

Literaturbericht: neuere Strafrechtsgeschichte

Arnd Koch, Hinrich Rüping

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Koch, Arnd, and Hinrich Rüping. 2013. "Literaturbericht: neuere Strafrechtsgeschichte." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 125 (2): 339–51.
<https://doi.org/10.1515/zstw-2013-0016>.



Literaturbericht

Prof. Dr. Arnd Koch und Prof. Dr. Hinrich Rüping

Neuere Strafrechtsgeschichte

Arnd Koch: Berichterstatter, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Risiko- und Präventionsstrafrecht sowie Juristische Zeitgeschichte an der Universität Augsburg
Hinrich Rüping: Berichterstatter, Emeritus an der Universität Hannover

Peters, Karoline: *J. D. H. Temme und das preußische Strafverfahren in der Mitte des 19. Jahrhunderts.* Berlin: De Gruyter 2010. 339 S. (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 4: Leben und Werk, Bd. 14)

Juristenbiographien erfreuen sich als Dissertationsthema ungebrochener Beliebtheit. Während die Lebensbeschreibung heutiger Rechtswissenschaftler wenig Spannung verheißt, lässt sich dies für die „politischen Professoren“ des 19. Jahrhunderts nicht behaupten. Dass *Peters* ihre Schrift keiner „fungiblen Persönlichkeit“ gewidmet hat, wie *Radbruch* das Gros der Juristen charakterisierte¹, verdeutlicht bereits ein kurzer Blick auf die Vita von *Jodocus Donatus Hubertus Temme* (1798–1881). Bis zu den Ereignissen des Jahres 1848 durchlief *Temme* eine erfolgreiche Karriere im Dienste der preußischen Justiz, daneben verfasste er weit über einhundert (Kriminal-)Romane, Novellen und Sagensammlungen. An der Revolution von 1848/49 beteiligte sich *Temme* als Abgeordneter der preußischen Nationalversammlung und der Frankfurter Paulskirchenversammlung. Sein Aufruf zur Steuerverweigerung sowie seine Teilnahme am Stuttgarter Rumpfparlament brachten ihm eine Anklage wegen Hoch- und Landesverrats ein. In einem aufsehen erregenden Strafprozess gelangten die Geschworenen zwar zu einem Freispruch, ein mit Berufsrichtern besetzter Disziplinarhof ent hob *Temme* jedoch unter Aufhebung sämtlicher Pensionsansprüche seines Amtes. *Temme* emigrierte in die Schweiz, wo er neben seiner (unbesoldeten) Professur an der Universität Zürich weiterhin wissenschaftlich und belletristisch publizierte.

¹ *Gustav Radbruch*, Oliver Wendell Holmes, in: *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, hrsg. von Arthur Kaufmann, Bd. 16, Biographische Schriften, bearbeitet von Günter Spendel, Heidelberg 1988, S. 136.

Das Leben *Temmes* fand in verdienstvollen Beiträgen *Hettingers* eingehende Würdigung². *Peters* beschränkt sich daher im Wesentlichen auf eine Auswertung seiner strafprozessualen Arbeiten und deren Bedeutung für die (preußische) Reformdiskussion. *Temmes* Position während der Zeit des Vormärz charakterisiert sie als „ausdrücklich konservativ“ (S. 290). So plädierte *Temme* gegen die Einführung von Schwurgerichten und – durchaus bemerkenswert – für die Beibehaltung von Lügenstrafen. Bleibende wissenschaftshistorische Bedeutung erlangte *Temme*, indem er als einer der ersten Autoren überhaupt für die Einführung der freien berufsrichterlichen Beweiswürdigung eintrat. Furcht vor richterlicher Willkür blieb ihm zunächst fremd; vielmehr stilisierte er den preußischen Richterstand zum „Beschirmer und Beschützer der verfolgten Unschuld“ (S. 163). Ganz anders fiel seine Beurteilung nach dem erzwungenen Gang ins Exil aus. Nunmehr forderte *Temme* die Beibehaltung der Schwurgerichte und die Fortentwicklung des „reformierten Strafprozesses“, der 1848/49 in nahezu allen deutschen Staaten eingeführt worden war. Eine umfassendere Auswertung der seinerzeitigen rechtswissenschaftlichen Diskussion hätte freilich verdeutlicht, dass *Temmes* Vorschläge zur Reform des reformierten Strafprozesses weder originell noch besonders weitreichend waren. So befürworteten namhafte Autoren die Einführung der (Partei-)Öffentlichkeit des Vorverfahrens oder die Durchbrechung des (ausnahmslosen) Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft; entsprechende Forderungen wurden – worauf *Peters* nicht eingeht – auf den Juristentagen der 1860/70er Jahre breit erörtert. Auch wenn man bezweifeln mag, dass *Temme* „die Reform des Strafverfahrens in Preußen im 19. Jahrhundert maßgeblich beeinflusst (hat)“ (so *Verf.*, S. 298), kommt der Abhandlung doch das Verdienst zu, Leben und Werk eines „politischen Richters und Professors“ in Erinnerung gerufen zu haben.

Arnd Koch

Gräfin von Hardenberg, Simone: *Eberhard Schmidt (1891–1977). Ein Beitrag zur Geschichte unseres Rechtsstaats.* Berlin: Duncker & Humblot 2009. 618 S. (Rechtsgeschichte. H. 140)

Unter Stoffmangel leidet auch die zweite der hier anzuzeigenden Juristenbiographien nicht³. Als *Eberhard Schmidt* im Jahre 1959 emeritiert wurde, konnte er

² *Hettinger* (Hrsg.), J. D. H. Temme, *Augenzeugenberichte der deutschen Revolution 1848/49. Ein preußischer Richter als Vorkämpfer der Demokratie*, 1996.

³ Vgl. hierzu *Koch*, *Rechtsgeschichte* 17 (2010), S. 239 f.

auf eine eindrucksvolle akademische Karriere zurückblicken, die sich über vier politische Systeme erstreckte. Der jüngste Schüler v. *Liszts* habilitierte 1920 in Berlin („Fiskalat im Strafprozeß“). Es folgten Ordinariate in Breslau (1921), Kiel (1926), Hamburg (1929, Rektorat 1933/1934), Leipzig (1935), Göttingen (1945) und – als Nachfolger *Radbruchs* – in Heidelberg (ab 1948). *Schmidts* umfassendes Oeuvre umfasst u. a. richtungweisende Werke zum Allgemeinen Teil (Fortführung des *Lisztschen* Lehrbuchs, 1921–1932), zum Arztrecht („Der Arzt im Strafrecht“, 1939) und zum Strafprozessrecht (Lehrkommentar, 1952–1970). Seine unmittelbar nach dem Krieg verfasste „Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege“ (1. Aufl. 1947, 3. Aufl. 1965) gilt als das wohl „einflussreichste Buch zur deutschen Strafrechtsgeschichte, das im 20. Jahrhundert geschrieben wurde“⁴. Obwohl mittlerweile veraltet, prägt es bis heute „Einleitungshistorien“ zahlreicher rechtswissenschaftlicher Dissertationen, Lehrbücher und Kommentare. Für *Schmidt* kreiste „die ganze Geschichte des Rechts (...) um den Gegensatz von Macht und Recht, von Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit“. Dargestellt wurde – nicht unähnlich einem groß angelegten Essay – das „Ringens um die Rechtsidee“, das Reinhalten des Rechts von „rechtsfremden Einflüssen“⁵.

In ihrer von *Kern* betreuten Leipziger Promotionsschrift begegnet v. *Hardenberg* der Vielschichtigkeit ihres Themas mit einer staunenswerten Fleißanstrengung. Ihre akribische Spurensuche führte sie in rund zwei Dutzend Bundes-, Landes-, Universitäts- und Privatarhive. Sie erhielt Zugang zum Familienarchiv, zu *Schmidts* zahlreichen unveröffentlichten Rede- und Vortragsmanuskripten sowie zu seinem Tagebuch. Für die Universitäts- und Wissenschaftsgeschichte erweist sich die quellengesättigte Abhandlung als aufschlussreich und wichtig, auch kann die Verfasserin mit manchen Trouvaillen aufwarten. Der Umfang der Abhandlung mit ihren nahezu 3000 Fußnoten ist neben einer gewissen Detailverliebtheit vor allem dem Bestreben der Autorin geschuldet, sämtliche Publikationen und Vorträge *Schmidts* in der Reihenfolge ihres Erscheinens inhaltlich vorzustellen und zu bewerten. Wichtige Einzelfragen, wie etwa der Einfluss der Liszt-Schule auf die Strafrechtsreform im Dritten Reich, bleiben indes weiterhin unbeantwortet.

Arnd Koch

4 *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 23.

5 Näher mit Nachweisen *Arnd Koch*, Festschrift für Rüping, 2008, S. 393, 406 ff.

Goltsche, Friederike: *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*. Berlin: De Gruyter 2010.

423 S. (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 3: Beiträge zur modernen deutschen Strafgesetzgebung – Materialien zu einem historischen Kommentar, Bd. 35)

Während seiner ersten Amtszeit als Reichsjustizminister (Oktober 1921 bis November 1922) scheiterte *Radbruch* bei dem Versuch, ein neues Strafgesetzbuch zu verabschieden. Der „Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuches“ stellte kein Produkt langjähriger Kommissionsarbeiten dar; er war vielmehr ein Werk „aus einem Guss“, das *Radbruch* im Kreise seiner engsten Mitarbeiter innerhalb weniger Monate selbst verfasst hatte. Maßgebliche Einflussfaktoren waren, wie *Goltsche* detailliert nachweist, der „Entwurf von 1919“ (der wiederum auf den „Entwurf der Strafrechtskommission“ von 1913 zurückging), das kriminalpolitische Konzept v. *Liszts* und der „modernen Schule“ sowie die geplante Rechtsvereinheitlichung mit Österreich.

Der erst zu Beginn der 1950er Jahre veröffentlichte „Entwurf Radbruch“ gilt als „Höhepunkt der strafgesetzlichen Reformarbeiten“⁶, wobei sich erneut das Urteil von *Eberhard Schmidt* als prägend erwies. *Goltsche* gelingt es in ihrer von *Thomas Vormbaum* betreuten Dissertation überzeugend, allzu euphorische Urteile zu relativieren. Vielmehr seien sowohl restriktive als auch liberale Elemente an prominenten Stellen des Entwurfs zu finden (S. 396). Zu den „fortschrittlichen“ Elementen zählen etwa die Beseitigung der Todesstrafe (mit Ausnahme ihrer Androhung im Rahmen von Notverordnungen gem. Art. 48 WRV), die Ersetzung der entehrenden Zuchthausstrafe durch „strenges Gefängnis“, die stärkere Betonung der Geldstrafe sowie die Entkriminalisierung von Ehebruch, sog. „Verlobtenkuppelei“, Sodomie und einfacher Homosexualität. Zwiespältiger fällt die Beurteilung der von *Radbruch* intendierten „restlosen Durchführung des Schuldprinzips“ aus. Unter dieser Maxime beseitigte der Entwurf einerseits die Zufallshaftung bei erfolgsqualifizierten Delikten (§ 15 E 1922), andererseits ersetzte er die für Versuch und Beihilfe vorgesehene obligatorische Strafmilderung durch fakultative Milderungsmöglichkeiten (§§ 23, 26 E 1922). Ausdruck von Subjektivierungstendenzen war zudem die Einführung eines allgemeinen Lebensgefährdungstatbestandes (§ 229 E 1922)⁷. Zu den restriktiven Elementen des Entwurfs zählte beispielsweise – in Umsetzung einer Kernforderung der „modernen Schule“ – die Einführung von Sicherungsverwahrung gegen „gefährliche Ge-

⁶ Nunmehr greifbar in: Gustav Radbruch. Gesamtausgabe (hrsg. von Arthur Kaufmann). Bd. 9, Strafrechtsreform, bearbeitet von R. Wassermann, 1992, S. 47–155.

⁷ § 229 E 1922: „Wer wissentlich und gewissenlos einen anderen in unmittelbare Lebensgefahr bringt, wird mit strengem Gefängnis bestraft“.

wohnheitsverbrecher“. Ihre Anordnungsvoraussetzungen wurden dabei gegenüber den Vorentwürfen erheblich reduziert (§ 77 E 1922: wiederholter Rückfall; E 1919: fünf Vorverurteilungen).

Goltsche befasst sich ausschließlich mit den Regelungen des Entwurfs, ihrer Vorgeschichte und der Suche nach möglichen Vorbildern. Auf diese Weise gelingt es ihr, den „Entwurf Radbruch“ in die allgemeine Strafrechtsreformdiskussion des frühen 20. Jahrhunderts einzubetten und damit zu „historisieren“. Ausgeklammert bleibt hingegen die weitere Entwicklung. Inwieweit sich Elemente des „Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches“ in späteren Reformarbeiten wiederfinden, wäre eine eigene Untersuchung wert.

Arnd Koch

Unter gänzlich unterschiedlichen Aspekten befassen sich zwei Neuerscheinungen mit der Zeit des Nationalsozialismus:

Schmitzberger, Johanna Gertrude: *Das nationalsozialistische Nebenstrafrecht 1933 bis 1945.* Frankfurt am Main: Peter Lang 2008, 404 S. (Rechtshistorische Reihe. Bd. 376)

Löhnig, Martin: *Die Justiz als Gesetzgeber. Zur Anwendung nationalsozialistischer Rechts in der Nachkriegszeit.* Regensburg: Gietl 2009. 148 S. (Rechtskultur Wissenschaft. Bd. 1)

Schmitzberger geht von dem Ansatz aus, im Unterschied zum Verwaltungsstrafrecht manifestiere sich im Nebenstrafrecht der Zeit die „nationalsozialistische Weltanschauung“⁸. Zu diesem Zweck ordnet sie, wenn wir den im Anhang behandelten Transfer nach Österreich (S. 263 ff.) fortlassen, 22 Verordnungen und 12 Gesetze in chronologischer Reihung und kommt zu dem Ergebnis, anhand dieser Übersicht lasse sich die zunehmende Einwirkung der Ideologie und Grundeinstellung der Zeit sichtbar machen (S. 255).

Gegen diese Darstellung bestehen Einwände. Durch die zeitliche Auflistung ebnet die *Verfasserin* die unterschiedliche Bedeutung der einzelnen Normen ein, indem reine Durchführungsbestimmungen, wie etwa die VO gegen die Unterstützung der Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe von 1938 neben bereits seinerzeit

⁸ Weiterführend z. B. *Majer*, Rechtstheoretische Funktionsbestimmungen der Justiz im Nationalsozialismus am Beispiel der „völkischen Ungleichheit“, in: *dies.*, Nationalsozialismus im Lichte der Juristischen Zeitgeschichte, 2002, S. 3 ff.

als Marksteinen des neuen Rechts gewerteten Setzungen stehen, so dem Heimtücke-gesetz, Blutschutzgesetz, der Volksschädlingsverordnung oder Polenstraf-rechtspflegeverordnung. Es handelt sich um bewusst außerhalb von Novellen zum RStGB normierte Bereiche, die sich jeweils auf Programmsätze der NSDAP stützen und Anlass gegeben hätten, in diesem Zusammenhang dem Einfluss der – von der Verfasserin nicht ausgeführten – Ideologie nachzugehen. Die Kritik gilt weiter einem vordergründigen Referat des Normtextes, was dem veränderten Stellenwert rechtlicher Fixierungen im „Führerstaat“ nicht gerecht wird. Wie die umfassende Darstellung von *Gruchmann* für die Zeit bis 1941 zeigt, werden Normsetzungen, ihre Handhabung und ihre Relativierung durch die „Lenkung“ der Justiz, durch „Korrekturen“ seitens der Gestapo und letztlich durch das Eingreifen der Partei erst in den notwendigen zeitgeschichtlichen Zusammenhang gestellt⁹. Vereinzelt Hinweise der *Verfasserin*, etwa zur Lehre vom „Tätertyp“ im Rahmen der Volksschädlingsverordnung (S. 138), werden methodisch nicht ausgeführt. Auch die VO von 1940 zum Schutz der Metallsammlung (S. 212ff.) erhält ihren eigentlichen Stellenwert erst durch die Favorisierung eines „Zentraltatbestandes“ im Nationalsozialismus. Auch die Behandlung des Heimtückegesetzes (S. 59ff.) ergibt erst Sinn, wenn man die damit inszenierte Denunziationspraxis einbezieht und ebenso die Zuständigkeit der Sondergerichte entgegen der Sicht der Verfasserin (S. 257) nicht als Maßnahme zur Steigerung der Effizienz der Justiz ansieht, sondern zu ihrer Radikalisierung¹⁰.

Insoweit bleibt die Arbeit von *Schmitzberger* ein Torso und einer rein norm-orientierten Rechtsgeschichte verhaftet. Den nötigen zeitgeschichtlichen Kontext und die Relativierung des Ansatzes der Verfasserin hätte etwa die Ausein-ander-setzung mit den „Neuen Leitsätzen für die Rechtspraxis“ von *Carl Schmitt* leisten können. Ihnen zufolge beruht die Unabhängigkeit der Richter „auf ihrer Bindung an das Recht und das Gesetz des Staates, dessen Recht der Richter zu sprechen hat“. Weiter wird postuliert, Generalklauseln berührten die Gebundenheit des Richters nicht; für ihre Anwendung seien „die Grundsätze des Nationalsozialis-mus unmittelbar und ausschließlich maßgebend“¹¹.

Um die Frage, wieweit die Praxis nach 1945 Normen aus der NS-Zeit aus dem Kontext ihrer Entstehung löst und ihnen im Rahmen einer teleologischen Zielset-zung einen veränderten Sinn unterlegt, geht es gerade bei *Löhnig*. Seine Unter-

⁹ Als Beispiel bei *Gruchmann*, *Justiz im Dritten Reich 1933–1940*, 1987, S. 476 die Diskussion, welche Folgen sich für einen nach der Heimtückeverordnung Angeklagten ergeben, wenn seine Behauptungen zutreffen.

¹⁰ Zum zeitgeschichtlichen Kontext dagegen *Dörner*, „Heimtücke“: Das Gesetz als Waffe: Kon-trolle, Abschreckung und Verfolgung in Deutschland 1933 bis 1945, 1998.

¹¹ *C. Schmitt*, *JW* 1933, 2793f.

suchung kann anhand erstinstanzlicher Verfahrensakten zu zwei exemplarischen Bestimmungen des Familienrechts, der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach § 1595a BGB von 1938 und einer sittlich nicht mehr gerechtfertigten Aufrechterhaltung der Ehe gemäß § 55 EheG von 1938 die methodisch keineswegs konsequenten Versuche einer Neuorientierung der Praxis belegen. Die Arbeit betrifft das Strafrecht insoweit, als die Frage einer Fortgeltung von Normen aus der NS-Zeit auch hier zu Friktionen führt. Sie betrifft zudem das Phänomen einer Mitwirkung des Staatsanwalts in Zivilsachen, die einen für das Verständnis des öffentlichen Anklägers wichtigen Aspekt bildet. In diesem Zusammenhang (vgl. S. 18) wären der Blick auf die Staatsanwaltschaft als „geborene Lenkungsbehörde“ wie überhaupt die Reichweite der Lenkung der Justiz zu vertiefen gewesen.

Hinrich Rüping

Ernst S. Carsten/Erardo C. Rautenberg: *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart.* Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren. Baden-Baden: Nomos, 2. Aufl. 2012. 569 S.

In der Geschichte des Strafverfahrensrechts spielt der Teilaspekt der Staatsanwaltschaft im Verhältnis zu dem des Richters und der Behandlung der Verfahrensmaximen eine nur bescheidene Rolle. In der letzten Zeit sind dagegen zunehmend Einzeluntersuchungen zur Konzeption und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, beschränkt auf einzelne Epochen und Territorien erschienen. Die Arbeit von *Rautenberg* versteht sich dem Titel zufolge als eine Gesamtdarstellung nach dem neuesten Stand der Forschung. Sie besteht, was die erklärungsbedürftige Anführung von zwei Autoren angeht, aus drei getrennt zu behandelnden Teilen. Für die Zeit bis zum Ende der Weimarer Republik handelt es sich um eine aktualisierte und selbständig gefasste Neuausgabe der 1932 in den „Strafrechtlichen Abhandlungen“ erschienenen Arbeit von *Carsten*: *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*. Der zweite und für das Forschungsfeld entscheidende Teil liegt in der Fortführung der Darstellung bis in die Gegenwart durch *Rautenberg* (S. 160–357). Der letzte Teil ist außerhalb des eigentlichen Themas Gegenwartsfragen der Organisation und Kompetenzen der Staatsanwaltschaft gewidmet.

Carstens stets quellenorientierte und durch Einbeziehung der einzelnen Territorien auf Vollständigkeit angelegte Arbeit hat zahlreichen Folgeuntersuchungen als Ausgangspunkt gedient und wird daher berechtigterweise durch ihre Neuedition wieder allgemein zugänglich gemacht. Erscheint auch der *Eb. Schmidt* geschuldete Ausgangspunkt vom Auftreten des Fiskalats her heute überholt, blei-

ben doch die Details zur Entwicklung in Frankreich, zur facettenreichen Diskussion in Deutschland über die Konzeption des neuen Rechtspflegeorgans, über die sich in Reformvorschlägen äußernde Kritik, die Tragweite der Kodifizierung in GVG und RStPO sowie die Reform noch in den zwanziger Jahren eine brauchbare Ausgangsbasis, wiederkehrende Fragen nach der äußeren wie inneren Organisation, nach Kompetenzen im Verhältnis zum Gericht wie zur Polizei sowie nach der Konzeption des Strafverfahrens in unterschiedlichen historischen Erscheinungsformen zu verorten. Ergänzend soll hingewiesen werden auf die Funktion der Staatsanwaltschaft im Rahmen der staatlichen Aufsicht über die Anwaltschaft, als nach Einführung von Kammern Regelungen im 19. Jahrhundert, wie 1850 in Hannover, vorsehen, dass ein Staatsanwalt kraft Amtes an allen Sitzungen teilnehmen kann.

In der Fortschreibung durch *Rautenberg* bildet die Zeit des Nationalsozialismus einen ersten Schwerpunkt (S. 167 ff.). Die dazu vorliegende, inzwischen umfangreiche Detailliteratur schlägt sich nieder in den hier behandelten Prämissen für ein autoritäres Strafverfahren, so der „Gleichrichtung der Verfahrenskräfte“ im Sinne *Henkels*, in der besonderen Bedeutung der Staatsanwaltschaft für eine „Lenkung der Strafrechtspflege“, vor allem aber in der existenzbedrohend werdenden Konkurrenz mit der Polizei, als die Staatsanwaltschaft 1942 im Krisenjahr der Justiz befürchten muss, durch das Innenressort vereinnahmt zu werden. Dass in der „Leistungsfähigkeit“ der Staatsanwaltschaft und ihrem darauf beruhenden Machtzuwachs gleichzeitig angelegt ist, sie nach den Machtverhältnissen im Nationalsozialismus durch die noch „leistungsfähigere“ Gestapo zu überrollen, die bereits das Programm der „offenen Urteilskorrektur“ realisiert, hätte deutlicher hervortreten können. Ebenso hätte die nur kurz gestreifte Entnazifizierung des Personals nach 1945 Anlass sein können, der Selbstrechtfertigung der Belasteten Hinweise auf die Mentalität der Staatsanwaltschaft wie auf ihren Anteil an der Inszenierung eines autoritären Strafverfahrens zu entnehmen. Instruktiv bleibt die Behandlung der Staatsanwaltschaft in der DDR (S. 255 ff.): der Bruch mit der Vergangenheit durch die Orientierung am sowjetischen System, die damit verbundene „Parteilichkeit“ und der wiederholt neu konzipierte Auftrag einer allgemeinen Aufsicht über die „Gesetzlichkeit“.

Die am Schluss (S. 371 ff.) behandelten Gegenwartsfragen nach einer „unabhängigen“, nicht mehr dem externen Weisungsrecht unterworfenen Staatsanwaltschaft, nach ihrer notwendigen Eingliederung in die Rechtspflege und daraus auch folgenden Leitungsfunktion im Verhältnis zur Polizei sind der langjährigen Tätigkeit *Rautenbergs* als Generalstaatsanwalt in Brandenburg geschuldet. Gleichzeitig wird an ihrer Thematisierung deutlich, wie sich die Staatsanwaltschaft seit ihrer Einführung im 19. Jahrhundert, wie es bereits damals hieß, nach wie vor als „unfertiges“ Organ der Rechtspflege darstellt. Auch dieses mittels der

aufwendig gearbeiteten Gesamtdarstellung bewusst gemacht zu haben, bleibt das Verdienst dieser Arbeit und zeigt ihre aktuelle Bedeutung.

Hinrich Rüping

Abschließend soll der Blick auf zwei Abhandlungen gerichtet werden, die unter gänzlich unterschiedlichen konzeptionellen Prämissen eine Gesamtdarstellung der Strafrechtsentwicklung seit der Aufklärung bzw. seit 1871 bieten:

Vormbaum, Thomas/Welp, Jürgen (Hrsg.): *Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Supplementband 1: 130 Jahre Strafgesetzgebung – Eine Bilanz*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2004. 489 S. (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 4: Beiträge zur modernen deutschen Strafgesetzgebung – Materialien zu einem historischen Kommentar)

Vormbaum, Thomas: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin: Springer, 2. Aufl. 2011. 321 S.

In den 130 Jahren zwischen 1870 und 2000 kam es – einschließlich der Neubekanntmachungen – zu 182 Änderungen des Strafgesetzbuchs. Hiervon entfielen 32 Änderungen auf das Kaiserreich und die Weimarer Republik, 59 auf die Jahre bis 1949 und 123 auf die Zeit der Bundesrepublik. Eine Dokumentation sämtlicher Novellierungen findet sich in der von *Vormbaum* und *Welp* herausgegebenen Reihe „Das Strafgesetzbuch seit 1870. Sammlung der Änderungen und Neubekanntmachungen (Bd. 1.1.: 1870–1953, 1999; Bd. 1.2.: 1954–1974, 1999; Bd. 1.3.: 1975–1992, 2000; Bd. 1.4.: 1993–2000, 2002). Der hier anzuzeigende Supplementband zieht eine Bilanz; es wird versucht, „aus verschiedenen Perspektiven einen Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte zu werfen und die Begleitumstände dieser Geschichte zu beleuchten“ (Vorwort). Die einzelnen Beiträge widmen sich in ihrer Mehrzahl markanten Epochen der deutschen (Rechts-)Geschichte (*Roth*, „Das Strafgesetzbuch von 1871 bis 1918“ [S. 1–37]; *Rasehorn*, „Weimar und die Strafrechtsreform“ [S. 38–52]; *Buschmann*, „Das Strafgesetzbuch in der Zeit von 1933 bis 1945“ [S. 53–138]; *Welp*, „Die Strafgesetzgebung der Nachkriegszeit“ [S. 139–173]; *Scheffler*, „Das Reformzeitalter 1953–1975“ [S. 174–257]; *Hilgendorf*, unter Mitarbeit von *Th. Frank* und *Valerius*, „Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975–2000“ [S. 258–380]; *Arnold*, „Einige Aspekte der Entwicklung des StGB der DDR“ [S. 381–455]). Hingegen analysiert *Fr.-Chr. Schroeder* übergreifend „Die Entwicklung der Gesetzgebungstechnik“ (S. 381–422), während *Vormbaum* ein abschließendes Resümee zieht („130 Jahre Strafgesetzgebung. Markierungspunkte und Tendenzen“, S. 456–489). Während einige Autoren die

Gerichtspraxis (*Roth, Welp, Scheffler*) und das Nebenstrafrecht (*Roth, Scheffler*) einbeziehen und so ein umfassendes Bild der Strafrechtsentwicklung der jeweiligen Epoche entwerfen, beschränken sich andere auf Änderungen des StGB selbst (*Buschmann, Arnold*). Ungeachtet divergierender methodischer Herangehensweisen stellt der Band ein unentbehrliches Hilfsmittel für die strafrechtshistorische Forschung dar. Eine eingehende Würdigung sämtlicher Beiträge ist an dieser Stelle nicht zu leisten. Pars pro toto soll lediglich die Bearbeitung der Zeiträume näher in den Blick genommen werden, die das heutige Strafrecht am nachhaltigsten prägen.

Hinlänglich bekannt ist, dass zahlreiche Normen des StGB auf Reformen während des „Dritten Reichs“ zurückgehen (z. B.: §§ 23, 30, 142, 145d, 153, 164, 189, 211, 212, 228, 239a, 240, 265a, 266, 267, 310a, 316a, 323a)¹². *Buschmann* betont die gesetzgeberische Kontinuität zu Reformentwürfen der Weimarer Zeit. Diese offenbare sich auch im „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933“. Selbst in der Aufhebung des Analogieverbots (1935) will *Buschmann* keinen Bruch mit einer geschlossenen strafrechtlichen Tradition erkennen (S. 99). Wenig Überzeugungskraft besitzt freilich sein Verweis auf das Analogiegebot in Art. 105 CCC. Der betreffende Artikel der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 verkörpert theokratisches Strafverständnis, ihm kommt für eine säkularisierte Rechtsordnung kein Aussagewert zu. Als originär nationalsozialistischen Ursprungs bleiben nach *Buschmann* die Verschärfungen der Strafdrohungen, die gehäufte Androhung der Todesstrafe sowie die Aufhebung des Rückwirkungsverbots (S. 137). Unabhängig von der Bedeutung des Beitrags für künftige dogmengeschichtliche Untersuchungen drängt sich dem Leser die Frage auf, inwieweit die Bewertung von Strafnormen eines Terrorregimes unter Ausklammerung der Rechtspraxis überhaupt möglich und sinnvoll ist.

Bei seiner Besichtigung des Reformzeitalters erinnert *Scheffler* an die Konkurrenz zwischen dem E 1962 und den Alternativentwürfen. Letztlich war der E 1962 ein „totgeborenes Kind“ (S. 187), „kleinbürgerlich, moraltriefend, an vielen Stellen verlogen (...), voll kleinlicher Pedanterie und voller Perfektionismus“ (S. 183, *Jürgen Baumann* zitierend). Erinnert sei an die Kriminalisierung der künstlichen Insemination, der freiwilligen Sterilisation, der einfachen Homosexualität, des Ehebruchs, der Gotteslästerung, ja sogar des Striptease. Bezüglich der Durchsetzung von Reformvorstellungen gingen die Alternativentwürfe als deutliche „Punktsieger“ hervor (S. 211), lediglich für Bereiche des Allgemeinen Teils wirkte

¹² Hierzu *Joachim Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004; Kurzfassung in *ZStW* 115 (2003), S. 638 ff.

der E 1962 inspirierend. Schon zu Beginn der 1970er Jahre fand das Reformzeitalter ein jähes Ende. Den Grund für die vielfach konstatierte „kriminalpolitische Wende“ sieht *Scheffler* weniger im Aufkommen des Terrorismus als vielmehr in der „Krise des Resozialisierungsgedankens“ (S. 255).

Für die Zeit zwischen 1975 und 2000 sind mehr als 70 Änderungen des StGB zu verzeichnen. *Hilgendorf* skizziert in seinem monographisch angelegten Beitrag die wichtigsten Entwicklungslinien (Recht des Schwangerschaftsabbruchs, Terrorismusbekämpfung, Wirtschaftskriminalität, Umweltstraftaten, Sexualstrafrecht, Organisierte Kriminalität, 6. StrRG), wobei er mit den Schlagwörtern „Strafrechtsausweitung“ und „Strafrechtsflexibilisierung“ zwei Großtrends benennt (S. 379). Die Ausweitung des Strafrechts korrespondiere mit dem „erhöhten Sicherheitsbedürfnis einer älter und müder werdenden Gesellschaft“ und einer „gewissen Staatsgläubigkeit“ (S. 379). Für die Flexibilisierung des Strafrechts verweist *Hilgendorf* auch auf „hausgemachte Faktoren“ (S. 380). So bilde „die Auflösung der klassischen Strafrechtsdogmatik mit ihrer ‚scharfkantigen‘ Begrifflichkeit und ihren klaren Regeln seit *Welzel* das Hauptgeschäft der deutschen Strafrechtswissenschaft“ (S. 380).

Wie aber fällt die Bilanz nach 130 Jahren Strafrechtsreform aus, wie ist das heutige StGB zu bewerten? Während *Hilgendorf* und *Schroeder* im deutschen StGB „eines der modernsten Strafgesetzbücher der Welt“ sehen (S. 364, 417), gleichen *Vormbaum* die jüngeren Entwicklungen aus rechtsstaatlich-liberaler Perspektive einem „Schreckenskatalog“ (S. 486). Auf der Reformagenda steht für *Scheffler* die „überfällige“ Reform der Tötungsdelikte (S. 230), *Hilgendorf* mahnt die lange vernachlässigte Vermittlung von Grundlagenwissen über Legitimation und Grenzen des Strafrechts an (S. 380). *Vormbaum* wiederum wirbt für die Aktivierung der „Rechtsidee“ und ein Verständnis von Strafrechtswissenschaft als „Strafbegrenzungswissenschaft“ (S. 488); Gedanken, die er in seinem Lehrbuch näher ausführt:

Nach nur zwei Jahren legt *Vormbaum* die Neuauflage seiner zwischenzeitlich zu einem der „juristischen Ausbildungsbücher des Jahres“¹³ gekürten „Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte“ vor¹⁴. Behandelt wird die „gegenwärtige Rechtsepoche“, verstanden als die Zeit, in welcher sich die prägenden Bedingungen und Elemente des heutigen Strafrechts herausgebildet haben (S. 16, 23). Umfangreichere Ergänzungen gegenüber der Erstauflage finden sich insbesondere zur nationalsozialistischen Kriegsstrafgesetzgebung (S. 206 ff.) sowie

¹³ *Gostomzyk/Neureither/Norouzi*, JuS 2009, 1158, 1160.

¹⁴ Die Besprechung basiert auf *meiner* Rezension der Erstauflage, erschienen in ZRG (Germ. Abteilung) 128 (2011), S. 523 ff. Dort auch Hinweise auf kleinere inhaltliche Ungenauigkeiten und Druckfehler, die sich in der Neuauflage teils erhalten haben.

zur neuerlichen „Folterdiskussion“ (S. 270). „Moderne Strafrechtsgeschichte“ (synonym: „Juristische Zeitgeschichte des Strafrechts“) beginnt für *Vormbaum* gegen Ende des 18. Jahrhunderts, das frühneuzeitliche Strafrecht bleibt weitgehend ausgeblendet. Ein deutlicher Schwerpunkt der Darstellung liegt auf der Schilderung strafrechtlicher und strafprozessualer Reformarbeiten. So wird, um nur ein Beispiel zu nennen, den (überwiegend gescheiterten) Reformbemühungen der Weimarer Zeit mehr Platz eingeräumt als der gerade für studentische Leser ungleich interessanteren strafrechtlichen Aufarbeitung des NS-Unrechts nach 1945.

Nach *Vormbaums* bereits angedeutetem Verständnis sollen Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsdogmatik nicht als Mittel der Effektivierung und Intensivierung staatlichen Strafens dienen, sondern als machtkritische „Strafbegrenzungswissenschaften“ wirken (S. 281). Unter Zugrundelegung dieser Prämisse fällt der historische Rückblick ernüchternd aus. Das Strafrecht sei, so der Befund, in den vergangenen 200 Jahren zwar „moderner“, keinesfalls aber liberaler, humaner und milder geworden (S. 277, bei einzelnen Ausnahmen in eng umgrenzten Bereichen). Nach dem Umschlagen des kriminalpolitischen Klimas Mitte der 1970er Jahre dominiere heute eine von Sicherheitsdenken und Bekämpfungsgesetzen geprägte „kriminalpolitische Militanz“ (S. 254). Leitmotiv des Gangs durch rund zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsgeschichte ist die Frage nach der Herkunft und den Kontinuitäten der als verhängnisvoll empfundenen Flexibilisierung, Materialisierung, Moralisierung und Subjektivierung des Strafrechts (S. 281). An Anschauungsmaterial besteht kein Mangel. Auf der „Negativliste“ finden sich etwa das Effektivitäts- und Utilitätsdenken der strafrechtlichen Aufklärung (S. 32ff.), die Lehre vom Rechtsgüterschutz, welche die Expansion des Strafrechts befördert habe (S. 53ff., 122, 139, 157f., 186, 189, 275), das keineswegs liberal-rechtsstaatliche Zweckdenken v. *Liszts* und der „modernen Schule“ (S. 125ff.), die Normativierung des Schuldbegriffs (S. 141f.: „Ethisierung“), der Neukantianismus (S. 156f.: „Flexibilisierung“, „Normativierung“) oder die finale Handlungslehre (Beförderung der Subjektivierung und Ausdehnung des Strafrechts). *Vormbaum* trennt hinsichtlich dogmatischer Neuerungen anschaulich zwischen den jeweiligen dogmenhistorischen Gewinnen einerseits und den kriminalpolitischen (Spät-)Folgen andererseits. Gegenüber der von ihm eindringlich beschriebenen Funktionalisierung und Expansion des Strafrechts will *Vormbaum* „autonome Rechtsvorstellungen“ (S. 282) zur Geltung bringen. Die von ihm abschließend propagierte Ablösung „der reinen Zweckidee“ zu Gunsten der „Rechtsidee“ überrascht in zweifacher Hinsicht: Zum einen, weil die „Rechtsidee“ – in Anlehnung an *Radbruch* – neben der Gerechtigkeit und der Rechtsicherheit auch den ansonsten vehement kritisierten und zudem nicht weiter spezifizierten Gedanken der Zweckmäßigkeit enthalten soll (S. 282). Zum ande-

ren, weil sich der Leser in verblüffender Weise an *Eberhard Schmidt* erinnert fühlt, der – wie oben ausgeführt – ebenfalls für die „Rechtsidee“ stritt und für den die gesamte Geschichte des Rechts um den Gegensatz von Macht und Recht, von Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit kreiste.

Arnd Koch