Art. 12 GG) auf deren Auslegung; hierzu die Überblicke bei *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 65 f. sowie *Paulduro*, Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, S. 435 ff. sowie vertiefend *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 55 ff., 78 ff., 138 ff.
- 35 *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 328 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 39; vgl. auch *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (41).
- 36 Eindrücklich ist, dass *Triffterer*, Optisches Strafrecht, S. 5 f. das Verfassungs- und das Strafrecht auf derselben systematischen Stufe verortete.

der Strafrechtslehre stehen würde.³⁷ Sieht man von einigen beachtlichen Ausnahmen einmal ab (zunächst *Stree* [1960],³⁸ *A. Hamann* [1963]³⁹ und *Schünemann* [1978]⁴⁰, später *Frister* [1988]⁴¹ und *Tiedemann* [1991]⁴²;

-
- 37 Einen zeitgenössischen Überblick über das Gesamtprojekt der Strafrechtsreform liefert *Jescheck*, SchwZStR 91 (1975), 1 (1 ff., insbes. 4 ff.) (»Liberalisierung und Humanisierung des Strafrechts«); aus rechtshistorischer Sicht siehe *T. Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 230 ff.; ergänzend die Darstellung bei *T. A. Beck*, Kernstrafrecht seit 1975, S. 29 ff.
- 38 In seiner Habilitationsschrift zu »Deliktsfolgen und Grundgesetz« untersucht *Stree* namentlich die richterliche Strafzumessung (S. 35 ff.), Einziehung und Verfall (S. 83 ff.) und Bewährungsaufgaben (S. 137 ff.) aus dem Blickwinkel der Grundrechte; es folgen knappe Ausführungen zu Maßregeln der Besserung und Sicherung (S. 217 ff.) und zum Zitiergebot bei Strafgesetzen (S. 229 ff.).
- 39 Mit seiner kleinen Monographie »Grundgesetz und Strafgesetzgebung« bezweckte *A. Hamann* ausdrücklich das Ziel, »die bislang nicht sehr lebhaft geführte Diskussion der Problematik des Verhältnisses von Verfassungs- und Strafrecht anzuregen« (S. 5). Nach einer kurzen Skizze über den Verfassungskanon (S. 14 ff.) konstruiert er knapp ein verfassungskonformes Schuld- und Tatstrafrecht in Abgrenzung zu einem verfassungswidrigen, an der »Sozialschädlichkeit« orientierten Täterstrafrecht (S. 17 ff.), erörtert die »staatliche Pönalisierungsbefugnis« (S. 25 ff.), bevor er sich auf Pönalisierungsverbote (S. 33 ff.) und spezifische Verfassungsvorgaben, einschließlich der Grundrechte (S. 66 ff.), konzentriert.
- 40 Seine als kleine Monographie veröffentlichte Mannheimer Antrittsvorlesung (*Schünemann*, Nulla poena sine lege?) ist dezidiert auf die verfassungsrechtliche Garantie des Art. 103 Abs. 2 GG ausgerichtet und diskutiert dabei beachtlicherweise auch, inwieweit der verfassungsrechtliche und der tradiert-strafrechtliche Bedeutungsgehalt des Bestimmtheitsgebots übereinstimmen können und müssen (S. 9 ff.).
- 41 In seiner dezidiert verfassungsrechtlich ausgerichteten Dissertationsschrift »Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsumutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts« arbeitet *Frister* die verfassungsrechtliche Dimension der »Schuld« als »notwendige Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit einer Strafe« heraus, mit besonderem Fokus auf die »Zulässigkeit schuldgelöster Bedingungen der Strafbarkeit« (S. 15).
- 42 In seiner Monographie »Verfassungsrecht und Strafrecht« zeigt sich bereits eine holistische Sicht einer Verknüpfung zwischen Verfassungs- und Strafrecht (*V. Tiedemann* fußt seine Analyse auf einer umfassenden Aufarbeitung des Bestands an verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung (von *J. Vogel* kompilierter Überblick auf S. 61 ff.) und sucht zugleich eine Verknüpfung zur Kriminalpolitik, die er jedoch weniger *politisch* bzw. politikwissenschaftlich interpretiert, sondern diese als »grundsätzliche Gestaltung der Bedingungen und Ziele« des Strafrechtssystems definiert (S. 6). Prägende Hypothese für seine Schrift ist es, verschiedene verfassungsrechtliche Einflusslinien *auf* das Strafrecht in seiner Breite aufzuzeigen. Konsequenz dieser Ausrichtung ist es aber, dass sie Rückwirkungen des Strafrechts auf das Verfassungsrecht ebenso außen vor lässt wie Wirkmechanismen und Dynamiken der Strafgesetzgebung.

hierauf aufbauend sodann *Lagodny* [1996]⁴³, *Appel* [1998]⁴⁴ und *Stächelin* [1998]⁴⁵)⁴⁶ so ergibt sich – stark pauschalisierend gesprochen – folgendes Bild: Bis weit in die 90er-Jahre hinein⁴⁷ könnte seitens der Strafrechtsleh-

- 43 *Lagodny* fokussiert sich in seiner Habilitationsschrift »Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte«, wie bereits aus deren Titel erkenntlich wird, auf die aus den Grundrechten folgenden Begrenzungen (S. 78 ff.) sowie Legitimationen (S. 138 ff., S. 275 ff.) für strafrechtliche Verhaltens- und Sanktionsvorschriften. Die zentrale Forschungsfrage ist dabei die grundrechtsbedingte Begrenzung des (Kriminal-)Strafgesetzgebers an Beispielen der Vorfeld- bzw. Besitzkriminalisierung (S. 1). Verfassungsrechtliche strafrechtsbezogene Schutzpflichten betrachtet er konsequenterweise aus dem Blickwinkel, ob sich ein »Dürfen« zu einem »Müssen« verdichtet (S. 13). Aus dem vorgenannten Forschungsinteresse resultiert ein starker Fokus auf Verhaltensnormen (S. 78 ff., 138 ff.). Bezogen auf die Sanktionierung mit Kriminalstrafe entwickelt er einen auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) fundierten Prüfungsmaßstab (S. 275 ff.), woraus er (leicht) erhöhte Legitimationserfordernisse im Vergleich zu Ordnungswidrigkeiten schließt (S. 416 ff., insbes. S. 433 ff.). In einem »[k]riminalpolitischen Ausblick« (S. 511 ff.) sucht *Lagodny* aufbauend auf der Grundrechtsdogmatik »Strukturierungsprinzipien« hin zu einer rationaleren Ausgestaltung der Strafgesetzgebung aufzuzeigen und erachtet dabei das Ultima Ratio-Prinzip als nicht justiziable »grundrechtliche Obliegenheit« (S. 532 f.).
- 44 *Appel* begibt sich in seiner von *Tiedemann* betreuten Dissertation »Verfassung und Strafe« auf die Suche nach verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens. Aufbauend auf den (damaligen) Bestand der Rechtsprechung des BVerfG (S. 59) und des EGMR (S. 245 ff.) betont er eine starke demokratische Fundierung des Strafrechts (S. 427 ff.), erkennt aber eine strafrechtsspezifische grundrechtliche Gefährdungslage an (S. 487 ff.) und analysiert hierauf aufbauend die spezifischen Begrenzungen der Strafgesetzgebung, die aus dem Kanon der strafrechtsrelevanten Bestimmungen des Grundgesetzes (einschließlich der Grundrechte, S. 558 ff.) folgen sollen (S. 514 ff.). Eindrücklich ist ferner seine Kritik an den damaligen strafrechtswissenschaftlichen Begrenzungskonzepten (S. 304 ff.) einschließlich einer Vermengung des Verfassungsrechts mit der Kriminalpolitik (S. 309 ff.). Zur Frage des Rechtsgüterschutzes durch Strafrecht siehe ergänzend seinen Aufsatz *Appel*, KritV 82 (1999), 278.
- 45 *Stächelin* analysiert im ersten Teil seiner Promotionsschrift »Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat« (Betreuer: *Lüderssen*) verfassungsrechtliche Anforderungen an die Strafgesetzgebung, wie sie insbes. aus dem Rechtsgutsbegriff (S. 30 ff.), dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (S. 101 ff.), der Empirie (S. 167 ff.), dem Bestimmtheitsgebot (S. 207 ff.), der »Implementierbarkeit« (im Sinne der praktischen Verfolgbarkeit neu inkriminierter Straftaten auch im Lichte strafjustizieller Ressourcen) (S. 228 ff.) und dem Schuldprinzip (S. 242 ff.) folgen. Zum zentralen, strafgesetzgebungsorientierten zweiten und dritten Teil der Arbeit siehe noch unten in Fn. 178.
- 46 Ergänzend sei für die Pönalisierungsschranken des österreichischen Verfassungsrechts auf *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, verwiesen.
- 47 Eindrücklich die Forderung von *Gössel*, GA 1990, 369 (371), »daß eine Dogmatik einer verfassungsrechtlichen Grundlegung des Strafrechts dringend benötigt wird.« Hierzu auch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 5.

re wegen als hinreichend wirkmächtig angesehener Alternativen⁴⁸ und im Vertrauen auf eine »*aristocrazia penale*« (Donini⁴⁹) schlicht (zu) wenig Notwendigkeit verspürt worden sein, aufbauend auf dem begrenzten Kanon expliziter materiell-strafrechtlicher Verfassungsbestimmungen⁵⁰ und dem damaligen, keinesfalls unbeachtlichen⁵¹ Bestand der Verfassungsrechtsprechung dezidiert verfassungsrechtlich zu argumentieren und dem Gesetzgeber auf *diesem* Wege Begrenzungen aufzuzeigen. Zugleich mag auch eine Furcht vor einer »feindlichen Übernahme« der Strafrechtsdogmatik materiell durch das Verfassungsrecht, institutionell durch das BVerfG und personell durch die Verfassungsrechtslehre bestanden haben.⁵²

48 Zum Wirken der sog. »Alternativprofessoren« mit ihren »Alternativ-Entwürfen« siehe aus damaliger Zeit Jescheck, SchwZStR 91 (1975), 1 (7 ff.) (Außenperspektive) und aus heutiger Zeit Jung, GA 2016, 266 ff.; Schöch, GA 2021, 293 (Innenperspektive); zusammenführend Greco/Roger, JZ 2016, 1125 ff.

49 Vgl. Donini, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform, S. 9 f.

50 Hierzu Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 3; skeptisch daher Naucke, Strafrecht¹⁰, S. 83 ff.

51 Hervorzuheben ist hier insbes. die Rechtsprechung zu Ordnungswidrigkeit nach Beseitigung der Strafgewalt der Finanzbehörden durch BVerfGE 22, 49 (hierzu Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 31 f.), zur Rückwirkung von Änderungen des Verjährungsrechts (BVerfGE 25, 269), zum Verbotsirrtum (BVerfGE 41, 121) und vor allem zum Schwangerschaftsabbruch, BVerfGE 39, 1 (»Schwangerschaftsabbruch I«) sowie BVerfGE 88, 203 (»Schwangerschaftsabbruch II«). Zurückhaltend war die Rechtsprechung zum Sanktionenrecht, vgl. Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 67 ff. Das Verhältnis zwischen BVerfG und materiellem Strafrecht fasste 1992 die Dissertation von Paulduro (»Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches«) mit starkem Fokus auf die bis dahin vorliegende Rechtsprechung (tabellarischer Überblick auf S. 435 ff.), das Verhältnismäßigkeitsprinzip (S. 117 ff.) und ergänzend auf einzelne Grundrechte (S. 250 ff.) zusammen.

52 Eine solche Furcht vor einer »Kolonialisierung« hatte – unter Anerkennung eines Primats des Verfassungsrechts – beispielsweise Arzt, in: GS Armin Kaufmann, S. 839 (847 ff.) bezogen auf das Strafprozessrecht geäußert. Jeweils für die Überwindung einer solchen Furcht plädierend Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. V; M. Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 6; Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 38 f.; Schmahl, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 2 Rn. 100; ferner A. Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 5, der von »Tabus« und »allzu unkritisch übernommene[n] Traditionen« des Strafrechts spricht, die es durch Öffnung zum Verfassungsrecht zu überwinden gelte. Andererseits sollen bis heute »Verfechter der traditionell geprägten Strafrechtswissenschaft [...] die liberal-rechtsstaatlich entwickelten eigenen Prinzipien des Strafrechts schon wegen ihrer langtradierten, inhaltlich umfassend aus- und aufgearbeiteten Ausformulierungen für vorzugswürdig und die allein verfassungsrechtlichen Prinzipien nicht selten für inhaltsleer« halten, so (krit.) L. Wörner,

Seitens des BVerfG trat im Wesentlichen erst⁵³ mit dem Wirken *Hassemers* als Berichterstatter für das Strafrecht ab 2002 eine grundlegende Öffnung hin zur Strafrechtswissenschaft ein.⁵⁴ Auf dieser Grundlage und einer Öffnung auch der Verfassungsrechtslehre⁵⁵ konnte insbesondere eine weitreichende Konstitutionalisierung des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) fruchten,⁵⁶ während eine verfassungsgerichtliche Strafrechtsbegrenzung mittels Rechtsgutslehre,⁵⁷ *Ultima Ratio*-Prinzip oder spezifischer Begründungspflichten (jedenfalls bislang) nicht operativ wurde, trotz seitens des BVerfG geschürter Hoffnungen⁵⁸ und trotz (auch) dezidiert verfassungs-

Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?, § 11 B. II. in Fn. 2137; in diese Richtung jedenfalls *Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, S. 13 (21 ff.).

- 53 Zur – durchaus beachtlichen – früheren Befassung mit dem materiellen Strafrecht soeben in Fn. 51.
- 54 *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (77). Zu den bis heute durchscheinenden Auffassungen, strafbares Verhalten stehe *a priori* außerhalb des Schutzbereichs der Grundrechte, siehe an dieser Stelle exemplarisch die Aufarbeitung bei *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 316 ff., insbes. 319 ff.; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 36 ff.; näher unten § 1 IV. 1. a) aa). Auch diese Auffassungen mögen zu Verständigungsschwierigkeiten zwischen den Disziplinen beigetragen haben.
- 55 Vgl. *Hassemer*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, S. 5 (6 f.). Personell sei seitens der Verfassungsrechtslehre – neben *Appel* (*Verfassung und Strafe*) – insbes. auf *Gärditz* (*Strafprozeß und Prävention; Staat und Strafrechtspflege*) und *Bäcker* (*Kriminalpräventionsrecht*) verwiesen.
- 56 Hervorgehoben seien auf Senatsebene BVerfGE 105, 135 (»Vermögensstrafe«); BVerfGE 126, 170 (»Untreue« – § 266 Abs. 1 StGB); BVerfGE 130, 1 (»Lebensversicherung« – hier: § 263 Abs. 1 StGB); zur Rechtsprechung auf Kammerebene vgl. die Nachweise bei *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (77 in Fn. 56). Die vorangegangene Verfassungsgerichtsrechtsprechung war teils noch deutlich permissiver (exemplarisch BVerfGE 73, 206 [»Sitzblockaden I«], korrigiert indes bereits im Jahr 1995 durch BVerfGE 92, 1 [»Sitzblockaden II«]); vgl. ferner den bis 1991 reichenden Überblick bei *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, S. 61 ff. Zu früheren Konstitutionalisierungsansätzen in der Rechtswissenschaft siehe insbes. *Schünemann*, *Nulla poena sine lege?* (hierzu oben Fn. 40); *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, S. 36, 44 ff.; *Stächel*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, S. 207 ff.
- 57 BVerfGE 120, 224 (241 f.) (»Geschwisterbeischlaf«); siehe aber auch BVerfGE 120, 224 (255 ff.) (*Sondervotum Hassemer*).
- 58 BVerfGE 143, 38 (»Rindfleischetikettierung«); zum Zustellungsvermerk des Vorsitzenden des *Zweiten Senats*, der sachkundige Dritte dezidiert um Stellungnahme zu »ultima ratio« und zur »Prozeduralisierung mit Blick auf den Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers« aufgefordert hatte, siehe *M. Jahn/Brodowski*, *ZStW* 129 (2017), 363 (372 f.).

rechtlich argumentierender strafrechtsbegrenzender Theoriebildung durch die Straf- und Verfassungsrechtswissenschaft.⁵⁹

59 Zur Rechtsgutslehre zusammenführend die Referate auf der Augsburger (36.) Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer (*Engländer*, ZStW 127 [2015], 616 ff.; *Kudlich*, ZStW 127 [2015], 635 ff.; Diskussionsbericht *Brodowski*, ZStW 127 [2015], 691 ff.); zudem *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (78 ff.) sowie *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 ff. (mit beachtlichen Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Verhaltensnorm, insoweit krit. aber *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius [Hrsg.], Verhältnismäßigkeit, S. 184 [192 ff.]) und *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349 ff.; zum Ultima Ratio-Prinzip *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 ff.; *M. Jahn/Brodowski*, ZStW 129 (2017), 363 ff.; jeweils m.w.N.; ablehnend insbes. *Gärditz*, JZ 2016, 641 ff. Siehe ferner (mit Fokus auf Grundrechtsbindung) *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte (hierzu oben Fn. 43); *Appel*, Verfassung und Strafe (»strafrechtsspezifische grundrechtliche Gefährdungslage«, hierzu näher oben Fn. 44); *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat (hierzu näher oben Fn. 45 sowie noch unten Fn. 178); *Kudlich*, JZ 2003, 127 ff.; *Schuchmann*, in: A. H. Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), Strafrecht und Politik, S. 31 ff. sowie monographisch *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung (wie ihr akademischer Lehrer – *Gärditz*, Der Staat 49 [2010], 331 ff. – mit starkem Fokus auf dem Demokratieprinzip, S. 39 ff.) und *Kaspar*: In seiner Habilitationsschrift »Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz« nimmt *Kaspar* nicht bloß die Strafgesetzgebung (siehe hierzu die Abgrenzung in S. 32 ff.), sondern insbes. die Sanktion als solche in den Blick (S. 42 ff.); er argumentiert mithin ausgehend von der Perspektive der Rechtsfolge (einschließlich deren Verhängung im Rahmen der Rechtsanwendung, S. 519 ff., 619 ff.) und nicht von der Perspektive der Inkriminierung. Aufbauend auf einer Analyse der Grundrechtsfunktionen (S. 55 ff.) und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (S. 100 ff.) erörtert er »strafrechtsinterne« Begrenzungsversuche« (S. 193 ff.) und deren Überschneidungen mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Insbes. befasst er sich mit Fragen des Rechtsgüterschutzes, Ultima Ratio (S. 243 ff.), mit dem Schuldprinzip (S. 267 ff.) und der Tatproportionalität (S. 330 ff.). Anschließend entwickelt er – aufbauend auf präventiven Sanktionszwecken, die er einzig für verfassungsrechtlich legitim erachtet – eine Konzeption der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer strafbewehrten Verhaltensnorm (S. 351 ff.), die er auf einzelne Problembereiche anwendet (S. 433 ff.). Schließlich konzentriert er sich auf das »Ob« und »Wie« der verfassungskonform-verhältnismäßigen Sanktionierung (S. 619 ff.).

b) *Herausbildung des »Strafverfassungsrechts« als »Leit- oder Schlüsselbegriff«*

Erst aufbauend auf dieser Annäherung zwischen Strafrechtswissenschaft und Verfassungsrecht auch in Bezug auf das materielle Strafrecht⁶⁰ einschließlich dessen Allgemeinen Teils⁶¹ entwickelte sich der »Leit- oder Schlüsselbegriff«⁶² des Strafverfassungsrechts.⁶³ Für dessen Konzeptionalisierung grundlegend sind die Beiträge von *Burchard*⁶⁴ und *M. Jahn*⁶⁵ in der strafverfassungsrechtlich orientierten Gedächtnisschrift für *J. Vogel*: Prägend für diesen Begriff ist weniger der begriffsimmanente Gegenstand der Betrachtung, also die Maßstäbe, die das normenhierarchisch höherrangige (Verfassungs- und auch Europa-)Recht⁶⁶ für das Strafrecht in seinen verschie-

60 Beispielhaft *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 4 ff., auch zu vorherigen »Kommunikationsschwierigkeiten«; vgl. zudem *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 28.

61 *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 59 hielt diesen hingegen noch für gegenüber verfassungsrechtlichen Einflüssen »weitestgehend autonom«. Skeptischer indes *Burghardt*, in: A. H. Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), Strafrecht und Politik, S. 13 (19 ff.), der für das Grundgesetz einerseits und das Strafrecht andererseits divergierende Richtigkeitsansprüche (einerseits holistisch, andererseits reduktionistisch) annimmt und hierin »eine Ursache für die vielfach beklagten Schwierigkeiten einer Konstitutionalisierung des materiellen Strafrechts« (S. 30) sieht. Indes erscheint mir die Herleitung einer reduktionistischen Sicht auf das materielle Strafrecht zu repressiv-vergeltend und, trotz Zugeständnissen (S. 26 f.), zu wenig (general-)präventiv sowie das moderne Sicherheitsrecht einbeziehend gedacht.

62 *Burchard*, in: *Tiedemann* u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (28).

63 Zu früheren, beiläufigen Verwendungen des Begriffs siehe die Nachweise bei *M. Jahn*, in: *Tiedemann* u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (65 in Fn. 6). Als verfrüht stellt sich daher etwa die »Geburt des Strafverfassungsrechts« bei *A. H. Meyer*, Die Gefährlichkeitsdelikte, S. 8, dar, welcher zwar einige verfassungsrechtliche Eckpunkte des materiellen Strafrechts herausarbeitet und auf abstrakte Gefährdungsdelikte anwendet, ohne aber den Perspektivenwechsel des Strafverfassungsrechts zu vollziehen.

64 *Burchard*, in: *Tiedemann* u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (28 f.) versteht unter Strafverfassungsrecht denjenigen »Teil des Verfassungsrechts [...], der das Strafrecht zum Gegenstand hat und dieses rechtsgrundsätzlich regelt.«

65 *M. Jahn*, in: *Tiedemann* u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (65) definiert Strafverfassungsrecht als »die Summe derjenigen Rechtssätze, die die Anforderungen an ein rechtsstaatliches materielles Strafrecht und Strafverfahrensrecht unter der Geltung einer höherrangigen Verfassung [...] beschreiben«.

66 Wenngleich *M. Jahn*, in: *Tiedemann* u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (65) dezidiert in seiner Definition nur das Grundgesetz in Bezug

denen Teildisziplinen (materielles Strafrecht, Strafverfahrensrecht, usw.) setzt. Entscheidend ist vielmehr erstens das Anerkenntnis, dass im Verfassungsstaat des Grundgesetzes *dieses* mit seiner besonderen »Dignität«⁶⁷ (und nicht etwa eine tradierte Strafrechtsdogmatik)⁶⁸ den Handlungsspielraum des Strafgesetzgebers begrenzt und zugleich (anders als die Strafrechtsdogmatik) einen wirksamen Durchsetzungsmechanismus – namentlich die verfassungsgerichtliche Kontrolle⁶⁹ – bereithält.⁷⁰ Zweitens folgt hieraus, dass dem Strafgesetzgeber ein durchaus breiter Handlungs- bzw. Gestaltungsspielraum innerhalb des verfassungsrechtlich vorgegebenen Korridors verbleibt.⁷¹ Damit geht drittens mit einer strafverfassungsrechtlich orien-

nimmt, erkennt er an derselben Stelle auch ein »Strafverfassungsrecht des europäischen Mehrebenensystems« an.

- 67 *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (78 f.).
- 68 Daher ist – trotz Hinweisen auf die besondere Verfassungssensibilität des Strafrechts und der Strafrechtspflege (siehe etwa oben bei und mit Fn. 22 f.) – mit einem strafverfassungsrechtlichen Denken vereinbar, das Strafrecht für »nicht so besonders« zu halten bzw. für eine »Normalisierung des Strafrechts« zu streiten. In diesem Sinne etwa *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (29, 37 ff.); *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 28 f.; *J. Vogel* bei *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (79 f.).
- 69 Indes weist bereits *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, S. 14, 59 auf die größere verfassungsgerichtliche Kontrolldichte gegenüber der Rechtsanwendung als gegenüber der Strafgesetzgebung hin.
- 70 Hierauf spezifisch hinweisend *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 39 f. Siehe auch *Nieto Martín*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 97 (123 ff.); *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 11; *Brodowski*, *Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen*, S. 551 f. Selbst Kritiker eines strafverfassungsrechtlichen Denkens erkennen den normenhierarchischen Rahmen des Grundgesetzes an, wenn auch mit Skepsis hinsichtlich der Kontrolldichte und hinsichtlich einer »inhaltlichen Verarmung[...]«⁷¹, so *Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, S. 13 ff.
- 71 *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, S. 5; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, S. 511 ff.; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 78; *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (51); *Donini*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 87 (87 f.); *Nieto Martín*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 97 (125 ff.); *M. Jahn/Brodowski*, *JZ* 2016, 969 (978 ff.); ergänzend *Brodowski*, in: *Brodowski/Espinoza de los Monteros de la Parra/Tiedemann/J. Vogel* (Hrsg.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, S. 211 (212 f.); *Brodowski*, *Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen*, S. 552 sowie *Bottke*, in: *FS* Schwind, S. 791 (796 f.) (mit Verwendung des Begriffs einer »Kriminalverfassung« statt »Strafverfassungsrecht«).

tierten Betrachtung einher, dass tradierte strafrechtsdogmatische Prämissen auf den Prüfstand gestellt werden – teils mit dem Ziel einer verfassungsrechtlichen Fundierung (und damit *besseren*, weil wirkmächtigeren Absicherung),⁷² teils mit der Konsequenz, für manche Prinzipien oder Strukturen des hergebrachten Strafrechts lediglich oder allenfalls⁷³ einfach-rechtlich oder kriminalpolitisch argumentieren zu können.⁷⁴ Viertens nimmt das Strafverfassungsrecht in der Auslegung strafrechtlicher Fragen methodisch Anleihe an der Verfassungsinterpretation,⁷⁵ beeinflusst aber seinerseits auch das Verfassungsrecht,⁷⁶ namentlich auch durch die Rolle, welche die Proponenten des Strafverfassungsrechts den Strafrechtslehrer*innen (und nicht nur den

72 *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (78 f.); als Beispiele für derartige Zielrichtungen sei auf die Monographien von *Lagodny* (Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte); *Appel* (Verfassung und Strafe); *Stächelin* (Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat) und *Kaspar* (Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz) verwiesen, zum spezifischen Bereich des Lebensschutzes aktuell auf *L. Wörner*, Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?, §§ 12 ff., aber auch – im dezidiert europaverfassungsrechtlichen Kontext – auf *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung.

73 Zu einem möglichen »Tabubruch« siehe bereits *A. Hamann*, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 5.

74 In diesem Sinne einer Rückbesinnung auf diskursive Stärken *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (54 ff.). *Donini*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 87 (91) argumentiert dezidiert gegen eine Selbstbeschränkung der verfassungsrechtlich denkenden Strafrechtswissenschaft auf eine »notwendige Strafbegrenzungswissenschaft«; anders hingegen *Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 ff. mit stark ausgeprägtem strafrechtsimmanentem Legitimitätsdenken. Siehe ferner die Habilitationsschrift von *Bäcker* zu einer rechtsgebietsübergreifenden Neukonzeption eines »Kriminalpräventionsrechts« (näher oben in Fn. 33).

75 Ein eigenes »Denkmodell« des Strafverfassungsrechts konzipiert *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (48 ff.).

76 Dies besonders hervorhebend *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (65): Strafverfassungsrecht als »[d]as Verhältnis von Straf- und Verfassungsrecht im Allgemeinen und die wechselseitige Beeinflussung beider Normenkomplexe im Besonderen«. Damit ist selbstredend keine Verfassungsinterpretation am Maßstab einfachen Rechts gemeint, sondern es weist darauf hin, dass Entwicklungslinien des Verfassungsrechts und die Konstitutionalisierung durchaus ihren Ausgangspunkt im einfachen Recht nehmen können. Prägnanter Beispielsfall hierfür ist das europäisch-transnationale Doppelverfolgungsverbot, das ursprünglich auf Ebene des »einfachen« (Europa-)Rechts in Art. 54 SDÜ, nunmehr aber auf Ebene des Europaverfassungsrechts in Art. 50 GRC fundiert ist. Hierzu bereits *Mansdörfer*, Das Prinzip des *ne bis in idem* im europäischen Strafrecht, S. 234 ff.

Verfassungsrechtler*innen) zuweisen.⁷⁷ Fünftens – und dies ist für die hier vorgelegte Untersuchung von besonderer Bedeutung – führt die Brücke ins Verfassungsrecht auch zu dessen ausgeprägten prozeduralen⁷⁸ Elementen, konkret zum (Straf-)Gesetzgebungsverfahren,⁷⁹ zu dessen Mechanismen und zu dessen Akteuren.⁸⁰

Bei alledem ist das »Strafverfassungsrecht« keineswegs eine Kampfansa-ge an die tradierte Strafrechtsdogmatik. Zwar weist das Strafverfassungsrecht nachdrücklich darauf hin, dass die Autorität der Strafrechtsdogmatik⁸¹ ins-besondere gegenüber dem Strafgesetzgeber und teils auch gegenüber der Strafrechtspraxis begrenzt ist. Zugleich liefert sie aber Angebote zur Schärfung der Wirkkraft strafrechtswissenschaftlicher Argumentation, auch über den von mir andernorts vorgeschlagenen und in dieser Untersuchung erneut skizzierten⁸² Weg einer »weichen« Konstitutionalisierung strafrechtlicher Grundprinzipien mittels eines final-materiellen Rechtsstaatsverständnisses einschließlich eines verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterliegenden, gerechtigkeitsbezogenen Optimierungsauftrags an den Gesetzgeber.⁸³ Ferner verlieren Argumente der Logik und der kriminologischen Empirie⁸⁴ bei Anerkennung eines Primats des Verfassungsrechts nicht an Strahlkraft, ebenso wenig gewichtige Sachargumente,⁸⁵ insbesondere wenn zugrundeliegende Prämissen zugleich offengelegt werden.⁸⁶ Ob der »Leit- oder Schlüsselbe-griff« des Strafverfassungsrechts dabei tatsächlich zum Mittler »zwischen

77 *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (54 ff.).

78 Dies ist nicht zu verwechseln mit den Ansätzen zu einer Prozeduralisierung des (materiellen) Strafrechts; hierzu monographisch *Eicker*, Prozeduralisierung; sowie ergänzend *Theile*, *wistra* 2012, 285 (290 f.).

79 Hierzu näher unten Einführung I. 3.

80 *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (53 f.). Hingegen tendiert insbes. die Betrachtung des materiellen Strafrechts noch immer zu sehr dazu, den jeweiligen *status quo* der *lex lata* (und diesen teils zu apologetisch) zu betrachten.

81 Erneut sei an den Ausspruch *Doninis* von einer »*aristocrazia penale*« erinnert, vgl. *Donini*, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform, S. 9 f.

82 Unten § 1 III. 3. b) bb).

83 *Brodowski*, *ZStW* 128 (2016), 370 (390 ff.); siehe zuvor auch *Brodowski*, in: Fromholzer/Preis/Wisioerek (Hrsg.), Noch nie war das Böse so gut, S. 107 (113).

84 Zur begrenzten Rolle der Kriminologie siehe aber *Kinzig*, *KriPoZ* 2020, 8 (9).

85 Zutr. daher *Prittwitz*, *ZStW* 129 (2017), 390 (392 f.) zur Relevanz strafrechtlicher Beiträge in der verfassungsrechtlichen »Debatte«.

86 In diesem Sinne einer »Politisierung« *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (50, 55).

Wissenschaft, Strafrechtspflege und Kriminalpolitik«⁸⁷ werden kann, bleibt im Lichte neuerer und neuester Forschungsprojekte⁸⁸ abzuwarten; er bietet jedenfalls die Chance, den Diskurs zwischen diesen Disziplinen auf dem gemeinsamen Fundament des Grundgesetzes zu führen.⁸⁹ Damit sei zugleich betont, dass das hier zugrundegelegte Verständnis des Strafverfassungsrechts weder die Rolle des Strafrechts in der Staatsverfassung noch in der Verfassung eines (hypothetischen oder idealen) Gemeinwesens betrifft, sondern den Blick auf den konkreten verfassungsrechtlichen Rahmen für eine bestimmte Strafrechtsordnung – hier diejenige Deutschlands – richtet.

2. Kriminalpolitik und Kriminalpolitikwissenschaft

a) *Kriminalpolitik*

Dem Begriff der »Kriminalpolitik« liegt ein divergierendes Begriffsverständnis zugrunde, was auch Auswirkungen darauf hat, was unter einer (rechts- und politik-)wissenschaftlichen Befassung mit Kriminalpolitik zu verstehen ist:

aa) »Aktive« Kriminalpolitik

Nach einer (jedenfalls innerhalb der Strafrechtswissenschaft) noch immer weit verbreiteten Ansicht ist unter »Kriminalpolitik« (bzw. allgemeiner »Rechtspolitik«) die aktive⁹⁰ Beschäftigung mit der politik-inhaltlichen (»policy«⁹¹) Frage gemeint, »wie das Strafrecht« – bzw. dessen gesetzliche Grundlagen – »einzurichten ist, damit es seiner Aufgabe [...] auf gerechte Weise

87 So *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (48).

88 Insbes. sei hier auf die disziplinenübergreifende Spurensuche nach einer verfassungsrechtlichen Sonderstellung des Strafrechts (*Bäcker/Burchard*, in: *Bäcker/Burchard* [Hrsg.], *Strafverfassungsrecht*, S. 1 [3 ff.]) bei *Bäcker/Burchard*, *Strafverfassungsrecht*, verwiesen, in dem ein Ausschnitt des hier verfolgten Ansatzes bereits vorgestellt (*Brodowski*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 139 ff.) und kommentiert (*Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 169 ff.) wurde.

89 Daher streitet dieser Begriff auch nicht – worauf *Prittwitz*, *ZStW* 129 (2017), 390 (394) mahndend hinweist – für eine strafrechtliches Sonder-Verfassungsrecht, sondern für die umfassende Anerkennung des Verfassungsrechts im Strafrecht.

90 In Abgrenzung zur passiven Beobachtung, siehe noch sogleich unten in Fn. 99.

91 Zur Trias »policy«, »politics« und »polity« siehe noch unten bei und mit Fn. 101.

dienen kann«. ⁹² Insbesondere zählt hierzu die Kritik aktueller Gesetzesvorha-

92 So *Jescheck*, in: FS Miyazawa, S. 363 (363); ähnlich bereits *von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts²⁵, S. 2 in seiner »Trennungsthese«: Die »Kriminalpolitik [...] gibt uns den Maßstab für die Wertschätzung des Rechts, welches gilt, und sie deckt uns das Recht auf, welches gelten sollte; aber sie lehrt uns auch, das geltende Recht aus seinem Zweck heraus zu verstehen und seinem Zweck gemäß im Einzelfalle anzuwenden« (zu seinem kriminalpolitischen Einfluss zusammenfassend *Reinke*, in: Lange [Hrsg.], Kriminalpolitik, S. 15 [15 ff.]). Aus neuerer und neuester Zeit in solchem, politikbeeinflussenden oder -leitenden Sinne (teils in die Strafrechtswissenschaft integrierend, teils von ihr trennend) exemplarisch *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 39 ff., 65 ff., 142 (»Kriminalpolitik hat es mit abweichendem Verhalten und dessen gesellschaftlicher Definition zu tun. Als selbständiger Teilbereich im Gesamtsystem sozialer Kontrolle entwickelt sie formalisierte Instrumente zur Verarbeitung und Lösung sozialer Konflikte, die aus abweichendem Verhalten entstehen, und setzt sie strategisch ein.«); *E. von Hippel*, Rechtspolitik, S. 1 (»das Bemühen um die Schaffung einer gerechten nationalen und internationalen Ordnung durch optimale rechtliche Regelungen«; indes mit Analyse der Rolle verschiedener rechtspolitischer Akteure in §§ 3–13); *Hörnle*, in: H. Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 183 (mit Differenzierung zwischen »Rechtspolitik« und »Rechtsgestaltung«; ähnlich auch *Jacobsen*, Legal Reform Research, mit dem Versuch der Grundlegung einer Rechtsreformwissenschaft in Abgrenzung zu schlichter Rechtspolitik); *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 511 ff.; *C. Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem², S. 10 f., 40 (»systematische Einheit zwischen Kriminalpolitik und Strafrecht«); *Sánchez Lázaro*, Kriminalpolitik und Gesetzgebungstechnik, S. 6; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 6; *Zipf*, Kriminalpolitik², S. 3 ff., 26 ff. (»kriminalpolitische[...] Wissenschaft«); *Kühl*, in: FS Böttcher, S. 597 (599 ff.) (mit Unterscheidung in »theoretische« [d.h. rechtsphilosophische, hierzu zuvor *Kühl*, GA 1977, 353 ff.] und »praktische« Kriminalpolitik) sowie *Kühl*, in: FS Stöckel, S. 117 (118) (mit Trennung zwischen verfassungsrechtlich und kriminalpolitisch zu beachtenden Prinzipien); *Kubiciel*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 99 (105 f., 115); *Naucke*, ZStW 94 (1982), 525 ff. (zum »Marburger Programm«); *Saliger*, ZfJStw 2022, 276 (276) (mit Ausdifferenzierung einer »Kriminalpolitik im weiteren Sinne« als »Konkretisierung und Rechtsfortbildung des Strafrechts«); *Streng*, ZStW 134 (2022), 877; weitere Zuspitzung bei *Robles Planas*, in: FS Frisch, S. 115 (116 f.) und hieran anknüpfend *Silva Sanchez*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 79 (89): »Dogmatik der Kriminalpolitik«.

Teils ist auch eine begriffliche Distanzierung zwischen Kriminalpolitik und ihrer strafrechtswissenschaftlichen Begleitung bzw. Einflussnahme zu verzeichnen, so markant bei *Satzger*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 277 (280 f.); *Ambos*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 321 (327 f. mit weiterer Differenzierung in Fn. 37); *Schünemann*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 459 (463 f.); *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 17 Rn. 1, 8 f.; teils auch *Putzke*, in: FS Schwind, S. 111 (112 ff.) (»Verfolgt ein Wissenschaftler [...] eine Veränderung von Politik, ist er Kriminalpolitiker«; polemisch und bemerkenswert, weil ein Primat der Wissenschaft gegenüber der Poli-

ben und das Vorbringen eigener Gesetzesvorschläge.⁹³ Wird Kriminalpolitik durch (Strafrechts-)Wissenschaftler*innen,⁹⁴ mit Ressourcen der Wissenschaft und/oder verbunden mit einem wissenschaftlichen Wahrheits- und damit Autoritätsanspruch⁹⁵ betrieben, so liegt die – nicht unproblematische – Bezeichnung als »wissenschaftliche Kriminalpolitik«⁹⁶ nahe.

tik zugrundelegend, sodann *Putzke*, in: FS Schwind, S. 111 (122): »[W]er entgegen wissenschaftlichen Erkenntnissen Politik betreibt, ist Scharlatan und verdient [...] nicht, Kriminalpolitiker genannt zu werden«. Zu Kriminologie und Kriminalpolitik *Schwind*, in: FS Schüler-Springorum, S. 203 ff. sowie *Liebl*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 405 ff. Ähnlich zudem *Goeckenjan*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 245 (246); *Zabel*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 9 (9 f.). Differenzierend schließlich *Prittwitz*, in: FS Hamm, S. 575 (576 ff.) mit einerseits kriminologisch-distanzierter, andererseits »aktiver« Perspektive (zuvor *Prittwitz*, in: U. Neumann/Prittwitz [Hrsg.], Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, S. 131 [159 f.]; *Prittwitz*, in: Ambos [Hrsg.], Europäisches Strafrecht post-Lissabon, S. 29 [29 ff.]; *Prittwitz*, in: FS 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 343 [348], dort mit starker Prämisse einer wirklichkeitswissenschaftlichen Analyse des Strafrechts; siehe ergänzend seine Forderung nach einer Stärkung der – indes nicht näher konturierten – Kriminalpolitikwissenschaft, *Prittwitz*, ZStW 129 [2017], 390 [399]); ebenfalls zurückhaltend *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 49 ff. mit Betonung des Kompromisshaften der Politik gegenüber einer »systematisch-axiologischen Geschlossenheit« der Rechtswissenschaft.

- 93 Für diese Begriffsverwendung steht auch der »Kriminalpolitische Kreis« (KriK), zu dessen Mitgliedern der *Verf.* zählt: Der KriK ist »ein Zusammenschluss von 35 deutschen Strafrechtsprofessorinnen und -professoren, die sich mit Fragen der Strafrechtspolitik befassen« und in diesem vorgenannten Sinne tätig werden (siehe beispielsweise *Kriminalpolitischer Kreis*, KriPoZ 2021, 322 [322]).
- 94 Sei es in ihrer Funktion als Wissenschaftler*innen, einschließlich der Tätigkeit als *Politikberater*innen* (hierzu noch unten § 4 III. 1. g)) oder als »sachverständige Auskunftspersonen« in Gesetzgebungsverfahren (hierzu noch unten § 4 III. 2. d)), sei es als (Berufs-)Politiker i.e.S., wie neulich etwa *Wolfgang Brandstetter* (Univ.-Prof. an der Wirtschaftsuniversität Wien) als österreichischer Bundesminister für Justiz (16.12.2013 bis 18.12.2017).
- 95 Krit. hierzu *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (636 f.) sowie *Kölbel*, NK 2019, 249 (253 f.); siehe ferner *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 309 ff. zur Vermengung zwischen kriminalpolitischer und verfassungsrechtlicher Argumentation sowie *K. Günther*, in: FS 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 267 (276 ff.) zur wechselseitigen Instrumentalisierung. Bedenkenswerte Differenzierung zwischen politischer »Rechtspolitik« und wissenschaftlicher »Rechtsgestaltung« bei *Hörnle*, in: H. Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 183 (193 f.).
- 96 So – in kritischer Absicht – *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (636) zur Begriffsverwendung, wie sie etwa bei *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 12; *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (22) zu finden ist. Gleicher Skepsis begegnet der von *Zipf*, Kriminalpolitik², S. 26 verwendete Begriff der »kriminalpolitischen Wissenschaft«.

bb) Kriminalpolitik als Politikfeld

Nach anderer Lesart ist Kriminalpolitik zunächst politikfeldbezogen⁹⁷ als derjenige »Teil der Politik« zu definieren, »der sich mit Kriminalität befasst, sie definiert und auf sie reagiert.«⁹⁸ In einem solchen, weiteren Sinne verstanden kann Kriminalpolitik zum Objekt⁹⁹ einer wirklichkeitswissenschaftlichen¹⁰⁰ Befassung werden.

Zur weiteren Systematisierung hat sich in der Politikwissenschaft eine konzeptionelle Dreiteilung des Politikbegriffs in »policy« (Inhalt der Politik

97 Allgemein zur Politikfeldanalyse *V. Schneider/Janning*, Politikfeldanalyse; *Klaus Schubert/Bandelow*, Lehrbuch der Politikfeldanalyse³; *Wenzelburger/Zohnhöfer*, Handbuch Policy-Forschung; *Lauth/Thiery*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 271 ff.

98 *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (635 f.) mit Nachweisen zu ähnlichen Definitionsansätzen (*Bottke*, in: FS Schwind, S. 791 [796]: »gesellschaftliche[r] Prozess der Gestaltung und Legitimation des Strafrechts und seiner Effektivierung«; *Schwind*, in: FS Schüler-Springorum, S. 203 [203] und – leicht modifiziert – *Schwind*, in: Schwind/Berckhauer/Steinhilper [Hrsg.], Präventive Kriminalpolitik, S. 3 [5]: »Gesamtheit aller staatlichen Maßnahmen zur Verbrechensverhütung und Verbrechensbekämpfung« sowie allgemein *Stempel*, in: Görlitz/Voigt [Hrsg.], Rechtspolitologische Forschungskonzepte, S. 58 [60 f.]); hierzu ergänzend *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (104 ff.); *Liebl*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 405 (405 f.); *Noll*, ZStW 92 (1980), 73 (73) (»Definition [...] und Bekämpfung der Kriminalität«); enger *K. Günther*, in: FS 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 267 (269) (fokussiert auf das Strafrecht); *Lange*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 9 (10) (»Policy-Programm, welches die Strategien, Taktiken und Sanktionsinstrumente beschreibt, mit denen die Institutionen der Inneren Sicherheit eine Optimierung der Verbrechenskontrolle zu erreichen versuchen«); ebenfalls enger, aber das Politische betonend *Naucke*, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, S. 225 (»Kriminalpolitik ist Politik mit den Mitteln der Androhung, der Verhängung und der Vollstreckung von strafenden Sanktionen«); sowie *Haverkamp*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 195 (198). Die *J. Vogel*'sche Definition rezipierend *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 62 in Fn. 137.

99 Mit dieser eine (innere wie äußere) Distanzierung zwischen »Beobachter« und »Gegenstand der Beobachtung« (hierzu *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 [637]) ausdrückende Formulierung soll nicht in Abrede gestellt werden, dass Wechselwirkungen gleichwohl unvermeidlich sind. Zu dieser Erkenntnis ist nicht die Quantenphysik (*Heisenberg*, Zeitschrift für Physik 43 (1927), 172 ff.) zu bemühen, sondern lediglich und nicht abschließend auf die Rückwirkungen zu verweisen, welche Erkenntnisse der Kriminalpolitikwissenschaft auf die Tätigkeit der politikberatenden Strafrechtswissenschaft haben bzw. haben können (daher ausdrücklich kriminalpolitische Betrachtungen einfordernd *Kubiciel*, in: Zabel [Hrsg.], Strafrechtspolitik, S. 99 [117, 122]).

100 Siehe hierzu noch unten bei und mit Fn. 135.

bzw. politische Programme), »politics« (Akteure und Verfahren bzw. Prozesse der Politik) und »polity« (Institutionen der Politik) durchgesetzt,¹⁰¹ die sich auch auf das Politikfeld der Kriminalpolitik herunterbrechen lässt.¹⁰²

(1) Kriminalpolitik als »policy«

Kriminalpolitik betrifft somit zunächst die kriminalpolitischen Zielsetzungen und Inhalte, wie sie von politischen Parteien,¹⁰³ Fraktionen, der Regierung und von weiteren Akteuren¹⁰⁴ vertreten bzw. verfolgt werden. In dieser Hinsicht besteht folglich eine Überschneidung mit dem zunächst dargelegten Begriffsverständnis einer »aktiven Kriminalpolitik«,¹⁰⁵ indes aus einer anderen Perspektive: Während er dort aus einer »Innenperspektive« heraus, quasi als politisches Programm einer rationalen, optimalen, usw. Strafgesetzgebung Verwendung findet, ist hier die wirklichkeitswissenschaftliche »Außenperspektive« auf die *von Anderen vertretenen* kriminalpolitischen Positionen maßgebend.

Basierend auf dem (weiten) Verständnis des Politikfeldes betrifft Kriminalpolitik als »policy« dabei sämtliche Zielsetzungen einer *Befassung*, einer *Definition* und einer *Reaktion* auf Kriminalität, mithin nicht nur das Strafrecht und seine Anwendung in der Strafrechtspflege. Vielmehr sind Schnittmengen offensichtlich zu weiteren politischen Inhalten einer Reaktion

101 Hierzu *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (637) m.w.N.; *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 63; aus der politikwissenschaftlichen Literatur exemplarisch *Lauth/Thiery*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 271 ff.; *Mols*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 23 (26 f.); *Pelinka/Varwick*, Grundzüge der Politikwissenschaft², S. 21, 29; *V. Schneider/Janning*, Politikfeldanalyse, S. 15; *Klaus Schubert/Bandelow*, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 1 (4 ff.); *Patzelt*, Politikwissenschaft⁷, S. 28 ff.; *Westle*, in: Westle (Hrsg.), Politikwissenschaft², S. 19 (29 f.); *Bernauer* u.a. Politikwissenschaft⁵, S. 34 f. (indes mit Zuordnung der Akteure zu »polity«); aus der rechtspolitologischen Literatur siehe exemplarisch *Voigt*, in: Görlitz/Voigt (Hrsg.), Rechtspolitologische Forschungskonzepte, S. 1 (1).

102 Für die europäische Ebene durchdekliniert durch *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (638 ff.); siehe ergänzend *Nitschke*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 387 ff.

103 Umfassend zu deren Einfluss auf das Politikfeld der Inneren Sicherheit *Wenzelburger*, The Partisan Politics of Law and Order.

104 Zum (weiten) Akteursbegriff der Politikwissenschaft siehe sogleich Einführung I. 2. a) bb) (2) bei und mit Fn. 110 ff.

105 Oben Einführung I. 2. a) aa).

auf Kriminalität. Hierzu zählen etwa Kriminalprävention¹⁰⁶ einschließlich sozialer Maßnahmen¹⁰⁷, aber auch das gesamte Sicherheitsrecht unter Einschluss des Gefahrenabwehr- und Nachrichtendienstrechts.¹⁰⁸

(2) Kriminalpolitik als »politics«

Kriminalpolitik betrifft des Weiteren die Frage, welche Akteure es in welchen Prozessen unternehmen, kriminalpolitische Inhalte¹⁰⁹ zu verwirklichen. Der sozialwissenschaftliche Akteursbegriff ist dabei weit und erfasst jeden Menschen einzeln (individueller Akteur)¹¹⁰ und in (ggf. fluiden) Zusammenschlüssen (kollektive und korporatistische Akteure),¹¹¹ der bzw. die sozial handeln: ein Handeln also, welches »seinem von dem oder den Handelnden gemeinten Sinn nach auf das Verhalten *anderer* bezogen wird und daran in seinem Ablauf orientiert ist.«¹¹² Politikwissenschaftlich sind somit als Akteure (jedenfalls) alle Individuen und alle Zusammenschlüsse von Personen zu verstehen, die im Hinblick auf die Verwirklichung von politischen Inhalten »sozial handeln«. ¹¹³ Zu den kriminalpolitischen Akteuren zählen folglich neben Berufspolitiker*innen, politischen Parteien, Fraktionen, der

106 Im umfassendsten Sinne, d.h. alle Bereiche primärer (universeller), sekundärer (selektiver) und tertiärer (indizierter) Kriminalprävention (zu dieser Differenzierung siehe nur *Botke*, in: FS Schwind, S. 791 [793 ff.]; *Hendrik Schneider*, in: Göppinger [Begr.], hrsg. von *Bock, Michael*, *Kriminologie*⁶, S. 541 [553 ff.]; *Meier*, *Kriminologie*⁶, S. 307 ff.). Aus kriminalpolitikwissenschaftlicher Sicht zusammenfassend *Feltes*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 251 ff. Insoweit zutreffend ist die Analyse von *Putzke*, in: FS Schwind, S. 111 (112), wenn auch seine Perspektive die einer »aktiven« Kriminalpolitik ist.

107 Dies hoben beispielsweise bereits *Schwind/Berckhauer/Steinhilper*, *Präventive Kriminalpolitik* hervor.

108 Zum Konzept eines Sicherheitsrechts siehe nur *U. Sieber*, *ZStW* 119 (2007), 1 (34 ff.); *Gärditz*, *GSZ* 2017, 1 ff.; *Gusy*, in: FG Graulich, S. 9 ff.; jeweils m.w.N.

109 Hierzu soeben Einführung I. 2. a) bb) (1).

110 *K.-R. Korte*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 63 (71); *Klaus Schubert/Bandelow*, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), *Lehrbuch der Politikfeldanalyse*³, S. 1 (1); *M. G. Schmidt*, *Wörterbuch zur Politik*³, Stichwort: Akteur.

111 *K.-R. Korte*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 63 (71 f.); vgl. auch *Bernauer* u.a. *Politikwissenschaft*⁵, S. 26; *M. G. Schmidt*, *Wörterbuch zur Politik*³, Stichwort: Akteur.

112 *Max Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*⁶, S. 542 (Hervorhebung im Original); ergänzend *Patzelt*, *Politikwissenschaft*⁷, S. 22 ff.

113 Vgl. *Bernauer* u.a. *Politikwissenschaft*⁵, S. 24 ff.

Regierung¹¹⁴ usw. auch Gerichte (jedenfalls in ihrer konkreten personellen Zusammensetzung)¹¹⁵ sowie einzelne politisch handelnde Menschen,¹¹⁶ etwa politikberatend tätige oder sonst nach politischem Einfluss strebende Strafrechtslehrer*innen.¹¹⁷

Auch die Prozesse der Kriminalpolitik sind vielfältig: Diese reichen von der Strafgesetzgebung auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene¹¹⁸ (einschließlich deren Verhinderung) über die Zurverfügungstellung oder Kappung öffentlicher Ressourcen für die Strafjustiz¹¹⁹ hin zur medienwirksamen¹²⁰ Bezeichnung bestimmter Verhaltensweisen als »kriminelles Verhalten«, um diese Verhaltensweisen zum Gegenstand politischer Debatten und/oder um politisch »Meinung« zu machen, etwa in der Hoffnung auf zukünftig größeren Wahlerfolg. Zu kriminalpolitischen Prozessen können ferner die direkte Einflussnahme auf das Wirken der Strafjustiz mittels Weisungen¹²¹ und, soweit dies unmittelbar oder mittelbar auf die Durchsetzung

114 Zur Regierung als Institution der Kriminalpolitik siehe noch sogleich bei und mit Fn. 133.

115 Zum BGH als Akteur der Kriminalpolitik detailliert *Norouzi*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 475 ff.; ergänzend *Höffler*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 225 (229) sowie *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 276. Zur Justiz als *Institution* der Kriminalpolitik siehe noch sogleich bei und mit Fn. 133.

116 Noch weitergehend *Lange*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 9 (10) sowie ausführlich *Groll/Reinke/Schierz*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 343 ff.: Bürger selbst agierten als »Akteure[...] kriminalpolitischer Kontrolle«.

117 So auch *Prittwitz*, in: FS 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 343 (348) unter Bezugnahme einer wirklichkeits- wie grundlagenorientierten Strafrechtswissenschaft: »Wer Strafrechtswissenschaft so betreibt ist Akteur der Kriminalpolitik und versteht sich in der Regel auch als solcher.«

118 *S. Beck*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 45 (54 f.); *Goeckenjan*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 245 (246); *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (105); ergänzend *Burghardt*, in: A. H. Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), Strafrecht und Politik, S. 13 ff.: »(Straf-)Recht als Modus der Politik«; in diesem Sinne ferner *Waldhoff*, *ZfP* 2019, 98 (99): »Gesetze sind in Rechtsform gegossene Politik«. Zur allgemeinen Gesetzgebungspraxis mit stark empirischem Einschlag *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung.

119 *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (105); vgl. auch *Höffler*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 225 (229).

120 Allgemein zu Kriminalpolitik und Medien *Liebl*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 405 (409 ff.); ergänzend (aus »aktiver« Perspektive) *Prittwitz*, in: FS Hamm, S. 575 ff.

121 Vgl. §§ 146, 147 Nr. 1, Nr. 2 GVG; zur (Reform-)Diskussion über das externe Weisungsrecht siehe exemplarisch *Brocke*, in: MK-StPO, § 146 GVG Rn. 26 ff.

kriminalpolitischer Inhalte gerichtet ist, die indirekte Einflussnahme auf die Strafjustiz über Medien zählen.¹²²

(3) Kriminalpolitik als »polity«

Kriminalpolitik betrifft schließlich die institutionelle Konstituierung der Politik. In der Politikwissenschaft wurde der Institutionenbegriff zunächst stark aus einer verfassungsnormativen Perspektive heraus gedacht: In einem solch traditionell-formalen Sinne sind als Institutionen »die empirischen Manifestationen der zentralen Verfassungsnormen« zu verstehen, »die sich entlang der Exekutive, der Legislative und der Judikative ausbildeten.«¹²³ Bereits aus dieser Perspektive ist der politikwissenschaftliche somit keineswegs mit einem staatsrechtlichen Institutionen- oder gar Organbegriff gleichzusetzen. Entscheidend war und ist vielmehr, dass Institutionen – anders als die potentiell dynamischen »policies« und »politics« – einen verfestigten,¹²⁴ ja größtenteils statischen Rahmen für das politische Handeln vorgeben. Dieses von Verfassungsnormen ausgehende Begriffsverständnis¹²⁵ wurde aber zunehmend als zu eng angesehen, weil es informelle, außerhalb des Rechts stehende Institutionen (etwa »Korruption [...] als institutionell gefestigt[e] Institution«¹²⁶), die für den wirklichen politischen Handlungsrahmen prägend sein können, definitiv ausschließt. Der moderne Institutionenbegriff wählt daher einen empirischen Ausgangspunkt und definiert Institutionen als alle formellen und informellen Regelsysteme, die eine empirisch beobachtbare, stabile »Prägestkraft« für das politische Verhalten der Akteure aufweisen.¹²⁷

122 Vgl. *Kepplinger/Jost/Wohlraabe*, Strafprozesse unter dem Einfluss von Online- und Offline-Medien aus Sicht von Richtern und Staatsanwälten.

123 *Lauth/C. Wagner*, in: Lauth (Hrsg.), *Vergleichende Regierungslehre*³, S. 17 (25); ergänzend *M. G. Schmidt*, Wörterbuch zur Politik³, Stichworte: Polity, Institutionen.

124 *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (637 f.).

125 In diesem Sinne – *normativ* zutreffend, *empirisch* verengt – etwa *Bottke*, in: FS Schwind, S. 791 (796): »Die Kriminalpolitik der Bundesrepublik Deutschland ist an deren Kriminalverfassung gebunden«.

126 *Lauth/C. Wagner*, in: Lauth (Hrsg.), *Vergleichende Regierungslehre*³, S. 17 (25).

127 *Lauth/C. Wagner*, in: Lauth (Hrsg.), *Vergleichende Regierungslehre*³, S. 17 (25 f.).

In Bezug auf die Kriminalpolitik bedeutsame Institutionen stellen somit beispielsweise die Strafgesetzgebung,¹²⁸ das Strafverfassungsrecht,¹²⁹ Rechtstraditionen,¹³⁰ eine »Strafrechtskultur«,¹³¹ aber auch das formal-institutionelle »Setting« der Kriminalpolitik zwischen Regierung, Parlament, Verfassungsgericht¹³² und Justiz dar.¹³³

b) *Kriminalpolitikwissenschaft*

Kriminalpolitikwissenschaft¹³⁴ ist – mit *J. Vogel* – die wirklichkeitswissenschaftliche¹³⁵ Befassung mit dem soeben skizzierten Politikfeld der »Krimi-

128 Hier: als *Institution*; hierzu und zur »formale[n] Struktur der Kriminalpolitik« *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 103 (107 ff.). Strafgesetzgebung kann indes auch ein Prozess der Kriminalpolitik (»politics«) sein, soweit sie auf die Verwirklichung einer bestimmten kriminalpolitischen Politik (»policy«) gerichtet ist.

129 *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (637 f.). Klarstellend ist hinzuzufügen, dass das *normative* Strafverfassungsrecht (siehe hierzu oben Einführung I. 1.) nur insoweit eine Institution im politikwissenschaftlichen Sinne darstellt, als es empirisch beobachtbar das tatsächliche Verhalten maßgeblich prägt (vgl. *Lauth/C. Wagner*, in: Lauth [Hrsg.], *Vergleichende Regierungslehre*³, S. 17 [25]); ein regelmäßiger Bruch einer bestimmten Verfassungsnorm ließe deren Klassifikation als Institution nicht zu.

130 *Lauth/C. Wagner*, in: Lauth (Hrsg.), *Vergleichende Regierungslehre*³, S. 17 (25).

131 Vgl. *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (637, 641 f.): »kulturelle[r] Handlungsrahmen«.

132 *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, S. 63 mit Fn. 139.

133 Vgl. *Lauth/C. Wagner*, in: Lauth (Hrsg.), *Vergleichende Regierungslehre*³, S. 17 (25); *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (638 ff.).

134 Synonym ließe sich auch der Begriff einer Kriminalpolitologie verwenden. Zur Rechtspolitologie bzw. Rechtspolitikwissenschaft siehe einleitend *Voigt*, in: Görlitz/Voigt (Hrsg.), *Rechtspolitologische Forschungskonzepte*, S. 19 ff.

135 Zum Begriff der Wirklichkeitswissenschaft in Abgrenzung zu normativ-dogmatischen Wissenschaften siehe grundlegend *Max Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*⁶, S. 146 ff. Eine solche Sichtweise ermöglichte es *Heller*, die Staatslehre, die er als Teil der »politischen Wissenschaft« ansah (*Heller*, *Gesammelte Schriften*², insbes. 92 ff.), »für die Fragmentierung und Pluralisierung ihres gesellschaftlichen Substrats zu öffnen« (*Vesting*, *Der Staat* 31 [1992], 161 [167]) und eine hierauf gestützte Organisationslehre zu entwickeln. Diese Gegensätze zusammenführend *Hillgruber*, *VVDStRL* 67 (2008), 7 (8 ff.) m.w.N.: »Recht als »verarbeitete« politische Wirksamkeit«.

nalpolitik«.¹³⁶ Sie beruht nicht auf einem politiktheoretischen,¹³⁷ sondern auf einem empirischen Ansatz¹³⁸ und ist streng von einer »wissenschaftlichen Kriminalpolitik«¹³⁹ abzugrenzen. Die Kriminalpolitikwissenschaft zielt zunächst darauf ab, die Akteure, Prozesse, Institutionen *und* Inhalte¹⁴⁰ der Kriminalpolitik, wie sie sich in der Wirklichkeit in einem politischen System zeigen, zu erkennen und zu analysieren.¹⁴¹ (Erst) auf derartigen Erkenntnissen aufbauend ist unter anderem eine kriminalpolitische Theoriebildung,¹⁴² eine Vergleichung,¹⁴³ eine Bewertung, aber auch eine Erörterung möglicher Veränderungen der kriminalpolitischen Wirklichkeit, z.B. durch Veränderung des rechtlichen Rahmens, Gegenstand wissenschaftlicher Befassung.¹⁴⁴

Der soeben dargelegte, inzwischen¹⁴⁵ stark empirische Zugang zur Politikwissenschaft determiniert auch deren pluralistischen Methodenkanon. Die heutige Politikwissenschaft stellt zu großen Teilen empirische Sozialforschung dar, die einerseits zwischen quantitativen (d.h. numerischen)

136 *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (637) (anders noch *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 [105 f.]). Mit starkem Fokus auf die politikwissenschaftliche Betrachtung Internationaler Organisationen und von *Governance* beachtenswert ist der interdisziplinäre Zugang von *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 46 f.

137 So die Anknüpfung einer »wissenschaftlichen Kriminalpolitik« an die Politikwissenschaft bei *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (22 ff.).

138 Zu diesem Perspektivenwechsel in der Politikwissenschaft – und neueren (Gegen-) Trends – siehe die zusammenfassenden Darstellungen bei *Bernauer* u.a. Politikwissenschaft⁵, S. 35 ff., 51 ff.; *Mols*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 23 (43 f.); *Welzel*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 401 ff.; *Wenzelburger/Zohnhöfer*, in: Wenzelburger/Zohnhöfer (Hrsg.), Handbuch Policy-Forschung, S. 15 (16); *Brady/Collier/Box-Steffensmeier*, in: Goodin (Hrsg.), The Oxford Handbook of Political Science, S. 1005 ff.

139 Zu dieser bedenklichen Formulierung oben bei und mit Fn. 96; plakativ ferner *Putzke*, in: FS Schwind, S. 111 (119).

140 Auch in der Politikfeldforschung ist anerkannt, dass die Inhalte (»policy«) in ihren Wechselbeziehungen zu den Rahmenbedingungen (»politics«, »polity«) zu untersuchen sind, *Lauth/Thiery*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 271 (272 f.). Enger indes der thematische Fokus bei *Lange*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 9 (10).

141 Vgl. zur empirisch-analytischen Politikwissenschaft *Bernauer* u.a. Politikwissenschaft⁵, S. 35 f.; siehe auch *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (649 f.).

142 *Thiery*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 202 (203 ff.) (»empirischer Rationalismus«).

143 Einführend hierzu *Lauth*, Vergleichende Regierungslehre³.

144 Aus der politikwissenschaftlichen (Methoden-)Literatur ergänzend *Bernauer* u.a. Politikwissenschaft⁵, S. 40 f.

145 Siehe bereits soeben in Fn. 138.

und qualitativen (d.h. offen-interpretativen) Methoden,¹⁴⁶ andererseits nach der Art der Datenerhebung (insbesondere Experimente, Befragungen, Beobachtungen, Dokumenten- bzw. Inhaltsanalysen) unterscheidet.¹⁴⁷ Im Forschungsdesign wiederum werden hypothesenbasierte Studien (d.h. Untersuchungen zur Falsifikation oder Verifikation vorab definierter Hypothesen), Evaluationsstudien (bezogen auf die Wirksamkeit von Maßnahmen),¹⁴⁸ deskriptive Studien (d.h. die Beschreibung von Häufigkeiten) und explorative Studien (d.h. die offene [Erst-]Orientierung) differenziert.¹⁴⁹ *A priori* steht dieser breite – hier nur grob skizzierte – empirische Methodenfundus für die Erforschung des Politikfelds der Kriminalpolitik zur Verfügung.

Ist nun Kriminalpolitikwissenschaft eine Domäne¹⁵⁰ oder sogar ein *domaine réservé* der Politikwissenschaft? Man sollte differenzieren: Die Deskription und Analyse des Politikfelds »Kriminalpolitik« ist geteiltes Forschungsfeld zwischen der (Straf-)Rechtswissenschaft und der Politikwissenschaft,¹⁵¹ wobei die Stärken Letzterer in der empirischen Aufarbeitung der Wirklichkeit und *politischer* Theoriebildung,¹⁵² die Stärken Ersterer in der analytischen Verknüpfung mit dem Strafrechtssystem, dem Strafverfassungs-

146 Zu dieser Unterscheidung siehe, statt vieler, *Bernauer* u.a. Politikwissenschaft⁵, S. 78 ff.; *Treib*, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 211 (212 ff., 218 ff.); *Welzel*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 401 (413); *Westle*, in: Westle (Hrsg.), Politikwissenschaft², S. 93 ff. und *Krumm*, in: Westle (Hrsg.), Politikwissenschaft², S. 116 ff.

147 Zu diesen und weiteren Methoden der empirischen Politikwissenschaft *Egner*, Methoden der Politikwissenschaft; *Westle*, Politikwissenschaft²; *Bernauer* u.a. Politikwissenschaft⁵, S. 75 ff.; ergänzend *Gerber/Green*, in: Goodin (Hrsg.), The Oxford Handbook of Political Science, S. 1108 ff. (zu Experimenten) sowie, aus allgemein sozialwissenschaftlicher Perspektive, *Diekmann*, Empirische Sozialforschung¹⁸.

148 Zur Politikevaluierung im Bereich der Kriminalpolitik siehe *Lange/Schenck/S. Heinrich*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 137 (149 ff.). Diese politikwissenschaftliche Evaluation ist indes nicht gleichzusetzen mit der – nicht minder interessanten – Evaluation von (Straf-)Gesetzen. Deren Forschungsgegenstand ist jedoch nicht die Kriminalpolitik als *Politik*, sondern die Wirksamkeit, Nützlichkeit, usw. von *Rechtsnormen*. Nur teilweise gilt dies für den Ansatz *S. Becks*, die Qualität von Gesetzen rechtsintern wie rechtsextern bewerten zu wollen, *S. Beck*, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 45 ff.

149 *Diekmann*, Empirische Sozialforschung¹⁸, S. 33 ff.

150 So *J. Vogel*, in: FS Kühl, S. 635 (637): »Wer sich wirklichkeitswissenschaftlich mit Kriminalpolitik befasst, betreibt Politikwissenschaft«; ihm folgend *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 64.

151 Siehe bereits *Voigt*, in: Görliitz/Voigt (Hrsg.), Rechtspolitologische Forschungskonzepte, S. 19 (22 f.) zur Rechtspolitologie.

152 Vgl. auch *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 64; auf die erstaunlich geringe politikwissenschaftliche Durchdringung des For-

recht und den konkreten *Inhalten* der Kriminalpolitik liegen dürften.¹⁵³ Es handelt sich mithin um ein interdisziplinäres Forschungsfeld mit den daraus folgenden Besonderheiten,¹⁵⁴ das jedoch im Rahmen einer Befassung mit der Strafgesetzgebung nicht außer Acht gelassen werden darf.¹⁵⁵ Andernfalls drohte eine jede solche Untersuchung blind zu sein gegenüber möglichen tatsächlichen statischen (insbesondere »polity«) und dynamischen (insbesondere »policy«) Wirkmechanismen und damit zwar theoretisch vielleicht wertvoll, aber realitätsfern zu sein – gleichermaßen wie das »Strafrecht ohne Kriminologie [...] blind« wäre.¹⁵⁶

3. Gesetzgebungslehre und Strafgesetzgebungslehre

a) Gesetzgebungslehre

Die Gesetzgebungslehre (auch Rechtsetzungstheorie genannt) befasst sich »mit der Entstehung, Abfassung und Wirkung von Gesetzen«.¹⁵⁷ Sie ist zwar

schungsfelds der »Inneren Sicherheit« weist *Wenzelburger*, in: *Wenzelburger/Zohlhöfer* (Hrsg.), *Handbuch Policy-Forschung*, S. 663 (663) hin.

153 Infolgedessen sah es auch *J. Vogel* geradezu als geboten an, sich aus seiner Perspektive eines Strafrechtswissenschaftlers mit der Kriminalpolitikwissenschaft zu befassen und hieraus ein Forschungsprogramm für Rechtswissenschaftler zu entwickeln (ausdrücklich *J. Vogel*, in: *FS Kühl*, S. 635 [637, 649 f.]). Ähnlich bereits – ohne dies beim Namen zu nennen – *Stächelin*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, S. 268 ff. in seiner Analyse eines »informellen Gesetzgebungsverfahren[s]«; nachfolgend *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, S. 64 (»kriminalpolitikwissenschaftliche Erschließung der Kriminalpolitik als Teil und Verstärkung der juristischen Dogmatik«); *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen*, S. 46 f. sowie im Hinblick auf poststaatliches Strafrecht *Nieto Martín*, *Global Criminal Law*; ferner *Kubiciel*, *JZ* 2018, 171 (178).

154 Insbes. gebietet es hierbei der wissenschaftliche Standard, die eigene Perspektive und die Begrenzungen eigener Forschungskompetenz offenzulegen (ebenso *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, S. 64); hierzu noch unten Einführung II. 3.

155 Zurückhaltender *Burchard*, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, S. 63 f. für die Befassung mit der Konstitutionalisierung.

156 So die berühmte Diktion *Jeschecks* bei *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts*⁵, S. 41.

157 *Meßerschmidt*, *ZJS* 2008, 111 (111) m.w.N. Einführend zur Gesetzgebungslehre *Meßerschmidt*, *ZJS* 2008, 111 ff.; *Meßerschmidt*, *ZJS* 2008, 224 ff.; vertiefend, statt mehrerer, *Karpen*, *Gesetzgebungslehre*², *Hill*, *ZG* 2022, 125 sowie der Sammelband *Kluth/Krings*, *Gesetzgebung*; historisch *Emmenegger*, *Gesetzgebungskunst*.

interdisziplinär angelegt,¹⁵⁸ wird jedoch zumeist aus der Perspektive der Rechtswissenschaft und dabei teils deskriptiv-analytisch, teils prospektiv-präskriptiv betrieben.¹⁵⁹

Zur Gesetzgebungslehre zählt zunächst¹⁶⁰ die Lehre der Rechtsförmlichkeit (Legistik), d.h. die Befassung mit den »Standards für die Ausgestaltung, die Redaktion, den Erlass und die Anwendung von Rechtsnormen«¹⁶¹ »ganz abgesehen von ihrem Inhalt«¹⁶².¹⁶³ Als weiteres Teilgebiet befasst sich die Gesetzgebungsverfahrensforschung mit dem formellen wie informellen Gesetzgebungsverfahren,¹⁶⁴ die Evaluationsforschung mit der Theorie der (nachträglichen) Folgenbegutachtung (einschließlich legislativer Korrekturmaßnahmen).¹⁶⁵ Keine einheitliche Begriffsverwendung besteht allerdings dahingehend, ob über die »kunstgerechte« legistische Umsetzung politischer

158 Zur Offenheit insbes. gegenüber der Politikwissenschaft *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (112); zu historischen und philosophischen Grundlagen *Heyen*, in: Schreckenberger/K. König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, S. 11.

159 *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (112 m.N., 120 ff.).

160 Zur (Methoden- und Inhalts-)Offenheit der Gesetzgebungslehre zusammenfassend *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (231); ferner *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 31 ff.; ergänzend zur ökonomischen Analyse und Gesetzgebungslehre *Martinek*, jM 2018, 447 (450).

161 *Bundesamt für Justiz*, Legistik; *H. Hamann*, www.Legistik.de – Materialien zur deutschen Gesetzgebungslehre.

162 *R. Walter*, in: Kindermann (Hrsg.), Theorie der Gesetzgebung, S. 144 (144) unter Verweis auf *Ihering*; *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (228).

163 Einführend zur Legistik *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (111) m.w.N.; *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (228 ff.) m.w.N.; zu Einzelfragen exemplarisch *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs (legistische Inkonsistenzen im StGB); *H. Hamann*, AöR 139 (2014), 446 ff. (Redaktionsversehen); *H. Hamann/Schwalb*, DÖV 2009, 1121 ff. (Neubekanntmachungen); *H. Hamann*, ZG 2015, 381 ff. (Gesetzesgliederung). Auf Bundesebene maßgeblich ist *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³ sowie *Bundesministerium des Innern*, Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften²; weitere Materialien bei *H. Hamann*, www.Legistik.de – Materialien zur deutschen Gesetzgebungslehre.

164 Einführend *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (224 ff.) m.w.N.; zur Vertiefung exemplarisch *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 62 ff.

165 Einführend *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 224 (226 ff.); zur Vertiefung exemplarisch *Noll*, Gesetzgebungslehre, S. 146 ff.; *K. König*, in: Kindermann (Hrsg.), Theorie der Gesetzgebung, S. 306 ff.; *Zeh*, in: Schreckenberger/K. König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, S. 57 ff.; *Wollmann*, in: Schreckenberger/K. König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, S. 72 ff.; *K. König*, in: Schreckenberger/K. König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, S. 96 ff.; *Sager/Hinterleitner*, in: Klaus Schubert/Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse³, S. 437 ff. Siehe ferner *Hoffmann-Holland*, Der Modellgedanke im Strafrecht, zu »Modellversuchen« innerhalb der vorfindlichen gesetzlichen Regelungen und vor einer gesetzlichen (Neu-)Regelung.

Vorgaben¹⁶⁶ hinausgehend auch die inhaltlich oder wenigstens prozedural »gute« Gesetzgebung Gegenstand der Gesetzgebungslehre ist.¹⁶⁷

b) *Strafgesetzgebungslehre*

Der Begriff der Strafgesetzgebungslehre findet hingegen, trotz einer eindrucksvollen Historie,¹⁶⁸ bislang in der rechtswissenschaftlichen Literatur nur spärlich Verwendung,¹⁶⁹ explizite Anknüpfungen an die allgemeine Gesetzgebungslehre sind rar.¹⁷⁰ An sich läge nämlich nahe, als Strafgesetzgebungslehre denjenigen Teilbereich der Gesetzgebungslehre zu verstehen,

166 Zu dieser »Gesetzgebungskunst« aus rechtshistorischer Perspektive *Emmenegger*, *Gesetzgebungskunst*.

167 In diese Richtung ausdrücklich *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (106 ff.); *Nieto Martín*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 97 (97 ff., 104 ff.); (jeweils mit prozeduralen und insbes. diskurstheoretischen Maßstäben); ferner *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 34 f. (trotz Forderung nach politischer Neutralität); *J. Heinrich*, *Die gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen (ihr »Beitrag zur Gesetzgebungslehre«* [Untertitel der Dissertationsschrift] zielt auf eine inhaltliche Maßstabsbildung in Bezug auf die »gesetzliche Bestimmung von Strafschärfungen« ab) sowie *Maihofer*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, S. 403 (412 ff.) (Empirie und »rationale« Legitimierung guter Gesetzgebung). Zu möglichen Bewertungsmaßstäben »guter Strafgesetze« siehe insbes. *S. Beck*, in: Zabel (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, S. 45 ff.; zum Wirtschaftsstrafrecht exemplarisch *Theile*, *wistra* 2012, 285 (286 ff.). Gegen die Einbeziehung inhaltlicher Maßstäbe in die Gesetzgebungslehre indes *Meßerschmidt*, *ZJS* 2008, 224 (115); zurückhaltend ebenfalls *J. Vogel*, *Juristische Methodik*, S. 199 ff. (anders dann aber in seiner Habilitationsschrift, siehe hierzu sogleich bei und mit Fn. 173).

168 Zu *Wachs*, *Savigny* und *Feuerbach* als »Gesetzgebungstheoretiker[n]« *Scheffler*, *ZStW* 117 (2005), 766 (769 ff., 782 f.); zu *Noll* (Dissertation zur »Gesetzgebungslehre«) ferner *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (105, 108).

169 Neben den nachfolgenden Nachweisen siehe ergänzend *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (54) mit nicht näher spezifiziertem Verweis auf eine Forderung *C. Roxins* nach einer Strafgesetzgebungslehre; im Diskussionsbericht (*Eidam/Gaede*, *ZStW* 121 [2009], 985 ff.) zur in Bezug genommenen Hamburger Strafrechtslehrtagung 2009 ist zu dieser Frage nichts zu lesen.

170 Auf diesen Missstand bereits hinweisend *J. Vogel*, *Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht*, S. 279. Siehe aber exemplarisch *H.-L. Günther*, *JuS* 1978, 8 ff.; *Voß*, *Symbolische Gesetzgebung*, S. 7 ff.; *Stächelin*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, S. 254 ff.; *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (108) sowie zuletzt *Köbel*, *ZStW* 133 (2021), 169 (170 ff.), indes mit – nach hier vorgenommener Differenzierung – stark kriminalpolitikwissenschaftlichem Ansatz.

der sich – in Anlehnung an die *Meßerschmidt*'sche Definition¹⁷¹ m.w.N. – mit der Entstehung, Abfassung und Wirkung von Strafgesetzen befasst.

Unter Zugrundelegung der soeben skizzierten inhaltlich-methodischen Differenzierung der Gesetzgebungslehre¹⁷² finden sich indes – neben unzähligen deskriptiv-retrospektiven Untersuchungen zur Genese einzelner Straftatbestände – vor allem Beiträge, die unter dem Begriff einer »Strafgesetzgebungslehre« eine diskurstheoretisch-prozedurale (*J. Vogel*)¹⁷³ Be-

171 *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (111).

172 Siehe soeben Einführung I. 3. a).

173 In seiner unveröffentlichten Habilitationsschrift (*J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht; Seitenzahlen nach dem Typoskript) befasst sich *J. Vogel* mit den »Probleme[n] der Begründung oder Rechtfertigung der strafbewehrten Verhaltensnormen des Betrugsstrafrechts als solcher (kriminalpolitische Ebene), in bezug auf die Verfassung (verfassungsrechtliche Ebene) und in ihrer Anwendung (strafrechtsdogmatische Ebene)«, die er zusammenfassend als »Legitimationsprobleme« bezeichnet (S. 10). Als Basis wählt *J. Vogel* die *Habermas*'sche Diskurstheorie (S. 16 ff., 242 ff. unter Aufarbeitung von *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns; *Habermas*, Faktizität und Geltung). Nach einem historischen Querschnitt (S. 23 ff.) erörtert *J. Vogel* zunächst tradierte (straf- und verfassungs-)rechtliche Legitimationskonzepte einschließlich »Legitimität durch Legalität« (S. 147 ff., insbes. 152 ff., 171 ff.). Den tradierten Legitimationskonzepten attestiert er eine »Statik« (S. 200 ff.) und eine »Strafrechtssimmanenz« (S. 208 ff.); die bisherigen Versuche einer »Rückkoppelung an Staats-, Rechts- und Gesellschaftslehren« hält er für unzureichend (S. 213 ff.). Stattdessen unternimmt er es, die Legitimationsprobleme mittels Anwendung der Diskurstheorie (S. 242 ff.) zu lösen. Zur Begründung der »Legitimität strafbewehrter Verhaltensnormen [...] rückt«, so *J. Vogel*, »das Verfahren der Strafgesetzgebung in den Vordergrund« (S. 275 [Hervorhebung im Original]), namentlich die »sachlich-inhaltliche Entstehung« des Strafgesetzes (S. 275). In diesem, an *Habermas* anknüpfendem Sinne eines »Prozessmodell[s] der vernünftigen politischen Willensbildung« sucht *J. Vogel* den Begriff einer »(Straf-) Gesetzgebungslehre« mit Inhalt und Zukunft zu füllen (S. 276 ff.) und gelangt zu seiner zentralen These, dass es »auf allen Ebenen (Kriminalpolitik, Verfassungsrecht, Strafrechtsdogmatik) [...] um das Problem der Legitimation staatlichen Strafens und strafbewehrter Verhaltensnormen [gehe], das auf allen Ebenen diskursiv bearbeitet werde« (S. 368), wenn auch in einem jeweils eigenen Rahmen (S. 370 f.). Im zweiten Band (S. 387 ff.) wendet *J. Vogel* sodann diese Theoriebildung auf das Betrugsstrafrecht an, wobei er zwischen einer politisch-ethischen Legitimation (S. 396 ff., 576 ff.), einer pragmatischen Legitimation (S. 684 ff., einschließlich Befassung mit Unter- und Übermaßverbot, S. 686 ff., und Alternativen zu einem Betrugsstrafrecht, S. 725 ff.) und einer moralischen Legitimation (S. 736 ff.) unterscheidet. Abschließend erörtert er, inwieweit aufbauend auf einem diskurstheoretischen Legitimationskonzept eine Konstruktion und Systembildung möglich und geboten ist (S. 841 ff.). Das strafgesetzgebungstheoretische Kernstück seiner Habilitationsschrift ist zusammengefasst in *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 ff. Siehe hierzu ergänzend unten § 1 II. 3. d).

grenzung, Orientierung oder Legitimierung des Strafgesetzgebers oder seine inhaltliche Bindung¹⁷⁴ zu erreichen suchen.¹⁷⁵

Hingegen liegen bislang nur wenige, mit spezifisch strafrechtlichem Fokus verfasste Studien zu den Rechtsförmlichkeiten,¹⁷⁶ zur Legistik im Übrigen,¹⁷⁷ zu etwaigen Spezifika des strafrechtlichen Gesetzgebungsverfahrens

-
- 174 Exemplarisch *Escher*, Die Lehre von dem strafbaren Betrug und von der Fälschung, S. 351; *H.-L. Günther*, JuS 1978, 8 (9 ff.); *Voß*, Symbolische Gesetzgebung, (krit.); *T. Richter*, JuS 1990, L89 ff.; *Grotz*, ZJS 2008, 243 (243); *Wionzeck*, Strafbarkeit pränataler Einwirkungen mit postnatalen Folgen de lege ferenda, S. 107 ff. (mit begrifflicher Überschneidung zur hier so genannten »aktiven« Kriminalpolitik); vgl. ferner *Schuchmann*, in: A. H. Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), Strafrecht und Politik, S. 31 ff.; teils auch *H. Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, S. 122 f. (seine Forderung, eine »Beweislast« dem Gesetzgeber aufzuerlegen, bezieht sich auf inhaltliche »Maximen« und insbes. den Rechtsgüterschutz; hierzu ergänzend *H.-L. Günther*, JuS 1978, 8 [10 f.] sowie *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 383 f.).
- 175 Einen starken inhaltlichen Fokus auf Legitimationsfragen legt *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen: Nach einer Darstellung der Normbildungsprozesse in Internationalen Organisationen (S. 87 ff.) nebst deren Typologisierung (S. 519 ff.) stehen Legitimationsfragen im Vordergrund (S. 597 ff.) seiner Habilitationsschrift. In weiterem Kontext ist ferner auf die Dissertationsschrift *T. A. Becks* (»Die Auswirkungen der Großen Strafrechtsreform auf die Gesetzgebung im Kernstrafrecht seit 1975«) zu verweisen. Nach kurzem historischen Einstieg (S. 3 ff.) und Darstellung der sog. »Großen Strafrechtsreform« (S. 29 ff.) zeichnet er die materiellrechtliche Änderungsgesetzgebung im StGB bis 2015 (teils thematisch, teils zeitlich gruppiert) nach (S. 65 ff.) und gelangt zu einem (knappen) Fazit (S. 268 ff.).
- 176 Siehe aber *Saliger/von Saucken/Graf*, ZRP 2016, 54 ff.; *Scheffler*, ZStW 117 (2005), 766 ff.; daneben *Fuchs*, Dichtung und Wahrheit; *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs.
- 177 Siehe aber *Noll*, Gesetzgebungslehre, S. 164 ff. (aus der Perspektive eines Strafrechtswissenschaftlers); *Hilgendorf*, in: T. Vormbaum/Welp (Hrsg.), 130 Jahre Strafgesetzgebung, S. 295 (365); *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, S. 191 (193) (Klassifikation des »Änderungsinstrumentarium[s]«) sowie – zu Straftatenkatalogen und Bandenqualifikationen als »Gesetzgebungstechnik« – *Grunst*, GA 2002, 214 ff. Insbes. zur Kasuistik krit. *Scheffler*, Strafgesetzgebungstechnik.

(insbesondere *Stächelin*¹⁷⁸) sowie zur Evaluationstheorie und zu Beobachtungspflichten¹⁷⁹ vor.¹⁸⁰

II. Eigener Ansatz

Knapp zusammengefasst ist das *Ziel* der nachfolgenden Untersuchung, diejenigen strafverfassungsrechtlichen, europastrafrechtlichen und kriminalpolitischen Mechanismen und deren Wirkungen herauszuarbeiten und zu bewerten, welche die aktuelle Entwicklung bzw. Evolution des materiellen Strafrechts in Deutschland prägen, und hieraus Folgerungen für die (dynamische) Bestimmtheit von Strafvorschriften zu entwickeln. Der konkrete Zuschnitt der Forschungsfrage und der Forschungsmethodik samt der Einbeziehung der vorgenannten strafverfassungsrechtlichen, kriminalpolitikwissenschaftlichen und strafgesetzgebungstheoretischen Konzepte bedarf jedoch noch der Präzisierung, einschließlich mancher Abschichtung und Abgrenzung:

178 In Teil 2 seiner Dissertationsschrift – »Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat« (S. 254 ff.) – legt *Stächelin* zunächst den verfassungs- und einfachgesetzlichen Rahmen der Strafgesetzgebung deskriptiv dar (S. 256 ff.), bevor er unter dem Blickwinkel des Gewaltenteilungsgrundsatzes ein »informelle[s] Gesetzgebungsverfahren« (S. 268 ff.) und damit weitere Einflusslinien auf die Strafgesetzgebung sowie deren Akteure analysiert, neben der »Ministerialbürokratie« (S. 268) und »Parteiopolitik« (S. 268 ff.) auch die »öffentliche Meinung« (S. 270 ff.), die Rechtsprechung (S. 276 ff.), »Verbände und Sachverständige« (S. 281 ff.) und die »Internationalisierung« (S. 285 ff.). Nach Anwendung seiner materiell-rechtlichen Grundlegung (zu Teil 1 seiner Arbeit siehe bereits oben in Fn. 45) auf drei exemplarische Gesetzgebungsakte (S. 294 ff.) erörtert *Stächelin* im abschließenden, dritten Teil »Strategien der Verbesserung der Strafgesetzgebung« (S. 317 ff.), namentlich die materiell-verfassungsrechtliche Festlegung eines Straftatbegriffs (S. 319 f.) oder eines Sozialschädlichkeitsvorbehalts (S. 320 f.) sowie verfahrensrechtliche Optimierungen (etwa »Planspiele« oder Begründungspflichten, S. 332 f.).

179 *Bosch*, in: FS Beulke, S. 15 (17 ff.); *Nieto Martin*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 97 (114 ff.); *J. Vogel*, JZ 2004, 487 ff.

180 Siehe ferner *Vofß*, Symbolische Gesetzgebung, S. 139 ff.; *Schlepper*, Strafgesetzgebung, S. 51 ff.; *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 17 Rn. 160 ff. sowie *Jacobsen*, Legal Reform Research, zur (Straf-) Rechtsreformlehre.

1. »Evolution des materiellen Strafrechts« – Zum Gegenstand dieser Untersuchung

Der *legistische Gegenstand* dieser Untersuchung ist das formelle¹⁸¹ Kernstrafrecht¹⁸² des StGB:¹⁸³ Dessen in sich abgeschlossener Textkorpus ermöglicht, anders als die besondere Materie des JGG¹⁸⁴ oder als das Nebenstrafrecht außerhalb des StGB (unbeschadet dessen praktischer¹⁸⁵ wie strafrechtstheoretischer Bedeutung¹⁸⁶), erstens eine klare formale Abgrenzung und damit einen präzisen Zuschnitt, was einen möglichen Einwand einer subjektiven Vorauswahl betrachteter Gesetzesentwicklungen zumindest weitestgehend entkräften dürfte. Zweitens wird dem StGB im Vergleich zum Nebenstrafrecht, trotz teilweise beliebig anmutender Lozierungsentscheidungen durch den Gesetzgeber,¹⁸⁷ eine größere gesellschaftliche und politische Bedeutung zugeschrieben, weil sich darin – quasi gleich einem »Grundgesetz für den Bürger«¹⁸⁸ – die zentralen Verhaltensgrenzen widerspiegeln; daneben ist in der Strafrechtspflege eine (unter Umständen aus der Juristenausbildung folgende¹⁸⁹) Zurückhaltung nicht zu übersehen, Straftatbestände des Nebenstrafrechts heranzuziehen. Drittens ist das StGB – im

181 Hier sei »formell« nicht im Sinne des formellen Prozessrechts im Gegensatz zum materiellen Recht zu verstehen, sondern in Abgrenzung zum in anderen Gesetzen lozierten Nebenstrafrecht.

182 Damit sind zugleich supranationale, globale und private Sanktionsmechanismen ausgeklammert; zur poststaatlichen Strafrechtsentwicklung grundlegend *Nieto Martín*, *Global Criminal Law*.

183 Zum Begriff des »formellen Kernstrafrechts« wie hier, statt mehrerer, *Hecker*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 1 StGB Rn. 3; eine abweichende Begriffsverwendung findet sich etwa bei *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 6 EMRK Rn. 45 f.

184 Hierzu umfassend aus kriminalpolitikwissenschaftlicher Sicht *Kölbel*, *ZStW* 133 (2021), 169 ff.

185 Straftaten nach dem BtMG machten 2019 vor den Amtsgerichten 10,2%, vor den Landgerichten 21,9% (erstinstanzlich) bzw. 10,9% (Berufungsinstanz) des Arbeitsanfalls aus; *Statistisches Bundesamt (Destatis)*, Rechtspflege. Strafgerichte. Fachserie 10 Reihe 2.3, S. 20, 58.

186 Siehe *J. Vogel*, in: FS Jakobs, S. 731 ff. (zum Wertpapierhandelsstrafrecht); *Brodowski*, *ZStW* 128 (2016), 370 (376) (zum Kartellbußgeldverfahren).

187 So werden manche Tatbestände in das StGB übernommen, um deren herausragende Bedeutung zu unterstreichen; andererseits wurden die Strafvorschriften des Völkerstrafrechts in ein eigenes Gesetzbuch, das VStGB, extrahiert.

188 Zu dieser Chiffre siehe noch unten § 1 VI. 2.

189 Vgl. BT-Drs. 19/27752, S. 5.

pauschalisierten Vergleich – strafrechtswissenschaftlich¹⁹⁰ und in der Rechtsprechung der Obergerichte sowie des BVerfG weitaus stärker durchdrungen als das Nebenstrafrecht außerhalb des StGB. Mit dieser Eingrenzung geht zwar einher, dass die rechtfertigende Wirkung außerstrafrechtlicher Normen – innerhalb des Untersuchungszeitraums sei exemplarisch auf die Einfügung des § 1631d BGB hingewiesen¹⁹¹ – und damit eine Quelle für Strafrechtseinschränkungen unerkannt bleiben könnte. Indes drohte bei Berücksichtigung außerstrafrechtlicher Normen oder der Rechtsprechung (etwa von Leitentscheidungen, durch welche sich die Auslegung von Schlüsselbegriffen des StGB ändert¹⁹²) der Untersuchungsgegenstand beliebig und eklektisch zu werden, und ohnehin wäre ein solcher Einwand zu einseitig gedacht, denn auch eine Strafrechtsausdehnung kann bei begrifflicher Anknüpfung oder expliziter Verweisung in außerstrafrechtlichen Normen erfolgen.

Trotz der bedeutsamen Implikationen des modernen Sicherheitsrechts¹⁹³ für das Strafrecht ist die Untersuchung zudem auf die Grundlagen der Strafbarkeit im Allgemeinen Teil und den Besonderen Teil begrenzt,¹⁹⁴ nur im Kontext von Ausweichmechanismen ist auf die Interaktion zwischen dem materiellen und dem Prozessrecht einzugehen.¹⁹⁵ Daneben schließt dies insbesondere die Maßregeln der Besserung und Sicherung (einschl. Sicherungsverwahrung),¹⁹⁶ das Recht der Vermögensabschöpfung,¹⁹⁷ Fragen der

190 Man vergleiche nur den Bestand an Lehrbüchern und Kommentaren zum Besonderen Teil des StGB mit dem Bestand an Schriften zu nebenstrafrechtlichen Themengebieten, zutr. BT-Drs. 19/27752, S. 5.

191 Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes v. 20.12.2012, BGBl. 2012 I, S. 2749.

192 Paradigmatisch hierfür möge im Untersuchungszeitraum BGHSt [GrS] 46, 321 zum Bandenbegriff stehen.

193 Zum Begriff siehe oben bei und mit Fn. 108.

194 Politikwissenschaftliche Studien gehen indes häufig über das materielle Strafrecht hinaus und thematisieren z.B. allgemein das Politikfeld der »Inneren Sicherheit«, so z.B. *Wenzelburger/Staff*, *Politics & Policy* 44 (2016), 319; *Wenzelburger*, *The Partisan Politics of Law and Order*.

195 Zu weiteren Formen der Interaktion zwischen Prozessrecht und materiellem Recht siehe u.a. *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 365 ff. Aus kriminalpolitischer Sicht zu dieser Vermengung bzw. zu Ausweichmechanismen instruktiv *Reichenbach*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 307 (314 ff.) m.w.N.

196 Siehe hierzu die aktuelle strafverfassungsrechtliche Aufarbeitung durch *Rusteberg*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 297 ff. mit Kommentar von *L. Wörner*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 339 ff.

197 Unabhängig von der Einordnung der Vermögensabschöpfung als Strafe, als Maßregel oder als konditionelles *tertium*; zu dieser Frage siehe, statt vieler, nur *F. Becker/Heuer*, *NZWiSt* 2019, 411 (413 ff.) m.w.N. Zur strafverfassungsrechtlichen

Strafzumessung (einschl. Täter-Opfer-Ausgleich) sowie Nebenstrafen aus dem Untersuchungsbereich aus. Dies beruht auf dem Bestreben, die Untersuchung auf die Kernfrage des materiellen Strafrechts zuzuspitzen, namentlich *ob* infolge einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Straftat ein Anlass und die Möglichkeit für eine strafrechtliche Intervention gegeben ist und – ausweislich des gesetzlichen Strafmaßes – für wie gewichtig diese gehalten wird. Dies ist zu trennen von der Frage, ob auch im Einzelfall¹⁹⁸ eine Intervention geboten und vor allem *wie* diese auszugestalten ist.

Der Begriff der »Evolution« des Strafrechts ist in Bezug auf den Gegenstand der Untersuchung – jedenfalls zunächst¹⁹⁹ – deskriptiv-analytisch im Sinne seiner *zeitlich-aktuellen*²⁰⁰ *Entwicklung* zu verstehen,²⁰¹ was auch seinen teilweise unveränderten Fortbestand mit einschließt. Insbesondere soll mit dem wertneutralen Begriff der Evolution *a priori* keine Aussage darüber getroffen werden, ob sich das Strafrecht im Untersuchungszeitraum »zum Besseren« oder aber »zum Schlechteren« hin entwickelt oder sich an wandelnde gesellschaftliche Erfordernisse adaptiert hat. Ebenso wenig ist dieser Begriff hier im Sinne einer evolutionsbiologischen²⁰² oder einer systemtheoretisch-evolutorischen Rechtstheorie²⁰³ zu verstehen. Noch ist

Perspektive auf das Einziehungsrecht siehe aktuell *F. Meyer*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 349 mit Kommentar von *Hong*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 395.

198 Vgl. insbes. die prozessualen Einstellungsmöglichkeiten nach den §§ 153 ff. StPO.

199 Siehe noch unten § 1 II. 3. e). In diesem zeitlichen Sinne auch, wenngleich in weitaus längeren Bahnen als der hiesige Untersuchungszeitraum denkend, *Voigt*, Evolution des Rechts.

200 Dies möge insbes. zur Abgrenzung zu Untersuchungen dienen, die sich vorrangig auf inhaltliche, legitimatorische, kulturelle usw. Veränderungen des »modernen« im Vergleich zu einem »klassischen« Strafrecht fokussieren (zur Begrifflichkeit *Brunhöber*, in: Puschke/Singelstein [Hrsg.], Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft, S. 193 [197 f.]); aus neuerer Zeit etwa *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts; *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 17 Rn. 180 ff.

201 *Brodowski*, ZStW 128 (2016), 370 (391). Siehe auch *F. Meyer*, ZStW 123 (2011), 1 (1): »Strafrecht ist nicht statisch, sondern erneuert und erfindet sich [... aufgrund] dynamischer exogener und endogener Wirkmächte fortlaufend selbst«.

202 Hierzu der monographische Entwurf *Henkes*, die biologische Evolutionstheorie auf das Recht zu übertragen (*Henke*, Über die Evolution des Rechts): In Bezug auf das Recht seien Variationen feststellbar, aus denen sich – auch mittels Selektionsmechanismen – Stabilisierungen entwickeln. Basierend auf diesem Ansatz lehnt er zwar universal gültige Rechtsnormen ab (S. 157), hält aber z.B. Menschenrechte für »evolutionsbeschleunigend« (S. 176 f.).

203 Hierzu *Abegg*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts², S. 401 ff. m.w.N.; beachtliche Zusammenführungen bei *Ziegert*, in: Voigt

dies gleichzusetzen mit früheren Theorien einer »induktiven« Weiterentwicklung des Rechts,²⁰⁴ noch dies mit einer Aufforderung zur legislativen Behutsamkeit zu verwechseln.²⁰⁵ Denn inhaltliche oder auch nur prozedurale Anforderungen an die Rechtsentwicklung²⁰⁶ sind zu trennen von der beobachtenden Analyse der tatsächlichen Entwicklung des Rechts.

In zeitlicher Hinsicht steht im Vordergrund der Untersuchung, welche Wirkmechanismen aktuell auf das materielle Strafrecht einwirken. Um dies herauszuarbeiten, und insbesondere um quantitative und qualitative Auswertungen vornehmen zu können, sei der Untersuchungsgegenstand auf die Entwicklung des Strafrechts seit der 13. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages begrenzt.²⁰⁷ Dies beruht zunächst auf dem Wunsch, die letzte »Großreform« des StGB und damit das 6. StrRG zu erfassen.²⁰⁸ Sodann ist, da es sich bei dieser Untersuchung nicht um eine rechtshistorische handelt, die Strafrechtsentwicklung bis in die neueste Zeit zu berücksichtigen. Um klare Schnittpunkte zu definieren, bietet es sich – auch wegen der Fokussierung auf die Strafgesetzgebung – an, grundsätzlich in Legislaturperioden des Bundestages zu denken, mithin die nachfolgende Auswertung auf die Zeit bis zur 19. Legislaturperiode zu begrenzen. Schließlich dient der – vor meine eigene Studienzeit zurückreichende – Zeitraum dazu, die nötige innere

(Hrsg.), Evolution des Rechts, S. 215 ff. und Görlitz, in: Voigt (Hrsg.), Evolution des Rechts, S. 253 ff.; vgl. ferner Vesting, Rechtstheorie², S. 160 ff.

- 204 Hierzu zusammenfassend aus rechtshistorischer Sicht Emmenegger, Gesetzgebungskunst, S. 82 ff. m.w.N., insbes. zu dem historisch-neuhegelianisch orientierten Ansatz Leonhards (Leonhard, Die Eideszuschreibung in Familienprozessen nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, S. 12 ff.) und dem an der Gesellschaftsentwicklung orientierten Ansatz von Liszts (von Liszt, ZStW 26 [1906], 553 [555 f.]; von Liszt, ZStW 27 [1907], 91 [93 ff.]).
- 205 In diesem Sinne indes Zipf, Kriminalpolitik², S. 197 f.: »evolutionäre Weiterentwicklung« des Strafrechts.
- 206 Hierzu noch unten § 1 II. 3. e); an dieser Stelle sei exemplarisch auf die These eines »Anspruchs auf Fortschritt« des Rechts verwiesen, La Torre, in: Borowski/Paulson/Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, S. 677 ff.
- 207 Damit ergibt sich nur im Hinblick auf die 13. bis 15. Legislaturperiode eine Überschneidung mit Schlepper, Strafgesetzgebung, S. 47 ff. Deren Untersuchung unterscheidet sich indes in Methodik (Inhaltsanalyse der Gesetzgebungsmaterialien in Bundestagsdrucksachen und Plenarprotokollen, vgl. S. 51) und Erkenntnisinteresse (Manifestation eines *punitive turn*) deutlich von der hiesigen Untersuchung, wenngleich dieser *punitive turn* eine Basis für eine Dynamik der Strafrechtsentwicklung darstellen kann.
- 208 Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), BGBl. 1998 I, S. 164. Siehe hierzu aus zeitgenössischer Sicht u.a. Hörnle, JURA 1998, 169 ff.; Kreß, NJW 1998, 633 ff.; Schroth, NJW 1998, 2861 ff.; Stächelin, StV 1998, 98 ff. sowie zudem unten Anhang A I. 11.

Distanz zwischen Untersuchungsgegenstand und eigener Beteiligung in der Kriminalpolitik zu wahren.²⁰⁹

2. Statiken, Dynamiken und Wechselwirkungen – Zum Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung

Die oben²¹⁰ bereits knapp umrissene Forschungsfrage lässt sich nun weiter konkretisieren und ausdifferenzieren:

a) *Wirkmechanismen der Evolution des materiellen Strafrechts*

Ein erstes Erkenntnisinteresse ist darauf gerichtet, welche Wirkmechanismen der Evolution des materiellen Strafrechts, also den hier ins Licht gerückten Änderungen des StGB als notwendig (Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 GG) staatszentrierte Rechtsquelle²¹¹ des Strafrechts zugrundeliegen und welche solche Änderungen hemmen. Unter Wirkmechanismen sind dabei die rechtlichen und kriminalpolitischen²¹² Bedingungen zu verstehen, die den Strafgesetzgeber an Änderungen hindern bzw. hemmen (»Statiken«),²¹³ oder

209 In der 19. Legislaturperiode war der *Verf.* als Sachverständiger an materiell-strafrechtlichen Gesetzgebungsvorhaben beteiligt. Zuvor bestand – trotz z.B. Mitwirkung als Ständiger Gast des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer – keine derart unmittelbare Beteiligung an materiell-strafrechtlicher Gesetzgebung.

210 Siehe oben Einführung II., S. 65.

211 Vgl. *Vesting*, *Rechtstheorie*², S. 91 ff.

212 Im hiesigen Begriffsverständnis, siehe oben Einführung I. 2. a) bb).

213 *A. Leisner* spricht mit Überschneidung zum hier verwendeten Begriff der Statik von einer »Kontinuität«. Einen »Wandel [des Rechts] in Beständigkeit« (S. 1) anerkennend, erörtert sie in ihrer steuerrechtlich ausgerichteten Habilitationsschrift (»Kontinuität als Verfassungsprinzip«) ausgehend von philosophischen, geisteswissenschaftlichen (S. 18 ff.) und rechtshistorischen (S. 50 ff.) Grundlagen zunächst ein Kontinuitätsdenken in der Rechtstheorie (S. 99 ff.). Sodann entwickelt sie aus einer zeitlichen Dimension des Gleichheitssatzes (S. 199 ff.), flankiert durch (weitere) Grundrechte (S. 249 ff.) und das Rechtsstaatsprinzip (S. 347 ff.) eine verfassungsrechtliche Fundierung eines Kontinuitätsprinzips: Jede Rechtsänderung müsse »nachvollziehbar und vernünftig sein, vor allem aber muß zwischen Ausmaß und Anlaß der Änderung ein angemessenes Verhältnis bestehen« (S. 248). Der »demokratische[n] Dynamik« (S. 376 ff.) weist sie hingegen – anders als etwa *Jefferson* (hierzu *Myers*, *Boston College Law Review* 40 [2008], 1328 [1328]) – nur geringes Gewicht bei. Nach einer Zusammenfassung mit Hinweisen zur verfassungsprozessrechtlichen Geltendmachung von Verstößen gegen das Kontinuitätsprinzip (S. 406 ff.) folgen Ausführungen zum Vertrauensschutz (S. 455 ff.) und zum Steuerrecht

aber diesen zu Änderungen verpflichten bzw. motivieren (»Dynamiken«).²¹⁴ Skizzenhaft gesprochen kommen dabei als rechtliche Bedingungen solche in Betracht, die aus normenhierarchischer Sicht den Strafgesetzgeber binden können, mithin – das Europastrafrecht nach hiesigem Verständnis mit einschließend²¹⁵ – strafverfassungsrechtlicher Natur sind.²¹⁶ Kriminalpolitisch wiederum können alle drei Elemente des Politikbegriffs sowohl hemmend als auch fördernd für eine Änderung des StGB wirken: Dies ist einleuchtend für kriminalpolitische Inhalte bzw. Zielsetzungen (*policy*), die z.B. gleichermaßen auf die Schaffung neuer und die Streichung bestehender Strafnormen gerichtet sein können. Dass aber Strafgesetzgebung nur einer von mehreren Prozessen der Kriminalpolitik (*politics*) ist, kann ebenfalls Auswirkungen auf die Evolution des StGB haben. Gleichermäßen wird zu untersuchen sein, inwieweit der statische Rahmen der politischen Institutionen (*polity*) – der nicht zwingend gleichzusetzen ist mit dem Strafverfassungsrecht²¹⁷ – hemmend oder fördernd auf die Strafgesetzgebung einwirkt bzw. einwirken kann. Diese Forschungsfrage wird dabei gespeist von dem Interesse, die wahrgenommene »legislatorische Hyperaktivität«²¹⁸ einerseits, den zugleich

(S. 543 ff.). Mit dieser Ausrichtung arbeitet *A. Leisner* zwar einen möglichen solchen Wirkmechanismus umfassend auf, indem sie die Kontinuität zum Verfassungsprinzip erhebt (zu den Auswirkungen auf die Statik des Gesetzes siehe unten § 1 I. 3. b) und insbes. § 1 II. 3. b)). Das Erkenntnisinteresse der hier vorgelegten Untersuchung ist indes anders gelagert.

Trotz begrifflicher Nähe zur »[s]tatische[n] und dynamische[n] Rechtstheorie« (*Kelsen*, *Reine Rechtslehre*², S. 72 f.; siehe ferner *Lippold*, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, S. 85 ff.; *Lippold*, *Recht und Ordnung*, S. VII sowie *Dannecker*, *Das intertemporale Strafrecht*, S. 189 f.) richtet sich hier der Fokus auf die Wirkmechanismen, die (aus Sicht der »dynamischen Rechtstheorie«) zur Dynamik beitragen oder diese hemmen, nicht hingegen (im Sinne der »statischen Rechtstheorie«) auf die Rechtslage zu einem bestimmten Zeitpunkt.

214 Ein solches Spannungsverhältnis, indes aus der Perspektive von »Modellversuchen« vor gesetzlichen Änderungen, benennt bereits *Hoffmann-Holland*, *Der Modellgedanke im Strafrecht*, S. 111; die Zielrichtung seiner Untersuchung sind jedoch Modellversuche. Siehe zudem *Lepsius*, *Relationen*, S. 12 ff. zur »Verhaftetheit der Norm in der Zeit«.

215 Siehe oben bei und mit Fn. 66.

216 Indes wird dabei zu berücksichtigen sein, inwieweit »der Strafgesetzgeber« (soweit man von ihm überhaupt gleich einer Person sprechen kann) Einfluss nehmen kann auf derartige *rechtliche* Rahmenbedingungen, etwa mittels europarechtlichem »Spiel über die Bande«. Hierzu unten § 5 II. 2. b) bb).

217 So bestehen beispielsweise Divergenzen, soweit sich die *empirisch beobachtbare* Praxis der institutionellen Konstituierung von den *normativen* Ansprüchen des Strafverfassungsrechts unterscheidet.

218 Zu dieser und weiteren Metaphern oben bei und mit Fn. 1 ff.

wahrgenommenen Reformstau andererseits verstehen zu lernen,²¹⁹ und inzident zu erörtern, wie beide Extrema reduzierbar sein *könnten*. Zugleich soll hierbei das »Korridordenken« des Strafverfassungsrechts²²⁰ und die bisherige, vorrangig von einer Konstanz des Rechts ausgehende,²²¹ deduktive Suche nach strafverfassungsrechtlichen Begrenzungen des materiellen Strafrechts (und den daraus folgenden Anweisungen an den Strafgesetzgeber) einem Perspektivenwechsel unterzogen werden: Aus der Perspektive der Evolution des StGB soll untersucht werden, welche positiven wie negativen Begrenzungen der Strafgesetzgebung faktisch und normativ bestehen (sollen).²²² Vor allem aber basiert diese Forschungsfrage auf der Annahme, dass sich Entwicklungsstand und die Entwicklungstendenzen des Strafrechts nur im Zusammenspiel aus statischen und dynamischen Wirkmechanismen des Strafverfassungsrechts *und* der Kriminalpolitik umfassend begreifen lassen.

Mit der Fokussierung der Forschungsfrage auf die Wirkmechanismen soll zugleich klargestellt sein, dass eine vollständige Durchdringung aller Strafrechtsbegrenzungstheorien hier nicht geleistet werden kann,²²³ geschweige denn eine umfassende Auseinandersetzung mit einzelnen strafrechtsphilosophischen, strafrechtspraktischen, gesellschaftlichen usw. Strömungen und deren jeweiligen kriminalpolitischen Forderungen bzw. Inhalten (»policy«). Vielmehr sucht diese Untersuchung auf Studien zu Einzelbegrenzungen und -dynamiken aufzubauen, sie an einigen Stellen weiterzudenken und vor allem im Lichte der hiesigen Forschungsfrage zusammenzuführen. Vor allem ist insoweit relevant, »klassische« strafrechtliche Legitimations- und Begrenzungskonzepte strafverfassungsrechtlich oder kriminalpolitikwissen-

219 In kriminalpolitikwissenschaftlicher Terminologie: Warum werden bestimmte Reformen des Strafrechts Teil einer »policy« und mittels »politics« im Rahmen der »polity« zu Strafgesetzen, warum wird anderer Reformbedarf nicht Teil einer »policy«, wird mittels »politics« oder in »polity« verhindert?

220 Siehe hierzu oben bei und mit Fn. 71.

221 Dies gilt namentlich auch für den diskurstheoretischen Ansatz von *J. Vogel*; siehe hierzu oben bei und mit Fn. 173. Die Dynamik hingegen hervorhebend etwa *F. Meyer*, *ZStW* 123 (2011), 1 (1).

222 Darin unterscheidet sich, trotz inhaltlicher Überschneidungen, der hier gewählte Ansatz zu *F. Meyer*, *ZStW* 123 (2011), 1 ff.: Sein »geologisches« Projekt sucht verschiedene »Ebenen« eines Strafrechts abzuschichten, während die hier zu diskutierenden Wirkmechanismen *a priori* unabhängig voneinander bestehen und parallel auf die Statik oder Dynamik derselben Strafnorm einwirken können.

223 Ebenso wenig ist Gegenstand der Untersuchung der Einfluss der Kriminologie oder auch der Strafrechtswissenschaft auf die Kriminalpolitik; zu ersterem Verhältnis beachtlich die Metastudie bei *Liebl*, in: *Lange* (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 405 (418 ff.); zur wissenschaftlichen Kriminalpolitikberatung *S. Heinrich/Lange*, in: *Lange* (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 431 ff.

schaftlich zu rekonstruieren und die Möglichkeit ihrer »Fortschreibung« kritisch zu hinterfragen.²²⁴

b) *Europäisierte Strafgesetzgebung – Strafgesetzgebungslehre und Strafgesetzgebungspraxis in der 13. bis 19. Legislaturperiode*

Ein zweites Erkenntnisinteresse betrifft die (europäisierte²²⁵) Strafgesetzgebungslehre²²⁶ und konkret die Frage, wie Strafverfassungsrecht und (europäisierte) Kriminalpolitik in das strafrechtsbezogene Gesetzgebungsverfahren hineinwirken. Dies lässt sich weiter in eine abstrakte und eine konkrete (Teil-)Forschungsfrage differenzieren:

Zunächst ist abstrakt zu fragen, welche Spezifika in der europäisierten Strafgesetzgebung als *Verfahren* bestehen, sprich durch welche formellen und informellen prozeduralen Besonderheiten es sich von dem »allgemeinen« Gesetzgebungsverfahren unterscheidet, und wie dabei die soeben skizzierten Wirkmechanismen auf ein Gesetzgebungsverfahren Einfluss nehmen (können).²²⁷ Damit versteht sich diese zweite Forschungsfrage als prozedural orientierte Ergänzung zur ersten: Standen dort die »theoretischen« Wirkmechanismen im Vordergrund, sind es hier die strafverfassungsrechtlichen wie kriminalpolitischen (hier im Sinne von »*politics*«) Rahmenbedingungen für die Strafgesetzgebung *als Verfahren*. In Abgrenzung zur insoweit weiteren, aber mehr auf Legitimitätsfragen zugeschnittenen Untersuchung von *F. Meyer*²²⁸ wird die Untersuchung hinsichtlich europäischer und internationaler Einflusslinien im Wesentlichen auf die Europäische Union begrenzt.

Sodann ist konkret die Strafgesetzgebung innerhalb des Untersuchungszeitraums²²⁹ der 13. bis 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages danach zu analysieren, inwieweit die vorgenannten materiellen und prozeduralen, strafverfassungsrechtlichen und kriminalpolitischen (Wirk-)Me-

224 Skeptisch hierzu *J. Vogel*, vgl. *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (78); für eine jedenfalls »weiche« Fortschreibung *Brodowski*, ZStW 128 (2016), 370 ff.; hierzu näher unten § 1 II. 3. e).

225 Auch wenn Strafgesetzgebung auf europäischer Ebene auf den Erlass von *Richtlinien* (Art. 83 AEUV) und – im näher zu betrachtenden Ausnahmefall: auf den Erlass von *Verordnungen* – gerichtet ist, handelt es sich dabei nach europäischer Terminologie um ein »Gesetzgebungsverfahren«, siehe nur Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV.

226 Hierzu oben Einführung I. 3. b).

227 Ansätze aus politikwissenschaftlicher Sicht liefert hierzu bereits *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (105 ff.), allerdings (nur) auf einer Makroebene.

228 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen.

229 Siehe oben Einführung II. 1.

chanismen in Erscheinung getreten sind. Hierzu wird erstens die empirisch zu beobachtende Strafgesetzgebung nach Zweck (genuin kriminalpolitische Zielsetzung [»policy«], Umsetzung europäischer Vorgaben²³⁰, Reform außerstrafrechtlicher Normen, usw.) und Art (Strafrechtsexpansion, Strafschärfung, redaktionelle Änderung, usw.) strukturiert. Auf solcher Empirie aufbauend werden zweitens die kriminalpolitischen und strafverfassungsrechtlichen Wirkmechanismen der materiellen Strafgesetzgebung im Untersuchungszeitraum untersucht.²³¹ Drittens bietet es sich an, anhand ausgewählter Strafgesetzgebungsverfahren bestimmte strafverfassungsrechtliche und kriminalpolitische (Wirk-)Mechanismen herauszuarbeiten.

c) *Wechselwirkungen zwischen Strafgesetzgebung und Rechtsprechung*

Ein drittes Erkenntnisinteresse schließlich ist gerichtet auf die Wechselwirkungen und insbesondere Dynamiken zwischen Strafgesetzgebung und Rechtsprechung in der Weiterentwicklung des Strafrechts und insbesondere in Bezug auf dessen nähere Konkretisierung. Die Aufgabenverteilung zwischen diesen Akteuren ist einerseits geprägt durch verfassungsrechtliche Vorgaben, insbesondere durch die in der Rechtsprechung des BVerfG konturierte Wesentlichkeitstheorie²³² und das Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit²³³ sowie durch das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende, spezifisch strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip, soweit sich dieses an den Gesetzgeber richtet.²³⁴ Andererseits ist das Verhältnis zwischen diesen Akteuren mitnichten allein durch Aktion des Gesetzgebers und Reaktion der Rechtsprechung geprägt. Vielmehr wird – auch im Strafrecht – für die nähere Konturierung von Strafnormen bisweilen auf die Rechtsprechung und auf von dieser herausgearbeitete Fallgruppen verwiesen;²³⁵ die Gesetzgebung wiederum kann Rechtsprechung aufgreifen, in Gesetzesform gießen oder durch Gesetzgebung »Fehlentwicklungen« in der Rechtsprechung »korri-

230 Selbstverständlich unter Beachtung der Tatsache, dass diese europäischen Vorgaben nicht »vom Himmel fallen«, sondern ihrerseits kriminalpolitische Ziele (»policy«) verfolgen.

231 In diesem dezidiert empirischen Zugang unterscheidet sich der Ansatz von etlichen anderen Untersuchungen, die sich mit der aktuellen Strafrechtsentwicklung befassen; *pars pro toto* etwa Weigend, in: FS Frisch, S. 17 ff.

232 Einführend hierzu BVerfGE 47, 46 (79); näher unten § 7 III. 1.

233 Einführend hierzu BVerfGE 65, 1 (44 ff., 54); näher unten § 7 II. 1.

234 Einführend hierzu *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, S. 6, 29 ff.; näher unten § 7.

235 *Pars pro toto* hierfür steht die »Untreue«-Entscheidung des BVerfG, BVerfGE 126, 170 (Leitsatz 2, 198 f.).

gieren«. Zudem sind »der Gesetzgeber« und auch »die Rechtsprechung« durch die kriminalpolitikwissenschaftliche Brille betrachtet bloße Pauschalbezeichnungen für eine Mehrzahl kriminalpolitischer Akteure.²³⁶ Die hieraus resultierende dynamisch-evolutive Komponente des Rechts und ihrer Bedeutung für die Bestimmtheit von Strafvorschriften und die Irrtumslehre bedarf daher noch näherer Herausarbeitung, insbesondere aus der hier gewählten kombiniert strafverfassungsrechtlichen und kriminalpolitikwissenschaftlichen Perspektive.

3. Strafverfassungsrecht, Kriminalpolitikwissenschaft, Strafgesetzgebungslehre – Zur Methodik dieser Untersuchung

Diese Untersuchung unternimmt es, die vorgenannten Forschungsfragen mittels einer Zusammenführung des Strafverfassungsrechts, der Kriminalpolitikwissenschaft und der Strafgesetzgebungslehre zu untersuchen. Der Ausgangspunkt ist dabei der einer rechtswissenschaftlichen Abhandlung, die sich also dem klassisch-(straf-)rechtswissenschaftlichen Methodenkanon (wenngleich mit deutlichem verfassungsrechtlichen Einschlag) bedient, und der hier keiner näheren Darlegung bedarf.

Diejenigen Abschnitte der Untersuchung, die sich mit der Wirklichkeit und nicht den (teils divergierenden) normativen Anforderungen an die Strafrechtswirklichkeit befassen, haben hingegen einen wirklichkeitswissenschaftlichen, d.h. empirischen Ausgangspunkt. Aufgrund der eigenen Perspektive und vor allem des Erkenntnisinteresses bietet sich hier keine rein empirische Untersuchung an: Das quantitativ auswertbare Datenmaterial ist begrenzt. Beobachtungen, Befragungen und Inhaltsanalysen (etwa von Bundestagsdrucksachen²³⁷) wären von vornherein unzureichend, weil sie insbesondere die normativen Rahmenbedingungen nicht und die Statiken unzureichend erklären könnten. Denn dort, wo keine Veränderung zu beobachten ist, stößt die politikwissenschaftliche Methodik an ihre Grenzen.²³⁸ Daher folgt diese Untersuchung – von einzelnen Vollausswertungen der Strafgesetzgebung²³⁹ abgesehen – einem explorativen Ansatz.

236 Siehe hierzu nur oben bei und mit Fn. 115 m.w.N.

237 Zum damit verbundenen Methodenproblem *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 38.

238 Eindrücklich hierfür die auf »Inputs« fokussierte Analyse *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (113 ff.); ergänzend *Aden*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 121 ff.

239 Innerhalb der zeitlichen und inhaltlichen Begrenzungen des Untersuchungsgegenstands; siehe hierzu oben Einführung II. 1.

Trotz dieser wirklichkeitswissenschaftlichen Ausrichtung ist die Untersuchung darauf angelegt, nicht reine Bestandsaufnahme (Deskription) zu sein, sondern vor allem eine strafverfassungsrechtliche, kriminalpolitikwissenschaftliche und strafgesetzgebungs- und damit strafrechtstheoretische Analyse, in Teilen eine Bewertung aus der Perspektive des Strafverfassungsrechts. Eingrenzend ist im Hinblick auf die angewendete Forschungsmethodik darauf hinzuweisen, dass die Untersuchung weder (rechts-)historisch²⁴⁰ noch (rechts-)vergleichend²⁴¹ angelegt ist, aber entsprechende Impulse an passender Stelle aufgegriffen werden.

III. Gang der Untersuchung

Der Gang der folgenden Untersuchung orientiert sich primär an den drei Teilbereichen des Erkenntnisinteresses. Indes sind diese Fragestellungen im Detail miteinander verwoben: So können Spezifika des Gesetzgebungsverfahrens auf die Evolution des Strafrechts hemmend wirken, die Judikative auf das Gesetzgebungsverfahren ein- und damit dynamisierend wirken, und statische Elemente des Strafrechts wiederum Einfluss nehmen auf die Rechtsprechung.

Um den strafrechtstheoretischen, strafverfassungsrechtlichen und vor allem analytischen Ansatz dieser Untersuchung hervorzuheben, aber gleichwohl im Bewusstsein dieser Interdependenzen, widmet sich die Untersuchung daher zunächst (Zweiter Teil) denjenigen Wirkmechanismen, die auf Veränderungen des materiellen Strafrechts hemmend-statisierend (§ 1) oder fördernd-dynamisch (§ 2) einwirken. Dabei werden diese Mechanismen und deren Wirkungen jeweils dargestellt, auf ihre strafverfassungsrechtliche und kriminalpolitische (»polity«, »politics« und »policy«) Fundierung hin analysiert und, soweit geboten, einer Bewertung zugeführt. Die Untersuchung

240 Zu einer politikwissenschaftlichen Perspektive auf die Geschichte der Kriminalpolitik siehe zusammenfassend *Reinke*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 15 ff.; *Reinke/Melanie Becker*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 25 ff.; *T. Roth*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 37 ff.; *Noethen*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 59 ff.; *Ewald*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 81 ff.; jeweils m.w.N.; zur Geschichte des StGB und dessen Entstehung zusammenfassend *Koch*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 8; *T. Vormbaum*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 9.

241 Zur »Gesetzesflut« aus österreichischer Sicht *W. C. Müller*, in: Kindermann (Hrsg.), *Theorie der Gesetzgebung*, S. 31; eine kriminalpolitikwissenschaftliche Analyse der Strafgesetzgebung im Vereinigten Königreich legt *Lacey*, *The Prisoners' Dilemma*; *Lacey*, CLP 65 [2012], 203 ff.). Allgemein zur vergleichenden Politikwissenschaft *Lauth*, *Vergleichende Regierungslehre*³.

richtet sich dabei, wie oben dargestellt,²⁴² primär auf den Textkorpus des StGB; wo erforderlich, werden indes Interdependenzen, Kongruenzen und Differenzen zum Nebenstrafrecht knapp aufgezeigt. Nachfolgend werden diese Wirkmechanismen zusammengeführt (§ 3).

Anschließend richtet sich der Fokus auf das Gesetzgebungsverfahren (Dritter Teil). Hierbei wird zunächst das Strafgesetzgebungsverfahren auf Bundesebene (§ 4), sodann auf Ebene der Europäischen Union (§ 5) auf die jeweils bestehenden Spezifika hin untersucht. Es folgen sodann eine praktisch-empirische Anwendung und eine weitere Exemplifizierung der Wirkmechanismen und Spezifika des Gesetzgebungsverfahrens durch eine quantitative Auswertung aller 149 Änderungen des StGB in der 13. bis einschließlich 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages sowie einer qualitativen Analyse ausgewählter Änderungen (§ 6).²⁴³

Dies dient zugleich als (praktisch-explorative) Basis für die nachfolgende Untersuchung weiterer Wechselwirkungen zwischen Strafgesetzgebung und Rechtsprechung (Vierter Teil). Hierzu wird zunächst aus strafverfassungsrechtlicher Perspektive das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) mit allgemeinen Grundrechtslehren kontrastiert, mit Seitenblicken auf die Irrtumslehre (§ 7). Daraus werden Folgerungen für die dynamische Bestimmtheit von Strafvorschriften entwickelt (§ 8).

In einer Schlussbetrachtung werden die Ergebnisse zusammengefasst (Fünfter Teil).

Ein deskriptiv ausgerichteter Anhang enthält schließlich, bezogen auf den Untersuchungszeitraum, knappe Referenzen und Zusammenfassungen zu den Textänderungen des StGB (Anhang A) und zu zentralen Vorgaben der Europäischen Union zum materiellen Strafrecht (Anhang B).

242 Siehe oben Einführung II. 1.

243 Zur zeitlichen Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes siehe oben Einführung II. 1.

Zweiter Teil:
Statisches und Dynamisches im Strafrecht –
Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und
kriminalpolitische Wirkungen auf das materielle Strafrecht

§ 1 Statisches im Strafrecht

»Verfassungsrecht vergeht, Strafrecht besteht«. In freier Anlehnung an *Otto Mayer*¹ lässt sich – trotz der unbestrittenen Verfassungsfundierung und -prägung auch des materiellen Strafrechts² – in etlichen Teilen des StGB eine große legistische Trägheit verzeichnen. So ist seit Erlass des RStGB 1871³ der Straftatbestand der Zerstörung von Bauwerken (§ 305 StGB) nahezu vollständig⁴ und der Betrugstatbestand (§ 263 Abs. 1 StGB) in seinen Tatbestandsmerkmalen unverändert geblieben,⁵ und seit immerhin 1941 ist in § 211 Abs. 1, Abs. 2 StGB der Mord durch ident gebliebene textliche Voraussetzungen definiert und mit der (jeweiligen⁶) Höchststrafe bedroht.⁷ Dies wirft die Frage auf, welche Wirkmechanismen es hemmen oder verhindern, dass sich der Textkorpus des StGB – sei es zum »schlechteren«, sei es zum »besseren«⁸ hin – ändert, sprich zu einer »Statik« des StGB beitragen.

Dieses Kapitel begibt sich auf eine Spurensuche nach derartigen Mechanismen und deren Wirkungen, untersucht diese auf ihre strafverfassungsrechtliche (einschl. europastrafrechtliche) Fundierung und ihren kriminalpolitischen

1 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht³, VI (Vorwort zur 3. Auflage).

2 Siehe bereits Einführung I. 1.

3 Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, RGBl. 1871, S. 127.

4 Abseits von einer Adaption an die heutige Schreibweise (»Eigenthum«) entspricht die ursprüngliche Androhung einer Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat der heutigen Rechtslage (siehe einerseits § 16 Abs. 1 RStGB: Höchstmaß fünf Jahre, andererseits § 38 Abs. 2 StGB: Mindestmaß ein Monat); lediglich die Möglichkeit, anstelle einer Freiheitsstrafe auf eine Geldstrafe zu erkennen, ist im Wortlaut der Vorschrift erst seit 1975 vorgesehen.

5 Erneut sei daran erinnert, dass diese Untersuchung auf das »positivistische« Gesetzesrecht fokussiert ist und Änderungen bloß in dessen Anwendung außer Acht lässt. Zum bedeutungsvollen Wechselspiel zwischen Recht und Gesetz siehe nur *Waldhoff*, ZfP 2019, 98 (100 f., 102 ff.) m.w.N.

6 Zunächst Todesstrafe, dann lebenslanges Zuchthaus, nun lebenslange Freiheitsstrafe.

7 Vgl. zu alledem *Fuchs*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, §§ 305, 263, 211 StGB; siehe auch *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, S. 174 f.

8 Zur notwendigen Trennung der Beobachtung von der Bewertung siehe oben Einführung II. 1.

Gehalt⁹ – z.B. einer Einordnung als »bloße« *policy*¹⁰ oder aber als *polity*¹¹ – und führt sie, soweit geboten, einer Bewertung zu. Wegen des Zuschnitts des Untersuchungsgegenstands bleiben dabei Resistenzen in der Rechtsanwendung oder in der öffentlichen Wahrnehmung grundsätzlich außen vor, welche Änderungen des Wortlauts der Strafvorschriften geflissentlich und bisweilen über Jahrzehnte ignorieren.¹²

Um diese Spurensuche zu systematisieren, sei zunächst diejenige Statik analysiert, die bereits daraus folgt, dass es sich bei dem StGB um ein formelles Bundesgesetz handelt.¹³ Anschließend wird untersucht, inwieweit der Allgemeine Teil des StGB (strafverfassungsrechtlich) konstitutionalisiert ist oder (kriminalpolitikwissenschaftlich) als konstitutionalisiert wahrgenommen wird.¹⁴ Hinsichtlich des Besonderen Teils bietet sich sodann eine Unterscheidung in Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten einerseits,¹⁵ Pönalisierungsgrenzen und -hemmnisse andererseits an.¹⁶ Es verbleibt jedoch ein breiter Korridor für die politische Ausgestaltung des Allgemeinen und des Besonderen Teils. Allerdings wirken zusätzlich hemmend die Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen¹⁷ und eine stark kriminalpolitisch akzentuierte, aber auch aus einer Schuldzentrierung folgende Strafrechtskontinuität.¹⁸

I. Rechtsförmlichkeit

Seit seinem (unbefristeten) Erlass am 15. Mai 1871¹⁹ stellt das »Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich« den kodifikatorischen Rahmen für das

9 Wegen der unterschiedlichen Perspektiven ist namentlich Strafverfassungsrecht nicht notwendigerweise mit »polity« im kriminalpolitikwissenschaftlichen Sinne gleichzusetzen; ebenso wenig ist jede hemmend wirkende »polity« notwendiger Teil des Strafverfassungsrechts.

10 Zum Begriff siehe Einführung I. 2. a) bb) (1).

11 Zum Begriff siehe Einführung I. 2. a) bb) (3).

12 *Pars pro toto* möge hierfür stehen, dass (auch medial unterstützt) für einen »Mörder« in weiten Teilen der Bevölkerung noch immer derjenige gehalten wird, der »die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat« (§ 211 RStGB 1871).

13 Siehe sogleich § 1 I.

14 Siehe nachfolgend unten § 1 II.

15 Siehe unten § 1 III.

16 Siehe unten § 1 IV.

17 Siehe unten § 1 V.

18 Siehe unten § 1 VI.

19 RGBl. 1871, S. 127.

formelle Kernstrafrecht²⁰ zunächst im Deutschen Reich,²¹ seit 1949 in der Bundesrepublik Deutschland²² dar: Der vormalige, also vorkonstitutionelle Textbestand des RStGB²³ wurde, soweit dieser dem Grundgesetz nicht widersprochen hatte (Art. 123 Abs. 1 GG),²⁴ gestützt auf Art. 125 Nr. 1 GG²⁵ mit Ablauf des 07.09.1949 (erster Zusammentritt des Bundestages) zu (unbefristet gültigem)²⁶ Bundesrecht²⁷ im Rang eines »einfachen«,²⁸ aber

-
- 20 Zur Begriffsdefinition siehe oben Einführung II. 1., S. 66 bei und mit Fn. 183.
- 21 Auf die historischen Besonderheiten insbes. während und nach der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft sei an dieser Stelle nicht näher eingegangen.
- 22 Zum Strafrecht in der DDR siehe einführend *M. Vormbaum*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 10 m.w.N. Mit dem Beitritt (»Wiedervereinigung«) am 03.10.1990 wurde das StGB weitgehend für das Beitrittsgebiet in Kraft gesetzt (Art. 8 Einigungsvertrag, BGBl. 1990 II, S. 885; zu Maßgaben und Ausnahmen siehe dessen Anlage I Kapitel III C sowie Anlage II Kapitel III C). Im Saarland galt ebenfalls das (R)StGB in der damaligen Fassung zunächst fort (Art. 132 Verfassung des Saarlandes v. 15.12.1947, Abl. Saarland 1947, S. 1077) und wurde in weiterer Folge nur punktuell geändert. Mit dem Beitritt des Saarlandes zur Bundesrepublik Deutschland am 01.01.1957 galt zunächst im Saarland dieses »saarländische« StGB als *Bundesrecht* fort (§ 5 Gesetz über die Eingliederung des Saarlandes v. 23.12.1956, BGBl. 1956 I, S. 1011; in § 15 dieses Gesetzes war das StGB nicht genannt). Eine Harmonisierung erfolgte erst durch § 1 Abs. 1 Gesetz zur Einführung von Bundesrecht im Saarland v. 30.06.1959, BGBl. 1959 I, S. 313: Das Strafrecht war in der Negativliste des § 2 dieses Gesetzes nicht genannt; auch gab es nur eine sehr begrenzte strafrechtsbezogene Übergangsvorschrift (§ 5 des vorgenannten Gesetzes).
- 23 Eine erste Neubekanntmachung erfolgte bereits 1876; RGBl. 1876, S. 39. Siehe hierzu und zu den nachfolgenden Neubekanntmachungen *F.-C. Schroeder*, NJW 1975, 1870 (1870).
- 24 *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 125 GG Rn. 1; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 123 GG Rn. 5, 8; andernfalls Nichtigkeit.
- 25 Soweit sich für einzelne Tatbestände des Besonderen Teils vertreten ließe, sie beträfen ausschließliche Zuständigkeiten des Bundes, ergäbe sich dieselbe Rechtsfolge aus Art. 124 GG. Darauf kommt es für die hiesige Untersuchung indes nicht an.
- 26 Siehe hierzu sogleich § 1 I. 1.
- 27 Grundlegend BVerfGE 23, 113 (123 ff.) zu § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB a.F.; siehe ergänzend *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 125 GG Rn. 7 zur Derogations- (Art. 31 GG) und Sperrwirkung (Art. 72 Abs. 1 GG) des dergestalt transformierten Rechts, sowie *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 123 GG Rn. 12 zur unbefristeten Fortgeltung. Der Klarstellung halber: hier wie nachfolgend wird »Geltung« – trotz aller Schwierigkeiten dieser Sichtweise – positivistisch verstanden.
- 28 D.h.: nicht mit Verfassungsrang. Allgemein zur Kontinuität des einfachen Rechts bei Evolutionen und Revolutionen des Verfassungsrechts *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 123 GG Rn. 1 ff. m.w.N.; ergänzend *A. Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, S. 87 f., 97.

förmlichen²⁹ Gesetzes. Seitdem erfolgten zwar etliche Änderungsgesetze³⁰ und Neubekanntmachungen³¹ in den Jahren 1953,³² 1969,³³ 1975,³⁴ 1987³⁵ und zuletzt 1998,³⁶ jedoch kein Erlass eines neuen Stammgesetzes als konstitutive Neufassung.³⁷ Bereits aus diesem rechtsförmlichen Hintergrund resultiert aus dreierlei Gründen eine beachtliche Statik in der Konstruktion des materiellen Strafrechts.

1. Unbefristete Fortgeltung des StGB

a) Rechtstheoretischer Hintergrund

Weder der ursprüngliche Erlass des Strafgesetzbuchs noch zwischenzeitliche Änderungsgesetze erfolgten auf Zeit. Daher wurden sie mit ihrem jeweili-

29 Zum Maßstab und zur Rechtsprechung, welchen Rang vorkonstitutionelles Recht einnimmt, *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 123 GG Rn. 38 f. Implizit auch BVerfGE 23, 113 (123): Andernfalls fiel die Argumentation wegen des in Art. 104 Abs. 1 GG statuierten Erfordernisses eines förmlichen Gesetzes in sich zusammen.

30 Zum Begriff und den Rechtsförmlichkeiten eines Änderungsgesetzes siehe nur *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Teil D; *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 2 ff. m.w.N.; *M. Klein*, Neubekanntmachung, S. 47 ff.

31 Zu den Rechtsförmlichkeiten siehe nur *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Teil G sowie *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 4 ff. m.w.N.; monographisch hierzu *M. Klein*, Neubekanntmachung; siehe ferner unten § 2 I. 1. a).

32 BGBl. 1953 I, S. 1083. Unstimmigkeiten in der Neubekanntmachung postuliert *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 6 ff.

33 BGBl. 1969 I, S. 1445, als »Bekanntmachung der Neufassung« tituliert; Art. 102 des 1. StrRG (BGBl. 1969 I, S. 645 [680]) ermächtigte zur Bekanntmachung des durch dieses Gesetz geänderten StGB »in der neuen Fassung«. Unstimmigkeiten in der Neubekanntmachung postuliert *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 9 ff.

34 BGBl. 1975 I, S. 1. Unstimmigkeiten in der Neubekanntmachung postuliert *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 13 ff.

35 BGBl. 1987 I, S. 945.

36 BGBl. 1998 I, S. 3322.

37 Zum Begriff und den Rechtsförmlichkeiten eines Stammgesetzes siehe nur *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Teil C; ergänzend *M. Klein*, Neubekanntmachung, S. 46 m.w.N.

gen Inkrafttreten³⁸ zum Bestandteil der zu beachtenden Rechtsquellen³⁹ und beanspruchen seitdem und bis auf Weiteres – jedenfalls aus positivistischer Sicht⁴⁰ – grundsätzlich⁴¹ Geltung. Diese entfällt, abgesehen von Revolutionen oder Verfassungsneugebungen,⁴² nur bei Aufhebung oder Änderung durch ein anderes, verfassungskonform zustande gekommenes, förmliches Gesetz.⁴³

Abgesehen von der »lex posterior derogat legi anteriori«-Regel⁴⁴ nutzt sich das Gesetz somit nicht ab; es hat keine inhärente »Haltbarkeit«, kein »Verfallsdatum«⁴⁵ und bedarf auch keiner erneuten positiven Bekräftigung oder Bestätigung durch den Gesetzgeber; gesetzgeberische Inaktivität führt zu Statik, nur gesetzgeberische Aktivität kann eine Dynamik entfalten. Damit wirkt ein jedes Gesetz ab seinem Inkrafttreten grundsätzlich strukturell konservativ⁴⁶ bzw. statisch. Ausnahmen von dem vorgenannten Grundsatz können lediglich bestehen, wenn der Gesetzgeber den zeitlichen Geltungsbereich nicht nur einseitig (Inkrafttreten), sondern zweiseitig (In- und Außerkrafttreten) regelt. Derartige Bestimmungen werden als »sunshine clauses« bezeichnet, derartige Gesetzgebung als »experimentell«.⁴⁷

38 Zum Inkrafttreten als Regelung des zeitlichen Geltungsbereichs eines Gesetzes siehe nur *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 82 GG Rn. 1.

39 *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹², Rn. 78, 224 f.; *J. Vogel*, Juristische Methodik, S. 38 f.

40 Vgl. *Potacs*, Rechtstheorie², S. 57 ff.; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹², Rn. 332 ff.; *Vesting*, Rechtstheorie², S. 91 ff.

41 Ausnahmen bestehen bei verfassungswidrigen sowie europarechtswidrigen Normen.

42 Zur Notwendigkeit gesetzlicher Kontinuität auch bei derartigen Ereignissen *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 123 GG Rn. 1 ff. m.w.N.

43 Zur Abhängigkeit der Rechtsquellenlehre von der Rechtsordnung selbst (und damit von der Verfassungsquellenlehre) vgl. *Potacs*, Rechtstheorie², S. 61; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹², Rn. 218; zum Erfordernis von Parlamentsgesetzen zur Änderung des StGB siehe sogleich § 1 I. 2.

44 Statt vieler *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹², Rn. 772; *J. Vogel*, Juristische Methodik, S. 62 f.

45 Zu einer Forderung *Thomas Jeffersons* nach einem 19jährigen Verfallsdatum der US-Verfassung und jeglicher Gesetzgebung und ähnlichen Forderungen z.B. *Jean-Jacques Rousseaus* siehe *Myers*, Boston College Law Review 40 (2008), 1328 (1328, 1332 f., 1356 ff.) m.w.N.

46 *Myers*, Boston College Law Review 40 (2008), 1328 (1333) – hier wie dort (»very conservative«) im Wortsinne, nicht notwendigerweise im politischen Sinne.

47 Zum Sprachgebrauch siehe nur *Nieto Martin*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 97 (133 ff.); *Wollmann*, in: Schreckenberger/K. König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, S. 72 ff.