



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

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

Dissertation vorgelegt von Eda Tekin

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp

Zweitgutachter: Priv.-Doz. Dr. Christian Laue

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht

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

Von Eda Tekin

## **Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse**

### **I. 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 wird im ersten Teil dieser Arbeit ein Qualitätsmaßstab für Gesetze ermittelt. 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 soll, hat den Anspruch, „gute Gesetze“ zu schaffen. An der Realisierung dieser Vorstellung wäre die Beobachtung und Nachbesserung von Gesetzen auszurichten. Im ersten Abschnitt werden insbesondere die folgenden Fragen beantwortet: 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 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 werden auch Probleme der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht angesprochen. Eine Schwierigkeit stellt beispielsweise die Identität zwischen Urheberschaft und Kontrollbefugnis dar, da der Gesetzgeber sein eigenes Werk zu beobachten und möglicherweise nachzubessern hat. Zudem wird das Verhältnis der gesetzgeberischen Pflicht zu den parlamentarischen Freiräumen bei legis-

lativen Entscheidungen gewürdigt. Einen zusätzlichen Schwerpunkt dieses Teils der Bearbeitung machen die Überlegungen zur Herkunft und Sinnhaftigkeit der in Rede stehenden Pflicht aus.

Im dritten Abschnitt werden die strafrechtlichen Regelungsbereiche, in denen das Bundesverfassungsgericht eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers anmahnt, untersucht. Diese Untersuchung erfolgt im Lichte des zuvor ermittelten Maßstabs und dient zur Klärung der Frage, 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.

Dieser Abschnitt widmet sich 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 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 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.

Im letzten Abschnitt der Arbeit werden schließlich Möglichkeiten aufgezeigt, wie der Gesetzgeber seiner Pflicht nachkommen kann. Der Schwerpunkt dieses 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 letzten 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, 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 Abschnitt findet mit Überlegungen zur Erfüllung der Nachbesserungspflicht seinen Abschluss.

## **II. Zusammenfassende Thesen**

### **1. Die Grundlagen der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers**

- Die rechtliche Grundlage der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht ist nicht aus der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen abzuleiten. Aus der Bindung des Gesetzgebers nur an die verfassungsmäßige Ordnung, Art. 20 III GG, ergibt sich, dass die Rechtsgrundlage für gesetzgeberische Pflichten in der Verfassung selbst festgemacht werden muss.
- Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht ist aus dem Prinzip der Gewaltenteilung herzuleiten. Die rechtliche Grundlage der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers beruht auf dem Prinzip der Gewaltenteilung in Verbindung mit der Verfassungsbindung des Gesetzgebers gem. Art. 20 III GG.
- Eine Nachbesserung der Gesetzeslage, die angetrieben wird von der Vorstellung eines „besseren Gesetzes“, ist nur erreichbar, wenn die Zielrichtung der zu beobachtenden und nachzubessernden Regelung feststeht.
- Die „Beobachtung“ als sozialwissenschaftliche Methode beinhaltet das Registrieren der für einen Forschungszusammenhang relevanten Sachverhalte.
- Der Begriff der Nachbesserung umfasst eine nachträgliche Korrektur. Sie enthält ein zeitliches Element. Die Nachträglichkeit der Korrektur bedeutet, dass sie auf einen eigentlich bereits abgeschlossenen Sachverhalt ex-post erfolgt.
- Der Gesetzgeber kann die Nachbesserungssituation, die ihn nach dem Konzept der Nachbesserungspflicht zur Korrektur der Regelung verpflichtet, ohne vorherige Beobachtung des Gesetzes und dessen Konsequenzen nicht feststellen.
- Der Gesetzgeber ist zur Beobachtung verpflichtet und hat eine mögliche Nachbesserung an den Beobachtungsergebnissen auszurichten.
- Für die Wahrnehmung der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht ist eine Sensibilisierung der politischen Öffentlichkeit wesentlich. Diese Sensibilisierung fördert die Aktivität des Gesetzgebers und damit die Erfüllung der gesetzgeberischen Pflicht.

### **2. Der Gesetzgeber als Pflichtadressat**

- Der Gesetzgeber als Adressat der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht kann nicht als homogenes, sondern muss als heterogenes Gebilde verstanden werden.

- Abgeordnete als politische Willensträger können nicht Sachkundige in sämtlichen als regelungsbedürftig erachteten Lebensbereichen sein.
- Das Parlament ist Gesetzgeber und kein Gesetzesmacher.
- Der Gesetzgeber trägt eine große Verantwortung, wenn er sich trotz des fragmentarischen Charakters strafrechtlicher Regulierung für eine solche entscheidet.
- Die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Beobachtung und Nachbesserung seines eigenen Produkts ist nicht unproblematisch. Sie kann aber aufgrund der starken Identifikation des Gesetzgebers mit dem eigenen Produkt das Ziel einer Gesetzesoptimierung auch fördern.
- Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers ist nicht als Einschränkung des politischen Entscheidungsspielraums, sondern als Erweiterung der Kompetenzen des Gesetzgebers zu verstehen.
- Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht gefährdet die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht. Sie ist gerade Ausdruck der Anerkennung und Ergänzung des gesetzgeberischen Spielraums.
- Beim Erlass von Straftatbeständen werden dem Gesetzgeber kaum Grenzen gesetzt.
- Ein politisches System, das Lösungsansätze für gesellschaftliche Probleme mit Aussicht auf Erfolg bieten soll, setzt ein Bewusstsein für die Folgen politischer Entscheidungen voraus. Dieses Bewusstsein ist das Gegenstück zur großen gesetzgeberischen Freiheit bei Zwecksetzungen und der prognostischen Festlegung von Regelungsbedürftigem.
- Optimal im Sinne der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht ist die Situation, in der der Gesetzgeber die Korrektur autonom und aufgrund eigener Erkenntnisprozesse in Gang setzt.

### **3. Die Sinnhaftigkeit der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht**

- Die kriminalpolitische und strafrechtliche Bedeutung der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht ist aus dem Wandel von Bedingungen und Wirkungen einer Regelung abzuleiten.
- Eine ratio der Beobachtung ist die Vermeidung zweck- und verfassungswidriger Gesetzeszustände. Damit verbunden sind die Fragen, ob die Regelung per Strafgesetz möglicherweise nicht mehr sinnvoll ist und ob sie dem gesetzgeberischen Schutzkonzept tatsächlich dient.

- Die Beobachtung von Gesetzeswirkungen soll zur Optimierung von Rechtsetzungsakten beitragen. Diese Funktion entfaltet bei Strafgesetzen eine besondere Tragweite und ist neben einer verfassungsrechtlichen Dimension auf die tatsächliche Wirksamkeit der Rechtsetzungsakte ausgerichtet.
- Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers soll und kann helfen, die Gesetzeslage an gesellschaftliche Entwicklungen anzupassen.

#### **4. Die Bedeutung der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts**

- Das Bundesverfassungsgericht griff den Gedanken der Gesetzesoptimierung durch gesetzgeberische Beobachtung und Nachbesserung erstmals in der Werkverkehrsentscheidung 1963 auf. Eine Pflicht zur Nachbesserung erwähnte das Bundesverfassungsgericht wörtlich in der Fluglärmentscheidung aus dem Jahre 1981. Dennoch sind Regelungsbereiche, in denen eine Beobachtung und Nachbesserung angebracht sein könnte, nicht allein anhand der wörtlichen Erwähnung einer Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu bestimmen. Dies gilt schon deshalb, weil eine eindeutige Terminologie in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts nicht existiert.
- Das Bundesverfassungsgericht kann dem Gesetzgeber keine Pflichten auferlegen, die sich nicht aus der bestehenden Rechtsordnung herleiten lassen.
- Die Bezugnahme auf die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers bietet dem Bundesverfassungsgericht eine Möglichkeit zur Vermeidung kompromissloser Würdigungen von Regelungen, die auf einer unsicheren Tatsachengrundlage basieren und deren tatsächliche Wirkung schwierig zu prognostizieren ist. Das Bundesverfassungsgericht kann bei brisanten Regelungsbereichen die Aufrechterhaltung des gesetzlichen Zustands um ein „aber“ ergänzen und unter Verweis auf die Pflicht des Gesetzgebers legitimieren.
- Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht mahnte das Bundesverfassungsgericht unter anderem in seiner Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe, zum Schwangerschaftsabbruch, zum Cannabis-Verbot, zur Sicherungsverwahrung, zur Medienöffentlichkeit im Gerichtssaal, zum GPS-Verfahren und zur Erforderlichkeit eines Jugendstrafvollzugsgesetzes an. All diese Entscheidungen sind von der bezweckten Anpassung der Gesetzeslage an gesellschaftliche, soziale oder technische Entwicklungen, vom möglichen Wandel rechts-

tatsächlicher Grundlagen und von der Protektion schützenswerter oder als schützenswert etikettierter Güter betroffen.

- Das Bundesverfassungsgericht wendet bei der Frage nach der Zwecktauglichkeit eines Gesetzes einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab an und gewährt dem Gesetzgeber große Freiräume für die Einschätzung.
- Ein Grund für die stark eingeschränkte Kontrolle strafrechtlich-gesetzgeberischer Entscheidungen ist die soziologische Bedeutung strafrechtlicher Normen. Das Bundesverfassungsgericht vermeidet eine Beanstandung von Gesetzen, bei denen die Auseinandersetzung mit der Legislative zu deutlich erkennbar wäre und gebraucht die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht als Korrektiv für die eigene Zurückhaltung.
- Für die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers sind einzelne Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen von maßgeblicher Bedeutung. Das bedeutet aber nicht, dass die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers auf die durch das Gericht festgelegten Bereiche beschränkt ist.
- Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers hätte mangels einer ausdrücklichen Kodifizierung ohne ihre Erwähnung und Ausprägung durch das Bundesverfassungsgericht kaum eine tatsächliche Bedeutung erlangt. Die alleinige Fokussierung auf die Bereiche, in denen das Gericht den Gesetzgeber tatsächlich an seine Pflicht erinnert, geht jedoch nicht weit genug.
- Die Akzeptanz der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht lediglich in den Bereichen, die vom Bundesverfassungsgericht mit der Pflicht versehen wurden, birgt die Gefahr des Übersehens wesentlicher Entwicklungen in sich. Dies kann die Existenz und Anwendung von wenig tragbaren, ihren Zweck nicht erfüllenden oder einen nicht mehr tolerierbaren Zweck enthaltenden Regelungen zur Folge haben.

### **5. Die Reichweite der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht**

- Bei eingriffsintensiven Normen ist eine ständige Beobachtungspflicht durch den Gesetzgeber geboten.
- Der Umfang der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht kann nicht einzelfallbezogen und einseitig vom Bundesverfassungsgericht festgelegt werden, weil dadurch das Bundesverfassungsgericht entgegen rechtsstaatlichen Maßstäben faktisch Pflichtgeber wäre. Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht ist in der Verfassung selbst enthalten.

- Es überzeugt nicht, dass ausschließlich die Regelungen, die wegen kaum steuerbarer Umstände dem Bundesverfassungsgericht zur Kontrolle vorgelegt werden und für die vom Gericht eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht angenommen wird, von der Pflicht des Gesetzgebers zur weiteren Überprüfung betroffen sind.
- Das Bundesverfassungsgericht bekommt lediglich einen punktuellen Ausschnitt der Rechtsordnung zur Überprüfung vorgelegt. Hinsichtlich der Regelungsbereiche, deren Vorlage aus formalen oder anderen Gründen scheitert, kann das Bundesverfassungsgericht naturgemäß keine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers erwähnen.
- Für Regelungen, die dem Wandel rechtstatsächlicher Grundlagen und der Unsicherheit prognostischer und kriminalpolitischer Wertungen unterworfen sind, ist die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers als dauerhafte Pflicht zu verstehen. Je größer die Ungewissheit und je bedeutender das Rechtsgut ist, desto stärker ist die Beobachtung des Regelungsbereichs auszurichten.
- Die Strafbarkeit des Geschwisterinzests und die §§ 264, 264a und § 265 StGB sind Beispiele dafür, dass die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht nicht nur im Bezug auf die durch das Bundesverfassungsgericht festgelegten Bereiche Sinn macht. Die Frage, ob diese Regelungen auf einer legitimierbaren Zwecksetzung im Strafrecht beruhen und ob der jeweilige Tatbestand die mit ihm verfolgten Zwecke fördert, kann durch eine Beobachtung beantwortet werden. Die Gefahr einer Verfassungswidrigkeit von Regelungen wegen ihrer Zielsetzung selbst oder der Unmöglichkeit einer Zielerreichung durch das Gesetz wird durch die Kontrolle der Gesetzesqualität zumindest verringert.
- Die Notwendigkeit, legislative Akte an wandlungsbedingte Veränderungen der Rechtswirklichkeit anzupassen, sollte den Gesetzgeber dauerhaft beschäftigen, falls seine gesetzgeberischen Produkte nicht losgelöst von der Wirklichkeit und ohne Zielerreichungspotenzial existieren sollen.

#### **6. Der Maßstab für die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht**

- Es gehört zum Verantwortungsbereich des Gesetzgebers, dass Gesetze verfassungsrechtlich und tatsächlich wirksam sind.
- Der Maßstab, an dem die tatsächliche Wirksamkeit einer Regelung zu messen ist, ist der mit der Regelung verfolgte Zweck.

- Die tatsächliche Wirksamkeit einer Norm kann nicht anhand ihrer Befolgung oder Nichtbefolgung gemessen werden. Die Nichtbefolgung einer Norm muss weder zwangsweise ihre Notwendigkeit noch ihre Überflüssigkeit bedeuten. Auch von der Befolgung von Normen darf nicht auf die Wirksamkeit geschlossen werden, da die Normkonformität andere, außerhalb der Regelungswirkung liegende Ursachen haben kann.
- Bei der Bestimmung des Gesetzeszwecks zur Erlangung eines Wirksamkeitsmaßstabs lässt sich nicht allein auf allgemeine Zielvorstellungen abstellen. Die Zweckermittlung, die als Wirksamkeitsindex verstanden wird, kann nur anhand der Absichten zur jeweiligen Regelung durchgeführt werden.
- Trotz der Schwierigkeiten bei der Ermittlung gesetzgeberischer Zwecke bietet dieser Maßstab Klarheit: Ein Gesetz ist wirksam, wenn es die mit ihm bezweckten Folgen entfaltet und unerwünschte Nebenfolgen ausbleiben.
- Der Gesetzeszweck selbst kann wie seine Tatsachengrundlage der Dynamik und dem Wandel unterworfen sein. Dynamik und Wandel lassen weder den Gesetzeszweck, noch dessen verfassungsrechtliche Legitimation unberührt.
- Die Beobachtung durch den Gesetzgeber muss an den Zwecken des von der Beobachtungspflicht betroffenen Regelungsbereichs und an der Vermeidung zweckwidriger Folgen orientiert sein.
- Wünschenswert ist eine umfassende und den Eingriffscharakter der Regelungen berücksichtigende Ausrichtung der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht. Sämtliche Zwecke eines Regelungsbereichs sind als Beobachtungsmaßstab heranzuziehen. Es darf keine einseitige Schutzrichtung festgelegt werden. Vielmehr muss die Kontrolle des gesetzgeberischen Schutzkonzepts in alle Richtungen verfassungsrechtlicher Unwägbarkeiten und Zweckverfehlungen orientiert sein.

### **7. Möglichkeiten und Hilfen zur Pflichterfüllung**

- Neben der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht erscheint eine Ermittlungspflicht, die sich auf die gegenwärtige Erscheinung und den Entstehungszusammenhang eines regelungsbedürftigen Bereichs richtet, sinnvoll. Derartige Maßnahmen erleichtern eine spätere Beobachtung der Gesetzeswirkungen.
- Die interdisziplinär ausgerichtete Wirkungserforschung von Regelungsbereichen anhand der GFA zielt auf die Erfassung und Bewertung von Gesetzesfolgen. Die

Grundsätze der GFA bieten eine Möglichkeit, die Beobachtungspflicht wahrzunehmen.

- Zur Verwirklichung der an die GFA gestellten Anforderungen wird zwischen drei Modulen der GFA unterschieden: der prospektiven, der begleitenden und der retrospektiven GFA.
- Die retrospektive GFA dient zur Ermittlung bereits eingetretener Gesetzesfolgen. Sie kann durch eine ex-post-Evaluierung die Bewährung, die Zweckerreichung sowie die Haupt- und Nebenfolgen von Regelungsbereichen nachprüfen. Je nach dem Ergebnis der retrospektiven GFA ergibt sich entweder die Korrekturbedürftigkeit oder die Tauglichkeit einer Regelung.
- Die ex-post-Analyse durch eine retrospektive GFA ist eine Option für die gesetzgeberische Beobachtungspflicht. Der Gesetzgeber kann die methodischen Grundlagen der retrospektiven GFA zur Wahrnehmung seiner Beobachtungspflicht verwenden.
- Die Bedeutung der prospektiven und begleitenden GFA für die effektive Wahrnehmung der Beobachtungspflicht ist neben der retrospektiven nicht zu unterschätzen. Prospektive, zeitlich vorgeschaltete Maßnahmen, mit deren Hilfe gegenwärtige und zu erwartende Umstände eines Regelungsbereichs ermittelt werden, fördern und vereinfachen die retrospektive Beobachtung durch den Gesetzgeber.
- Die retrospektive GFA lässt erkennen, ob bestimmte Absichten mit der Regelung erreicht werden oder aber nicht beabsichtigte Folgen eintreten.
- Eine GFA durch den Gesetzgeber selbst, besonders die retrospektive GFA, wird kaum durchgeführt. Die Zuständigkeit für eine ex-post-Überprüfung von Gesetzen wird weitestgehend der Exekutive übertragen.
- Der Gesetzgeber kann seine Beobachtungspflicht durch eine retrospektive GFA erfüllen, indem er eigene Informationen beschafft oder sich Informationen nutzbar macht, die auf der Exekutiveebene erlangt werden.
- Mit der Verpflichtung der Regierung zu regelmäßigen Berichten über die Praxisbewährung von Gesetzen kann der Gesetzgeber ein Gesetzescontrolling etablieren und damit Korrektur- oder Reformbedürfnisse erkennen. Das Gesetzescontrolling umfasst die wirkungsorientierte Beobachtung von Rechtsetzungs- und Vollzugsprozessen. Um die Gefahr einer Abhängigkeit von der Exekutive zu vermeiden, ist diese Möglichkeit als Ergänzung und nicht als alleinige Option einer ex-post-Kontrolle zu begreifen.

- Wesentlicher Bestandteil einer retrospektiven GFA ist die Evaluationsforschung, die die systematische Anwendung empirischer Forschungsmethoden zur Bewertung des Konzepts, der Anwendung und der Wirksamkeit sozialer Interventionsprozesse beinhaltet.
- Wenn der Gesetzgeber persönlich eine ex-post-Beobachtung seines Produkts vornehmen soll, bedarf es einer organisatorischen Einbindung innerhalb des Parlaments. Ein institutionalisiertes, parlamentarisches Beobachtungsorgan ist wichtiger Bestandteil einer effektiven Wahrnehmung der gesetzgeberischen Beobachtungspflicht. Der Gesetzgeber hat damit die Möglichkeit, seine Beobachtungspflicht weitestgehend aus eigener Kraft zu erfüllen.
- Die institutionalisierte Beobachtung ist zur Gewährleistung von Nachhaltigkeit und Akzeptanz gesetzgeberischen Handelns bedeutend. Die konsequente GFA durch den Gesetzgeber ist in der Praxis lediglich dann möglich, wenn die maßgeblichen Mechanismen institutionalisiert werden.
- Sowohl eine Begründungspflicht als auch Ansätze zur normativen Entkriminalisierung können dem Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner Beobachtungspflicht nützlich sein. Während eine Begründungspflicht den Gesetzgeber zu einer Offenlegung seiner Motive und damit zur Festlegung der Gesetzeszwecke bringt, können entkriminalisierende Ansätze zu einer Präzisierung und Umgrenzung des Beobachtungsgegenstandes beitragen.
- Der Gesetzgeber kann und soll bei der Erfüllung seiner Beobachtungspflicht Entwicklungen im Ausland berücksichtigen und dortige Erfahrungen registrieren. Dadurch kann er die Erfahrungen des Auslands für die Wahrnehmung seiner Beobachtungspflicht nutzen und seinen Kontrollauftrag durch vergleichende Erwägungen erleichtern. Dabei muss der Gesetzgeber die Vergleichbarkeit als Voraussetzung und Grenze des Erkenntnisgewinns im Auge behalten.
- Experimentelle Gesetze sind eine zusätzliche Möglichkeit für die Wahrnehmung der Beobachtungspflicht. Das besondere Merkmal des Gesetzesexperiments ist seine begrenzte Geltungsdauer.
- Die Gelegenheit für die gesetzgeberische Beobachtung lässt sich aus der zeitlichen Bewährungsphase eines experimentellen Gesetzes ableiten. Denn die Bewährung des Gesetzes ist lediglich mittels Erhebung und Auswertung der durch das experimentelle Gesetz geschaffenen Anwendungsfolgen feststellbar.

- Das Gesetzesexperiment ist wegen seiner fehlenden Endgültigkeit geeignet, am gesellschaftlichen Wandel durch flexible Anpassung teilzuhaben. Kriminalisierungs- und Bestrafungsexperimente sind dabei unzulässig.
- Das Zeitgesetz, das vom experimentellen Gesetz zu unterscheiden ist, drängt den Gesetzgeber, gewissenhaft und konstant Erfahrungen mit dem Gesetz zu sammeln.
- Der Unterschied zwischen dem experimentellen Gesetz und dem Zeitgesetz besteht darin, dass ein Zeitgesetz ein „gewöhnliches“ Gesetz ist, das sich grundsätzlich in nichts von einem unbefristeten Gesetz unterscheidet und das allein zur Förderung einer Erfolgskontrolle befristet wird. Bei Zeitgesetzen ist ein als endgültig gedachtes Gesetz Kontrollgegenstand, während im Fall von experimentellen Gesetzen der Vorbereitungscharakter und das prognostische Element überwiegen.
- Wenn die Beobachtung der Gesetzeswirkungen zum Ergebnis führt, dass das Gesetz seinen Zweck nicht erfüllt, unerwünschte Nebenfolgen hat und nicht aufrechtzuerhalten ist, muss der Gesetzgeber den Fehlschlag seiner Prognose einräumen. Das ist die Situation, aus der dem Gesetzgeber die Nachbesserungspflicht erwächst.
- Die Nachbesserung eines Gesetzes impliziert dessen Veränderung. Der Gesetzgeber kann die Norm aufheben und ersetzen. Er kann sie ersatzlos abschaffen oder das Gesetz beibehalten und lediglich ergänzen. Denkbar ist auch die Nachbesserung durch eine Ersetzung beziehungsweise Änderung der dem Gesetz zugrunde liegenden Prognose.

### **8. Schwierigkeiten im Rahmen der Pflichterfüllung**

- Eine gesetzgeberische Erfolgskontrolle durch Beobachtung findet weder in den Regelungsbereichen, in denen das Bundesverfassungsgericht die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht ausdrücklich angemahnt hat, noch in anderen Regelungsbereichen in befriedigendem Maße statt.
- Prognosen über die soziale Wirklichkeit sind gekennzeichnet durch Unabwägbarkeiten. Absolute Erkenntnisse bleiben unerreichbar.
- Eine Erfolgskontrolle kriminalpolitischer Zielsetzungen durch Beobachtung ist trotz der Schwierigkeiten bei ihrer tatsächlichen Umsetzung vorzunehmen.
- Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht darf keiner Instrumentalisierung durch Partikularinteressen unterliegen. Eine Einseitigkeit der Beobachtungsrichtung ist zu vermeiden.

- Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers ist im Zusammenhang mit symbolischem Recht, das mehr auf die symbolische Demonstration der Unerwünschtheit bestimmter Verhaltensweisen als auf tatsächliche Wirksamkeit ausgerichtet ist, zu würdigen.
- Das Strafrecht ist in besonderer Weise von der Problematik symbolischer Gesetze betroffen. Die lebenslange Freiheitsstrafe, der Schwangerschaftsabbruch und das Cannabis-Verbot sind prägnante Beispiele, die als Ausdruck eines symbolischen Appells an das Rechtsempfinden der Bevölkerung unabhängig von einer tatsächlichen Wirksamkeit verstanden werden. Die Erfüllung der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht in Regelungsbereichen, die nicht auf tatsächliche Wirksamkeit ausgerichtet sind, ist schwierig.
- Symbolische Strafrechtsnormen umfassen Strafvorschriften, die primär nicht zur Entfaltung zielgerichteter Schutzwirkungen gedacht sind und sich durch eine Positionierung zu Werten oder der Hervorhebung als schädlich etikettierter Handlungen auszeichnen. Dieses Vorgehen dient zumeist politischen und weltanschaulichen Gruppierungen. Die damit suggerierte Handlungsfähigkeit, Aktivität und Kompetenz des Gesetzgebers sind bedeutende Faktoren politischer Machtausübung.
- Eine symbolische Dimension strafrechtlicher Regelungsbereiche ist nicht zu leugnen. Die Straftheorie der positiven Generalprävention zeigt, dass die Übergänge zwischen symbolischer und nicht-symbolischer Gesetzgebung fließend sein können. Die Ziele der positiven Generalprävention, die Bestandskraft der Rechtsordnung zu manifestieren, den Bürgern die Vertrauenswürdigkeit jener Ordnung zu demonstrieren und diese Rechtsordnung dadurch zu stärken, enthalten eine symbolische Dimension.
- Der positiv-generalpräventive Leitgedanke einer Bewahrung und Kräftigung des Vertrauens in die Rechtsordnung ist ein anerkannter Zweck von Strafe. Symbolisches Strafrecht ist mithin tatsächlich existent.
- Mit symbolischen Problemlösungen steigt die Gefahr der Reduzierung der strafrechtlichen Aussagekraft in Bereichen, in denen das Strafrecht tatsächlich notwendig ist.
- Symbolische Gesetze sind nicht grundsätzlich beobachtungsuntauglich. Eine Beobachtung symbolischer Gesetze kann durchgeführt werden, wenn symbolische Effektivität, die einer empirischen Überprüfung zugänglich ist, als Zweck anerkannt wird.

- Die symbolische Bedeutung der Norm muss ihre instrumentelle Bedeutung nicht ausschließen. Sie kann sie ergänzen.
- Gesetzgebung ist Politik. Symbolische Gesetze sind Ausfluss symbolischer Politik.
- Es besteht grundsätzlich die Gefahr eines Desinteresses des Gesetzgebers an den Konsequenzen seines politischen Handelns. Das gilt insbesondere dann, wenn es um Rechtsetzungsakte symbolischer Natur geht, die die Handlungsfähigkeit des Gesetzgebers demonstrieren sollen. Denn diese Demonstration kommt auch ohne die Beobachtung der Gesetzeswirkungen aus.

