



Eda Tekin

# **Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht**

# I. Einführung

„Was damals Rechtens war, das kann heute nicht Unrecht sein“<sup>1</sup>. Die Zweifelhaftigkeit dieser These dürfte nicht erst während der Diskussionen um den früheren Ministerpräsidenten Baden-Württembergs Hans Filbinger bemerkt worden sein. Vielmehr steht bei einer Betrachtung früheren „Rechts“ fest, dass dieses teilweise nicht nur heute Unrecht wäre, sondern bereits „damals“ Unrecht war. Die Unrichtigkeit des eingangs genannten Zitats belegen einerseits Gesetze unter so genannten Rechtsordnungen, die zur Legitimation von praktiziertem Unrecht dienen sollen. Beispielhaft sei hier das nationalsozialistische Unrecht des 20. Jahrhunderts als grausamster Beleg menschlichen Versagens genannt.

Andererseits gilt die Prämisse, dass früheres Recht heute Unrecht sein kann, für zahlreiche Regelungsbereiche, die nicht aus systematischem staatlichen Unrecht auf Makroebene resultieren, sondern zum Beispiel auf geänderten Vorstellungen von Sittlichkeit oder Moral beruhen: Die Liberalisierung des so genannten Sittlichkeitsstrafrechts ist ein Resultat der Erkenntnis, dass von Teilen der Gesellschaft als unmoralisch oder unsittlich empfundene Verhaltensweisen, die keine Rechtsgutsverletzung verursachen, auch nicht strafwürdig sind<sup>2</sup>. Die fehlende Strafwürdigkeit der Gotteslästerung oder der Homosexualität<sup>3</sup> unter Erwachsenen beispielsweise wäre ohne die Wahrnehmung innergesellschaftlicher Wandlungsprozesse möglicherweise

---

1 So äußerte sich angeblich der ehemalige Ministerpräsident Baden-Württembergs Hans Filbinger in einem Gespräch gegenüber „Spiegel“-Redakteuren, vgl. Der Spiegel, 15. Mai 1978, S. 23 ff. Das Gespräch fand im Rahmen der zu jener Zeit intensiven Auseinandersetzung um die NS-Vergangenheit von Hans Filbinger statt. Filbinger selbst bestritt, diesen Ausspruch getätigt zu haben, vgl. dessen eigene Richtigstellung in: Die Zeit, 16. Juni 1978. Am 7. August 1978 trat Filbinger von seinem Amt als Ministerpräsident zurück. Eine sachliche Zusammenfassung der so genannten Filbinger-Affäre findet sich in: *Fischer/Lorenz*, Lexikon der „Vergangenheitsbewältigung“ in Deutschland, 2007, S. 202 ff.

2 Vgl. *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 60.

3 Homosexuelle Handlungen waren bis 1969 strafbar. *Roxin* bezeichnet dies als Paradebeispiel für die Pönalisierung von (mutmaßlich) unmoralischem oder unsittlichem Verhalten, bei dem es zu keiner Rechtsgutsverletzung kommt, vgl. *Roxin*, Strafrecht AT 1, 2006, § 2 Rdnr. 17.

verkannt worden. In jenen Fällen passte der Gesetzgeber das Recht den tatsächlichen Gegebenheiten an, weil er neue Anschauungen und freiheitlichere Ansätze in der Gesellschaft registrierte. Die Bedeutung des sozialen Wandels und der Veränderung der einem Regelungsbereich zugrundeliegenden Tatsachengrundlage führen zur Notwendigkeit, die Rechtslage unter Umständen nach Maßgabe jener Veränderungen zu korrigieren. Zwar müssen unantastbare Prinzipien der Gesellschafts- und Rechtsordnung bestehen, deren Berechtigung nicht anzuzweifeln ist<sup>4</sup>. Dennoch kann das Recht nicht ohne eine soziale und gesellschaftliche Tatsachengrundlage existieren. Falls Regelungsbereiche nicht prognostizierte und unerwünschte Wirkungen entfalten oder progressivere Strömungen in der Gesellschaft zu einem Bewusstseinswandel führen, müssen das gesetzte Recht und der Akteur, der dafür zuständig ist, nachziehen. Dieser Akteur ist der Gesetzgeber.

Wenn also die Notwendigkeit besteht, bei der Aufrechterhaltung von Gesetzen deren Anwendungsfolgen und Kompatibilität mit tatsächlichen Entwicklungen in der Gesellschaft ins Auge zu fassen, bleibt dennoch offen, wie diesem Bedürfnis zu entsprechen ist. In diesen Zusammenhang ist die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers einzuordnen. Diese Pflicht könnte eine Möglichkeit für den Gesetzgeber darstellen, die Änderung tatsächlicher oder von ihm prognostizierter Bedingungen nach Erlass eines Gesetzes wahrzunehmen und darauf reagieren zu können. Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, die wesentlich von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt wurde, bildet den Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Der Bereich des Strafrechts kann besonders vom sozialen Wandel und damit einhergehender Überwindung bestehender Vorstellungen von „Recht“, von der Veränderung tatsächlicher Grundlagen verschiedener Regelungsbereiche und von nicht beabsichtigten Vollzugsfolgen betroffen sein. Die Bedeutung des sozialen Wandels gerade für das Strafrecht wird deutlich, wenn beispielsweise berücksichtigt wird, dass ein zunächst non-konformes Verhalten von Individuen unter bestimmten Umständen zur faktischen Entkriminalisierung führen kann. Zu den bestimmten Umständen gehört eine gewisse Häufigkeit bei der Ausübung des eigentlich tabuisierten Verhaltens durch Mitglieder der Gesellschaft<sup>5</sup>. Derartige Wandlungsprozesse sind vom Gesetzgeber nur erkennbar, wenn er die Legitimität seiner Gesetze weiter überprüft. Da das Strafrecht in besonderer Weise von Wandlungsprozessen betroffen ist, soll sich die vorliegende Arbeit auf die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers auf diesem Rechtsgebiet konzentrieren.

---

4 Beispielsweise Art. 1 I GG.

5 Vgl. *Eisenberg*, Kriminologie, 2005, § 11 Rdnr. 1.

Die Beschränkung auf die Pflicht des Gesetzgebers im Strafrecht beinhaltet jedoch gleichzeitig eine Erweiterung des Untersuchungsgegenstands. Weil rechtspolitische Handlungen des Gesetzgebers im Strafrecht nicht ohne Aspekte menschlichen Verhaltens und Zusammenlebens auskommen, sind Erkenntnisse aus dem Bereich der Sozialwissenschaften mit heranzuziehen. Die Auseinandersetzung mit der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht ist folglich eine interdisziplinäre.



## II. Gang der Arbeit

Ausgehend von der Vorstellung, dass Gesetze sowohl juristischen Gütekriterien entsprechen als auch faktische Geltung beanspruchen sollen, wird in dieser Arbeit die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht untersucht.

Hierzu soll im ersten Teil dieser Arbeit unter den Gliederungspunkten III. und IV. ein Qualitätsmaßstab für Gesetze ermittelt werden. Denn nur dieser Maßstab kann zu einem Verständnis hinsichtlich der Herkunft, Grundlage und Legitimation der gesetzgeberischen Pflicht führen. Dieser Maßstab, an dem sich eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers orientieren könnte, wird begleitet vom Anspruch, „gute Gesetze“ zu schaffen. An der Realisierung dieser Vorstellung wäre die Beobachtung und Nachbesserung von Gesetzen auszurichten. Neben Überlegungen zur Berechtigung des Strafrechts, die bei einer Betrachtung gesetzgeberischer Aufgaben im strafrechtlichen Bereich unverzichtbar sind, sollen somit im ersten Abschnitt insbesondere die folgenden Fragen beantwortet werden: Existiert ein Maßstab für die Beobachtung im Sinne einer Wirkungskontrolle von Regelungsbereichen? Welche Schwierigkeiten sind mit diesem Maßstab verbunden? Und was ist eigentlich unter dem so genannten Gesetzgeber, der Wirkungen und Nebenwirkungen seines Produkts beobachten soll, zu verstehen?

Der zweite Teil der Arbeit, der den Gliederungspunkt V. umfasst, dient der Annäherung an die Grundlagen der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers. Unter anderem wird erörtert, was die Beobachtungs- und die Nachbesserungspflicht jeweils bedeuten und in welcher Beziehung diese beiden Pflichten zueinander stehen. Neben dem Verhältnis zwischen der Beobachtungspflicht und Nachbesserungspflicht zueinander werden die rechtliche Grundlage sowie die Sinnhaftigkeit der Verpflichtung des Gesetzgebers, die von ihm erlassenen Gesetze zu kontrollieren, untersucht. Dabei gilt es auch Probleme der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht anzusprechen. Eine Schwierigkeit könnte beispielsweise die Identität zwischen Urheberschaft und Kontrollbefugnis darstellen, da der Gesetzgeber sein eigenes Werk zu beobachten und möglicherweise nachzubessern hat. Zudem ist das Verhältnis der gesetzgeberischen Pflicht zu den parlamentarischen Freiräumen bei legislativen Entscheidungen zu würdigen. Einen zusätzlichen Schwerpunkt dieses Teils der Bearbeitung machen die Überlegungen zur Herkunft und Sinnhaftigkeit der in Rede stehenden Pflicht aus.

Das theoretische Grundgerüst ermöglicht es, in einem anschließenden dritten Abschnitt unter dem Gliederungspunkt VI. die strafrechtlichen Regelungsbereiche, in denen das Bundesverfassungsgericht eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers anmahnt, zu untersuchen. Diese Untersuchung wird im Lichte des zuvor ermittelten Maßstabs erfolgen und soll zur Klärung der Frage dienen, in welchem Umfang eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers besteht, welche Beobachtungs- und Nachbesserungstendenzen des Gesetzgebers erkennbar sind und welche Schwierigkeiten und Widersprüche mit der Festlegung der Pflicht verbunden sind. Hierbei ist auch eine Auseinandersetzung mit dem so genannten symbolischen Strafrecht notwendig. Das symbolische Strafrecht umfasst Strafvorschriften, die nicht primär zur Entfaltung zielgerichteter Schutzwirkungen gedacht sind, sondern durch eine Positionierung zu Werten oder der Hervorhebung als schädlich etikettierter Handlungen eher der Inszenierung politischer oder weltanschaulicher Gruppierungen dienen<sup>6</sup>. Das symbolische Strafrecht wirft speziell im Hinblick auf die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers zahlreiche Fragen auf. Die Notwendigkeit einer Beschäftigung mit symbolischem Strafrecht ist darauf zurückzuführen, dass die strafrechtlichen Regelungsbereiche, in denen das Bundesverfassungsgericht die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers betont, dem Symbolismus-Vorwurf ausgesetzt sind. Das gilt insbesondere für den Regelungsbereich des Schwangerschaftsabbruchs. Dieser VI. Gliederungspunkt widmet sich deshalb insbesondere folgenden Fragen: In welchen Regelungsbereichen mahnt das Bundesverfassungsgericht eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers an? Mit welchen Besonderheiten ist die Ermahnung jeweils verbunden? In welchem Umfang ist der Gesetzgeber dieser Pflicht nachgekommen? Was bedeutet symbolisches Strafrecht und ist die Symbolik eine gemeinsame Eigenschaft der von der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht betroffenen Regelungsbereiche?

Auf diese an der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts orientierte Darstellung der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers folgt unter dem Gliederungspunkt VII. die Überlegung, ob die alleinige Ausrichtung der Pflicht an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügt oder ob die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers nicht auch auf andere strafrechtliche Regelungsbereiche auszudehnen ist. Ergänzt wird diese Überlegung von einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine stetige Pflicht des Gesetzgebers zur Gesetzesbeobachtung zu befürworten ist. Die Frage nach dem Sinn einer ständigen Pflicht des Gesetzgebers zur Gesetzesbeobachtung im

---

6 Roxin, Strafrecht AT 1, 2006, § 2 Rdnr. 37.

Strafrecht wird anhand der Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten nach § 173 StGB, einem kontrovers diskutierten Beispiel gesetzgeberischer Tätigkeit, und anhand einiger Tatbestände aus dem Wirtschaftsstrafrecht erörtert.

Die vorliegende Arbeit zielt nicht nur darauf ab, eine Positionierung im Hinblick auf die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers zu erreichen. Gegenstand der Untersuchung ist auch die Frage, ob und wie der Gesetzgeber diese Pflicht erfüllen kann. Deswegen werden unter VIII. Möglichkeiten aufgezeigt, wie der Gesetzgeber seiner Pflicht nachkommen kann. Der Schwerpunkt des VIII. Abschnitts liegt auf den Ausführungen zur Erfüllung der Beobachtungspflicht des Gesetzgebers. Die Beobachtung der Wirkungen seines Produkts fällt dem Gesetzgeber erheblich schwerer als die Nachbesserung. Weil die Beobachtung der Gesetzeswirkungen und die Maßgabe der Beobachtungsergebnisse für die Nachbesserung bedeutend sind, benötigt der Gesetzgeber Instrumente, mit denen er seine Beobachtungspflicht erfüllen und die notwendigen Erkenntnisse sammeln kann: Der Gesetzgeber kann die Situation, die eine Nachbesserung der Gesetzeslage erforderlich macht, nur durch Beobachtung erkennen.

Als Möglichkeit zur Erfüllung der Beobachtungspflicht bildet die retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) auf parlamentarischer Ebene einen Schwerpunkt des VIII. Abschnittes. Die Systematik und Methoden der GFA, die mit ihr verbundenen Hindernisse und die Bedeutung der GFA für die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers werden dargestellt, um anschließend Stellung zu der Frage nehmen zu können, ob die GFA eine Option für den Gesetzgeber zur Wahrnehmung der Beobachtungspflicht ist. In einem Unterpunkt wird zudem erörtert werden, ob für eine effektive Erfüllung der Beobachtungspflicht ein institutionalisiertes parlamentarisches Beobachtungsorgan notwendig ist und welche Bedeutung prospektiven Maßnahmen vor der eigentlichen Beobachtung durch den Gesetzgeber zukommt. Als weitere Optionen für den Gesetzgeber, seiner Beobachtungspflicht zu entsprechen, werden die Rückgriffsmöglichkeit auf Erfahrungen des Auslands sowie experimentelle Gesetze und Zeitgesetze in Erwägung gezogen und gewürdigt. Der VIII. Abschnitt findet mit Überlegungen zur Erfüllung der Nachbesserungspflicht seinen Abschluss.

Die Schlussbetrachtung unter IX. beinhaltet ein Fazit zur Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht. Schließlich bildet der X. Abschnitt mit einer thesenartigen Zusammenfassung, in der die wesentlichen Erkenntnisse formuliert werden, den Abschluss der Bearbeitung.





### III. Gedanken zur Berechtigung des Strafrechts

„Das Strafgesetz ist ein kunstvolles Kulturgut. Die Kunst besteht darin, durch das Gesetz die Freiheit der strömenden Politik zu entziehen, die Freiheit des Bürgers durch das Gesetz zu einem absoluten Gut zu bestimmen und die Einigung zu stiften, dieses Gut trotz aller politischen Dynamik unangetastet zu lassen.“<sup>7</sup>

Gesetzgeberische Akte, die zu beobachten und unter Umständen nachzubessern sein sollten, stellen uns vor die Frage, ob ein Maßstab für jene Beobachtung und Nachbesserung existiert und wie dieser ausgestaltet sein könnte. Unabhängig von deren näherer Ausgestaltung setzen Beobachtung und insbesondere Nachbesserung voraus, dass das Gesetz eine bestimmte Funktion erfüllen, einem bestimmten Zweck dienen soll. Denn insbesondere mit der Beobachtung kann nicht lediglich die dahingehende Tätigkeit gemeint sein. Vielmehr richtet sich eine Beobachtung auf ein Beobachtungsziel. Wozu und wie sollte ein Gesetz beobachtet oder gar nachgebessert werden, wenn der Sinn und die Absicht des Regelungsbereichs nicht feststehen? Eine Nachbesserung der Gesetzeslage, die angetrieben wird von der Vorstellung eines „besseren Gesetzes“, ist bereits begrifflich nur erreichbar, wenn die Zielrichtung der Regelung feststeht. Ohne diesen Maßstab machen weder Beobachtung noch Nachbesserung Sinn. Folglich sind taugliche Kriterien für solch einen Maßstab zu finden. Hierbei sind Erkenntnisse der Gesetzgebungslehre<sup>8</sup> heranzuziehen.

Begleitet wird die Suche von einer wesentlichen Grundlage der Strafgesetzgebungslehre, deren Thematisierung nicht selten einer gewissen Müdigkeit begegnet. Dieser Müdigkeit gilt es entgegenzuwirken, indem einige Gedanken zur Existenzberechtigung des Strafrechts beziehungsweise der Strafgesetze unter Berücksichtigung der legislatorischen Tätigkeit angestellt werden. Eine Auseinandersetzung mit der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers kommt ohne eine Sensibilisierung für den Bereich strafrechtlichen Wirkens und einer wiederholten Vergegenwärtigung des Ausnahmecharakters staatlichen Strafens nicht aus.

---

7 Naucke, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 1999, S. 259.

8 Zur Gesetzgebungslehre als juristische Aufgabe Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 9 ff. Zum Begriff der Gesetzgebungslehre auch Bender, ZRP 1976, S. 132 ff.; Karpen, Gesetzgebungslehre, 1989, S. 14 f.; ders., Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, 1998, S. 372 ff.

Auch wenn abolitionistische Tendenzen im Bezug auf strafrechtliche Regelungen gegenwärtig allenfalls vereinzelt in den Forderungen politischer Gruppierungen enthalten sind<sup>9</sup>, sollen hier, wenn in der vorliegenden Arbeit schon eine Auseinandersetzung mit gesetzgeberischen Pflichten stattfinden soll, einige wenige Gedanken zum (Un-) Sinn gesetzgeberischer Tätigkeit angestellt und auf die Existenzberechtigung der Strafgesetze als Teil des Strafrechts eingegangen werden.

Abolitionistische Gedanken zum Strafrecht gehören wohl weitestgehend der Vergangenheit an<sup>10</sup>. Angriffe gegen das Strafrecht werden mit einem Hinweis auf die Notwendigkeit der Strafe zum Schutz des Rechtsfriedens unter Wahrung der Freiheit abgewehrt<sup>11</sup>. Dennoch ist die zweifelnde Hinterfragung strafrechtlicher Regelungen auch und gerade heute angebracht. Dem Hinweis auf die Notwendigkeit der Strafe zum Schutze unseres Rechtsfriedens könnte entgegnet werden, dass sich das Ziel, den Rechtsfrieden zu schützen, auch bei so genannten Abolitionisten findet, diese jenes Ziel jedoch auf nicht strafrechtlichem Weg verwirklichen möchten<sup>12</sup>. Zudem sind kritische Töne zur Qualität oder Berechtigung einzelner Tatbestände durchaus häufig von Strafrechtlern zu vernehmen, die kaum dem abolitionistischen Lager zugeordnet werden können und deren Vorbehalte nicht gegen das Strafen im Allgemeinen gerichtet sind<sup>13</sup>. Denn Bedenken gegen zahlreiche strafrechtliche Regelungsbereiche bestehen unstreitig, und zwar nicht nur erst im Hinblick auf das Gesetz als Produkt des Gesetzgebers, sondern schon früher. Bereits der Beginn des

---

9 Z. B. bei den so genannten JungdemokratInnen, ein politischer Jugendverband e.V. Nachweis unter <http://www.jungdemokraten.de/grundsatz/programm.htm> (zuletzt aufgerufen am 15. Oktober 2012).

10 Die Forderung nach Abschaffung und Ersetzung des Strafrechts durch ein „reines Maßnahmenrecht“ ist zu finden bei *Plack*, Plädoyer, 1974, S. 380 ff. Die Frage nach der Sinnhaftigkeit des Strafrechts stellt auch *Scheerer* und bejaht die Möglichkeit des Abolitionismus in der modernen Gesellschaft in *KrimJ* 1984, S. 90 ff., 108. Zum Abolitionismus *Mathiesen*, Gefängnislogik, 1989, S. 156 ff.; vgl. ferner auch die so genannten Arnoldshainer Thesen der Arbeitsgruppe „Alternativen zur Freiheitsstrafe“ zur Abschaffung des Strafrechts, in: *Zeitschrift für Evangelische Ethik* 1990, S. 218 ff. In den Thesen wird die Abschaffung der Freiheitsstrafe als Sanktion und nicht die des Strafrechts als Ganzes befürwortet.

11 *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S. 3 f.; *Roxin*, Strafrecht AT 1, 2006, § 2 Rdnr. 7.

12 Vgl. *Scheerer*, *KrimJ* 1984, S. 100 ff.

13 Beispielsweise *Hassemer*, der in seinem abweichenden Sondervotum entgegen der Senatsmehrheit eine Strafbarkeit des so genannten Geschwisterinzests nach § 173 II 2 StGB als verfassungswidrig würdigte, vgl. BVerfGE 120, 224, 255 ff.

Gesetzgebungsprozesses wirft vielfältige Fragen und Probleme auf. Warum werden bestimmte gesellschaftliche Erscheinungen beispielsweise als Regelungsprobleme erkannt, andere wiederum nicht? Welche Faktoren beeinflussen den Gesetzgeber bei seiner Entscheidung, legislativ tätig zu werden?

Freilich sind diese Fragen im Hinblick auf die institutionelle Berechtigung des Gesetzgebers zumindest aus juristischer Sicht weniger problematisch: Der Gesetzgeber ist verfassungsmäßig dazu berechtigt, freiheitsentziehende Tatbestände zu formulieren. Die Zusammensetzung des Bundestages aus gewählten und damit durch die Volkssouveränität legitimierten Abgeordneten macht das Parlament zur Stätte der Durchsetzung des „Volkswillens“. Insofern mag die Frage nach der Berechtigung strafrechtlicher Regelungsbereiche müßig, gar unnötig erscheinen. Warum sie es dennoch nicht ist, ergibt sich aus dem theoretisch omnipräsenten, praktisch hingegen nicht selten in Vergessenheit geratenen Ausnahmecharakter des Strafrechts. Strafe soll *Ultima Ratio*<sup>14</sup> sein und bedarf stets einer besonderen Rechtfertigung. Auch wenn die schwierige Greifbarkeit der Bezeichnung von Strafe als *Ultima Ratio* zuzugeben ist und dieses allgemeine Rechtsprinzip nur durch nähere Ausgestaltung praktische Relevanz entfaltet, ist eine Anknüpfung an den Kern dieser These möglich: Strafe und Strafgesetze dürfen aufgrund ihrer Eingriffsintensität nur Ausnahmecharakter besitzen. Ob gegenwärtig eine gesellschaftliche und politische Entwicklung stattfindet, die eine stetige Ausdehnung der strafrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten und Hinwendung zur präventiven Zweckerorientierung mit sich bringt und den Ausnahmecharakter des Strafrechts bedroht<sup>15</sup>, kann und soll die vorliegende Arbeit nicht entscheiden. Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass es diesen Ausnahmecharakter zu erkennen und zu bewahren gilt. Diese Vorgabe ist gerade für den Gesetzgeber im Rahmen seiner legislativen Tätigkeit von Bedeutung. Denn die Entscheidung, ob ein strafrechtlich relevanter Problemkreis vorliegt oder nicht, gebührt grundsätzlich ihm. Er hat die Definitionsmacht<sup>16</sup> darüber, welche sozialen Phänomene er als strafrechtlich regelungsbedürftig erachtet und welche nicht.

Auch wenn dem Gesetzgeber im Hinblick auf diese Definitionsmacht nicht ohne Weiteres Willkür vorzuwerfen ist, so ist doch auf die wenig kontrollierbaren Zufälligkeiten hinzuweisen, von denen der Beginn einer Gesetzesinitiative abhängen

---

14 BVerfGE 39, 1, 47.

15 Hierzu die nicht veröffentlichte schriftliche Äußerung von *Albrecht* zur Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe (Kronzeugenregelung, BT-Ds 16/6268) vom 24. März 2009, S. 4.

16 *Eisenberg*, Kriminologie, 2005, S. 204.

kann<sup>17</sup>. Warum bestimmte Bereiche vom Gesetzgeber in Angriff genommen werden und andere wiederum nicht, ist kaum steuerbar. Dies mag zwar auch auf die Vielfalt sozialer Umwälzungsprozesse und einem sich stetig ändernden Bewusstsein strafrechtlicher Regulationsnotwendigkeit zurückzuführen sein. Doch diese Änderungsprozesse sind keine Besonderheit unserer Zeit. Die Bestimmung der Strafwürdigkeit gewisser Verhaltensweisen und die Festlegung einer Sanktionsart waren stets gesellschaftlichen und moralischen Veränderungen unterworfen und werden es auch in Zukunft sein.

Zudem ist die politische Dimension der Rechtsetzung durch Gesetze zu beachten. Gesetze und Gesetzesvorhaben werden insbesondere zu Wahlkampfzeiten nicht selten wegen eines scheinbaren Öffentlichkeitsinteresses und weniger wegen des tatsächlichen Regelungsbedarfs thematisiert<sup>18</sup>. Die von Roland Koch initiierte Debatte zum Jugendstrafrecht und zur Ausländerkriminalität beispielsweise ist ein Prototyp für politisches Kalkül abseits von tatsächlichen Anhaltspunkten, praktischer Notwendigkeit und wissenschaftlichen Empfehlungen<sup>19</sup>. Ein derartiges Vorgehen ist vielmehr an der allgemeinen gesellschaftlichen Stimmung oder Tendenz und an Machterhaltungsinteressen orientiert.

Derartige Zufälligkeiten sind besonders im Bereich des Strafrechts kaum hinnehmbar. Weil Strafe der letzte gangbare Weg ist, kommt dem Gesetzgebungsakt eine bedeutende Rolle zu. Durch diesen Akt wird die Idee der Strafwürdigkeit und der Strafbedürftigkeit realisiert.

Der Gesetzgeber hat damit nicht nur die schwierige Aufgabe, „Strafrecht zu setzen“, sondern trägt eine große Verantwortung, wenn er sich trotz ihres Ausnahmecharakters für eine strafrechtliche Regulierung entscheidet. Diese Verantwortung richtet sich sowohl auf die von der Regelung Betroffenen als auch auf das gesetzgeberische Produkt und rechtfertigt neben verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Gesetz den Anspruch auf ein „gutes“ Gesetz. Doch wann sind Gesetze „gut“? Bildet das „gute Gesetz“ möglicherweise den Maßstab für die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers? Der folgende Abschnitt dient der Bestimmung eines Maßstabs, an dem sich der Gesetzgeber orientieren kann.

---

17 *Bender*, ZRP 1976, S. 132; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 73 ff. Begünstigt wird die Unkontrollierbarkeit zudem durch machtpolitische und mediale Beeinflussungen der zur Gesetzesinitiative Berechtigten, dazu *Schneider*, Gesetzgebung, 2002, § 5 Rdnr. 95.

18 Vgl. *Burghart*, Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 25.

19 *Koch* plädierte als damaliger Ministerpräsident für eine Verschärfung des Jugendstrafrechts und für umfassende Abschiebungsmöglichkeiten bei (jungen) Straftätern ausländischer Herkunft, vgl. statt vieler FAZ vom 27.12.2007, S. 4; vom 28.12.2007, S. 4 oder vom 31.12.2007, S. 1. Am 27. Januar 2008 fanden in Hessen Landtagswahlen statt.