

# Grundzüge der Strafrechtsgeschichte

## Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart – Teil 2

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

*Der erste Teil dieses Aufsatzes ist in Ausgabe 1/2021 dieser Zeitschrift (ZJS 2021, 21) erschienen. Er enthält eine Einleitung (Abschnitt I.), eine Darlegung des (möglichen) Strafrechtsbegriffs (Abschnitt II.) und einen allgemeinen Überblick über die Strafrechtsgeschichte seit dem 18. Jahrhundert (Abschnitt III.). Der vorliegende zweite Teil knüpft hieran an und behandelt die Geschichte zentraler Ideen und Institute des Strafrechts (Abschnitt IV.). Zudem setzt er sich mit dem Sinn der Strafrechtsgeschichte auseinander (Abschnitt V.).*

### IV. Geschichte zentraler Ideen und Institute des Strafrechts

Die Strafrechtsgeschichte lässt sich unter anderem in der Weise darstellen, dass grundlegende Ideen und Institute in den Blick genommen werden. Dies bezieht sich auf die historische Entwicklung von Denkrichtungen (z.B. Idee der Abschreckung) und Einrichtungen (z.B. Folter), die die Strafrechtstheorie und Strafrechtspraxis im Zeitraum seit dem 18. Jahrhundert prägten. Der Gegenstand dieses Abschnitts lässt sich dabei in fünf Leitfragen fassen:

- Was soll strafbar sein?
- Warum soll jemand bestraft werden?
- Welche Funktion und Bedeutung hat das Strafgesetz?
- Welche Strafen soll es geben?
- Wie soll man herausfinden, wer zu bestrafen ist?

Die eben angesprochene erste Frage betrifft die möglichen Kriterien der Strafwürdigkeit (Abschnitt 1), die zweite Frage den Sinn und Zweck der Strafe (Abschnitt 2). Die dritte Frage bezieht sich unter anderen auf das sog. Gesetzlichkeitsprinzip (Abschnitt 3). Mit der vierten Frage werden die Sanktionsarten angesprochen (Abschnitt 4), während die fünfte Frage das Strafverfahren zum Gegenstand hat (Abschnitt 5). Die Darstellung in den folgenden Abschnitten ist jeweils zweigeteilt: Zunächst wird – gleichsam zeitunabhängig – in die betreffende Fragestellung eingeführt. Daran anschließend wird in den jeweiligen Unterabschnitten die historische Entwicklung nachgezeichnet.

#### 1. Kriterien der Strafwürdigkeit

Die oben aufgeworfene erste Frage lautet: Was soll strafbar sein? Dahinter verbirgt sich letztlich die Frage, welches Verhalten strafwürdig ist. Eine Antwort hierauf könnte rein formal ausfallen, indem man festlegt, dass all dasjenige strafwürdig ist, was von einer bestimmten Instanz (etwa dem Ge-

setzgeber) für strafwürdig erklärt wird. Eine solche Lösung hätte den Vorteil, dass die prinzipiell strafwürdigen Sachverhalte vom Rechtsanwender ohne großen Aufwand ermittelt werden könnten: Es würde nämlich üblicherweise ein Blick in das Gesetz reichen.<sup>1</sup> Allerdings würde man damit letztlich auch solchen Verhaltensweisen die Strafwürdigkeit zusprechen, die niemanden schädigen, die aber von einem gedachten diktatorischen Gesetzgeber für strafbar erklärt wurden. Diesem Problem könnte man möglicherweise dadurch entgegengehen, dass man die Strafwürdigkeit eines Sachverhalts davon abhängig macht, dass der entsprechende Sachverhalt von einem Gesetzgeber für strafbar erklärt sein muss, der demokratisch legitimiert ist. Allerdings bliebe dann immer noch das Problem, dass der Gesetzgeber selbst kein Kriterium hat, anhand dessen er entscheiden kann, welche Verhaltensweisen für strafbar erklärt werden sollten.

Man könnte die Frage der Strafwürdigkeit deshalb auch nach materiellen Kriterien beurteilen. So ließe sich etwa darauf abstellen, dass ein Verhalten gegen grundlegende Werte des menschlichen Zusammenlebens verstoßen muss. Allerdings wäre damit noch nicht geklärt, wer die Deutungshoheit über die Frage besitzt, welche Werte *grundlegend* sind. Letztlich bestünde also die Gefahr, dass ein unbestimmter Begriff (Strafwürdigkeit) durch einen anderen unbestimmten Begriff (grundlegender Wert) ausgetauscht wird. Sicherlich könnte eine solche Gefahr dann verringert werden, wenn die maßgeblichen Kriterien enger bestimmt werden. So ließe sich etwa festlegen, dass es um Werte der Gemeinschaft, um Werte des Einzelnen oder um beide Kategorien gehen soll. Allerdings ist im Folgenden zu sehen, dass nicht zu allen Zeiten dieselben Werte für schutzwürdig erklärt wurden.

#### a) Rechtsverletzungslehre und Rechtsgutslehre

Die Frage der Strafwürdigkeit wird seit dem 18. Jahrhundert durchaus unterschiedlich beantwortet. Ein mögliches Kriterium wurde von *Paul Johann Anselm von Feuerbach* aufgezeigt,<sup>2</sup> dem geistigen Vater des Bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813. Nach *Feuerbach*, der zum Teil an *Immanuel Kant*<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ausgeblendet bleiben damit hier diejenigen Fälle, in denen der Gesetzgeber ungeschriebene Strafregelungen erlässt.

<sup>2</sup> Die folgenden Ausführungen zur Rechtsverletzungslehre basieren auf *Kuhli*, RphZ 2015, 343.

<sup>3</sup> Vgl. zu diesem Bezug: *Naucke*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 203 (207 f.); *Ame- lung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 29, 33; vgl. zu *Feuerbachs* weiteren gedanklichen Vorgängern *Voltaire*, *Montesquieu* und *Wilhelm v. Humboldt*: *Roth*, in: Koch/Kubicieł/Löhnig/Pawlik (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, S. 525 (537 f.); vgl. zudem *Hilgendorf*, in: Koch/Kubicieł/Löhnig/Pawlik (a.a.O.), S. 149 (150 f.), der darlegt, „dass der Einfluss der politischen Aufklärungsphilosophie Frankreichs auf Feuerbach letztlich stärker war als der Einfluss Kants“; vgl. hierzu wiederum die

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg. Er dankt *Aylin Aslan*, *Bijan Khodadadeh*, *Dr. Christina Kuhli*, *Jan Hendrik May*, *Hannah Ofterdinger*, *Judith Papenfuß* und *Judith Zemmrich* für die wertvolle Unterstützung.

und die Lehren vom Gesellschaftsvertrag<sup>4</sup> anknüpfte, sollen Strafanordnungen ausschließlich dazu dienen, die Verletzung eines Rechts zu verhindern.<sup>5</sup> Einvernehmlich begangene Handlungen, die keine Rechte Dritter schädigen, dürfen damit grundsätzlich nicht zum legitimen Gegenstand eines Strafgesetzes werden.<sup>6</sup> Als Rechte im eben genannten Sinn kommen etwa das Lebensrecht, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Eigentumsrecht in Betracht.

Dementsprechend wurden die Deliktstypen der Verbrechen und Vergehen auch im Bayerischen Strafgesetzbuch (1813) als „Rechtsverletzungen“<sup>7</sup> umschrieben. So war etwa der einverständliche uneheliche Beischlaf an sich nicht strafbar.<sup>8</sup> Jedoch zeigte sich bereits hier das Problem, dass das Konzept der Rechtsverletzung bei *Feuerbach* nicht immer eindeutig zu bestimmen ist. Es ist nämlich stets eine Festlegung zu treffen, welche Personen sich für die Frage des Vorliegens einer Rechtsverletzung legitimerweise auf *ihr* Recht berufen dürfen. Während also der uneheliche Beischlaf für sich genommen nicht strafbar war, galt etwas anderes für den Tatbestand des Ehebruchs. *Feuerbach* begründete den Rechtsverletzungscharakter des Ehebruchs mit dem Umstand, dass diese Verhaltensweise das Recht des betrogenen Ehepartners „auf den *ausschliesslichen* naturgemässen Gebrauch der Geschlechtsteile“ verletze, welches wiederum aus dem Ehevertrag herrühre.<sup>9</sup> Das Bayerische Strafgesetzbuch<sup>10</sup> normierte das Vergehen des Ehebruchs dementsprechend als „Verletzung der ehelichen Treue“. Allerdings ist bei einem solchen Verständnis eine klare Unterscheidung zwischen Verletzung eines Rechts und bloßer Moralwidrigkeit letztlich kaum noch zu treffen.

Eine weitere praktische Einschränkung von *Feuerbachs* Rechtsverletzungslehre ergab sich daraus, dass das Bayerische Strafgesetzbuch auch sog. *Polizeiübertretungen* vorsah, die sich mit einer gewissen Simplifizierung mit heutigen Ordnungswidrigkeiten vergleichen lassen. Unter *Polizeiübertretungen* fasste das Bayerische Strafgesetzbuch unter anderem

„Handlungen und Unterlassungen, welche zwar an und für sich selbst Rechte des Staats oder eines Unterthans nicht verletzen, jedoch wegen der Gefahr für rechtliche

Ordnung und Sicherheit unter Strafe verboten oder geboten sind“.<sup>11</sup>

Gleichwohl ist zuzugestehen, dass *Feuerbach* in der Theorie und in der Praxis *zumindest den Grundsatz* aufgestellt hat, dass eine Verhaltensweise nicht strafwürdig ist, wenn sie ausschließlich gegen Gebräuche, Sitten oder Moralvorstellungen verstößt, nicht aber gegen Rechte. Auch heute noch wird in der Strafrechtswissenschaft auf *Feuerbachs* Ideen zurückgegriffen.<sup>12</sup> Seit dem 19. Jahrhundert finden sich in der wissenschaftlichen Diskussion zudem zahlreiche sog. *Rechtsgutslehren*.<sup>13</sup> Mit einer starken Vereinfachung lässt sich sagen, dass einzelne der verschiedenen Rechtsgutskonzeptionen, die bis heute vertreten werden, im Grundsatz eine ähnliche Zielrichtung aufweisen wie *Feuerbachs* Rechtsverletzungslehre.<sup>14</sup> Nach den Rechtsgutslehren ist das Strafrecht nur dann legitim, wenn es ein taugliches Rechtsgut (z.B. das Leben) schützt.<sup>15</sup> Hinsichtlich der Frage, welche Rechtsgüter tauglich (schutzwürdig) sind, besteht bis heute allerdings kein uneingeschränkter Konsens.<sup>16</sup>

#### b) Pflichtverletzungslehre im Dritten Reich

Im NS-Strafrechtsdenken stößt man auf Sichtweisen, die die Sicherung des potenziellen Opfers vor Straftaten und den Schutz des potenziellen Täters vor der Strafmacht weitgehend ausblenden. So wurde etwa der Rechtsgutsbegriff 1935 von dem Rechtswissenschaftler *Friedrich Schaffstein* (1905–2001) als „aufklärerisch-individualistisch [...]“ kritisiert.<sup>17</sup> Er bestimmte die Strafwürdigkeit stattdessen primär aus der Perspektive der Gemeinschaft,<sup>18</sup> also letztlich mit Bezug zum deutschen Volk. Eine Straftat erschien unter diesem Blickwinkel nicht als Verletzung eines Rechtsguts, sondern mitunter als Verstoß gegen einen Gemeinschaftswert, vor allem aber als Pflichtverletzung.<sup>19</sup>

#### c) Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts rückte die im Dritten Reich verworfene Rechtsgutslehre wieder stärker in den

Replik bei *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, S. 39 Fn. 60.

<sup>4</sup> *Amelung* (Fn. 3), S. 35.

<sup>5</sup> Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801, §§ 9, 12, 13, 14, 16 (S. 12 ff.).

<sup>6</sup> Vgl. zum Erfordernis des Rechts eines anderen die Darstellung bei *Jakobs*, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik (Fn. 3), S. 209 (211).

<sup>7</sup> Art. 2 des Bayerischen Strafgesetzbuchs.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu *Kubiciel*, in: Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik (Fn. 3), S. 393 (403).

<sup>9</sup> *Feuerbach* (Fn. 5), § 413 (S. 329); vgl. hierzu: *Kubiciel* (Fn. 8), S. 393 (405); *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 70 f.

<sup>10</sup> Art. 401; vgl. hierzu *Kubiciel* (Fn. 8), S. 393 (405) m.w.N.

<sup>11</sup> Art. 2.

<sup>12</sup> So etwa *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Rn. 11.

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1.

<sup>14</sup> Vgl. aber auch zum grundsätzlichen Unterschied zwischen Rechtsverletzungslehre und Rechtsgutslehre: *Vormbaum* (Fn. 3), S. 180.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor. § 1 Rn. 109.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 2 Rn. 2 ff.

<sup>17</sup> *Schaffstein*, in: *Vormbaum* (Hrsg.), Moderne deutsche Strafrechtsdenker, 2011, S. 284.

<sup>18</sup> *Schaffstein* (Fn. 17), S. 284 (285, 290).

<sup>19</sup> *Schaffstein* (Fn. 17), S. 284 (285, 290).

Fokus der Strafrechtswissenschaft.<sup>20</sup> Die Annahme, dass ein gesetzlicher Straftatbestand ein Rechtsgut schützen muss, lässt sich dabei durchaus auch mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des 1949 in Kraft getretenen Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland in Einklang bringen. So ist nämlich nach dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip eine belastende hoheitliche Maßnahme (z.B. ein Strafgesetz) zulässig, wenn die betreffende Maßnahme zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet und erforderlich ist und als angemessen gilt.<sup>21</sup> Soweit man den genannten legitimen Zweck in einem tauglichen Rechtsgut sieht, ergeben sich durchaus Überschneidungen zwischen dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Rechtsgutslehre.<sup>22</sup> Allerdings können sich Unterschiede daraus ergeben, dass das Bundesverfassungsgericht für sich selbst nur eine eingeschränkte Kompetenz zur Überprüfung der Verhältnismäßigkeit in Anspruch nimmt: Danach darf ein Gesetz nur in Extremfällen als unverhältnismäßig eingestuft werden.<sup>23</sup> Die Frage, ob sich aus der Rechtsgutskonzeption ein strengerer Prüfungsmaßstab ergibt, wurde vom Bundesverfassungsgericht 2008 in der sog. Inzestentscheidung verneint.<sup>24</sup> Das Gericht rekurrierte hierin zwar auch auf die Idee des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes, erkannte aber auch diesbezüglich einen erheblichen Spielraum der Legislative an:

„Es ist [...] grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei.“<sup>25</sup>

Die Entscheidung über die Frage der Strafwürdigkeit – also über das Vorliegen eines tauglichen Rechtsguts – soll nach dieser Sichtweise primär dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber zukommen.

## 2. Sinn und Zweck der Strafe

Welchen Sinn hat eine Bestrafung? Soll sie irgendwelchen Zwecken dienen? Beide Fragen lassen sich verbinden, wenn man die Sinnhaftigkeit einer Bestrafung davon abhängig macht, dass sie gerade bestimmten Zwecken dient. Ein derartiger Zweck kann etwa darin erblickt werden, dass durch die Bestrafung die Begehung weiterer Straftaten verhindert werden soll – eine *Präventionswirkung*, die auf unterschiedliche Art und Weise angestrebt werden kann. Bezieht man sie auf

die zu bestrafende Person (Spezialprävention),<sup>26</sup> so könnte ein Strafzweck etwa darauf gerichtet sein, dass ein verurteilter Delinquent die Bestrafung zum Anlass nimmt, sich in Zukunft zu bessern (positive Spezialprävention). Ein Strafzweck könnte aber etwa auch darin zu sehen sein, dass ein Delinquent für die Zukunft abgeschreckt wird (negative Spezialprävention).

Die Überzeugungskraft der präventiven Strafzweckerwägungen setzt stets voraus, dass die Mechanismen der Sicherung, Abschreckung und Besserung empirisch belegbar sind. Eine entsprechende Forderung stellt sich auch dann, wenn die Wirkungen einer Strafe nicht auf den Bestraften bezogen werden, sondern auf die Allgemeinheit bzw. Gesellschaft (sog. Generalprävention).<sup>27</sup> Von einer sog. negativen Generalprävention ist etwa die Rede, wenn die Sanktionierung eines verurteilten Straftäters der Abschreckung anderer Gesellschaftsmitglieder dienen soll. Von einer positiven Generalprävention spricht man unter anderem, wenn die Bestrafung eines Einzelnen das Vertrauen der Gesellschaft in die Normgeltung stärken bzw. wiederherstellen soll.<sup>28</sup>

Allgemein werden die präventiven Strafzwecklehren auch relative Straftheorien genannt, da die Strafe hiernach auf bestimmte Zwecke bezogen (lateinisch: *relatus*) ist. Hiervon zu unterscheiden sind die absoluten Straftheorien. Danach erfolgt die Bestrafung unabhängig bzw. losgelöst (lateinisch: *absolutus*) von Präventionszwecken. Von absoluten Straftheorien wird die Strafe etwa in der Vergeltung einer begangenen Straftat gesehen.<sup>29</sup>

Die Übergänge zwischen den Straftheorien sind durchaus fließend. So ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Sanktionierung gleichermaßen der Abschreckung der Allgemeinheit und der Stärkung des Normvertrauens der Gesellschaftsmitglieder dienen soll. Auch ist zu bedenken, dass die Bestrafung eines verurteilten Delinquenten nicht nur im Verhältnis zu diesem Wirkung entfalten kann, sondern gleichzeitig auch gegenüber anderen Gesellschaftsmitgliedern. Hinzu kommt, dass Strafzweckerwägungen durchaus auch kombinierbar sind. So ist es etwa möglich, die Entscheidung zwischen verschiedenen Bestrafungsarten (z.B. Freiheitsstrafe oder Geldstrafe) anhand generalpräventiver Erwägungen zu begründen, die Höhe der hiernach ausgewählten Bestrafungsart (z.B. die Dauer der Freiheitsstrafe) aber mittels spezialpräventiver Überlegungen zu bestimmen.

Zu vergegenwärtigen ist auch, dass die eben aufgezeigten Straftheorien im Einzelfall zu einer unterschiedlichen Strafhöhe führen können. Besteht beispielsweise keine Wiederholungsgefahr vonseiten eines Täters, so kann im Einzelfall aus spezialpräventiven Gründen eine sehr niedrige Strafe

<sup>20</sup> Roxin/Greco (Fn. 13), § 2 Rn. 1.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu Klatt/Meister, JuS 2014, 193.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu Greco, ZIS 2008, 234 (238).

<sup>23</sup> Dem Gesetzgeber komme im Detail ein sog. *Einschätzungsspielraum* zu (vgl. etwa BVerfG NJW 2008, 1137 [1140] hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Inzeststrafatbestands gem. § 173 StGB).

<sup>24</sup> BVerfG NJW 2008, 1137 (1138 Rn. 39).

<sup>25</sup> BVerfG NJW 2008, 1137 (1138 Rn. 35); kritisch hierzu Greco, ZIS 2008, 234.

<sup>26</sup> Vgl. zu diesem Begriff: Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 1 Rn. 17.

<sup>27</sup> Vgl. zu diesem Begriff: Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 26), § 1 Rn. 22.

<sup>28</sup> Eine Ausprägung der Theorie der positiven Generalprävention wird heute etwa vertreten von Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1991, 1/4 ff., 11, 14 f.

<sup>29</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 3 Rn. 10, 14.

geboten sein, während generalpräventive Überlegungen zur Forderung einer höheren Strafe für dieselbe Tat führen können.<sup>30</sup> Die Bemessung der Strafe setzt demnach die Entscheidung voraus, welche der in Betracht kommenden Straftheorien im Einzelfall maßgeblich sein soll.

Im Theoriediskurs vom 18. bis 21. Jahrhundert sind grundsätzlich alle eben genannten Straftheorien vorzufinden. Allerdings wurden nicht alle Theorien durchgängig vertreten. Auch lassen sich Zeiten und Kontexte aufzeigen, in denen bestimmte Straftheorien wirkmächtiger waren als andere.

#### a) 18. und frühes 19. Jahrhundert

Die Annahme, dass die Verhängung einer Strafe abschreckende Wirkung gegenüber der Allgemeinheit entfalten soll, war im 18. Jahrhundert durchaus verbreitet. Sie findet sich bei dem Aufklärungsphilosophen *Cesare Beccaria*<sup>31</sup> ebenso wie bei dem Herrscher *Friedrich II.* von Preußen. So erließ Letzterer im Jahr 1749 eine Anweisung, zur allgemeinen Abschreckung am öffentlichen Vollzug der quälenden Hinrichtungsart des Räderns festzuhalten, den Hinzurichtenden jedoch in den meisten Fällen vor dem eigentlichen Strafvollzug heimlich töten zu lassen.<sup>32</sup> Man stößt hier also auf ein Nebeneinander zweier Anordnungen, von denen die eine (nämlich die Tötung vor dem Rädern) aus humanitären Gründen motiviert gewesen sein dürfte, während die andere (die Geheimhaltung) der generellen Abschreckung diene. Demgegenüber sprach *Beccaria* einer lebenslangen Knechtschaft von vornherein eine stärkere Präventionswirkung zu als einer Hinrichtung.<sup>33</sup>

*Immanuel Kant* wiederum wandte sich dem Grunde nach gegen ein reines Präventionsdenken im Strafrecht. So heißt es bei ihm:

„Richterliche Strafe [...] kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wiewider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, [...]“.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Vgl. in diesem Kontext: *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 75 f.

<sup>31</sup> *Beccaria*, in: *Beccaria* (Verf.), *Von den Verbrechen und von den Strafen* (1764), 2004, S. 10, 31 f., 50 ff.; vgl. z.B. ebd., S. 52: „[E]ben dies ist der Vorteil der Strafe der Knechtschaft, die denjenigen, der ihr zuschaut, mehr in Schrecken versetzt als denjenigen, der sie erduldet“.

<sup>32</sup> Vgl. Order *Friedrichs II.* an *Etatsminister Bismarck* vom 11. Dezember 1749, teilweise abgedruckt in: *Schmoller/Hintze* (Hrsg.), *Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert*, Bd. 8 (*Acta Borussica*), 1906, Nr. 287 (S. 620); vgl. in diesem Kontext *Heinrich*, *Friedrich II. von Preußen*, 2009, S. 263.

<sup>33</sup> *Beccaria* (Fn. 31), S. 50 ff.

<sup>34</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, in: *Weischedel* (Hrsg.), *Immanuel Kant, Werkausgabe*, Bd. 8, 1. Aufl. 1977, S. 453

Zwecküberlegungen dürfen nach *Kant* höchstens am Rande Bedeutung besitzen. Demnach müsse ein Mensch „vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen“.<sup>35</sup> Der maßgebliche Strafgrund besteht für *Kant* in der Vergeltung der Tat.<sup>36</sup>

*Kants* Kritik des reinen Zweckdenkens im Strafrecht änderte aber nichts daran, dass auch in der Folgezeit weiterhin präventive Theorien vertreten wurden. Als besonders wirkmächtig erwies sich eine generalpräventive Lehre, die an der Wende zum 19. Jahrhundert von *Feuerbach* entwickelt wurde. Im Unterschied zu anderen richtete er den Fokus auf eine Abschreckungswirkung der *Strafandrohung*: Durch die gesetzliche Androhung einer Sanktion könnten potentielle Straftäter von der Tatbegehung abgehalten werden, wohingegen der Zweck der Strafzufügung einzig darin bestehe, die Wirksamkeit der Strafandrohung zu untermauern.<sup>37</sup> Dieser Sichtweise von *Feuerbach* lag die Idee zugrunde, dass der einzelne potenzielle Straftäter zwischen den „Kosten“ und dem Nutzen einer Straftat abwäge – eine Idee, die allerdings Affekthandlungen letztlich vernachlässigte. Aus einer anderen Richtung wiederum stammte die Kritik von *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* (1770–1831). Der Philosoph bemängelte, bei *Feuerbach* werde der Mensch wie ein Tier behandelt:

Die gesetzliche Strafdrohung im *Feuerbachs*chen Sinn „setzt den Menschen als nicht Freien voraus und will durch die Vorstellung eines Übels zwingen. [...] Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt. Aber die Drohung [...] stellt die Gerechtigkeit ganz beiseite.“<sup>38</sup>

#### b) Spezialprävention und Schulenstreit

Die Lehre der Spezialprävention wurde Ende des 19. Jahrhunderts wirkmächtig durch *Franz v. Liszt*. Der Rechtswissenschaftler kritisierte an den absoluten Theorien, aus ihnen lasse sich „ein festes Prinzip des Strafmaßes nicht ableiten“.<sup>39</sup> Eine Strafe sei vielmehr nur dann gerecht, wenn sie notwendig sei.<sup>40</sup> Der Bezugspunkt dieses Zweckdenkens besteht dabei in dem Erfordernis, durch Einwirkung auf den einzelnen Delinquenten zukünftige Straftaten zu verhindern. Die Besonderheit der *v. Liszts*chen Präventionstheorie besteht

(dort mit Hervorhebungen); vgl. hierzu auch *Hattenhauer*, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4. Aufl. 2004, Rn. 1625.

<sup>35</sup> *Kant* (Fn. 34), S. 453; vgl. auch zur subsidiären Bedeutung sonstiger Aspekte (wie z.B. Abschreckung und Besserung) bei *Kant*: *Höffe*, *Immanuel Kant*, 7. Aufl. 2007, S. 243 f.

<sup>36</sup> Vgl. *Höffe* (Fn. 35), S. 243.

<sup>37</sup> *Feuerbach* (Fn. 5), § 18 (S. 16).

<sup>38</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1986, Zusatz zu § 99 (S. 190).

<sup>39</sup> *v. Liszt*, in: *Vormbaum* (Fn. 17), S. 211 (216).

<sup>40</sup> *v. Liszt* (Fn. 39), S. 211 (216 f.).

darin, dass er drei Kategorien von Verbrechern unterscheidet, denen er eigene Sanktionsformen zuordnet:

1. „Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher;
2. Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher;
3. Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher.“<sup>41</sup>

Wie bereits im ersten Teil dieses Beitrags<sup>42</sup> angesprochen wurde, waren diese Überlegungen Ende des 19. Jahrhunderts keineswegs konkurrenzlos. Während sich unter *Franz v. Liszt* eine als modern bezeichnete Schule formierte, die den Zweckgedanken und spezialpräventive Kriterien zum Gegenstand hatte, vertrat die sog. klassische Schule um *Karl Binding* grundsätzlich eine Vergeltungslehre.<sup>43</sup> Der hieraus entstehende strafrechtliche Schulenstreit beeinflusste lange Zeit auch die gesetzgeberische Reformdiskussion.

### c) Weitere Entwicklungen bis zur Gegenwart

Im Dritten Reich rückte die Idee der Sicherung der Allgemeinheit vor dem Täter in den Fokus.<sup>44</sup> In der strafrechtlichen Reformdiskussion, die in den 1950er Jahren in der Bundesrepublik Deutschland wieder begann,<sup>45</sup> wurden verschiedene relative und absolute Straftheorien verfochten.<sup>46</sup> Die Reformgesetze, die schließlich in Kraft traten, stellten insoweit eine Synthese dar.<sup>47</sup> Eine Kumulation verschiedener Strafzwecke zeigt sich auch in den heutigen Regelungen der Strafbemessung.<sup>48</sup> So wird etwa teilweise auf Wirkungen abgestellt, „die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind“<sup>49</sup> (positive Spezialprävention), zum Teil aber auch auf das Erfordernis der „Verteidigung der Rechtsordnung“<sup>50</sup> (positive Generalprävention).

### 3. Strafgesetz und Gesetzlichkeitsprinzip

Die Frage nach der Bedeutung und Funktion eines Strafgesetzes lässt sich auf unterschiedlichen Ebenen diskutieren. So ist grundsätzlich festzuhalten, dass in solchen Rechtssystemen, in denen ein Gericht alle *von ihm* für strafwürdig gehaltenen Verhaltensweisen sanktionieren darf, keine speziellen Strafgesetze nötig wären. Anders verhält es sich in solchen

Rechtssystemen, in denen die Verurteilung einer Person einen Verstoß gegen eine gesetzliche Strafvorschrift voraussetzt. Hiermit ist das sog. nulla-poena-Prinzip (nulla poena sine lege = keine Strafe ohne Gesetz) angesprochen, dessen historische Entwicklung in Deutschland im Folgenden nachzuzeichnen ist. Prinzipiell können dabei aus diesem Prinzip folgende Grundsätze abgeleitet werden:

- Es muss überhaupt ein Strafgesetz existieren, das die jeweilige Tat erfasst. Ungeschriebenes Gewohnheitsrecht reicht also nicht aus (Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts).
- Ein Strafgesetz muss klar verständlich formuliert sein (Bestimmtheitsgrundsatz).
- Ein Strafgesetz darf nicht zulasten des Täters auf solche Fälle erstreckt werden, die nicht vom möglichen Wortsinn des Gesetzes gedeckt sind (Analogieverbot).
- Ein Strafgesetz muss im Zeitpunkt der Tat bereits in Kraft sein, darf also nicht rückwirkend auf Taten angewendet werden, die vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzes stattgefunden haben (Rückwirkungsverbot).<sup>51</sup>

#### a) 18. und frühes 19. Jahrhundert

Das nulla-poena-Prinzip hat verschiedene Wurzeln: Als Grundsatz, mit dem die Strafmacht gebändigt werden soll, entsprach es klassischen Forderungen der Aufklärung.<sup>52</sup> Zeitgenössische Herrscher, die sich dieser Geisteshaltung verbunden fühlten, setzten im 18. Jahrhundert Gesetze und Kodifikationen in Kraft, die einigen Forderungen der Aufklärung Rechnung trugen. So enthielt etwa das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (1794) eine Vielzahl detaillierter Einzelfallregelungen.<sup>53</sup> Mit dieser gesetzgeberischen Konzeption ging die Idee einher, dass die Gerichte streng an das Gesetz gebunden sein sollten.<sup>54</sup> Allerdings ist zu bedenken, dass ein solches Gebot letztlich nicht nur den Untertanen diente, sondern auch dem preußischen Herrscher nutzen konnte, da die Gerichte hierdurch an seinen Willen gebunden wurden.<sup>55</sup>

Eine weitere Wurzel – nämlich eine spezifisch generalpräventive Lesart – erhielt das Gesetzlichkeitsprinzip in Deutschland um 1800 bei *Feuerbach*. Dieser knüpfte an die Erwägung an, dass eine Strafandrohung höchstens abschreckend wirken kann, wenn sie für alle (und damit insbesondere auch für potenzielle Straftäter) erkennbar ist – ein Gebot,

<sup>41</sup> v. Liszt (Fn. 39), S. 211 (218 f.; dort mit Hervorhebungen).

<sup>42</sup> Dort Abschnitt III. 3. (*Kuhli*, ZJS 2021, 21 [23 ff.]).

<sup>43</sup> Vgl. die Darstellung des Schulenstreits bei *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 254, 256.

<sup>44</sup> Vgl. *Vormbaum* (Fn. 3), S. 181.

<sup>45</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 4 Rn. 16.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu im Detail *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 4 Rn. 17 ff.

<sup>47</sup> Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 30), S. 103; *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 4 Rn. 24.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 15), § 46 Rn. 33 (m.w.N. auch zur Gegenansicht).

<sup>49</sup> § 46 Abs. 1 S. 2 StGB.

<sup>50</sup> § 47 Abs. 1 StGB.

<sup>51</sup> Eine Ausnahme mag für Strafmilderungen gelten, die erst nach der Tatbegehung in Kraft treten.

<sup>52</sup> Vgl. etwa *Beccaria* (Fn. 31), S. 10 ff.: *Beccaria* stützt das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip auf kontraktualistische Erwägungen (vgl. aber auch die abweichende Interpretation von *Naucke*, in: *Beccaria* [Fn. 31], S. IX ff. [XXIX]).

<sup>53</sup> Vgl. *Hattenhauer* (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 1996, S. 8.

<sup>54</sup> Vgl. *Kuhli*, *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, 2012, S. 246.

<sup>55</sup> Vgl. zu *Friedrichs* entsprechender doppelter Zielsetzung: *Kuhli* (Fn. 54), S. 193 ff., 198.

aus dem sich etwa der Bestimmtheitsgrundsatz, das Rückwirkungsverbot und das Erfordernis einer gesetzlichen Strafbegründung herleiten ließen.<sup>56</sup> Gesetzlichen Ausdruck fand das nulla-poena-Prinzip an vorderster Stelle im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813.<sup>57</sup> Kritisch anzumerken ist allerdings, dass dieses Gesetz – im Einklang mit *Feuerbachs* Theorie der Abschreckung durch Strafandrohung (Strafgesetz) – durchaus harte Sanktionen vorsah.<sup>58</sup>

#### b) 19. und frühes 20. Jahrhundert

Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde das nulla-poena-Prinzip zum Bestandteil weiterer Strafgesetze, die zeitlich nach Erlass des Bayerischen Strafgesetzbuchs in Kraft traten. Wichtige Beispiele bilden etwa § 2 des Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851<sup>59</sup> und § 2 Abs. 1 des 1872 in Kraft getretenen Reichsstrafgesetzbuchs. Auch wissenschaftlich wurde die Existenz eines strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips um die Jahrhundertwende im Ergebnis akzeptiert, wobei die Begründungen durchaus divergierten. So hielt etwa *Binding* dieses Prinzip keineswegs für zwingend, akzeptierte es jedoch als eine Verpflichtung, die sich der Gesetzgeber selbst auferlegt hat.<sup>60</sup> *Liszt* rückte stattdessen den individualschützenden Charakter des Gesetzlichkeitsprinzips in den Fokus: Dieser Grundsatz sei „das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt“ und schütze „den Einzelnen gegen die rücksichtslose Macht der Mehrheit“.<sup>61</sup> Auch der Gesetzgeber des frühen 20. Jahrhunderts hielt am nulla-poena-Prinzip fest. In der 1919 in Kraft getretenen Weimarer Reichsverfassung wurden jedenfalls einzelne Bestandteile dieses Prinzips mit Verfassungsrang versehen.<sup>62</sup>

#### c) Drittes Reich

Nach der sog. „Machtergreifung“ durch die Nationalsozialisten blieb das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip gem. § 2 Abs. 1 des Reichsstrafgesetzbuchs formal in Kraft. Allerdings wurden nach und nach fast alle Bestandteile dieses Prinzips ausgehöhlt. So wurden zwischen 1933 und 1945 Strafgesetze erlassen, die in ihren Voraussetzungen sehr unbestimmt waren.<sup>63</sup> Zudem wurde das Analogieverbot dadurch entwertet,<sup>64</sup>

dass § 2 des Reichsstrafgesetzbuchs im Jahr 1935 folgende neue Fassung erhielt (sog. Analogienovelle):

„Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.

Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“<sup>65</sup>

Auch das Rückwirkungsverbot erfuhr eine deutliche Relativierung, und zwar aus Anlass des sog. Reichstagsbrandprozesses, der im Jahr 1933 vor dem Reichsgericht stattfand. In diesem Strafverfahren wurden *Marinus van der Lubbe* und andere Personen beschuldigt, am 27. Februar 1933 im Reichstagsgebäude in Berlin Feuer gelegt zu haben.<sup>66</sup> Nach dem Brand erließen die Nationalsozialisten Regelungen, die für die mutmaßliche Tat die Todesstrafe vorsahen, obwohl in der Nacht des Reichstagsbrandes noch eine mildere Rechtsfolge gegolten hatte.<sup>67</sup> Der Sache nach handelte es sich hierbei also um eine rückwirkende Strafschärfung.<sup>68</sup>

#### d) Von der Nachkriegszeit bis zur Gegenwart

##### aa) Gesetz- und Verfassungsgebung

Das 1949 in Kraft getretene Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland normierte das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip wieder in einem strengen Sinn: Nach Art. 103 Abs. 2 dieser Verfassung kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Eine entsprechende Regelung wurde in der jungen Bundesrepublik auch im Strafgesetzbuch normiert.<sup>69</sup>

Die strikte Geltung des nulla-poena-Prinzips im Strafgesetzbuch der Bundesrepublik und im Grundgesetz ändert allerdings nichts daran, dass auch nach 1949 immer wieder Strafgesetze erlassen werden, die im Hinblick auf dieses Prinzip durchaus problematisch sind. So gestattet der Gesetzgeber etwa mit dem 2007 eingeführten Stalking-Straftatbestand<sup>70</sup> faktisch eine Analogiebildung durch die Rechtsanwender.<sup>71</sup> Während in § 238 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StGB mehr oder weniger konkrete Stalking-Verhaltensweisen genannt werden, lässt Nr. 5 dieser Regelung „eine andere vergleichbare Handlung“ ausreichen. Besondere Probleme bereiten auch Straftatbestände, die andere Regelungen bzw. Rechtsakte in

<sup>56</sup> Vgl. *Feuerbach* (Fn. 5), § 24 (S. 20); vgl. hierzu auch die Darstellung bei *Vormbaum* (Fn. 3), S. 42 f.

<sup>57</sup> *Rüping/Jerouschek* (Fn. 43), Rn. 204.

<sup>58</sup> *Greco*, in: Koch/Kubicel/Löhnig/Pawlik (Fn. 3), S. 285 (287 f.); *Koch*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 7 Rn. 31.

<sup>59</sup> Abgedruckt in: *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 539.

<sup>60</sup> Vgl. hierzu *Vormbaum* (Fn. 3), S. 134.

<sup>61</sup> v. *Liszt*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893), zit. nach: *Vormbaum* (Fn. 39), S. 224 (233).

<sup>62</sup> Art. 116; unklar war jedoch, ob dieses Verfassungsprinzip auch eine rückwirkende Strafschärfung untersagte.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu Abschnitt III. 4. im ersten Teil dieses Aufsatzes (*Kuhli*, ZJS 2021, 21 [25 f.]).

<sup>64</sup> Vgl. auch *Rüping/Jerouschek* (Fn. 43), Rn. 278.

<sup>65</sup> RGBl. I 1935, S. 839.

<sup>66</sup> Vgl. BGH NSTZ 1983, 424; *Pagenkopf*, NJW 2002, 2442; demgegenüber ist die Frage der Täterschaft bis heute nicht geklärt (*Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 458).

<sup>67</sup> Vgl. im Einzelnen *Schwahn*, NJW 1998, 2568 (2569); *Vormbaum* (Fn. 3), S. 189 f.

<sup>68</sup> Vgl. *Vormbaum* (Fn. 3), S. 189 f.

<sup>69</sup> BGBl. 1953 I, S. 735 (737).

<sup>70</sup> Offizieller Name der Vorschrift: „Nachstellung“.

<sup>71</sup> *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 238 Rn. 5.

Bezug nehmen: Das im Jahr 2002 eingeführte Völkerstrafgesetzbuch<sup>72</sup> verweist in den Voraussetzungen einiger seiner Straftatbestände sogar auf ungeschriebene völkerrechtliche Bestimmungen, was im Hinblick auf das Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts gem. Art. 103 Abs. 2 GG kritikwürdig ist.<sup>73</sup>

#### bb) Nachträglicher Umgang mit dem Nationalsozialismus und der DDR

Nach 1945 stellte sich in der deutschen Geschichte mehrmals die Frage, ob nach einem Systemwechsel solche Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden dürfen, die im Zeitpunkt ihrer Begehung zumindest faktisch nicht geahndet wurden.<sup>74</sup> Diese Problematik betraf zum einen Gewalttätigkeiten und Unterdrückungsmaßnahmen, die durch das NS-Regime (1933–1945) veranlasst, gedeckt oder gefördert worden waren, und zum anderen solche Verhaltensweisen, die im Auftrag bzw. mit Billigung des DDR-Regimes (1949–1990) stattgefunden hatten, z.B. Schusswaffeneinsätze an der innerdeutschen Grenze (sog. Mauerschützenfälle), Wahlfälschungen, Sportdoping und Denunziationen.<sup>75</sup>

Die Frage, ob derartige Verhaltensweisen nachträglich bestraft werden können bzw. dürfen, wurde nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs (1945) bzw. nach der Wiedervereinigung (1990) politisch und juristisch diskutiert.<sup>76</sup> Die rechtliche Debatte kreiste dabei unter anderem um die Frage, ob eine nachträgliche Verurteilung einen Verstoß gegen ein Rückwirkungsverbot begründet. Als Quelle dieses Verbots kommt seit 1949 etwa die oben genannte Verfassungsbestimmung gem. Art. 103 Abs. 2 GG in Betracht. Die Annahme einer verbotenen Rückwirkung lässt sich in derartigen Fällen regelmäßig nur mit zwei alternativen Begründungen bestreiten:

- *Begründung I:* Eine nachträgliche Bestrafung verstößt nicht gegen das Rückwirkungsverbot, da es nur mit bestimmten (unten noch auszuführenden) Einschränkungen gilt.
- *Begründung II:* Eine nachträgliche Bestrafung begründet keine Rückwirkung, weil die maßgeblichen Handlungen im Tatzeitpunkt durchaus strafbar waren. Eine faktische Straflosigkeit in der NS- bzw. DDR-Zeit ist später also unbeachtlich, da eine Bestrafung bereits in der NS- bzw. DDR-Zeit hätte erfolgen müssen.

<sup>72</sup> BGBl. I 2002, S. 2254 ff.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu *Kuhli*, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010.

<sup>74</sup> Ausgeblendet bleibt in diesem Beitrag die Frage, wie mit denjenigen Fällen umzugehen ist, in denen der jeweilige Täter unter Zwang (z.B. unter Befehl oder Drohungen) handelte.

<sup>75</sup> Überblick bei *Marxen/Werle*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz, 1999, S. 8 ff., 66 ff., 102 ff.

<sup>76</sup> Vgl. etwa *Weinke*, Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit. Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20. Jahrhundert, 2016, S. 290 ff.

Ein theoretischer Ansatz für die *Begründung II* findet sich nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs bei *Gustav Radbruch* (1878–1949). Er legte in einem Beitrag von 1946 dar, dass jedes – positive<sup>77</sup> – Gesetz zumindest Rechtssicherheit erzeuge.<sup>78</sup> Hieraus folgte *Radbruch*, dass ein inhaltlich ungerechtes positives Gesetz nur dann keine Verbindlichkeit<sup>79</sup> entfalte, wenn es in einem unerträglichen Maß der Gerechtigkeit widerspricht.<sup>80</sup> Wirkungslos seien auch solche Gesetze, die einen diskriminierenden Inhalt aufweisen.<sup>81</sup> Unter Zugrundelegung des zuletzt genannten Maßstabs kam *Radbruch* nach der NS-Zeit zu dem Schluss, dass „ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt“ waren.<sup>82</sup> Soweit sich ein NS-Täter, der beispielweise 1943 einen anderen Menschen getötet hatte, nach 1945 auf einen diskriminierenden Rechtfertigungsgrund von 1943 berufen wollte, konnte man dem Täter also argumentativ mit der eben genannten *Radbruchschen* Formel entgegenreten.

Bezugnahmen auf die Gedanken *Radbruchs* finden sich sowohl in der Nachkriegsjustiz<sup>83</sup> als auch in den sog. Mauerschützenprozessen, die nach der deutschen Wiedervereinigung stattfanden.<sup>84</sup> Gegenstand dieser Strafverfahren war die Tötung bzw. Verletzung von Menschen, die versucht hatten, die innerdeutsche Grenze zwischen der DDR und der Bundesrepublik zu überwinden.<sup>85</sup> Es stellte sich die Frage, ob Grenzsoldaten, Vorgesetzte und politisch Verantwortliche für diese in der DDR begangenen Taten nach der Wiedervereinigung wegen Totschlags bzw. Mordes verurteilt werden dürfen. Der Bundesgerichtshof entschied im Jahr 1992, dass eine mit Dauerfeuer erfolgte Tötung eines über die Grenze Flüchtenden bereits im betreffenden Tatzeitpunkt (1984) nicht gerechtfertigt gewesen sei, sodass eine nachträgliche Verurteilung nicht gegen das Rückwirkungsverbot verstoße.<sup>86</sup> In diesem Kontext rekurrierte das Gericht unter anderem auch auf die *Radbruchsche* Formel von 1946.<sup>87</sup>

Während der Bundesgerichtshof also in den Mauerschützenfällen von vornherein eine Rückwirkung der Bestrafung verneinte (= oben genannte *Begründung II*), argumentierte das Bundesverfassungsgericht in anderer Weise (= oben genannte *Begründung I*): Im Jahr 1996 entschied das Verfassungs-

<sup>77</sup> Damit meinte *Radbruch* z.B. geschriebene Rechtsnormen, die von einem staatlichen Gesetzgeber verabschiedet werden.

<sup>78</sup> *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

<sup>79</sup> Vgl. hierzu *Kuch*, JuS 2020, 720.

<sup>80</sup> *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

<sup>81</sup> Hinsichtlich dieser Fallgruppe spricht *Radbruch* sogar davon, dass derartige Gesetze „überhaupt der Rechtsnatur“ entbehren (*Radbruch*, SJZ 1946, 105 [107]).

<sup>82</sup> *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

<sup>83</sup> Vgl. hierzu *Vassalli*, *Radbruchsche* Formel und Strafrecht, 2010, S. 51 ff.

<sup>84</sup> Vgl. *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 58), § 1 Rn. 37.

<sup>85</sup> Die folgende Darstellung zur strafrechtlichen Behandlung der Mauerschützenfälle basiert auf *Kuhli* (Fn. 73), S. 164 ff.

<sup>86</sup> BGH NJW 1993, 141 ff.

<sup>87</sup> BGH NJW 1993, 141 (144), unter Bezugnahme auf *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

gericht nämlich, dass eine nach der Wiedervereinigung erfolgte Verurteilung eines Mauerschützen und weiterer Verantwortlicher der DDR nicht gegen das Rückwirkungsverbot verstoße. Hierbei stellte das Bundesverfassungsgericht nicht auf eine Strafbarkeit im Tatzeitpunkt ab, sondern rekurrierte darauf, dass das Rückwirkungsverbot in denjenigen Fällen keinen Vertrauensschutz gewährleistet, in denen Träger einer Staatsmacht Unrechtshandlungen begünstigen.<sup>88</sup>

#### 4. Sanktionsarten

Betrachtet man den hier interessierenden Zeitraum seit dem 18. Jahrhundert, so lassen sich im Wesentlichen folgende strafrechtliche Sanktionsarten unterscheiden:

- Todesstrafe und Leibesstrafen (z.B. Stockschläge)
- Freiheitsentziehende Sanktionen (z.B. Gefängnisstrafe)
- Ökonomische Sanktionen (z.B. Geldstrafe)
- Ehrenstrafen (z.B. Prangerstehen).

Dabei lassen sich aber durchaus auch Kombinationen bzw. fließende Übergänge zwischen den Strafarten feststellen. Dies betrifft beispielsweise die Arbeitsstrafe, die durchaus Elemente einer ökonomischen Strafe, einer freiheitsentziehenden Sanktion und einer Leibesstrafe aufweisen kann.

##### a) 18. und frühes 19. Jahrhundert

Im österreichischen Allgemeinen Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung (sog. *Josephinisches Strafgesetzbuch*)<sup>89</sup> von 1787 wurden als Sanktionen unter anderem die Todesstrafe, verschiedene Formen der Freiheits- und Körperstrafen sowie das Prangerstehen genannt.<sup>90</sup> Mit der Todesstrafe sah dieses Gesetz dabei eine Sanktionsform vor, die zuvor bereits von *Beccaria* öffentlich kritisiert worden war.<sup>91</sup> Für das Großherzogtum Toskana war 1786 sogar ein Strafgesetz erlassen worden, das für einige Jahre auf die Todesstrafe verzichtete.<sup>92</sup> Vielerorts war diese Sanktionsform Ende des 18. Jahrhunderts aber noch in Kraft.<sup>93</sup> Auch von *Kant* wurde sie befürwortet, da sie aus dem Vergeltungsgedanken und dem Prinzip der Gleichheit abzuleiten sei. So schreibt der Philosoph: Hat jemand „gemordet, so muß er sterben. [...] Es ist keine Gleichartigkeit zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode, [...]“.<sup>94</sup>

Allgemein lassen sich im 18. Jahrhundert verschiedene Formen freiheitsentziehender Sanktionen feststellen, von denen im Folgenden zwei Arten zu nennen sind:

- Das *Gefängnis* gilt in Deutschland als älteste Art der Freiheitsstrafe. Mit dieser Sanktionsform wurde im Allgemeinen auf Kleindelinquenz reagiert. Die Gefängnisstrafe zeichnete sich dabei üblicherweise durch eine fehlende Arbeitsverpflichtung und durch eine vergleichsweise geringe Dauer aus.<sup>95</sup>
- Das *Zuchthaus* hat seinen Ursprung im England des 16. Jahrhunderts.<sup>96</sup> Zunächst dominierten in dieser Einrichtung noch Ideen der Armenfürsorge<sup>97</sup> und erzieherische Erwägungen, indem hier Bettler und andere zur Arbeit verpflichtet wurden.<sup>98</sup> Auf dem europäischen Kontinent<sup>99</sup> diente das Zuchthaus später auch der Bestrafung bestimmter Personenkreise.<sup>100</sup>

Auch im 19. Jahrhundert blieb es bei dem Nebeneinander verschiedener Formen der Freiheitsentziehung.<sup>101</sup> Zudem lässt sich auch feststellen, dass die Relevanz der Freiheitsstrafen zunimmt.<sup>102</sup>

##### b) Weitere Entwicklungen bis zur Gegenwart

Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 sah neben der Todesstrafe und der Geldstrafe unter anderem auch Zuchthaus und Gefängnis vor.<sup>103</sup> Die Todesstrafe galt damit auch in denjenigen deutschen Territorien, in denen sie in der Vergangenheit bereits beseitigt worden war.<sup>104</sup> Im Dritten Reich nahm der inhaltliche Anwendungsbereich dieser Sanktionsform drastisch zu.<sup>105</sup> Mit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland 1949 wurde die Todesstrafe abgeschafft;<sup>106</sup> in der DDR erfolgte die Beseitigung dieser Sanktionsform im Jahr 1987.<sup>107</sup> In der Bundesrepublik Deutschland trat im Jahr 1969 eine Einheitsfreiheitsstrafe an die Stelle der bis dato geltenden unterschiedlichen Formen der Freiheitsstrafe.<sup>108</sup> Heute gibt es im Erwachsenenstrafrecht nur noch zwei hauptsächliche<sup>109</sup>

<sup>88</sup> BVerfGE 95, 96 (133).

<sup>89</sup> Abgedruckt in: *Buschmann* (Fn. 59), S. 224 ff.

<sup>90</sup> §§ 20, 21, 25, 32, 33 des ersten Teils des Josephinischen Strafgesetzbuchs.

<sup>91</sup> So von *Beccaria* (Fn. 31), S. 48 ff., 54.

<sup>92</sup> Vgl. *Hattenhauer* (Fn. 34), Rn. 1623; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, S. 92; *Naucke*, in: *Beccaria* (Fn. 31), S. XVI.

<sup>93</sup> Vgl. *Kroeschell* (Fn. 92), S. 92.

<sup>94</sup> *Kant* (Fn. 34), S. 455 (dort mit Hervorhebungen).

<sup>95</sup> *Krause*, Geschichte des Strafvollzugs, 1999, S. 55, 57.

<sup>96</sup> *Krause* (Fn. 95), S. 30.

<sup>97</sup> *Krause* (Fn. 95), S. 30.

<sup>98</sup> *Lieberwirth*, in: Cordes u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2008, Sp. 1761 (1762 f.); vgl. *Vormbaum* (Fn. 3), S. 104.

<sup>99</sup> Die weitere Entwicklung in England wird hier ausgeblendet.

<sup>100</sup> *Lieberwirth* (Fn. 98), Sp. 1761 (1763 f.).

<sup>101</sup> Vgl. *Krause* (Fn. 95), S. 72.

<sup>102</sup> *Vormbaum* (Fn. 3), S. 104; vgl. *Krause* (Fn. 95), S. 72.

<sup>103</sup> Vgl. §§ 1, 14, 16, 17, 18 des Reichsstrafgesetzbuchs in der Fassung von 1871 (RGBl. 1871, S. 127 ff.).

<sup>104</sup> *Vormbaum* (Fn. 3), S. 80 f.

<sup>105</sup> Vgl. hierzu *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965 (Nachdr. 1995), § 350 (S. 433).

<sup>106</sup> Vgl. hierzu Abschnitt III. 5. b) im ersten Teil dieses Aufsatzes (*Kuhli*, ZJS 2021, 21 [27]).

<sup>107</sup> Vgl. hierzu Abschnitt III. 5. c) im ersten Teil dieses Aufsatzes (*Kuhli*, ZJS 2021, 21 [28]).

<sup>108</sup> *Krause* (Fn. 95), S. 92.

<sup>109</sup> Ausgeblendet bleibt die sog. Nebenstrafe des Fahrverbots (§ 44 StGB).

Sanktionsformen – die Geldstrafe (§ 40 StGB) und die Freiheitsstrafe (§ 38 StGB).

### 5. Strafverfahren

Die Begriffe *Strafprozess* und *Strafverfahren* werden hier gleichlautend verwendet. Nach der heute gültigen Rechtslage umfasst der Strafprozess in der Regel ein Verfahren, das vonseiten des Staates<sup>110</sup> betrieben wird. Gegenstände dieses Prozesses sind die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Menschen und – gegebenenfalls<sup>111</sup> – die Entscheidung über die strafrechtliche Folge. Die Person, gegen die sich der Tatverdacht richtet, wird *Beschuldigter* – in bestimmten Verfahrensabschnitten auch *Angeschuldigter* oder *Angeklagter* – genannt.<sup>112</sup>

#### a) 18. Jahrhundert

Im 18. Jahrhundert war die Praxis des Strafverfahrens im Wesentlichen noch als sog. *gemeinrechtlicher Inquisitionsprozess* ausgestaltet.<sup>113</sup> Legt man hierbei ein wertfreies Verständnis zugrunde,<sup>114</sup> so impliziert der Begriff des Inquisitionsprozesses grundsätzlich ein Verfahren, das von amtlicher Seite durchgeführt wird und bei dem die ermittelnde und die richtende Person zumindest teilweise identisch sind.<sup>115</sup> *Rüping* und *Jerouschek* charakterisieren den Inquisitionsprozess im Grundsatz als „geheimes schriftliches Untersuchungsverfahren ohne Laienbeteiligung, in dem der Richter gegen den zur Wahrheit verpflichteten Inquisiten ermittelt“.<sup>116</sup>

Die Folter bildete im 18. Jahrhundert<sup>117</sup> ein mitunter zulässiges und praktiziertes<sup>118</sup> Instrument zur Geständniserlan-

gung, erfuhr zu dieser Zeit aber auch schon deutliche Kritik. So bezeichnete *Beccaria* die Folter eines Beschuldigten als „Grausamkeit“,<sup>119</sup> die noch dazu unnütz sei:

„Es ist dies ein sicheres Mittel, um die starken Verbrecher freizusprechen und die schwachen Unschuldigen zu verurteilen“.<sup>120</sup>

Allerdings verdient Beachtung, dass *Beccaria* auch die Ansicht vertrat, dass ein Verdächtiger, der der betreffenden Straftat noch nicht überführt ist und „der beim Verhör hartnäckig die Antwort auf die ihm gestellten Fragen verweigert, eine gesetzlich festzusetzende Strafe“ verdiene.<sup>121</sup> Blickt man in die Gesetzgebung, so stellt man fest, dass die Folter im Laufe des 18. Jahrhunderts zurückgedrängt wurde. So schränkte etwa in Preußen König *Friedrich II.* im Jahr 1740 den Gebrauch der Folter so weit ein, dass dies faktisch einer Abschaffung gleichkam.<sup>122</sup> Die herausragende Bedeutung dieser Entscheidung erschließt sich insbesondere, wenn man einen Vergleich mit der zeitgenössischen Situation der übrigen europäischen Staatenwelt zieht: So bestätigte beispielsweise das Habsburgerreich noch im Jahr 1769 in der *Constitutio Criminalis Theresiana* die Zulässigkeit der Folter.<sup>123</sup> Erst 1776 wurde diese dort grundsätzlich abgeschafft.<sup>124</sup>

#### b) Prozessrechtsreform im 19. Jahrhundert

Die frühen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, zum Beispiel die *preußische Criminalordnung* von 1805, weisen durchaus Unterschiede zu den älteren Ordnungen auf,<sup>125</sup> lassen sich aber zugleich noch dem Typus des Inquisitionsprozesses zuordnen.<sup>126</sup> Kritik erfuhr das Inquisitionsverfahren jedoch bereits seit dem 18. Jahrhundert.<sup>127</sup> So wurde etwa bezweifelt, dass dieser Prozesstyp eine geeignete Grundlage bilde, um die Schuld bzw. die Unschuld der jeweils angeklagten Person

<sup>110</sup> Eine besondere Verfahrensart ist das Privatklageverfahren (§§ 374 ff. StPO).

<sup>111</sup> Diese Frage kann mitunter entfallen, wenn die strafrechtliche Verantwortlichkeit verneint wurde.

<sup>112</sup> § 157 StPO.

<sup>113</sup> Vgl. *Rüping/Jerouschek* (Fn. 43), Rn. 177; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 129; *Pieth*, Strafrechtsgeschichte, 2015, S. 40; vgl. auch zum Ende des 18. Jahrhunderts: *Härter*, Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit, 2018, S. 30.

<sup>114</sup> Vgl. demgegenüber auch zu den wertenden Begriffsverständnissen: *Pieth* (Fn. 113), S. 25.

<sup>115</sup> Vgl. bzgl. des beginnenden 19. Jahrhunderts: *Detmar*, Legalität und Opportunität im Strafprozess. Reformdiskussion und Gesetzgebung von 1877 bis 1933, 2008, S. 12; vgl. bzgl. des 17. Jahrhunderts: *Jessen*, in: Sächsisches Staatsministerium der Justiz (Hrsg.), Leipzig, Stadt der Rechtsprechung. Prozesse, Personen, Gebäude, 1994, S. 30 (42); vgl. im Einzelnen zu den Rollen des sog. Untersuchungsrichters: *Ignor* (Fn. 113), S. 155.

<sup>116</sup> *Rüping/Jerouschek* (Fn. 43), Rn. 243.

<sup>117</sup> Vgl. in diesem Kontext auch *Rüping/Jerouschek* (Fn. 43), Rn. 84, die (unter Verweis auf die Gegenansicht) darlegen, dass die „Folter nicht gleichbedeutend mit Inquisitionsprozess“ ist.

<sup>118</sup> Vgl. zur Praxis am Beginn des 18. Jahrhunderts: *Ignor* (Fn. 113), S. 163.

<sup>119</sup> *Beccaria* (Fn. 31), S. 31.

<sup>120</sup> *Beccaria* (Fn. 31), S. 33.

<sup>121</sup> *Beccaria* (Fn. 31), S. 29; vgl. hierzu *Naucke*, in: *Beccaria* (Fn. 31), S. IX (XXVII ff.).

<sup>122</sup> *Order Friedrichs II.* an Etatsminister *Cocceji* vom 3. Juni 1740, abgedruckt in: *Schmoller/Hintze* (Hrsg.), Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert, Bd. 6, 2. Hälfte (Acta Borussica), 1901, Nr. 7 (S. 8); vgl. hierzu *Kroeschell* (Fn. 92), S. 92. – Die gänzliche Abschaffung der Folter erfolgte 1754, und zwar veranlasst durch einen Mordfall in Berlin, der – wie sich nachträglich herausstellte – durch einen Unschuldigen unter Foltereinwirkung gestanden worden war (vgl. hierzu *Baldauf*, Die Folter. Eine deutsche Rechtsgeschichte, 2004, S. 179 f.).

<sup>123</sup> Vgl. *Clark*, Preußen. Aufstieg und Niedergang 1600–1947, 2. Aufl. 2007, S. 299 f.

<sup>124</sup> *Kroeschell* (Fn. 92), S. 94.

<sup>125</sup> Vgl. hierzu *Ignor* (Fn. 113), S. 147 ff.

<sup>126</sup> *Hettinger*, Das Fragerecht der Verteidigung im reformierten Inquisitionsprozeß, dargestellt am badischen Strafverfahrensrecht von 1845/51 im Vergleich mit anderen Partikulargesetzen, S. 94; vgl. *Ignor* (Fn. 113), S. 147.

<sup>127</sup> *Ignor* (Fn. 113), S. 149.

zutreffend zu erkennen.<sup>128</sup> Eine gewisse Vorbildfunktion wurde der französischen Gesetzgebung – dem *Code d’instruction criminelle* von 1808 – beigemessen.<sup>129</sup> Artikuliert wurden in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts<sup>130</sup> in Deutschland unter anderem folgende Reformforderungen:

- Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtsverhandlung.<sup>131</sup>
- Verbesserung der Verteidigungsmöglichkeiten.<sup>132</sup>
- Etablierung einer Staatsanwaltschaft,<sup>133</sup> die vom Gericht getrennt sein sollte und die die Zuständigkeit für die Anklage innehaben sollte.<sup>134</sup> Ein gerichtliches Urteil über eine bestimmte Tat sollte demnach nur möglich sein, wenn vorher eine staatsanwaltschaftliche Anklage erhoben worden war (sog. Anklage- bzw. Akkusationsprinzip).<sup>135</sup>
- Einrichtung von Geschworenengerichten (Schwurgerichten<sup>136</sup>), in denen die Mitwirkung von Laien vorgesehen sein sollte.<sup>137</sup>

Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass keineswegs alle diese Forderungen von sämtlichen Reformern in gleicher Weise getragen wurden.<sup>138</sup> Auch ist zu berücksichtigen, dass einzelne Reformvorschläge durchaus unterschiedlichen Interessen dienen konnten: So ließ sich etwa die Forderung nach einer Einführung einer vom Gericht getrennten Anklagebehörde (Staatsanwaltschaft) einerseits mit Erwägungen der Gewaltenteilung<sup>139</sup> und der Unparteilichkeit des urteilenden Gerichts rechtfertigen,<sup>140</sup> also mit Erwägungen des Beschuldigtenschutzes; andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass ein Herrscher ein Interesse an einer von seinen Weisungen abhängigen Staatsanwaltschaft haben konnte.<sup>141</sup>

Vor allem ab der Mitte des 19. Jahrhunderts wurden zahlreiche der Reformforderungen – allerdings durchaus mit Unterschieden<sup>142</sup> – in den Prozessordnungen der deutschen Territorien verwirklicht.<sup>143</sup> Der sog. *reformierte Strafprozess* fand schließlich auch Ausprägung in der Strafprozeßordnung,

die 1879 im deutschen Kaiserreich in Kraft trat<sup>144</sup> und die „in ihren Grundfesten heute noch gilt“ (*Ignor*).<sup>145</sup>

#### c) Drittes Reich

Im Laufe des Dritten Reiches erodierten zahlreiche strafprozessuale Schutzprinzipien. Insbesondere in der Schlussphase des NS-Regimes wurden die Rechtsmittelmöglichkeiten erschwert bzw. teilweise sogar vollends beseitigt.<sup>146</sup> Spezielle Bestimmungen galten zudem für sog. „Volksschädlinge“ und sog. „Fremdvölkische“.<sup>147</sup>

#### d) Von der Nachkriegszeit bis zur Gegenwart

Das Grundgesetz von 1949 enthält unter anderem auch strafprozessuale Regelungen, so zum Beispiel das Verbot von sog. Ausnahmegerichten.<sup>148</sup> Im Jahr 1953 trat die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft.<sup>149</sup> Hierbei handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag,<sup>150</sup> der unter anderem ein Folterverbot normiert.<sup>151</sup> In den 1970er Jahren reagierte die Bundesrepublik Deutschland – wie im ersten Teil dieses Beitrags<sup>152</sup> bereits dargelegt – auf die Terrorakte der RAF mit strafprozessualen Gesetzesänderungen. Seit dem Jahr 2009<sup>153</sup> gibt es in Deutschland mit § 257c StPO eine gesetzliche Regelung zu strafprozessualen Verfahrensabsprachen: Ein solcher sog. Deal kann etwa (unter bestimmten Vorgaben) das Strafmaß zum Gegenstand haben; Bestandteil jeder Verständigung soll nach der gesetzlichen Bestimmung ein Geständnis sein.<sup>154</sup> Anzumerken ist allerdings, dass eine Praxis der Verfahrensabsprachen in Deutschland bereits für die späten 1970er Jahre konstatiert wird.<sup>155</sup>

Der Prozesstyp heutiger Prägung lässt sich wie folgt skizzieren:<sup>156</sup> Am Beginn steht ein Ermittlungsverfahren, das von der Staatsanwaltschaft (mit Unterstützung der Polizei) betrieben wird, sofern ein bestimmter Tatverdacht (Anfangsverdacht) besteht. Wenn sich dieser Verdacht erhärtet (hinreichen-

<sup>128</sup> *Ignor* (Fn. 113), S. 153 f.

<sup>129</sup> *Vormbaum* (Fn. 3), S. 84.

<sup>130</sup> *Ignor* (Fn. 113), S. 231.

<sup>131</sup> *Dettmar* (Fn. 115), S. 14 f.; *Vormbaum* (Fn. 3), S. 84 f.

<sup>132</sup> *Vormbaum* (Fn. 3), S. 84 f.

<sup>133</sup> *Vormbaum* (Fn. 3), S. 87.

<sup>134</sup> *Ignor* (Fn. 113), S. 231, 244.

<sup>135</sup> Vgl. *Ignor* (Fn. 113), S. 232.

<sup>136</sup> Vgl. *Kroeschell* (Fn. 92), S. 163.

<sup>137</sup> *Dettmar* (Fn. 115), S. 14 f.

<sup>138</sup> *Dettmar* (Fn. 115), S. 14 f.; vgl. etwa zum Schwurgericht die Darstellung bei *Schröder*, in: Kleinheyder/Schröder, Deutsche und Europäische Juristen, 6. Aufl. 2017, S. 134 (138 f.).

<sup>139</sup> Vgl. in diesem Kontext auch *Vormbaum* (Fn. 3), S. 85.

<sup>140</sup> Vgl. *Kroeschell* (Fn. 92), S. 162.

<sup>141</sup> Vgl. im Detail und zu Ausnahmen: *Carsten/Rautenberg*, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 3. Aufl. 2015, S. 567 f.

<sup>142</sup> *Rüping/Jerouschek* (Fn. 43), Rn. 247.

<sup>143</sup> Vgl. *Ignor* (Fn. 113), S. 231.

<sup>144</sup> *Koch*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 4 Rn. 18 f.

<sup>145</sup> *Ignor* (Fn. 113), S. 216.

<sup>146</sup> Vgl. hierzu *Ladiges*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Fn. 144), § 5 Rn. 61.

<sup>147</sup> Vgl. hierzu *Ladiges* (Fn. 146), § 5 Rn. 66 ff.

<sup>148</sup> Art. 101 Abs. 1 S. 1.

<sup>149</sup> Bekanntmachung v. 15.12.1953 über das Inkrafttreten der EMRK mit Wirkung v. 3.9.1953 (BGBl. II 1954, S. 14).

<sup>150</sup> *Valerius*, in: Graf (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, 39. Ed., Stand: 1.1.2021, EMRK Art. 1 Rn. 1.

<sup>151</sup> Art. 3 EMRK.

<sup>152</sup> Dort Abschnitt III. 5. b) (*Kuhli*, ZJS 2021, 21 [27]).

<sup>153</sup> BGBl. I 1953, S. 2353.

<sup>154</sup> § 257c Abs. 2 S. 2 StPO.

<sup>155</sup> Vgl. zur Vorgeschichte: *Jahn/Kudlich*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 2, 2016, § 257c Rn. 11 ff.

<sup>156</sup> Vgl. hierzu u.a. die folgenden Vorschriften: §§ 137, 151, 152, 153 ff., 161, 170, 226 ff. StPO und § 169 GVG

der Tatverdacht), wird Anklage erhoben, soweit keine Beendigung (Einstellung) des Verfahrens wegen Geringfügigkeit etc. in Betracht kommt. Nach dem Akkusationsprinzip stellt die Erhebung der Anklage eine zwingende Voraussetzung dafür dar, dass der Strafprozess ins gerichtliche Verfahren übergehen kann. Dessen Kern, die Hauptverhandlung, findet öffentlich und mündlich statt. Der Beschuldigte hat in jedem Verfahrensabschnitt ein Recht auf eine Verteidigung.

#### V. Wozu Strafrechtsgeschichte?

Es gibt sicherlich verschiedene Gründe, sich mit der Geschichte des Strafrechts zu befassen. Möglicherweise mag man es schlichtweg interessant finden, zu welchen Zeiten diese Rechtsmaterie in bestimmter Weise theoretisch reflektiert und praktisch gehandhabt wurde. Daneben ist aber auch zu berücksichtigen, dass strafrechtshistorische Kenntnisse für die dogmatische Arbeit in der Gegenwart hilfreich sein können. Man denke etwa nur daran, dass die Auslegung einer Rechtsnorm einen Rückgriff auf den Willen des historischen Gesetzgebers erfordern kann. Allerdings muss zugleich davor gewarnt werden, den Gegenstand der Strafrechtsgeschichte einseitig von der Frage abhängig zu machen, welchen Nutzen er für die Gegenwart hat. Berücksichtigt man bereits, dass die deutsche Geschichte des 20. Jahrhunderts mehrfach die Vergänglichkeit rechtlicher Systeme vor Augen geführt hat,<sup>157</sup> so wird deutlich, dass eine reine Ausrichtung rechtshistorischer Gegenstände an den vermeintlichen Belangen der Gegenwart zu eng wäre.

---

<sup>157</sup> Vgl. in diesem Kontext *Marxen*, in: Grundmann u.a. (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, 1201 (1212).