

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 106

Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat

Von

Gregor Stächelin



Duncker & Humblot · Berlin

GREGOR STÄCHELIN

Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 106

Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat

Normative und empirische
materielle und prozedurale Aspekte
der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer
Strafgesetzgebungspraxis

Von

Gregor Stächelin



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Klaus Lüderssen, Frankfurt am Main

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Stächelin, Gregor:

Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat : normative und empirische,
materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter
Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis / von Gregor
Stächelin. – Berlin : Duncker und Humblot, 1998
(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 106)
Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1997
ISBN 3-428-09456-5

Alle Rechte vorbehalten
© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 3-428-09456-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Meinen Eltern

Vorwort

Die folgende Untersuchung ist im Sommersemester 1997 von der Juristischen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen worden.

Mein Dank gilt in erster Linie Herrn Professor Dr. Klaus Lüderssen, der mir während meiner Assistententätigkeit die notwendigen Freiräume gelassen hat, um an der Fertigstellung zu arbeiten, mich zugleich aber in vielfältigster Weise angeregt und gefördert hat. Ein erheblicher Teil der Substanz dieser Arbeit ist dem inspirierenden Kontakt mit ihm geschuldet. Mein Dank gilt weiter Herrn Professor Dr. Dirk Fabricius, der das Zweitgutachten übernommen hat, und Herrn Professor Dr. Herbert Jäger, dessen Lehrveranstaltungen letztlich die Idee für diese Untersuchung hervorgebracht haben.

Weiter möchte ich den Teilnehmern des „Dienstagseminars“ des Frankfurter kriminalwissenschaftlichen Instituts, insbesondere den Kollegen Dres. habil. Schulz, Nestler und Günther, für die Motivation danken, die ich aus den fachlichen Diskussionen mit ihnen gewinnen konnte.

Meiner Frau gebührt Dank für den Verzicht, den sie aufgrund meiner Beschäftigung mit dem Untersuchungsgegenstand geleistet hat, meinen Eltern dafür, daß sie mir meine Ausbildung ermöglicht und mich stets und in jeder Hinsicht unterstützt haben.

Auch den Herausgebern dieser Reihe, den Herrn Professoren Dres. Friedrich-Christian Schroeder und Eberhard Schmidhäuser, will ich für die Annahme der Abhandlungen in die vorliegende Reihe danken.

Frankfurt, im November 1997

Gregor Stächelin

Inhaltsübersicht

Einleitung	25
1. Teil: Anforderungen an eine verfassungsgemäße Strafgesetzgebung	30
I. Der Rechtsgutsbegriff	30
1. Auslegungskriterium oder Kriminalisierungsgrenze	31
2. Der Rechtsgutsbegriff innerhalb der kriminalpolitischen Diskussion	55
3. Vom Interesse zum Rechtsgut	60
4. Die Verletzung der Interessen als Angriffswege auf Rechtsgüter	90
5. Zusammenfassung	99
II. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip	101
1. Grundrechtliche Maßstäbe für die Strafgesetzgebung	102
2. Zweckbestimmung des Gesetzgebers	119
3. Geeignetheit	123
4. Erforderlichkeit	126
5. Das Übermaßverbot	161
6. Zusammenfassung	165
III. Der Umgang mit empirischen Voraussetzungen	167
1. Allgemeine Rationalitätsanforderungen	168
2. Tatsachenermittlungen	171
3. Prognoseentscheidungen	184
4. Abwägungspflichten	189
5. In dubio pro libertate?	192
6. Nachbesserungspflicht	200
7. Zusammenfassung	205
IV. Das Bestimmtheitsgebot	207
1. Rekonstruktion	207

2. Theoretische und praktische Friktionen.....	213
3. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Bundesverfassungsgerichts.....	216
4. Utopie oder Näherungsziel?	221
5. Zusammenfassung	227
V. Implementierbarkeit	228
1. Ausgangsüberlegung	229
2. Materiell-rechtlicher input und justitielle Verarbeitung	230
3. Relativierungen der ultima ratio Funktion des Strafrechts	236
4. Exkurs: Mißbrauch des Strafrechts zu verfahrensfremden Zwecken	239
5. Implementierbarkeitsvorbehalt	239
VI. Das Schuldprinzip.....	242
1. Absicherungen des Schuldprinzips.....	242
2. Schuld als Frage des allgemeinen Teils	245
3. Das Schuldprinzip und die strafbewehrten Verbotsnormen	246
4. Zusammenfassung	252
2. Teil: Die Praxis der Strafgesetzgebungsverfahren.....	254
I. Normative Vorgaben für das Verfahren der Strafgesetzgebung.....	256
1. Die Rechtsquellen für das Gesetzgebungsverfahren.....	256
2. Das formelle, wahrgenommene Verfahren	259
3. Das Vorverfahren	264
II. Der informelle Gesetzgeber – ein Gewaltenteilungsproblem?	268
1. Die Ministerialbürokratie	268
2. Parteipolitik in den Gesetzgebungsverfahren	268
3. Die öffentliche Meinung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....	270
4. Die Rolle der dritten Gewalt in der Strafgesetzgebung.....	276
5. Verbände und Sachverständige	281
6. Exkurs: Gesetzgebung unter dem Einfluß der Internationalisierung	285
7. Zusammenfassung	292
III. Exemplarische Untersuchung neuerer Gesetzgebungsakte	294
1. Das strafbewehrte Vermummungs- und Schutzwaffenverbot.....	294
2. § 109 b – spezieller Ehrschutz für Soldaten oder lex Tucholsky	303

3. Das Korruptionsbekämpfungsgesetz	308
3. Teil: Strategien der Verbesserung der Strafgesetzgebung	317
I. Materielle Regelungen	318
1. De lege lata: „Ausbeutung der Verfassung“	318
2. Verfassungsrechtliche Festlegungen eines Straftatbegriffes	319
3. Sozialschädlichkeitsvorbehalt.....	320
II. Verfahrensbezogene Lösungen	322
1. Das Strafgesetzgebungsverfahren als Entscheidungsfindungsmodell.....	322
2. Zwischenziele und Mittel einer Verfahrensoptimierung.....	324
3. Zusammenfassende Überlegungen	336
Verzeichnis der verwendeten Literatur	337

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
1. Teil: Anforderungen an eine verfassungsgemäße Strafgesetzgebung	30
I. Der Rechtsgutsbegriff	30
1. Auslegungskriterium oder Kriminalisierungsgrenze.....	31
a) Zweigleisigkeit des Begriffes.....	31
aa) Methodologischer Begriff	32
bb) Substanzieller Begriff.....	33
b) Zur historischen Rekonstruktion des Begriffes: einige Eckpunkte	35
aa) Naturrechtliche Verbrechensbegriffe	35
bb) Subjektive Rechte	36
cc) Birnbaumscher Rechtsgutsbegriff	37
dd) Empirisch geprägter Rechtsgutsbegriff	38
ee) Systemtheoretische Orientierung.....	39
ff) Prägung des Rechtsgutsbegriffes durch konsensuale Merkmale	40
gg) Ontologisch geprägter Rechtsgutsbegriff	41
c) Gegentendenzen.....	42
aa) Drohender Paradigmenwechsel – der Rechtsgutsbegriff als Kriminalisierungstopos.....	42
bb) Konzepte, die sich vom Rechtsgutsbegriff als Argumentationsfigur entfernen	45
(1) Die Wiederbelebung des Konzepts der subjektiven Rechte.....	45
(2) Systemtheoretisch orientierte Begründungen	47
(3) Strafadäquität: Das Konzept von Frisch	48
(4) Verfassungsrechtliche Position (O.Lagodny)	50
cc) Pluralismus oder die zunehmende Unverbindlichkeit scheinbar verbindlicher Wertorientierungen	51

2. Der Rechtsgutsbegriff innerhalb der kriminalpolitischen Diskussion.....	55
a) Die Notwendigkeit einer Trennung von Rechtsgut und Angriffswegen	55
aa) Was sind Angriffswege?.....	55
bb) Gründe für die Differenzierung zwischen Rechtsgütern und Angriffs- wegen	56
b) Notwendigkeit einer systematischen Trennung von Rechtsgütern einerseits und sonstigen kriminalpolitisch relevanten Topoi andererseits	58
3. Vom Interesse zum Rechtsgut	60
a) Interessen und ihr Schutz.....	60
aa) Interessen	61
bb) Normativierung von Interessen	62
cc) Notwendigkeit der öffentlichen Anerkennung von Interessen	62
(1) Anerkennung als rechtlich schützenswert.....	63
(2) Anerkennung als strafrechtlich schützenswert.....	63
b) Fragmentarität des Strafrechts – Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit?	64
c) Begrenzbarkeit der Interessen, die Strafrechtsrechtsgut sein können?.....	67
aa) Personale Rechtsgutslehre.....	69
(1) Vorstellung der personalen Rechtsgutslehre.....	69
(2) Kritik an der personalen Rechtsgutslehre	71
(a) Müssig	71
(b) Schünemann.....	74
(c) Kuhlen	76
(3) Begrenztheit der kriminalpolitischen Reichweite der personalen Rechtsgutslehre.....	79
bb) Verfassungsrechtliche Argumente.....	80
(1) Der Verfassungstext – Stellungnahmen zum Strafrecht.....	81
(a) Unmittelbare Stellungnahmen.....	82
(b) Mittelbare Stellungnahmen	83
(aa) Das Grundgesetz als Verfassung der Grundrechte des einzelnen.....	83
(bb) Die grundgesetzliche Konzeption der Institutionen.....	84
(cc) Das besondere historische Erbe des Grundgesetzes	85

Inhaltsverzeichnis	15
(dd) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	86
(α) Zum Unterschied zwischen Individual- und Kollektivrechtsgütern.....	86
(β) Zu den Pönalisierungspflichten.....	87
(2) Verfassungsgestützte Zentralgehalte der personalen Rechtsguts- lehre	88
4. Die Verletzung der Interessen als Angriffswege auf Rechtsgüter	90
a) Die eigenständige Betrachtung der Angriffswege: mehr als eine Frage der Gesetzgebungstechnik	90
b) Die unterschiedlichen Angriffswege.....	91
aa) Handlungen, die eine Rechtsgüterverletzung bewirken	91
bb) Handlungen, die eine konkrete Rechtsgutsgefährdung bewirken	92
cc) Handlungen, die eine abstrakte Rechtsgutsgefährdung bewirken	93
(1) Beschränkung auf „deliktstypische Gefahren“	95
(2) Die Position des Bundesverfassungsgerichts zu abstrakten Gefährdungsdelikten im Strafrecht	95
(3) Der Maßstab der Willkürfreiheit.....	96
dd) Eignungsdelikte.....	98
5. Zusammenfassung	99
II. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip.....	101
1. Grundrechtliche Maßstäbe für die Strafgesetzgebung	102
a) Schutzbereich	102
aa) Eingangsfrage: Grundrechtlicher Schutz für „kriminelles Handeln“?...	103
(1) Enge Auslegung: neminem laedere als Konkretisierung der grundrechtlich geschützten Freiheit?	103
(2) Weiteres Grundrechtsverständnis	104
(3) Stellungnahme	105
bb) Spezielle Freiheitsgrundrechte	107
cc) Allgemeine Freiheitsgewährleistung	108
dd) Gleichheit.....	109
b) Eingriff	110
aa) Charakteristika eines Grundrechtseingriffs	110

bb)	Die Differenzierung im Prüfungsmaßstab nach den Bestandteilen einer Strafrechtsnorm	111
(1)	Eingriff durch die Verhaltensnorm	111
(2)	Eingriff durch die besondere strafrechtliche Qualität des Vorwurfs	112
(3)	Eingriff durch die Sanktion selbst	114
c)	Schranken	115
d)	Schranken-Schranken	116
aa)	Die Schranken-Schranken des Art. 19 I und II GG	116
(1)	Allgemeine Gesetze	116
(2)	Das Zitiergebot	117
(3)	Die Wesensgehaltsgarantie	117
bb)	Die Schranken-Schranke des Bestimmtheitsgebotes	119
cc)	Die Schranken-Schranke des Verhältnismäßigkeitsprinzips	119
2.	Zweckbestimmung des Gesetzgebers	119
a)	Klassische Position	120
b)	Zum Zweck der Strafgesetze im Sinne der Zweck-Mittel-Relation des Verhältnismäßigkeitsprinzips	121
c)	Relationalität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	121
3.	Geeignetheit	123
a)	Rekonstruktion der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	123
b)	Zusammenhang mit der Zwecksetzung	124
c)	Geeignetheit im Sinne der Differenzierung von Verhaltens- bzw. Sanktionsnorm	124
4.	Erforderlichkeit	126
a)	Zur Notwendigkeit eines anspruchsvollen Effektivitätsbegriffes	127
aa)	Wider die Vermutung, der intensivste Eingriff verspreche prinzipiell die höchste Effektivität	127
bb)	Relative Milde des Mittels: Wirkungen und Nebenwirkungen	129
b)	Ein Freiheitsdilemma?	133
aa)	Wider die Vermutung, der Verzicht auf Strafgesetze garantiere prinzipiell ein Mehr an Freiheit	133
bb)	Modelle der gesellschaftlichen Freiheitsverteilung	134

(1) Präventive oder repressive Reaktionen	134
(2) Differenzierung nach Regelungsadressaten und Zurechnungsstrukturen	134
(3) Die Art der Reaktionen	136
(4) Verfahren	136
c) Alternativen zur strafbewehrten Verhaltensnorm	137
aa) Nichtrechtliche Lösungen	137
(1) Die Macht des Marktes	138
(2) Beispiel technische Prävention	139
bb) Gratifizierende oder feststellende anstelle von sanktionierenden Modellen	140
cc) Zivilrechtliche Lösungen	142
(1) De lege lata	144
(a) Vertragsstrafen	144
(b) Deliktsrecht; speziell Schmerzensgeld	145
(2) De lege ferenda	146
(a) Punitive damages	147
(b) Freiwillige Leistung doppelten Schadenersatzes	149
dd) Öffentlichrechtliche, insbesondere verwaltungsrechtliche Lösungen....	150
ee) Steuer – und abgabenrechtliche Lösungen	152
ff) Lösungen im Ordnungswidrigkeitenrecht	154
gg) Ein Modell de lege ferenda: Das Interventionsrecht	156
d) Exkurs: experimentelle Strafgesetzgebung	156
aa) Begriffliche Klärung	157
bb) Zulässigkeit von Gesetzesexperimenten	158
5. Das Übermaßverbot	161
a) Herkömmliche Konkretisierungen	161
b) Wiederaufnahme: Das Konzept des Strafrechtsgutes aus Sicht der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung	163
c) Die Strafrechtsgutstheorie als Konkretisierung des Übermaßverbotes	163
6. Zusammenfassung	165
III. Der Umgang mit empirischen Voraussetzungen	167

1. Allgemeine Rationalitätsanforderungen	168
2. Tatsachenermittlungen.....	171
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	172
b) Der „Tugendlehreansatz“ von Gusy	174
c) Der Pflichtenansatz von Schwerdtfeger	175
d) Stellungnahme	177
e) Exkurs: Das in der Asylentscheidung des Bundesverfassungsgerichts geprägte Konzept der normativen Vergewisserung	182
3. Prognoseentscheidungen	184
a) Prognose der Entwicklung tatsächlicher Gegebenheiten	185
b) Prognose der Wirkung von Mitteln der Verhaltensbeeinflussung	186
aa) Maßstäbe der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte.....	187
bb) Der für die Strafgesetzgebung einschlägige Kontrollmaßstab.....	187
cc) Konkretisierung des Kontrollmaßstabes.....	188
4. Abwägungspflichten	189
a) Darstellung der Alternativen.....	190
b) Maßstäbe der Ermessensentscheidung.....	191
5. In dubio pro libertate?	192
a) non liquet-Situationen	193
aa) Rechtliche Gründe.....	193
bb) Uneinigkeiten	194
b) Beweislastverteilungen	194
aa) In dubio pro autoritate.....	195
bb) Differenzierung nach den Beweisgegenständen	196
cc) Das status quo Argument	197
dd) Strafrechtsspezifische Differenzierung nach den Details der Freiheits- zuteilung.....	198
6. Nachbesserungspflicht.....	200
a) Nachbesserungspflicht als milderes Mittel der Gesetzeskritik.....	200
aa) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	201
bb) Bestätigung durch die Literatur.....	201
b) Grund der Nachbesserungspflicht.....	202

c) Gegenstand der Pflicht.....	202
aa) Evaluation als Produktbeobachtungspflicht.....	203
bb) Korrekturpflicht	204
(1) Verfassungsgerichtliche Aufträge.....	204
(2) Pflicht zur Eigeninitiative	204
7. Zusammenfassung	205
IV. Das Bestimmtheitsgebot.....	207
1. Rekonstruktion	207
a) Das Bestimmtheitsgebot innerhalb des Gesetzlichkeitsprinzips	207
b) Historische Herleitung.....	208
c) Absicherungen.....	208
d) Ausformungen	209
aa) Adressierung des Prinzips.....	209
bb) Inhaltliche Präzisierung.....	210
cc) Exkurs: Zur Konsistenz gesetzlicher Wertungen	211
dd) Reichweite.....	212
2. Theoretische und praktische Friktionen.....	213
a) Sprache	213
b) Flexibilisierungsbedürfnisse	214
3. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Bundesverfassungsgerichts.....	216
a) Fallanalysen	216
aa) Extremfälle.....	216
bb) Vereinbarkeitsentscheidungen	218
(1) Generalklauselfälle	218
(2) Blankettfälle.....	219
b) Folgen dieser Rechtsprechung für die Gesetzgebung	220
4. Utopie oder Näherungsziel?	221
a) Utopie	221
b) Näherungsziel	221
c) Remeduren.....	222
5. Zusammenfassung	227

V. Implementierbarkeit	228
1. Ausgangsüberlegung	229
a) Exposition der These	229
b) Reichweite der These.....	229
c) Dunkelfeldeinwand.....	230
2. Materiell-rechtlicher input und justitielle Verarbeitung	230
a) Auflösung prozeduraler Garantien.....	230
aa) Opportunität	230
bb) Verständigung im Strafverfahren	231
cc) Wiedergutmachung	232
dd) Verfahrensvereinfachungen.....	233
ee) Effektive, gegebenenfalls heimliche Ermittlungsverfahren	234
b) Zunahme privater Sicherheitsangebote.....	235
3. Relativierungen der ultima ratio Funktion des Strafrechts	236
a) Strafrecht als ultima ratio.....	236
b) Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip	236
c) Auswirkungen auf die Strafzwecke	237
d) Zusammenhang mit den schützenden Formen des Strafverfahrens	238
4. Exkurs: Mißbrauch des Strafrechts zu verfahrensfremden Zwecken	239
5. Implementierbarkeitsvorbehalt	239
VI. Das Schuldprinzip.....	242
1. Absicherungen des Schuldprinzips.....	242
a) Das Schuldprinzip als ethisches Minimum.....	242
b) Die Begründung des Bundesverfassungsgerichtes.....	243
c) Das Schuldprinzip als ungeschriebenes Justizgrundrecht.....	244
2. Schuld als Frage des allgemeinen Teils	245
3. Das Schuldprinzip und die strafbewehrten Verbotsnormen	246
a) Relativierungen des Schuldgrundsatzes in den Deliktsfestlegungen	246
aa) Gefährlichkeitshaftung statt Tatschuld.....	246
bb) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit	248
b) Schuldmaß als gesetzgeberische Ordnungsgröße?.....	250

aa) Ausschluß von schlichtem Verwaltungsungehorsam	250
bb) Schuldangemessenheit der speziellen Sanktion	252
4. Zusammenfassung	252
2. Teil: Die Praxis der Strafgesetzgebungsverfahren	254
I. Normative Vorgaben für das Verfahren der Strafgesetzgebung.....	256
1. Die Rechtsquellen für das Gesetzgebungsverfahren	256
a) Das Grundgesetz.....	257
b) Die Geschäftsordnung des Bundestages	258
c) Die gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien	258
d) Der ministerielle Prüffragenkatalog.....	258
2. Das formelle, wahrgenommene Verfahren	259
a) Das Einleitungs- und Initiativverfahren.....	259
b) Das Haupt- oder Beschlußverfahren.....	260
aa) Erste Lesung.....	261
bb) Ausschüsse.....	261
cc) Weitere Lesungen und Beschluß.....	261
dd) Die Rolle des Bundesrates	262
c) Das Abschlußverfahren.....	264
3. Das Vorverfahren	264
II. Der informelle Gesetzgeber – ein Gewaltenteilungsproblem?	268
1. Die Ministerialbürokratie	268
2. Parteipolitik in den Gesetzgebungsverfahren	268
3. Die öffentliche Meinung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....	270
a) Kriminalität als Medienthema	271
b) Strukturelle Defizite	272
c) Überlegungen zur Wirkungsweise der Medien auf den Gesetzgebungs- prozeß	273
aa) Die Genese des strafgesetzgeberischen Handlungsbedarfes.....	274
bb) Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf	274
4. Die Rolle der dritten Gewalt in der Strafgesetzgebung.....	276
a) Die fachgerichtliche Rechtsprechung	276

b) Das Bundesverfassungsgericht	277
aa) Unmittelbare „Gesetzgebung“ durch das Bundesverfassungsgericht	277
bb) Friktionen mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz?	278
5. Verbände und Sachverständige	281
a) Lobbyismus und sachverständige Beratung	281
aa) Lobbyismus in der Gesetzgebung	281
bb) Wissenschaftliche Beratung des Gesetzgebers	282
b) Lobbyismus in der Strafgesetzgebung: einseitig oder mangelhaft	282
c) Kompensation durch wissenschaftliche Beratung?	284
6. Exkurs: Gesetzgebung unter dem Einfluß der Internationalisierung	285
a) Völkerstrafrecht	286
b) Internationalisierung des ius puniendi?	287
aa) Unmittelbare Inanspruchnahme von Strafrechtssetzungskompetenz durch supranationale Organisationen	287
bb) Mittelbare Rechtssetzung	289
(1) Neue „Rechtsgüter“	289
(2) Vertragliche Pönalisierungspflichten	289
(3) Übernationale Inhaltsbestimmungen nationaler Strafnormen	291
c) Der Einigungsvertrag	291
7. Zusammenfassung	292
III. Exemplarische Untersuchung neuerer Gesetzgebungsakte	294
1. Das strafbewehrte Verminnungs- und Schutzwaffenverbot	294
a) Die Rechtsgüter	294
b) Die Angriffswege	294
c) Empirie im Gesetzgebungsverfahren	295
aa) Der Handlungsbedarf	296
bb) Die Schädlichkeitshypothese	297
d) Grundrechtsprüfung	298
aa) Betroffener Schutzbereich und Schranke	298
bb) Bestimmtheitsgrundsatz	299
cc) Verhältnismäßigkeitsprinzip	300

f) Ergebnis.....	303
2. § 109 b – spezieller Ehrschutz für Soldaten oder lex Tucholsky	303
a) Die Rechtsgüter	303
b) Die Angriffswege.....	304
c) Der Umgang mit den „legislative facts“	304
d) Die Regelungssystematik	305
e) Verborgene, aber intendierte Funktionen der Vorschrift	305
f) Grundrechtliche Bedenken	306
g) Ergebnis.....	307
3. Das Korruptionsbekämpfungsgesetz	308
a) Die Regelungsgegenstände, insbesondere die Submissionsabsprachen und das sogenannte „Anfüttern“	309
aa) Submissionsabsprachen.....	309
bb) Das „Anfüttern“	310
b) Das Rechtsgut.....	311
c) Die Angriffswege.....	312
d) Der Handlungsbedarf.....	312
e) Grundrechtsprüfung.....	314
f) Ergebnis.....	316
3. Teil: Strategien der Verbesserung der Strafgesetzgebung	317
I. Materielle Regelungen	318
1. De lege lata: „Ausbeutung der Verfassung“	318
2. Verfassungsrechtliche Festlegungen eines Straftatbegriffes	319
3. Sozialschädlichkeitsvorbehalt.....	320
II. Verfahrensbezogene Lösungen	322
1. Das Strafgesetzgebungsverfahren als Entscheidungsfindungsmodell.....	322
a) Das Modell Jägers: Strafgesetzgebung und Strafprozeß.....	322
b) Das Gesetzgebungsverfahren zwischen Sachkompetenz und Mehrheits- prinzip.....	323
2. Zwischenziele und Mittel einer Verfahrensoptimierung.....	324
a) Verbreiterung der Wissensbasis.....	324
aa) Planspiele	324

bb) Evaluation	326
cc) Wissenschaftliche Politikberatung	327
b) Rationalisierung.....	330
aa) Stärkung der diskursiven Momente.....	331
bb) Vermehrung der Begründungspflichten	332
cc) Gesetzgebungswettbewerb und Rechtsvergleichung.....	333
c) Transparenz	334
d) Stetigkeit.....	335
3. Zusammenfassende Überlegungen	336
Verzeichnis der verwendeten Literatur	337

Einleitung

Das Bedürfnis, Strafgesetzgebung auf ihre Legitimität hin zu untersuchen, dürfte so alt sein, wie positiviertes Strafrecht selbst. Als ein denkwürdiges Datum in der Geschichte der Bemühungen um die Kriterien, die den Inhalt der Strafgesetze bestimmen sollten, kann der Gesetzgebungswettbewerb der Ökonomischen Gesellschaft zu Bern gelten,¹ der 1782 mit der Preisverleihung an die Arbeit von Globig und Huster endete.² Bemerkenswert an solchen historischen Arbeiten ist die Klarheit und Unbefangenheit, mit der auch gegenüber der dritten Gewalt, also der Legislative die „richtigen“ Strafgesetze und damit die „richtige“ Gesetzgebung eingefordert wurde.

Die damaligen Bemühungen um die Sache hier hervorzuheben, bedeutet natürlich keineswegs, die heute naiv wirkende Perspektive der (französischen) Enzyklopädisten einnehmen zu wollen. Bewundernswert und insoweit auch nachahmenswert erscheint aber die damals geübte Offenheit, mit der die Argumente vorgebracht und deren Herkunft offengelegt wurde. Die heute relativ zur damaligen Zeit bestehenden Gewißheitsverluste und das Verständnis unserer modernen Rechtsgesellschaft als verfassungsrechtlich bestimmt, sind geeignet, die „direkten“ Zugänge zur Beschreibung „richtigen“ Rechts und dem richtigen Weg zu dessen Setzung zu versperren, jedenfalls aber die Rückbesinnung auf Unhinterfragbares so weit als möglich herauszuzögern.

Wie wichtig es ist, zum erschöpfenden Verständnis des Phänomens der Kriminalität auch den Akt der Gesetzgebung zu beobachten, hat der labeling angeht gezeigt. Geht man im Sinne dieses inzwischen häufig in Vergessenheit geratenen Ansatzes davon aus, daß strafrechtliches Unrecht nicht etwa eine dem menschlichen Handeln immanente Dimension ist, so müßte sich das Interesse sogleich auf den Prozeß der Strafgesetzgebung richten. Hier nämlich ist der Ort, wo die Grundentscheidungen für unser Kriminaljustizsystem fallen, wo die Kriminalität gemacht oder doch zumindest ihr Gegenstand bestimmt wird.

Und um diese Produktion strafrechtlicher Normen ist es schlecht bestellt. Es fällt auf, daß Gesetzgebung heute weitgehend perspektivlos als politisches Tagesgeschäft betrieben und zumeist auch so verstanden wird. Man kann behaupten, die Strafgesetzgebung der jüngeren Vergangenheit stecke in einer Krise und

¹ Dazu *Schmidt*, Abhandlung, S. 28 ff.

² Die preisgekrönte Schrift ist erhalten: *Globig/Huster*, Criminalgesetzgebung, 1783 [Nachdruck 1969]. Ebenfalls eingereicht wurde von Jean Paul Marat: Plan de législation criminelle; dazu *Lohmann*, Marat.

sei eher dabei, sich in dieser zu etablieren, als Auswege zu suchen oder gar zu finden. Die Indizien dafür sind vielfältig. Auch im materiellen Strafrecht, vor allem im sogenannten Nebenstrafrecht ist eine Gesetzesflut bis hin zur Überregulierung feststellbar. Das Kriminaljustizsystem kommt den dadurch gestellten Implementierungsanforderungen nicht nach, ist überlastet. Es scheint der Strafgesetzgebung an einer Gesamtperspektive zu fehlen. Kodifikationen sind „aus der Mode geraten“.³ Während das 19. Jahrhundert und sogar die drei Nachkriegsdekaden noch von Kodifikationen oder Reformen einzelner Rechtsgebiete und auch des Strafrechts geprägt waren,⁴ herrscht heute „Instantgesetzgebung“ vor. „Reformen“, die diesen Namen verdienen, sucht man vergebens. Der Unterschied zu einer Zeit, in der die Gesetzgebungsinitiativen unter Titeln wie „Artikelgesetz“⁵ oder „Verbrechensbekämpfungsgesetz“⁶ realisiert werden, ist augenfällig. Dabei erschöpft sich die Forderung nach einer behutsameren, reflektierten und perspektivischen Reform⁷ keineswegs in ästhetischen Bedürfnissen, obwohl solche auch im Gesetzgebungsprozeß durchaus eine Rolle spielen könnten.⁸ Vielmehr gilt es die Veränderungen im Blick zu halten. Die an Stelle von Reformen praktizierte „Salamitaktik“⁹ birgt die Gefahr, daß Entwicklungen verschleiert und somit grundsätzlicher Kritik entzogen werden, womit noch nicht behauptet ist, dies sei ein Ziel der so agierenden Kriminalpolitik.¹⁰

Die letzte Tagung einer Forschungsgruppe, die sich regelmäßig mit Gesetzgebung beschäftigt, trug den bezeichnenden Titel „Das mißglückte Gesetz“.¹¹ Die Stellungnahmen der Literatur zum Gesetzgebungsstil¹² der jüngeren Ver-

³ *Karpen*, Gesetzeskodifikation, S. 181 ff. und 352.

⁴ *Krauß*, Strafgesetzgebung, S. 184, geht davon aus, daß dies mit dem freiheitlichen Selbstverständnis des (Rechts-) Staates einhergeht.

⁵ BGBl. I 1989, S. 1059 ff.

⁶ BGBl. I 1994, S. 3186 ff.

⁷ Vergleiche zum Unterschied zwischen Reformgesetzgebung, deren Ende er 1975 ansiedelt, und solchen Gesetzesänderungen, die den Namen „Reform“ nicht verdienen, *Richter II*, Strafgesetzgebung, S. 440 ff. (441).

⁸ So meint *Hettinger*, Strafgesetzgebung, S. 403, der eigentliche Grund der Angleichung verschiedener Strafrahmen durch das „Verbrechensbekämpfungsgesetz“ (BGBl. I 1994, S. 3186) sei vielleicht die „Harmonie der Zahlen“.

⁹ *Dencker*, Gefährlichkeitsvermutung, S. 266.

¹⁰ Immerhin scheint sich die Erkenntnis, daß eine immer weiter getriebene, stückweise Ergänzung jedenfalls im Strafverfahrensrecht auf Dauer nicht die geeignete Lösung darstellt, auch bei der Bundesregierung durchgesetzt zu haben. Auf eine diesbezügliche kleine parlamentarische Anfrage antwortete sie nämlich, daß eine Gesamtreform durch Bildung einer Großen Strafverfahrensrechtskommission erwogen würde (BT-Drs. 13/ 2328).

¹¹ *Diederichsen*, mißglückte Gesetz, S. 359 ff.

¹² Als Teil des von *Naucke*, Stil des Rechts, S. 189 ff., beklagten aktuellen Stil des Rechts im allgemeinen.

gangenheit fallen dementsprechend kritisch, zum Teil sogar polemisch aus. Es ist mit Blick auf den Gesetzgeber und seine Arbeit die Rede von „flickwerkartigen Gesetzesveränderungen“,¹³ „Rattenfängern“,¹⁴ „Gesetzgebungs-müll“,¹⁵ „Kuhhandel“¹⁶ und „populistischen Zugriff“ auf das Strafrecht.¹⁷ Strafgesetzgebung mutiert zu hektischem Aktionismus, orientiert sich an politischen Geltungsbedürfnissen und anstehenden Wahlterminen.¹⁸ Die immer wieder beklagte Politikverdrossenheit der Bürger mag auch in solcher Gesetzgebung einen ihrer Gründe finden.¹⁹

Mit solcher Gesetzgebung umzugehen, muß selbstredend nicht zu der Forderung führen, unter Rückgriff auf derartige Traditionen in der griechischen Antike,²⁰ schlechte oder verfassungswidrige Gesetzgebung ihrerseits unter Strafan-drohung zu stellen.

Versuche einer systematischen Auseinandersetzung mit dem Strafgesetzge-bungsverfahren in tatsächlicher und normativer Hinsicht bleiben dennoch verein-zelt. Hervorzuheben ist in diesem Kontext die Monographie von Noll,²¹ die in den seit der Publikation verstrichenen Jahren ohne Entsprechung geblieben ist, ihrerseits jedoch noch aus einer Zeit stammt, in der sich die beschriebene Krise wohl erst andeutete.

Die Bemühungen der Soziologen, etwa Floercke²² und Lüdemann,²³ lassen zumeist die notwendige Sensibilität für die strafrechtlichen Detailfragen vermissen. Die professionell-juristische Annäherung leidet, wenn sie von Verfassungs-oder Verwaltungsjuristen kommt, die mit den Verfahren der Strafgesetzgebung

¹³ Freund, Stellungnahme, S. 272, zum geplanten 2. Rechtspflegeentlastungsgesetz, vergleichbar das Verdikt von Pestalozza, Gesetzgebung, S. 2086.

¹⁴ Hassemer, Perspektiven, S. 487, zum OK-Gesetzgeber.

¹⁵ Sonnen, Gesetzgebungs-Müll, S. 13, zur Hauptverhandlungshaft.

¹⁶ Schüler-Springorum, Kriminalpolitik, S. 52, zur Demonstrationsgesetzgebung.

¹⁷ Albrecht, Strafrecht im Zugriff, S. 265 ff., zur Erweiterung des Strafrechts auf der Basis von - teilweise geschürter - Verbrechensfurcht.

¹⁸ Dahn, Superwahljahr, S. 553 ff.

¹⁹ Hill, schlechte Gesetzgebung, S. 513 ff.; Zippelius, Politikverdrossenheit, S. 243; Hettinger, Strafrecht als Büttel, S. 2273 und Cornelia Peters, Politikverdrossenheit, S. 198 f.

²⁰ Vgl. bei Lipsius, Das Attische Recht, S. 382 ff.

²¹ Noll, Gesetzgebungslehre, 1973.

²² Floercke, Entstehung, 1989 und ders., Anatomie, 1992.

²³ Besonders die Versuche von Lüdemann, Gesetzgebung, 1986, sich der Materie zu nähern, können nur als enttäuschend bezeichnet werden; vgl. dazu die Kritik von Albrecht, Buchbesprechung, S. 123 ff.