

# Grundzüge der Strafrechtsgeschichte

## Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart – Teil 1

Von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Hamburg\*

### I. Einleitung

Wann wurde in Deutschland die Todesstrafe abgeschafft? Warum setzt eine Bestrafung ein Gesetz voraus? Welche strafrechtlichen Regelungen aus der NS-Zeit haben heute noch Bestand? Diesen und anderen Fragen widmet sich der vorliegende Beitrag, der die Grundzüge der Strafrechtsgeschichte vom 18. Jahrhundert bis in die Gegenwart in den Blick nimmt. Die besondere Herausforderung einer solchen Betrachtung liegt darin, dass das Rechtsgebiet des Strafrechts per se äußerst komplex ist. Dies beginnt bereits mit der grundsätzlichen Frage, welche Materien und Aspekte dem Strafrecht überhaupt unterfallen. Aus diesem Grund wird sich der vorliegende Aufsatz zunächst einer Definition dieses Rechtsgebiets widmen (Abschnitt II.).

Hierauf folgt ein Überblick über die Strafrechtsgeschichte im eben genannten Zeitraum.<sup>1</sup> Der hiermit angesprochene Abschnitt III. dient vor allem dazu, den politischen und geistesgeschichtlichen Hintergrund zu skizzieren und die Geschichte der maßgeblichen Rechtsquellen darzustellen. Hierdurch bildet er zugleich den Rahmen für Abschnitt IV.,<sup>2</sup> in dem die Geschichte solcher Ideen und Institute nachgezeichnet wird, die für das Strafrechtsdenken und die Strafgesetzgebung prägend sind bzw. zumindest in bestimmten Zeiten prägend waren.<sup>3</sup> Im Einzelnen werden dabei folgende Aspekte vertieft behandelt:

- Kriterien der Strafwürdigkeit
- Sinn und Zweck der Strafe
- Funktion und Bedeutung des Strafgesetzes
- Sanktionsarten
- Strafverfahren

Im abschließenden Abschnitt V. werden die Bedeutung und die Funktion der Disziplin der Strafrechtsgeschichte in den Blick genommen.

---

\* Der *Autor* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg. Er dankt Prof. Dr. Martin Asholt, Aylin Aslan, Dr. Christina Kuhli, Jan Hendrik May, Hannah Ofterdinger, Judith Papenfuß und Judith Zemmrich für die wertvollen Anregungen zur Thematik.

<sup>1</sup> In räumlicher Hinsicht beziehen sich die Ausführungen im Wesentlichen auf die Territorien der heutigen Bundesrepublik Deutschland und früherer deutscher Herrschaftsgebilde.

<sup>2</sup> Abschnitte IV. und V. befinden sich im zweiten Teil dieses Aufsatzes, der in einer der kommenden Ausgaben der ZJS erscheinen wird.

<sup>3</sup> In dieser Konzeption folgt der Beitrag dem demnächst erscheinenden Lehrbuch des *Autors* (Kuhli, Geschichte des Strafrechts. Eine Einführung). Auch die folgenden Ausführungen basieren auf diesem Werk.

### II. Eine mögliche Definition des Strafrechts

Es ist kaum in Abrede zu stellen, dass es nicht *eine* Definition des Strafrechts gibt. Bereits der zugrundeliegende Terminus des Rechts ist denkbar vieldeutig. Allerdings reicht für die Zwecke dieses Beitrags eine Annäherung an den Begriff des Strafrechts. Wenn jemand heute diesen Terminus verwendet, werden hiermit regelmäßig *zumindest* solche Regelungen bezeichnet, die die Voraussetzungen der staatlichen Verhängung bestimmter Sanktionen (z.B. einer Geldstrafe) zum Gegenstand haben. Bezugspunkt derartiger Vorschriften ist die Kriminalität, die in einer Gesellschaft herrscht bzw. befürchtet wird.<sup>4</sup> Jenseits des eben Gesagten lassen sich mitunter auch weitere Aspekte unter den Begriff des Strafrechts fassen: So spricht beispielsweise nichts dagegen, dieses Rechtsgebiet auch auf solche Vorschriften zu erstrecken, die das Strafverfahren bzw. den Strafprozess zum Gegenstand haben (z.B. Beweisregelungen). Entsprechendes dürfte für Vorschriften des Strafvollzugs gelten (z.B. Regelungen der Vollzugsaufgaben). Auch können nicht-staatliche Bestimmungen strafrechtliche Relevanz entfalten: Dies gilt insbesondere dann, wenn man auf Gepflogenheiten abstellt, die für die Strafverfolgung bedeutsam sein können und deshalb möglicherweise ihrerseits *Recht* darstellen.

*Beispiel 1:* Man denke an eine zwischen Privatpersonen getroffene Absprache, einen Konflikt ohne Einschaltung staatlicher Strafverfolgungsbehörden zu lösen.

*Beispiel 2:* Das Regelwerk eines privaten Fußballverbands könnte bei der Frage Berücksichtigung finden, ob sich ein Fußballspieler wegen Körperverletzung an einem anderen Fußballspieler strafbar macht.

Entsprechendes gilt für nicht-staatliche formalisierte Sanktionen.

*Beispiel:* Dopingsperre durch einen Sportverband.

Bis hierhin ist noch offengeblieben, aus welchen Quellen sich die Regelungen speisen, die das Strafrecht bilden. In dieser Hinsicht stellen staatliche Gesetze<sup>5</sup> sicherlich nur eine von mehreren Möglichkeiten dar. Prinzipiell denkbar ist auch, dass Gerichte konkrete Rechtssätze schaffen, indem sie einen Rechtsfall unter Rückgriff auf allgemeine – möglicherweise ungeschriebene – Rechtsprinzipien lösen. Durch derartige Entscheidungen entsteht *Richterrecht*, das möglicherweise

---

<sup>4</sup> Dabei kann man auch begrifflich zwischen einer Strafrechtsgeschichte und einer Kriminalitätsgeschichte differenzieren (vgl. in dieser Hinsicht etwa *Härter*, Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit, 2018).

<sup>5</sup> Es ist dabei durchaus möglich, dass strafrechtlich relevante Regelungen nicht nur einem einzelnen Gesetz, sondern in verschiedenen Gesetzen enthalten sind.

auch für künftige Rechtsfälle Bedeutung entfalten kann. Auch wissenschaftliche Erkenntnisse können strafrechtliche Relevanz entfalten: Sie können etwa der Systematisierung oder auch der Kritik der Rechtspraxis dienen. Dabei kann die Wissenschaft mit der Praxis in unterschiedlichen Verhältnissen stehen: Mal spiegelt die Wissenschaft die Praxis wider, mal nimmt sie eine zukünftige Praxis vorweg, mal wird sie von der Praxis schlichtweg ignoriert.

### III. Überblick vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart

#### 1. Altes Reich

##### a) Strafrechtliche Pluralität

Bis ins 18. Jahrhundert gab es in Deutschland – genauer: innerhalb des Territoriums des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation<sup>6</sup> – nicht *das* Strafrecht. Stattdessen kamen prinzipiell verschiedene Rechte und Rechtsquellen in Betracht, deren Rangverhältnis zueinander nicht immer eindeutig war.<sup>7</sup> Neben den überkommenen Lehren des gemeinen Strafrechts, die ihre Grundlagen im römischen und im kanonischen Recht fanden, wurde mitunter auch dem Richterrecht der Status einer Rechtsquelle beigemessen.<sup>8</sup> Daneben konnte es in einigen Territorien auch eigene sog. Partikulargesetze geben.<sup>9</sup> Und schließlich existierten auch noch die alten – nämlich 1532 verabschiedeten – Regelungen der *Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina)*.<sup>10</sup> Bei der Carolina – so die gebräuchliche Kurzform dieses Werkes – handelte es sich um die älteste Satzung,<sup>11</sup> die strafprozessuale und strafrechtliche Bestimmungen enthielt<sup>12</sup> und die prinzipiell reichsweit in Geltung stand.<sup>13</sup> Mit dem zuletzt Gesagten („prinzipiell“) ist gemeint, dass die Carolina in den einzelnen Reichsterritorien nur Anwendung finden sollte, soweit vor Ort keine speziellen Regelungen existierten.<sup>14</sup> Die hiermit angesprochene subsidiäre Geltung der Carolina ergab sich aus der sog. salvatorischen Klausel, die

sich am Ende der Vorrede zur Carolina befand und die wie folgt lautete:

„Doch wollen wir durch diese gnedige Erinnerung Churfürsten[,] Fürsten und Stenden, an jren alten wohlherbrachten rechtmessigen vnd billichen gebreuchen nichts benommen haben.“<sup>15</sup>

##### b) Gesetzgebung

Die eben skizzierte Rechtslage verschob sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Die mächtiger werdenden Territorialstaaten – allen voran Preußen und Österreich – strebten nach eigenen Gesetzen<sup>16</sup> oder sogar nach sog. Kodifikationen, die der Idee nach das gesamte Recht eines Staates (und damit auch das Strafrecht) umfassend regeln sollten.<sup>17</sup> So wurde etwa 1787 in Österreich das *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung Kaiser Josephs II.*<sup>18</sup> erlassen, andernorts trat 1794 das *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* in Kraft.<sup>19</sup> Gefördert wurde diese Entwicklung auch durch Forderungen der Aufklärung – einer geistigen Strömung, deren rechtspolitische Leitideen unter anderem als *Säkularisierung*, *Rationalisierung* und *Humanisierung* zusammengefasst werden können. Hierbei gilt es aber zu berücksichtigen, dass der aufklärerischen Forderung nach Humanität im Einzelfall eine durchaus untergeordnete Rolle im Vergleich zu Erwägungen der Zweckmäßigkeit zukam.<sup>20</sup> Auch war die Aufklärungsbewegung keineswegs homogen.<sup>21</sup>

Von den vielfältigen Ideen der Aufklärung wurden nicht nur Theoretiker und Denker erfasst, sondern auch europäische Herrscher. Zu nennen ist etwa *Friedrich II. von Preußen* (1712–1786), der auch unter dem Namen „Friedrich der Gro-

<sup>6</sup> Vgl. hierzu *Winkler*, Geschichte des Westens, Bd. 1, 2016, S. 389.

<sup>7</sup> Vgl. *Schaffstein*, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1. Philologisch-Historische Klasse, 1985, Nr. 3, S. 123 (142 f.).

<sup>8</sup> *Koch*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 7 Rn. 2 f.

<sup>9</sup> Vgl. *Schaffstein*, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1. Philologisch-Historische Klasse, 1985, Nr. 3, S. 123 (141 f.).

<sup>10</sup> *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 94; vgl. auch *Kroeschell/Cordes/Nehlsen-v. Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 9. Aufl. 2008, S. 294, 296.

<sup>11</sup> Vgl. *G. Schmidt* (1966), in: Schroeder (Hrsg.), Die Carolina, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, 1986, S. 185 (200).

<sup>12</sup> *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 329 f.

<sup>13</sup> Vgl. *Schroeder* (1980), in: ders. (Fn. 11), S. 305.

<sup>14</sup> *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, Rn. 1206.

<sup>15</sup> Zit. nach: *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 105.

<sup>16</sup> Überblick bei *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965 (Nachdr. 1995), §§ 237 ff.

<sup>17</sup> Vgl. zum Kodifikationsbegriff auch *Kuhli*, Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus, 2012, S. 115.

<sup>18</sup> Abgedruckt in: *Buschmann* (Fn. 15), S. 224 ff.

<sup>19</sup> Der strafrechtliche Teil ist abgedruckt in *Buschmann* (Fn. 15), S. 272 ff.; im Folgenden: Allgemeines Preußisches Landrecht; vgl. zu den hier genannten und weiteren Gesetzen: *T. Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, S. 31.

<sup>20</sup> Vgl. *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 25, 28 ff., der in diesem Kontext von Säkularisierung, Rationalisierung, Individualisierung und Humanisierung spricht, dabei jedoch zu Recht zurückhaltend hinsichtlich der Annahme einer humanisierenden Tendenz der Kriminalpolitik der Aufklärungsphilosophie ist; vgl. zudem *Naucke*, in: Beccaria, Von den Verbrechen und von den Strafen (1764), 2004, S. IX (XIX–XX, XLII).

<sup>21</sup> *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 8), § 6 Rn. 2.

ße“ bekannt ist.<sup>22</sup> In der Konsequenz wurden zentrale Forderungen der Aufklärung (wie etwa die Abschaffung der Folter<sup>23</sup> und die Bindung des Richters an gesetzliche Regelungen<sup>24</sup>) Mitte und Ende des 18. Jahrhunderts – zumindest teilweise – umgesetzt. Mitunter unklar blieben jedoch die Grenzen zwischen Strafrecht und Moral. So befanden sich etwa im oben genannten Allgemeinen Preußischen Landrecht unter der Überschrift „Von den Verbrechen und deren Strafen“<sup>25</sup> auch Regelungen wie die folgende:

„Muthwillige Bettler, Landstreicher, und Müßiggänger, müssen zur Arbeit angehalten, und wenn sie dazu unbrauchbar sind, auf eine billige Art versorgt, oder als Fremde aus dem Lande geschafft werden.“<sup>26</sup>

Darüber hinaus darf auch nicht vergessen werden, dass das Allgemeine Preußische Landrecht (1794) auch noch die Geltung der Todesstrafe vorsah,<sup>27</sup> obwohl prominente Aufklärungsphilosophen wie der Mailänder *Cesare Beccaria* (1738–1794) bereits im Jahr 1764 öffentlich Kritik an diesem Sanktionsmittel geübt hatten.<sup>28</sup>

### c) Ende des Alten Reiches

Der Aufstieg der Territorialstaaten ging einher mit einer zunehmenden Bedeutungslosigkeit des Heiligen Römischen Reiches.<sup>29</sup> Insbesondere die mächtigen Reichsterritorien Preußen und Österreich waren Ende des 18. Jahrhunderts kaum mehr auf das Reich angewiesen.<sup>30</sup> Als der letzte Kaiser *Franz II.* unter dem Druck *Napoleons* im Jahr 1806 die Reichskrone niederlegte, bildete dies das Ende eines ohnehin nur noch formal existenten Reiches.<sup>31</sup> Die spätere Niederwerfung *Napoleons*, die in mehreren Etappen stattfand und endgültig erst 1815 gelang,<sup>32</sup> machte den Weg frei für eine Neuordnung der europäischen Staatenlandschaft. Auf dem 1814 und 1815 durchgeführten Wiener Kongress, der der Ausarbeitung der „Grundzüge der europäischen Nachkriegsord-

nung“ (*Winkler*) diente,<sup>33</sup> wurde unter anderem auch der Deutsche Bund gegründet.<sup>34</sup>

### 2. Deutsche Einzelstaaten

In den Einzelstaaten, die den Staatenbund „Deutscher Bund“ bildeten,<sup>35</sup> kam es in der Folgezeit – insbesondere ab 1838 – zu einer regen Strafgesetzgebung.<sup>36</sup> Zuvorderst zu nennen ist hier aber das *Bayerische Strafgesetzbuch*,<sup>37</sup> das bereits 1813 in Kraft trat und mit dem sein Schöpfer – der Rechtswissenschaftler und Praktiker *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775–1833) – in Anknüpfung an *Immanuel Kant* (1724–1804) eine weitgehende Trennung von Strafrecht und Moral bewirkte.<sup>38</sup> Als Konsequenz dieser Sichtweise waren etwa einvernehmliche homosexuelle Handlungen im Bayerischen Strafgesetzbuch nicht unter Strafe gestellt<sup>39</sup> – eine Entkriminalisierung, die in späteren deutschen Partikularstrafgesetzen aus der Zeit des Vormärzes nicht übernommen wurde.<sup>40</sup> *Feuerbachs* weitere Bedeutung im Strafrecht liegt darin, dass er das strafrechtliche Gesetzmäßigkeitsprinzip – also das Prinzip, dass eine Bestrafung immer gesetzlich vorgesehen sein muss – auf eine neue Grundlage stellte.<sup>41</sup> Allerdings bemängelten Zeitgenossen, dass das Bayerische Strafgesetzbuch grundsätzlich zu hohe Strafen vorsah.<sup>42</sup>

### 3. Kaiserreich und Weimarer Republik

Der Dualismus zwischen Preußen und Österreich und die damit einhergehende Konkurrenzsituation zwischen den beiden Großmächten mündeten 1866 in einen Krieg, aus dem Preußen als Sieger hervorging.<sup>43</sup> Österreich musste die Auflösung des Deutschen Bundes anerkennen und schied aus Deutschland aus.<sup>44</sup> Preußen gründete mit einigen anderen Territorien den Norddeutschen Bund,<sup>45</sup> für den im Jahr 1870 ein eigenes Strafgesetz bekanntgemacht wurde. Das hiermit angesprochene *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*<sup>46</sup> basierte in Teilen auf dem 1851 in Kraft getretenen *Strafgesetzbuch*

<sup>22</sup> Vgl. *Epkenhans*, Geschichte Deutschlands, Von 1648 bis heute, 2011, S. 20.

<sup>23</sup> Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 5.

<sup>24</sup> Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 3.

<sup>25</sup> So die Überschrift des 20. Titels des zweiten Teils des Allgemeinen Preußischen Landrechts (zit. nach: *Buschmann* [Fn. 15], S. 273).

<sup>26</sup> § 4 des 20. Titels des zweiten Teils des Allgemeinen Preußischen Landrechts (zit. nach: *Buschmann* [Fn. 15], S. 273).

<sup>27</sup> So z.B. für Kindermord gem. § 965 des 20. Titels des zweiten Teils des Allgemeinen Preußischen Landrechts (abgedruckt in: *Buschmann* [Fn. 15], S. 379).

<sup>28</sup> *Beccaria*, Von den Verbrechen und von den Strafen (1764), 2004, S. 48 ff.; vgl. hierzu allerdings auch die kritischen Ausführungen von *Naucke* (Fn. 20), S. IX (XXV–XXVII).

<sup>29</sup> Vgl. *Winkler* (Fn. 6), S. 389.

<sup>30</sup> Vgl. *Epkenhans* (Fn. 22), S. 23.

<sup>31</sup> Vgl. *Winkler* (Fn. 6), S. 388 f.

<sup>32</sup> Vgl. zu diesen Etappen *Winkler* (Fn. 6), S. 420 ff., 425 ff.

<sup>33</sup> *Winkler* (Fn. 6), S. 443.

<sup>34</sup> *Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1800–1866, Bürgerwelt und starker Staat, 1998, S. 355; *Epkenhans* (Fn. 22), S. 37.

<sup>35</sup> Vgl. zu diesem Verhältnis: *Nipperdey* (Fn. 34), S. 355.

<sup>36</sup> Überblick bei *Koch* (Fn. 8), Rn. 9 ff.; vgl. auch ebd., Rn. 41.

<sup>37</sup> Offizieller Titel: Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern; abgedruckt in: *Buschmann* (Fn. 15), S. 447 ff.

<sup>38</sup> Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 1.

<sup>39</sup> *Walter*, in: *Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik* (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, S. 19 (31); vgl. dort aber auch zur späteren Entwicklung in *Feuerbachs* Sichtweise.

<sup>40</sup> *Koch* (Fn. 8), Rn. 48.

<sup>41</sup> Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 3.

<sup>42</sup> *Koch* (Fn. 8), Rn. 39.

<sup>43</sup> *Epkenhans* (Fn. 22), S. 50 f.

<sup>44</sup> *Nipperdey* (Fn. 34), S. 790 f.

<sup>45</sup> Vgl. *Nipperdey* (Fn. 34), S. 794.

<sup>46</sup> BGBl. des Norddeutschen Bundes 1870, S. 197 ff.

für die Preußischen Staaten<sup>47</sup> – eine Bezugnahme, die zwar gegenüber Zeitgenossen mit der Verbreitung und inhaltlichen Qualität des zuletzt genannten Gesetzes begründet wurde, tatsächlich aber auch preußisch-machtpolitisch gedeutet werden kann.<sup>48</sup>

1870 brach der deutsch-französische Krieg aus, der schließlich zum Katalysator für die Gründung eines deutschen Kaiserreiches unter preußischer Führung werden sollte.<sup>49</sup> Die hiermit angesprochene Bildung des Nationalstaates im Jahr 1871 hatte letztlich auch Auswirkungen auf die Strafgesetzgebung: So wurde der territoriale Geltungsbereich des ehemals für den Norddeutschen Bund erlassenen Strafgesetzbuchs durch das Inkrafttreten des *Reichsstrafgesetzbuchs*<sup>50</sup> (1872) der Sache nach auf Süddeutschland ausgedehnt.<sup>51</sup> Im Jahr 1879 folgte auch eine *Strafprozeßordnung*,<sup>52</sup> die verfahrensrechtliche Fragen zum Gegenstand hatte. Sieht man von der oben genannten Carolina (1532) ab, so ist festzustellen, dass es sich bei den eben genannten Werken – dem StGB und der StPO – um die ersten reichsweit geltenden Gesetze im Bereich des Strafrechts und des Strafprozesses handelt. Zugleich bilden sie die – später freilich vielfach geänderte – Urfassung der heute geltenden strafrechtlichen und strafprozessualen Gesetze.

Im Einklang mit älteren Regelungen sah auch das Reichsstrafgesetzbuch die Todesstrafe vor. Normierung fanden aber auch strafrechtliche Schutzprinzipien, wie etwa das Gesetzlichkeitsprinzip.<sup>53</sup> Allerdings fielen keineswegs sämtliche Personen unter diesen gesetzlichen Schutz. Ausgeschlossen blieben etwa die in den deutschen Kolonien lebenden Indigenen, die stattdessen einer bloßen „Reichsstrafmacht“ (*Naucke*) in Form behördlichen Ermessens unterworfen wurden.<sup>54</sup>

Der Zeitraum bis zum Ausbruch des ersten Weltkriegs (1914) brachte vergleichsweise wenige Änderungen im Reichsstrafgesetzbuch.<sup>55</sup> Allerdings wurden außerhalb dieses Gesetzes zahlreiche neue Straftatbestände eingeführt, so etwa in den Rechtsbereichen der Wirtschaft, der Presse und der Infrastruktur.<sup>56</sup> Der Umstand, dass sich das Reichsstrafgesetzbuch in dieser Zeit kaum änderte, steht in Kontrast dazu, dass ab der Jahrhundertwende intensiv über eine grund-

legende Reform des Strafrechts diskutiert wurde. Motor dieser Diskussion war der sog. strafrechtliche Schulenstreit, in dem sich die Denkrichtungen der beiden wirkmächtigen Rechtswissenschaftler *Franz von Liszt* (1851–1919) und *Karl Binding* (1841–1920) gegenüberstanden.<sup>57</sup> Insbesondere bei einer Unterscheidung zwischen verschiedenen Tätertypen, wie sie von *Liszt* vorgenommen wurde,<sup>58</sup> musste das dem Reichsstrafgesetzbuch zugrundeliegende Bild eines sittlich freien und durch Strafdrohung motivierbaren Menschen<sup>59</sup> kritikwürdig erscheinen.<sup>60</sup> Die ab der Jahrhundertwende geführte Reformdebatte zog sich letztlich bis 1930 hin. Sie umfasste die Veröffentlichung und Diskussion diverser Entwürfe der Politik, der Praxis und der Wissenschaft.<sup>61</sup> Mit Unterschieden im Einzelnen kreiste die Auseinandersetzung um den Sinn und Zweck der Strafe, um die Anwendbarkeit sog. sichernder und bessernder Maßnahmen jenseits von Strafen, um die Altersgrenze der Strafmündigkeit, um die Strafzumessung und um die Anwendbarkeit der Todesstrafe.<sup>62</sup>

Einzelne Reformvorhaben wurden tatsächlich umgesetzt: So wurde etwa die Sanktionsform der Geldstrafe in den Jahren 1921 und 1923 umgestaltet.<sup>63</sup> Ebenfalls 1923 wurde das *Jugendgerichtsgesetz* in Kraft gesetzt,<sup>64</sup> das eine gesonderte Regelung des Jugendstrafrechts vorsah und durch das etwa die Strafmündigkeit von bis dato zwölf Jahren<sup>65</sup> auf 14 Jahren<sup>66</sup> angehoben wurde. Hingegen konnte die Idee einer umfassenden Strafrechtsreform erst einmal nicht verwirklicht werden. 1914 brach der Erste Weltkrieg aus, der nicht nur eine massenhafte Anzahl von Opfern forderte, sondern auch zum Umsturz des politischen Systems in Deutschland führte. Als sich im Herbst 1918 abzeichnete, dass sich die militärische Situation des Deutschen Reiches verschlechterte,<sup>67</sup> kam es zu Befehlsverweigerungen und Aufständen.<sup>68</sup> Die sich hieraus entwickelnde Novemberrevolution führte schließlich zum Zusammenbruch des Kaiserreichs.<sup>69</sup> Anfang 1919 trat in

<sup>47</sup> Abgedruckt in: *Buschmann* (Fn. 15), S. 538 ff.; vgl. zu dem eben genannten Zusammenhang: *Eb. Schmidt* (Fn. 16), § 297.

<sup>48</sup> Vgl. *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 81.

<sup>49</sup> Vgl. *Epkenhans* (Fn. 22), S. 54.

<sup>50</sup> Offizieller Titel: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; Fundstelle: RGBl. 1871, S. 127 ff.; im Folgenden: StGB.

<sup>51</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 10), S. 96 f.; vgl. auch *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 233.

<sup>52</sup> RGBl. 1877, S. 253 ff.; im Folgenden StPO.

<sup>53</sup> Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 3.

<sup>54</sup> Vgl. auch *Naucke*, in: *Naucke* (Hrsg.), Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 265 (270 ff.).

<sup>55</sup> Vgl. hierzu *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 138 ff.; *Koch* (Fn. 8), § 8 Rn. 29.

<sup>56</sup> Zur Entwicklung im Detail: *Weber*, Die Entwicklung des Nebenstrafrechts 1871–1914, 1999; vgl. hierzu auch *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 140.

<sup>57</sup> Vgl. *Rüping/Jerouschek* (Fn. 51), Rn. 254 ff., 258.

<sup>58</sup> *v. Liszt* unterscheidet zwischen den Unverbesserlichen, den Besserungsbedürftigen und den Gelegenheitsverbrechern (*v. Liszt*, in: *T. Vormbaum* [Hrsg.], Moderne deutsche Strafrechtsdenker, 2011, S. 211 [218 ff.]); im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 2.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu und zu den Ursprüngen dieser Anschauung: *Rüping/Jerouschek* (Fn. 51), Rn. 254.

<sup>60</sup> Vgl. in diesem Kontext auch *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 2 f.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu *Eb. Schmidt* (Fn. 16), § 327 ff., § 334; *Jescheck/Weigend* (Fn. 10), S. 99 f.; *Goltsche*, Das Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1922, 2010, S. 19 ff.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 143 ff., 164 ff.

<sup>63</sup> Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 10), S. 99 f.

<sup>64</sup> RGBl. I 1923, S. 135 ff.

<sup>65</sup> § 55 S. 1 StGB in der Fassung von 1896 (RGBl. I 1896, S. 610).

<sup>66</sup> § 2 JGG in der Fassung von 1923 (RGBl. I 1923, S. 135).

<sup>67</sup> Die folgende Darstellung basiert auf *Kuhli*, Jura 2009, 321 ff.

<sup>68</sup> *Hammer*, Jura 2000, 58 (58).

<sup>69</sup> *Epkenhans* (Fn. 22), S. 68 f.

Weimar eine verfassungsgebende Nationalversammlung zusammen, die innerhalb weniger Monate eine Verfassung – die sog. *Weimarer Reichsverfassung*<sup>70</sup> – ausarbeitete. Die Labilität der hierdurch etablierten Weimarer Republik spiegelte sich in strafrechtlicher Hinsicht unter anderem im Erlass zweier *Republikenschutzgesetze*<sup>71</sup> wider, wodurch etwa die Teilnahme an sog. Geheimverbindungen unter Strafe gestellt wurde.<sup>72</sup> In der Schlussphase der Weimarer Republik kam das bis dahin immer noch diskutierte Vorhaben einer grundlegenden Strafrechtsreform schließlich bis auf weiteres zum Erliegen.<sup>73</sup>

#### 4. Drittes Reich

Am 30. Januar 1933 begann der Prozess der sog. „Machtergreifung“ der Nationalsozialisten.<sup>74</sup> Adolf Hitler (1889–1945) wurde an diesem Tag durch den Reichspräsidenten Paul von Hindenburg (1847–1934) zum Reichskanzler ernannt.<sup>75</sup> Auf diesen Vorgang folgten Wochen, in denen die parlamentarische Demokratie der Weimarer Republik durch Gesetzgebungsmaßnahmen, Repressalien, Propaganda und Terror in eine nach einem Führerprinzip agierende zentralistische Diktatur umgewandelt wurde.<sup>76</sup> Neben Regelungen, die die Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vorsahen<sup>77</sup> und die Entlassung bzw. Entpflichtung unerwünschter Beamten ermöglichten,<sup>78</sup> ergingen zwei fundamentale Rechtsakte, die im Folgenden besonders hervorzuheben sind:

- *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*,<sup>79</sup> durch die 1933 „bis auf weiteres“ einzelne zentrale Grundrechtsartikel der Weimarer Reichsverfassung außer Kraft gesetzt wurden (§ 1 S. 1).
- *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*<sup>80</sup> (sog. *Ermächtigungsgesetz*) von 1933, dem zufolge die meisten Reichsgesetze von nun an auch durch die Reichsregierung beschlossen werden konnten (Art. 1). Hierdurch erhielt die Regierung erhebliche Gesetzgebungskompetenzen, wodurch die Gewaltenteilung in vielen Bereichen aufgehoben wurde. Dabei war be-

sonders brisant, dass die von der Regierung beschlossenen Reichsgesetze in bestimmten Fällen sogar von der Reichsverfassung abweichen durften (Art. 2 S. 1). Die Regierung erhielt hierdurch also faktisch die Befugnis zur Vornahme von Verfassungsänderungen.

Das Reichsstrafgesetzbuch blieb dem Grunde nach in Kraft. Allerdings führte die NS-Herrschaft zu diversen Umwälzungen im Strafrecht: Zentrale Schutzprinzipien wurden zwischen 1933 und 1945 faktisch oder sogar im Wege der Gesetzgebung ausgehöhlt bzw. vollständig beseitigt.<sup>81</sup> Hinzu kam die Einführung von Straftatbeständen, die in ihren Voraussetzungen weniger an Handlungen anknüpften als vielmehr an bestimmte Tätertypen. Diesbezüglich ist vor allem die 1941 erfolgte Änderung des Mordtatbestandes (§ 211 StGB) zu nennen, der seitdem nicht mehr auf das Vorliegen einer planmäßigen Handlung („Tötung mit Ueberlegung“) abstellt,<sup>82</sup> sondern auf spezielle einen *Mörder* kennzeichnende Merkmale (Mordlust, Heimtücke, niedrige Beweggründe etc.).<sup>83</sup>

Gebrauch machten die Nationalsozialisten auch von einer diskriminierenden Strafgesetzgebung – so beispielsweise mit dem 1935 erlassenen *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*,<sup>84</sup> durch das etwa „Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes“ verboten waren (§ 1 Abs. 1 S. 1) und Zuwiderhandlungen hiergegen mit Zuchthaus sanktionierbar waren (§ 5 Abs. 1). NS-Strafgesetze waren in ihren Voraussetzungen außerdem häufig vergleichsweise unbestimmt und konnten hierdurch den Machthabern als flexibel einsetzbares politisches Instrument dienen. In dieser Hinsicht ist etwa das 1934 erlassene *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen*<sup>85</sup> zu nennen. Hiernach machte sich unter anderem derjenige strafbar, der „öffentlich gehässige, hetzerische oder von niedriger Gesinnung zeugende Äußerungen über leitende Persönlichkeiten des Staates oder der NSDAP [...] macht, die geeignet sind, das Vertrauen des Volkes zur politischen Führung zu untergraben“ (§ 2 Abs. 1). Bei diesem Gesetz ergab sich eine zusätzliche Flexibilität daraus, dass die Verfolgung einer derartigen Tat grundsätzlich von der Anordnung des Reichsjustizministers abhing (§ 2 Abs. 3).

Wie sehr das Strafrecht für politische Zwecke eingesetzt werden konnte, zeigte sich auch in Strafverfahren, die an dem 1934 etablierten Volksgerichtshof durchgeführt wurden – einer Institution, die im Laufe der NS-Zeit immer mehr zum „Kampfinstrument zur Vernichtung des politischen Gegners“ (*Rüping/Jerouschek*) wurde.<sup>86</sup> Flankiert wurden die eben genannten strafgesetzlichen Änderungen und Maßnahmen zwischen 1933 und 1945 von einem massiven Staatsterror, des-

<sup>70</sup> RGBl. 1919, S. 1383 ff.; in offizieller Diktion: Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919.

<sup>71</sup> Offizieller Titel jeweils: Gesetz zum Schutze der Republik; Fundstellen: RGBl. I 1922, S. 585 ff.; RGBl. I 1930, S. 91 ff.

<sup>72</sup> § 2 Gesetz zum Schutze der Republik von 1922 (RGBl. I 1922, S. 585).

<sup>73</sup> Vgl. *Eb. Schmidt* (Fn. 16), § 334; *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 172.

<sup>74</sup> Vgl. auch *Winkler*, *Geschichte des Westens*, Bd. 2, 2016, S. 667, der von der „Machtergreifung als Prozeß“ spricht.

<sup>75</sup> *Pieth*, *Strafrechtsgeschichte*, 2015, S. 76.

<sup>76</sup> Vgl. *Gmür/Roth* (Rn. 12), Rn. 457 ff.

<sup>77</sup> Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich von 1933 (RGBl. I 1933, S. 153 f.); Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich von 1933 (RGBl. I 1933, S. 173).

<sup>78</sup> Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 1933 (RGBl. I 1933, S. 175 ff.).

<sup>79</sup> RGBl. I 1933, S. 83.

<sup>80</sup> RGBl. I 1933, S. 141.

<sup>81</sup> Im Einzelnen hierzu Abschnitt IV. 3.

<sup>82</sup> So noch die alte Fassung (RGBl. 1871, S. 127 [166]).

<sup>83</sup> RGBl. I 1941, S. 549.

<sup>84</sup> RGBl. I 1935, S. 1146.

<sup>85</sup> RGBl. I 1934, S. 1269 ff.

<sup>86</sup> *Rüping/Jerouschek* (Fn. 51), Rn. 288 f.

sen Ausmaß hier nur angedeutet werden kann: Verfolgung, Unterdrückung und Vernichtung von Millionen von Menschen.

Die NS-Zeit begründet in vielerlei Hinsicht einen Sonderfall der deutschen Strafrechtsgeschichte. Eine strafrechtshistorische Betrachtung des Dritten Reiches darf allerdings auch nicht vernachlässigen, dass diverse NS-Reformen durchaus auch ältere Vorläufer aufweisen. Zu nennen ist etwa die 1934 eingeführte Sicherungsverwahrung,<sup>87</sup> deren gesetzliche Etablierung bereits vor der Zeit des Dritten Reiches erwogen wurde.<sup>88</sup> Für eine – zumindest partielle – Kontinuität des NS-Strafrechts innerhalb der deutschen Rechtsgeschichte spricht außerdem, dass diverse rechtliche Institute und Regelungen, die in der NS-Zeit eingeführt wurden, auch nach 1945 in Kraft blieben, teilweise sogar bis heute gelten.<sup>89</sup>

### 5. Von der Nachkriegszeit bis zur Wiedervereinigung

1945 brach das NS-Regime zusammen. Nachdem Deutschland im Zweiten Weltkrieg kapitulieren musste, kam es unter alliierter Besatzungsherrschaft.<sup>90</sup> Vor dem Hintergrund des entstehenden Kalten Kriegs konnte jedoch schon bald unter den Siegermächten keine Einigkeit über den weiteren Umgang mit Deutschland erzielt werden.<sup>91</sup> Ausdruck dieser Entwicklung waren die Gründungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik im Jahr 1949.<sup>92</sup>

#### a) Umgang mit der NS-Vergangenheit

Nach dem Ende des NS-Regimes stellte sich in vielen Rechtsbereichen die Frage, wie mit der deutschen Vergangenheit umzugehen sei. Eine erste Herausforderung ergab sich 1945 daraus, dass die Nationalsozialisten in der Zeit ihrer Herrschaft zahlreiche Regelungen erlassen hatten, die nach Kriegsende formal immer noch in Kraft waren. Sicherlich wäre es theoretisch denkbar gewesen, sämtliche während der NS-Herrschaft ergangenen deutschen Rechtsnormen (z.B. Gesetze und Verordnungen) mit sofortiger Wirkung für nichtig zu erklären.<sup>93</sup> Eine solche pauschale Entscheidung hätte auch den Vorteil der Eindeutigkeit gehabt, da sie lediglich daran angeknüpft hätte, dass die betreffenden Vorschriften in einem bestimmten Zeitraum (30.1.1933–8.5.1945) in Kraft

gesetzt worden sind.<sup>94</sup> Andererseits wäre durch eine Festlegung der eben genannten Art völlig ignoriert worden, dass einzelne Bürger möglicherweise auf die Weitergeltung bestimmter Regelungen des Dritten Reiches vertrauten. Ein solches Vertrauen war im Einzelfall auch durchaus schutzwürdig, soweit es sich auf solche im Dritten Reich erlassene Regelungen bezog, die nach rechtsstaatlichen Maßstäben als weniger bedenklich einzustufen sind.<sup>95</sup> Vor diesem Hintergrund beseitigte der Alliierte Kontrollrat<sup>96</sup> nur bestimmte NS-Regelungen, so etwa das oben genannte Ermächtigungsgesetz sowie diskriminierende Vorschriften.<sup>97</sup> Demgegenüber wurden 1945 im Strafrecht einige Rechtsnormen in der Fassung beibehalten, die sie im Dritten Reich erhalten hatten. Dies betrifft etwa den 1941 geänderten Mordtatbestand gemäß § 211 StGB, dessen Mordmerkmale (Mordlust, Heimtücke, niedrige Beweggründe etc.) heute noch gelten.<sup>98</sup>

Ein erhebliches politisches und rechtliches Problem resultierte aus der Frage, ob Gewalt-, Unterdrückungs- und Verfolgungsmaßnahmen, die durch das NS-Regime veranlasst, gedeckt oder gefördert worden waren, ab 1945 strafrechtlich sanktioniert werden konnten bzw. sollten. Eine rechtliche Schwierigkeit ergab sich hierbei aus dem Umstand, dass entsprechende Verhaltensweisen während des Dritten Reiches (zumindest faktisch) kaum bzw. gar nicht geahndet worden waren. Einer nachträglichen Bestrafung derartiger Verhaltensweisen in der Nachkriegszeit käme in dieser Hinsicht also Rückwirkung zu – ein Problem, das im zweiten Teil<sup>99</sup> dieses Aufsatzes noch näher zu beleuchten sein wird. An dieser Stelle mag die Feststellung ausreichen, dass eine Bestrafung dieser Fälle nach Kriegsende für durchaus möglich gehalten wurde.

Dabei wurde die Strafverfolgung von NS-Taten in der Nachkriegszeit durch verschiedene Staaten bzw. Institutionen betrieben. Die überlebenden Hauptverantwortlichen des NS-Regimes mussten sich ab 1945 in Nürnberg vor einem international zusammengesetzten Gericht verantworten.<sup>100</sup> Demgegenüber waren die 1950er Jahre in Westdeutschland von der Sichtweise geprägt, die Vergangenheit justiziell ruhen zu lassen<sup>101</sup> – eine Mentalität, die auch im Zusammenhang damit stand, dass zahlreiche NS-Eliten ihre Karrieren in der jungen

<sup>87</sup> Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933 (RGBl. I 1933, S. 955 ff.); vgl. hierzu *Drenkhahn/Morgenstern*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 66 Rn. 18.

<sup>88</sup> *T. Vormbaum*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 8), § 9 Rn. 47.

<sup>89</sup> Dies gilt etwa im Wesentlichen für die oben genannte Fassung des Mordtatbestandes; vgl. hierzu auch Fn. 98.

<sup>90</sup> *Epkenhans* (Fn. 22), S. 111.

<sup>91</sup> *Gmür/Roth* (Rn. 12), Rn. 491 f.

<sup>92</sup> *Epkenhans* (Fn. 22), S. 115, 135.

<sup>93</sup> Vgl. zu dieser letztlich „niemals ernsthaft erwogen[en]“ Lösung: *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 216.

<sup>94</sup> Die Frage wäre dann noch gewesen, ob die betreffenden Aufhebungen ex nunc (also von nun an) oder ex tunc (also rückwirkend) geltend sollen.

<sup>95</sup> Dies betrifft etwa bestimmte im NS-Staat erlassene Vorschriften zur Regulierung der Wirtschaft (vgl. hierzu *T. Vormbaum* [Fn. 19], S. 216 f.).

<sup>96</sup> Hierbei handelte es sich um die oberste Besatzungsbehörde.

<sup>97</sup> *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 217.

<sup>98</sup> Eine Gesetzesänderung erfuhren 1953 allerdings die Rechtsfolgen von § 211 StGB (BGBl. I 1941, S. 735).

<sup>99</sup> Dort Abschnitt IV. 3.

<sup>100</sup> *Gmür/Roth* (Rn. 12), Rn. 493.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu und zu der gleichzeitig anzutreffenden „scharfe[n] Abkehr von der Diktatur“: *Wehler*, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 5, 2008, S. 20; vgl. auch zur Strafverfolgung: *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 220 f.

Bundesrepublik fortsetzen konnten.<sup>102</sup> Erst nach und nach kam es zu systematischen Bemühungen um eine Aufarbeitung. So wurde etwa 1958 die sog. *Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen* in Ludwigsburg gegründet.<sup>103</sup>

Abgesehen von der oben angedeuteten Rückwirkungsproblematik stellte sich in rechtlicher Hinsicht auch das Problem der Verjährung. Der Umgang der jungen Bundesrepublik mit der Verjährungsfrage war in dieser Hinsicht durchaus ambivalent: Einerseits kam es zu – heftig umstrittenen – Verlängerungen von Verjährungsfristen und im Jahr 1979 sogar zu einer Aufhebung der bis dahin für Mord geltenden Verjährung.<sup>104</sup> Andererseits wurde 1968 eine gesetzliche Regelung eingeführt, die letztlich in zahlreichen Fällen der Teilnahme an nationalsozialistischen Verbrechen zu einem rückwirkenden Eintritt der Verjährung führte – bis heute ist nicht geklärt, ob der Eintritt dieser Rechtsfolge das Ergebnis eines Versehens oder einer bewussten Manipulation war.<sup>105</sup>

#### b) Bundesdeutsche Rechtssetzung bis zur Wiedervereinigung

Im Jahr 1949 trat das *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* in Kraft,<sup>106</sup> durch dessen Art. 102 die Todesstrafe für abgeschafft erklärt wurde. Damit wurde eine Sanktionsart verboten, die zuvor jahrhundertlang üblich gewesen war. Die Abschaffung im Jahr 1949 erfolgte vor dem Hintergrund einer kollektiven Erinnerung an eine massenhafte und missbräuchliche Verwendung dieser Sanktionsart im Dritten Reich.<sup>107</sup> Allerdings darf bei der Erforschung der Motivlage für die Einführung von Art. 102 Grundgesetz auch nicht vernachlässigt werden, welche Personengruppe hierdurch besonders begünstigt wurde: Menschen, denen andernfalls wegen im Dritten Reich begangener Straftaten die Todesstrafe gedroht hätte.<sup>108</sup>

Das Reichsstrafgesetzbuch galt auch nach der Gründung der Bundesrepublik weiter. Spätestens ab seiner Neubekanntmachung im Jahr 1953 trug es den offiziellen Namen „Strafgesetzbuch“.<sup>109</sup> Dieses Gesetz beinhaltete auch solche

Schutzprinzipien, deren StGB-Vorläufer im Dritten Reich ausgehöhlt worden waren.<sup>110</sup> In den 1950er Jahren wurde die in der Weimarer Republik zum Erliegen gekommene Idee einer umfassenden Strafrechtsreform wieder aufgenommen.<sup>111</sup> Die Reformarbeiten erstreckten sich über viele Jahre und mündeten schließlich in verschiedene Gesetze, die in der Zeit ab 1969 verabschiedet wurden.<sup>112</sup> So wurde etwa das Sexualstrafrecht durch das 1973 erlassene *4. Strafrechtsreformgesetz*<sup>113</sup> mit einer grundlegend neuen Schutzrichtung versehen: Maßgeblich sollte nicht mehr sein, ob das betreffende Verhalten unmoralisch ist,<sup>114</sup> sondern nur noch, ob es sich um „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“<sup>115</sup> handelt.

Auf die Terrorakte der 1970 gegründeten RAF (Rote Armee Fraktion) antwortete der westdeutsche Staat mit der Einführung eines Straftatbestandes der Bildung und Unterstützung einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB)<sup>116</sup> und mit verschiedenen strafprozessualen Maßnahmen. In zuletzt genannter Hinsicht ist zum Beispiel die 1977 eingeführte Möglichkeit zu nennen, unter bestimmten Bedingungen „jedwede Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger zu unterbrechen“ (sog. Kontaktsperre gem. § 31 EGGVG).<sup>117</sup> Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der oben genannte Straftatbestand des § 129a StGB ein Beispiel für eine Vorfeldkriminalisierung bildet, die frühzeitig vor der eigentlichen Gewalttat bzw. der individuellen Rechtsgutsverletzung Anwendung findet. Bis heute greift der Strafgesetzgeber in den unterschiedlichsten Lebensbereichen auf dieses Mittel der Vorfeldkriminalisierung zurück. Ein jüngeres Beispiel hierfür bildet etwa der 2017 eingeführte Straftatbestand des § 315d StGB,<sup>118</sup> durch welchen unter anderem die Teilnahme an einem verbotenen Autorennen unter Strafe gestellt wird.

<sup>102</sup> Vgl. etwa zum Bundesministerium der Justiz: *Görtemaker/Safferling*, Die Akte Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2. Aufl. 2016, u.a. S. 451 ff.

<sup>103</sup> Siehe hierzu <https://zentrale-stelle-ludwigsburg.justiz-bw.de/pb/Lde/Startseite/Einrichtung/Gruendung+und+Zustaendigkeit> (4.1.2021).

<sup>104</sup> *Asholt*, Verjährung im Strafrecht, Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB, 2016, S. 51 ff., 56.

<sup>105</sup> Vgl. hierzu *Asholt* (Fn. 104), S. 56, 483 f., 485 (Fn. 80).

<sup>106</sup> BGBl. I 1949, S. 1 ff.

<sup>107</sup> Vgl. *Epping*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 44. Ed., Stand: 15.8.2020, Art. 102 vor Rn. 1 (m.w.N.).

<sup>108</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang: *Weinke*, Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit, Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20. Jahrhundert, 2016, S. 179.

<sup>109</sup> BGBl. I 1953, S. 1083 ff.; offizielle Erwähnung findet der Name „Strafgesetzbuch [...] für das Deutsche Reich“ letzt-

malig im Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30.1.1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, S. 55).

<sup>110</sup> Z.B. das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip in § 2 Abs. 1 StGB in der seit 1935 geltenden Fassung (BGBl. I 1953, S. 735 [737]).

<sup>111</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 60), § 4 Rn. 16.

<sup>112</sup> Überblick bei *T. Vormbaum* (Fn. 19), S. 235 ff.

<sup>113</sup> BGBl. I 1973, S. 1725.

<sup>114</sup> Vgl. *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor. §§ 174 ff. Rn. 1 (m.w.N.).

<sup>115</sup> So die im 4. Strafrechtsreformgesetz (BGBl. I 1973, S. 1725 [1726]) enthaltene und auch heute geltende Überschrift des entsprechenden Abschnitts im StGB (§§ 174 ff. StGB).

<sup>116</sup> BGBl. I 1976, S. 2181; vgl. *Kubiciel*, ZRP 2017, 57 (57).

<sup>117</sup> BGBl. I 1977, S. 1877; vgl. *Mayer*, in: *Hannich* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, EGGVG § 31 Rn. 2 ff.

<sup>118</sup> BGBl. I 2017, S. 3532.

## c) Deutsche Demokratische Republik

Auch in der DDR galt das Reichsstrafgesetzbuch zunächst weiter.<sup>119</sup> An seine Stelle trat im Jahr 1968 jedoch ein *Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik*,<sup>120</sup> in dessen Präambel unter anderem auf den Schutz gegen Feinde abgestellt wurde.<sup>121</sup> Die Strafverfolgung wurde nicht nur durch – mitunter zentral angeleitete<sup>122</sup> – Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte betrieben, sondern auch durch das Ministerium für Staatssicherheit.<sup>123</sup> Die Todesstrafe wurde in der DDR erst 1987 abgeschafft.<sup>124</sup> Neben der Strafgesetzgebungs- und Strafverfolgungstätigkeit der DDR sind an dieser Stelle auch solche Verhaltensweisen zu nennen, die im Auftrag bzw. mit Billigung des Regimes stattfanden und die ihrerseits möglicherweise strafbar sind: Die Rede ist etwa von Wahlfälschungen, Sportdoping, Denunziationen und Schusswaffeneinsätzen an der innerdeutschen Grenze.<sup>125</sup>

## 6. Jüngere Entwicklungen

Die Wiedervereinigung<sup>126</sup> der beiden deutschen Staaten im Jahr 1990 bedingte in vielfacher Weise rechtliche Herausforderungen und Fragestellungen. So stand etwa die bundesdeutsche Strafjustiz vor der Aufgabe, über die oben angesprochenen Taten zu urteilen, die vor der Wiedervereinigung im Auftrag bzw. mit Billigung des DDR-Regimes begangen worden waren.<sup>127</sup> Soweit derartige Handlungen innerhalb der DDR nicht geahndet worden waren, hätte eine nach der Wiedervereinigung erfolgte Bestrafung faktisch rückwirkenden Charakter gehabt – ein rechtliches Problem, das sich in der deutschen Geschichte in ähnlicher Weise bereits beim Umgang mit der NS-Vergangenheit gestellt hatte und auf das im zweiten Teil<sup>128</sup> dieses Beitrags noch zurückzukommen sein wird.

Auf globaler Ebene hatte der Fall des Eisernen Vorhangs Auswirkungen auf die Entwicklung des Völkerstrafrechts – also solcher Sanktionsregelungen, deren Grundlage im internationalen Recht liegt.<sup>129</sup> In diesem Bereich waren die zwischenstaatlichen Bemühungen während des Kalten Kriegs im

Wesentlichen zum Erliegen gekommen.<sup>130</sup> Nach dessen Ende und der damit verbundenen Auflösung der Pattsituation im UN-Sicherheitsrat<sup>131</sup> wurde eine gemeinsame völkerstrafrechtliche Politik der ehemaligen Westmächte und Ostmächte möglich. Bereits in den Jahren 1993 und 1994 führte dies dazu, dass der UN-Sicherheitsrat die Einrichtung von zwei internationalen ad-hoc-Strafgerichtshöfen (also Tribunalen mit zeitlich und räumlich begrenztem Auftrag<sup>132</sup>) beschloss.<sup>133</sup> Einige Jahre später wurde sogar mit dem Internationalen Strafgerichtshof ein dauerhafter Spruchkörper zur Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen geschaffen.<sup>134</sup> Er ist seit dem Jahr 2003 tätig und hat seinen Sitz in Den Haag (Niederlande). Der Gerichtshof wird grundsätzlich nur dann aktiv, wenn die entsprechenden Delikte nicht von Staaten verfolgt werden.<sup>135</sup> Vor diesem Hintergrund wurde 2002 mit dem *Völkerstrafgesetzbuch*<sup>136</sup> in Deutschland ein Gesetz eingeführt, durch das völkerstrafrechtliche Delikte (wie z.B. Kriegsverbrechen) innerstaatlich geahndet werden können.<sup>137</sup> Weltweit bleiben bis heute aber einige prominente Staaten dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs fern.<sup>138</sup>

Die in den USA verübten Terroranschläge vom 11.9.2001 bildeten in vielerlei Hinsicht eine Zäsur, so auch im Strafrecht. In Deutschland wurden in der Folgezeit zur Terrorismusabwehr Straftatbestände eingeführt bzw. erweitert<sup>139</sup> – eine Entwicklung, die mitunter auch in Umsetzung europäischer und internationaler Rechtsvorgaben erfolgte.<sup>140</sup> Darüber hi-

<sup>119</sup> Wirth/Kroll, Morduntersuchung in der DDR, 2014, S. 17.

<sup>120</sup> GBl. der DDR 1968 I, Nr. 1; vgl. hierzu M. Vormbaum, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 8), § 10 Rn. 3.

<sup>121</sup> Vgl. in diesem Kontext auch Marxen, in: Grundmann u.a. (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1201 (1203).

<sup>122</sup> Vgl. zum Ausmaß und zu den Details der Justizsteuerung: M. Vormbaum (Fn. 120), Rn. 67 ff.

<sup>123</sup> M. Vormbaum (Fn. 120), Rn. 73 ff.

<sup>124</sup> Rüping/Jerouschek (Fn. 51), Rn. 336.

<sup>125</sup> Überblick bei Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, Eine Bilanz, 1999, S. 8 ff., 66 ff., 102 ff.

<sup>126</sup> In Form des Beitritts der DDR (Weber, in: Weber [Hrsg.], Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch, 2. Ed., 2020).

<sup>127</sup> Siehe zur Frage des jeweils anwendbaren Strafrechts: Marxen/Werle (Fn. 125), S. 3 ff.

<sup>128</sup> Dort Abschnitt IV. 3.

<sup>129</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1.

<sup>130</sup> Sieht man einmal ab von einzelnen Themenbereichen, die während des Kalten Kriegs zum Gegenstand völkerrechtlicher Verträge wurden (vgl. hierzu Ahlbrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit, 1999, S. 124).

<sup>131</sup> Vgl. Werle/Jeßberger, JZ 2002, 725 (726).

<sup>132</sup> Vgl. hierzu Roggemann, Die Internationalen Strafgerichtshöfe, 1998, S. 212.

<sup>133</sup> Resolution Nr. 827 des UN-Sicherheitsrats vom 25.5.1993 über die Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (abrufbar unter:

[https://www.un.org/Depts/german/sr/sr\\_93/sr827.html](https://www.un.org/Depts/german/sr/sr_93/sr827.html)

[4.1.2021]) und Resolution Nr. 955 des UN-Sicherheitsrats vom 8.11.1994 über die Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda

([https://www.un.org/Depts/german/sr/sr\\_94/sr955.pdf](https://www.un.org/Depts/german/sr/sr_94/sr955.pdf)

[4.1.2021]); vgl. Safferling, JA 2000, 164 (164 ff.); Schabas, Introduction to the ICC, 2004, S. 10 ff.

<sup>134</sup> Vgl. Zimmermann, GYIL 45 (2002), 35 f.

<sup>135</sup> Vgl. zu diesem sog. Grundsatz der Komplementarität Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 312 ff.

<sup>136</sup> BGBl. I 2002, S. 2254 ff.

<sup>137</sup> Vgl. hierzu auch Kuhli, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010, S. 37 ff.

<sup>138</sup> Vgl. im Detail hierzu Werle/Jeßberger (Fn. 135), Rn. 74 ff.

<sup>139</sup> Zu nennen ist an dieser Stelle etwa der 2009 (BGBl. I 2009, S. 2437) eingeführte Straftatbestand der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB).

<sup>140</sup> Vgl. etwa zu den internationalen Vorgaben im Kontext von § 89a StGB: Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Mün-



naus gewann in der deutschen Strafrechtswissenschaft eine Debatte um ein sog. Feindstrafrecht neue Bedeutung, das Sonderregeln für bestimmte „Feinde“ impliziere bzw. implizieren solle;<sup>141</sup> jedoch wird die Zulässigkeit eines solchen Sonderrechts in einem Rechtsstaat heute überwiegend bestritten.<sup>142</sup> Auch die zunehmende Digitalisierung der Gesellschaft hat Auswirkungen auf das Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft: So werden in der jüngsten Zeit die Zulässigkeitsgrenzen internetbasierter Ermittlungsmethoden ebenso diskutiert<sup>143</sup> wie die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit beim Einsatz von Robotern.<sup>144</sup>

*(Der Beitrag wird fortgesetzt.)*

---

chener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 89a Rn. 12.

<sup>141</sup> Ausgangspunkt dieser Debatte: *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 ff.; neuere Texte des eben genannten Autors: *ders.*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47 (53); *ders.*, HRRS 2004, 88 (92).

<sup>142</sup> Überblick zu dieser Debatte: *Kuhli*, ZRph 2013, 97 (98 ff.).

<sup>143</sup> Vgl. etwa *Schlegel*, Normative Grenzen für internetbasierte Ermittlungsmethoden, Zugleich ein Beitrag zur Technikoffenheit strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen, 2019.

<sup>144</sup> Vgl. etwa *Hilgendorf*, ZStW 130 (2018), 674; *Kuhli*, in: Bublitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 887.