Teil 6. Die Entwicklung seit 1945

§ 1. Die Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland

1. Das Besatzungsrecht

a) Die Nürnberger Prozesse

Quellen: Proklamation Nr. 3 des Kontrollrats von 1945 (ABl, 22 f.); Gesetz Nr. 10 des Kontrollrats von 1945 (ABl, 50 ff.); VO Nr. 98 der Brit. Militärregierung: Deutscher Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (VOBl BrZ 1947, 154); Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg [IMG], dt. Ausg. Bd. 1–24 1947–1949; *Peschel-Gutzeit* (Hg.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947, 1996.

Literatur: *Bockelmann,* Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs, ZStW 63 (1951), 13 ff.; *Grünwald,* Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege", ZStW 76 (1964), 1 ff.; *Hankel/Stuby,* Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, 1995; *Hirsch/Paech/Stuby,* Politik als Verbrechen: 40 Jahre „Nürnberger Prozesse", 1986; *Kastner,* Von den Siegern zur Rechenschaft gezogen, 2001; *Mai,* Der Alliierte Kontrollrat in Deutschland 1945–1948, 1995; *Pollmann,* NS-Justiz, Nürnberger Prozesse, NSG-Verfahren (Auswahl-Bibliographie), 2000; *Radbruch,* Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1947, Sp. 131 ff.; *Reginbogin/Safferling* (Hg.), The Nuremberg Trials, 2006; *Rüping,* Das „kleine Reichsgericht", NStZ 2000, 355 ff.; *Schröder,* Rechtsgeschichte der Nachkriegszeit, JuS 1993, 617 ff.; *Schünemann,* Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten, FS Bruns, 1978, 223 ff.; *Walton-Jordan,* Die britische Gerichtsbarkeit in Nordwestdeutschland 1945–1949, ZRG 117 (2000), 362 ff.

Nach dem Krieg üben die amerikanische, britische, französische und sowjetische Besatzungsmacht die oberste Regierungsgewalt aus. Der von den Siegermächten eingesetzte Internationale Militärgerichtshof in Nürnberg versucht, historische Schuld juristisch aufzuarbeiten. Grundlage ist das Gesetz Nr. 10 des Kontrollrats von 1945. Es bestraft in Art. 2 Ziff. 1 c „Verbrechen gegen die Menschlichkeit" und nennt beispielhaft „Mord, Ausrottung, Versklavung, Zwangsverschleppung, Freiheitsberaubung, Folterung, Vergewaltigung oder andere an der Zivilbevölkerung begangene unmenschliche Handlungen; Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen". **304**

„Menschlichkeit" deutet dabei weniger auf die individuelle Würde, von der etwa Art. 1 I 1 GG ausgeht, sondern bezeichnet das Humanum schlechthin, als Gemeingut der zivilisierten Nationen abendländischer Tradition: vgl. die Deutungsversuche bei *Radbruch,* SJZ 1947, Sp. 131 f.; aus der Rechtsprechung: OLG Köln, NJW 1947/48, 70; LG Konstanz, SJZ 1947, Sp. 337, 339. Das „Verbrechen gegen die Menschlichkeit" durch Herausarbeitung einzelner Tatbestandsmerkmale für das deutsche Gesetzesverständnis handhabbar zu machen, bleibt insbesondere das Verdienst des 1947 in der Britischen Zone errichteten Obersten Gerichtshofs (vgl. OGHSt. 1, 11 ff., dazu *Rüping,* NStZ 2000, 357 f.). **305**

Zentrales Problem ist, ob das im Gesetz Nr. 1 der Militärregierung selbst festgelegte, allgemein anerkannte Verbot rückwirkender Strafgesetze (Art. IV § 7 S. 1, vgl. heute Art. 103 II GG) die Bestrafung von Taten hindert, die vor Erlass des KRG begangen sind. Sämtliche Versuche, die Anwendbarkeit zu ermöglichen, bleiben juristisch zweifelhaft. Der Nürnberger Gerichtshof versagt den Angeklagten wegen ihrer Ver- **306**

brechen die Berufung auf den Grundsatz (IMG 22, 521, 524 f.). Soweit später deutsche Gerichte zuständig werden, begnügen sie sich vorwiegend positivistisch mit dem Verweis auf die im KRG bestimmte Strafbarkeit (OLG Hamburg MDR 1947, 241, 242 f.; kritisch *Grünwald,* ZStW 76 (1964), 5; *Schünemann,* 226).

307 Weder der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher noch Folgeprozesse gegen einzelne Berufseliten wie Juristen (bezogen auf Staatssekretär *Schlegelberger* StQuB 2, 313 ff.), Diplomaten oder Ärzte haben unmittelbar das Völkerstrafrecht beeinflusst. Erst später greift die UN-Konvention von 1968 über die Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit einen wichtigen Einzelaspekt auf.

308 Unmittelbarer haben Einzelregelungen gewirkt. Die Proklamation Nr. 3 des Kontrollrats veranschaulicht Anforderungen an ein rechtsstaatliches Strafverfahren, wenn sie den Angeklagten vor willkürlicher Verhaftung und durch Einzelrechte in der Tradition des due process of law schützt, nämlich „unverzügliches und öffentliches Gerichtsverfahren, Bekanntgabe von Grundlage und Art der Anklage, Gegenüberstellung mit den Belastungszeugen, gerichtliche Vorladung von Entlastungszeugen und Hinzuziehung eines Verteidigers“ (Art. II Nr. 4).

b) Die Entnazifizierung in der politischen Geschichte der Bundesrepublik

Quellen: *Kreikamp* (Hg.), Quellen zur staatlichen Neuordnung Deutschlands 1945–1949, 1994; Alliierter Kontrollrat, Direktive Nr. 24 von 1946 (ABl 30 ff.), Direktive Nr. 38 von 1946 (ABl 62 ff.), Britische Militärregierung, VO Nr. 79 von 1947 (ABl der MR Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, Nr. 16, 422 ff.).

Literatur: *Benz,* Die Entnazifizierung der Richter, in: *Diestelkamp/Stolleis* (Hg.), Justizalltag im Dritten Reich, 1988, 112 ff.; *Broszat,* Siegerjustiz oder strafrechtliche „Selbstreinigung“, VjZ 1981, 477 ff.; *Etzel,* Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), 1992; *Godau-Schüttke,* Ich habe nur dem Recht gedient, 1993; *Herf,* Multiple Restorations: German Political Traditions and the Interpretation of Nazism, 1945–1946, CEH 26 (1993), 21 ff.; *Löhnig,* Die Justiz als Gesetzgeber, 2010; *Morsay,* Die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1995; *Niethammer,* Die Mitläuferfabrik, 1982; *Nolte,* Deutschland und der Kalte Krieg, 2. Aufl. 1985; *ders.,* Die „Vergangenheitsbewältigung“ nach der Wiedervereinigung, FS H. Wagner, 1995, 493 ff.; *Quaritsch,* Theorie der Vergangenheitsbewältigung, Staat 31 (1992), 519 ff.; *Rauh-Kühne,* Die Entnazifizierung und die deutsche Gesellschaft, Arch. f. Sozialgeschichte 1995, 35 ff.; *Rößler* (Hg.), Die Entnazifizierungspolitik der KPD/SED 1945–1948, 1994; *Rottleuthner,* Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, 2010; *Rüping,* Staatsanwälte und Parteigenossen, 1994 [Staatsanwälte]; *ders.,* Justiz und Demokratie nach 1945, FS Rieß, 2002, 983 ff. [Justiz]; *ders.,* Justizpolitik in Celle unter Britischer Besatzung, in: 300 Jahre OLG Celle, 2011, 99 ff.; *Wolgast,* Die Wahrnehmung des Dritten Reichs in der unmittelbaren Nachkriegszeit (1945/1946), 2001; *Woller,* Die Abrechnung mit dem Faschismus in Italien 1943 bis 1948, 1996.

309 Die von den Alliierten zunächst umfassend inszenierte Entnazifizierung auf der Grundlage der Direktive Nr. 24 hat keinen wirklichen personellen Neuanfang ermöglicht. Die gesamtgesellschaftliche Solidarisierung mit den zahllosen Belasteten (zu den Kategorien der Hauptschuldigen, Belasteten, Minderbelasteten, Mitläufer und Entlasteten Direktive Nr. 38 und für die Britische Zone VO Nr. 79) rührt aus einer Verdrängung der Vergangenheit. Innenpolitische Rücksichten auf den Wiederaufbau sowie die im Zuge des Kalten Krieges politisch erwünschte Westintegration der Bundesrepublik schaffen eine „Mitläuferfabrik“ *(Niethammer)*. Sie ermöglicht in der Justiz über die „Huckepack“-Regelung, dass mit jedem Unbelasteten zugleich ein Belasteter übernommen werden konnte, und zahlreichen Belasteten die Rückkehr in ihre Ämter (statistisch *Rottleuthner* sowie zur beamtenrechtlichen Annahme einer bloßen Suspension der früheren Stellung BGHZ-GS-13, 265, 296 ff. gegen BVerfGE 3, 58, 119).

310 Auch die Masse von Normen aus der NS-Zeit bleibt unangefochten (*Etzel,* 80 ff., *Rüping,* Staatsanwälte, 59 ff.). Ausdrücklich aufgehoben werden nur einzelne Geset-

ze, wie die über den Rassenschutz, die Sondergerichte und den Volksgerichtshof. Unbeanstandet bleibt das Verwaltungs- und Kriegsstrafrecht. Soweit Normen wie die Neufassung des § 240 II StGB von 1943 entgegen den Vorgaben der Alliierten (Proklamation Nr. 3 Art. II Nr. 3) noch auf das „gesunde Volksempfinden" abstellten, deutet die Nachkriegsrechtsprechung dieses um in einen unverfänglichen Verweis auf ein allgemeines Rechtsempfinden (BGHSt 1, 84, 87). Als selbstständige Entwicklung wird dagegen das Verbot grausamer und übermäßiger Strafen im allierten Recht zum ausgangspunkt einer Lehre von der „gerechten Strafe" (*Rüping,* Justiz, 989).

2. Naturrecht und Positivismus

Quellen: *Radbruch,* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, Neuausg. v. *Hassemer,* 2002; 105 ff.; *Weinkauff,* Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, 1689 ff.

Literatur: *Dieckmann,* Überpositives Recht als Prüfungmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes?, 2006; *Eickhoff* (Hg.), Restauration im Recht, 1988; *Evers,* Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, JZ 1961, 241 ff.; *Füßer,* Rechtspositivismus und „gesetzliches Unrecht", ARSP 78 (1992), 301 ff.; *Maihofer* (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 1962; *Neumann,* Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: *Simon* (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 145 ff.; *Oppitz,* Strafverfahren und Strafvollstreckung bei NS-Gewaltverbrechen, 2. Aufl. 1976; *van Roon,* Widerstand im Dritten Reich, 7. Aufl. 1998; *Rüping,* Die Bestrafung der Rechtsschänder, GedSchr. Armin Kaufmann, 1989, 51 ff.; *P. Schneider,* Naturrechtliche Strömungen in deutscher Rechtsprechung, ARSP 42 (1956), 98 ff.; *Walther,* Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich" wehrlos gemacht?, in: *Dreier/Sellert* (Hg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich", 1989, 323 ff.; *Wenzlau,* Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945 bis 1949, 1979.

Naturrechtliche Ansätze prägen bereits den kirchlichen und Teile des bürgerlichen **311**
Widerstandes im Nationalsozialismus (vgl. etwa Vorstellungen des Kreisauer Kreises 1943 über die Bestrafung von „Rechtsschändern"), bis *Radbruch* 1946 mit großer Folgewirkung den Positivismus durch die Differenzierung von gültigem Recht und nicht verbindlichem gesetzlichen Unrecht zu überwinden sucht. 1932 hatte er den Richter noch für verpflichtet gehalten, auch ungerechte Gesetze anzuwenden (Rn. 272). 1946 fordert er eine Neubesinnung und hält positives Recht für ungültig, wenn der Widerspruch „zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat" (SJZ 1946, 107).

Radbruchs Formel ist vom BVerfG übernommen, jedoch in ihrer Reichweite durch **312**
eine soziologische Theorie der Rechtsgeltung beschränkt worden, die zahlreiche Normen aus der NS-Zeit wegen ihrer Durchsetzbarkeit als gültig ansieht (BVerfGE 3, 225, 232 f.; 6, 132, 198 f.; 3, 59, 119). Vereinzelt hat sich der BGH zu einer durch das „Sittengesetz" vorgegebenen Ordnung bekannt, die etwa den Geschlechtsverkehr Verlobter verbiete (BGHSt 6, 46, 53 – Großer Strafsenat).

Methodisch beruht das Verfahren auf dem Zirkelschluss, aus der „Natur des Men- **313**
schen" abzuleiten, was vorher – beim BGH weitgehend im Sinne der katholischen Soziallehre – hineininterpretiert wurde (*Welzel,* Naturrecht 226 f.). In der Sache verkennt *Radbruchs* These, der Positivismus habe die Juristen wehrlos gemacht, das Ausmaß der Zustimmung, ohne die das Funktionieren der Justiz im Dritten Reich nicht erklärt werden kann (*Walther,* 334). Im Gesamturteil ist die Justiz nach 1945 kaum naturrechtsgeleitet gewesen, sondern positivistisch orientiert geblieben, in ihrem Selbstverständnis entpolitisiert und nicht bereit, Normen aus der Zeit des Nationalsozialismus in ihrem politischen Kontext zu werten.

3. Juristische Vergangenheitsbewältigung

Quelle: Justiz und NS-Verbrechen, Bd. 1–43, 1968–2011.

Literatur: *Diestelkamp,* Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit, RJ 5 (1986), 153 ff.; *Eichmüller,* Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen, VjZ 2008, 621 ff.; *Frei* (Hg.), Geschichte vor Gericht, 2000; *Friedrich,* Freispruch für die Nazi-Justiz, 1998; *Godau-Schüttke,* Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland, 2005; *Gribbohm,* Nationalsozialismus und Strafrechtspraxis – Versuch einer Bilanz, NJW 1988, 2842 ff.; *Hoffmann,* Die Verfolgung der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen in Hessen, 2001; *Jäger,* Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1982; *Jahntz/Kähne,* Der Volksgerichtshof, 2. Aufl. 1987; *Kempner,* Amerikanische Militärgerichte in Deutschland, FS M. Hirsch, 1981, 145 ff.; *Klug,* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in NS-Prozessen, in: *Schoeps/Hillermann* (Hg.), Justiz und Nationalsozialismus, 1987, 92 ff.; *von Miquel,* Ahnden oder amnestieren?, 2004; *Redaktion Kritische Justiz,* Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, 1998; *Reichel,* Vergangenheitsbewältigung in Deutschland, 2001; *Rückerl,* NS-Verbrechen vor Gericht, 1982; *Rüping,* Der Verlust der Rechtseinheit nach 1945, FS Fr.-Chr. Schroeder, 2006, 119 ff.; *ders.,* Justiz und Demokratie nach 1945, FS Rieß, 2002, 983 ff.; *Steinbach,* Nationalsozialistische Gewaltverbrechen, 1981; *J. Weber/Steinbach* (Hg.), Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren?, 1984; *Werle/Wandres,* Auschwitz vor Gericht, 1995; *Wojak* (Hg.), „Gerichtstag halten über uns selbst...“: Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozesses, 2001.

314 Großverfahren wegen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen haben die Schwierigkeiten gezeigt, im Strafverfahren mit seiner Bindung an rechtsstaatliche Formen eine juristische Antwort auf historische Schuld zu finden. Der Schuldspruch muss sich mit der Berufung der Angeklagten auf bloße Beihilfe, auf Befehlsnotstand oder auf fehlendes Unrechtsbewusstsein auseinandersetzen (zur strafrechtlichen und kriminologischen Analyse *Jäger),* die Sanktion mit der Legitimität der Strafzwecke, insbesondere der Generalprävention.

315 Als Folge bleibt das Ergebnis trotz bis 2005 in Westdeutschland durchgeführter 172.000 Ermittlungsverfahren, 17.000 Anklagen und 15.000 Hauptverhandlungen mit 5.000 Freisprüchen, 2.000 Einstellungen und 6.600 Verurteilungen mager (Statistik bei *Eichmüller*). Ermittlungen gegen Täter in der Justiz haben, soweit sie nicht bereits zu spät kommen, häufig wegen des fehlenden Nachweises der subjektiven Tatseite oder wegen besonderer juristischer Konstruktionen keinen Erfolg. So soll für den Vorsatz der Rechtsbeugung (§ 336 StGB in der bis 1974 geltenden Fassung) bedingter Vorsatz nicht ausreichen. Weiter behandelt der BGH im Fall *Rehse* (NJW 1968, 1339 f.) auch einen berufsrichterlichen Beisitzer am Volksgerichtshof als Täter des ihm vorgeworfenen Mordes, sodass er nachweisbar selbst aus niedrigen Motiven für die Todesstrafe gestimmt haben muss.

316 Zu den NS-Prozessen zählt auch die Aufhebung nationalsozialistischer Entscheidungen. *OLG Bremen* NStZ 1988, 183 f., *OLG Schleswig* NJW 1991, 2504 f. und *LG Berlin* NJW 1996, 2740 ff. zeigen die Schwierigkeit, einzelne Gesetze wie die Volksschädlingsverordnung und ihre Anwendung als „typisch nationalsozialistisch“ zu kennzeichnen. Beteiligt sind nicht nur die ordentlichen Gerichte, sondern auch die Verwaltungsgerichte bei Klagen auf Zuerkennung von Pensionen und die Sozialgerichte hinsichtlich der Anerkennung als Kriegsopfer, was Angehörige der SS wie Witwen von Deserteuren betrifft.

4. Die Reform des materiellen Rechts

Einzelne Quellen mit Literatur: [1.] Strafrechtsänderungsgesetz (BGBl 1951 I 739 ff.); *v. Brünneck,* Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1968, 1978; *Grünwald,* Die Staatsgefährdungstatbestände 1951–1968, FS Baumann, 1992, 103 ff.; – Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1962 (BT-Dr. 4/650); *Jescheck,* Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962), ZStW 75 (1963), 1 ff.; –

Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, AT, 2. Aufl. 1969, BT: Sexualdelikte, 1968, Politisches Strafrecht, 1968, Straftaten gegen die Person, Halbbd. 1, 2, 1970, 1971, Straftaten gegen die Wirtschaft, 1977; – 1. Strafrechtsreformgesetz (BGBl 1969 I 645 ff.); Begr. in BT-Dr. 5/4094; *Müller-Emmert/Friedrich,* Die Strafrechtsreform, DRiZ 1969, 319 ff.; – 2. Strafrechtsreformgesetz (BGBl 1969 I 717 ff.); Begr. in BT-Dr. 5/4095; *Müller-Emmert/Friedrich,* Die Strafrechtsreform, DRiZ 1969, 273 ff.; – 4. Strafrechtsreformgesetz (BGBl 1973 I 1725 ff.); Begr. in BT-Dr. 6/3521; Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts, *Sturm,* JZ 1974, 1 ff.; *Laufhütte,* JZ 1974, 46 ff.; *Horstkotte,* JZ 1974, 84 ff.; – EGStGB (BGBl 1974 I 469 ff.); Begr. in BT-Dr. 6/3250; *Göhler,* Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, NJW 1974, 825 ff.

Allgemeine Literatur: *Achenbach,* Kriminalpolitische Tendenzen in den jüngeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozeßrechts, JuS 1980, 81 ff.; *Bauer,* Was an der Strafrechtsreform reformbedürftig ist, Blätter für deutsche und internationale Politik 1964, 551 ff., 620 ff.; *Baumann,* Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1965; *ders.,* Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1969; *v. Bülow,* Strafrecht und Kriminalpolitik, in: *de With* (Hg.), Deutsche Rechtspolitik, 1980, 73 ff.; *Busse,* Politische Strafjustiz 1951–1968: Betriebsunfall oder Symptom?, 1998; *Heinitz/Würtenberger/Peters,* Gedanken zur Strafrechtsreform, 1965; *Hirsch,* 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, in: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland, 1993, 35 ff.; *Lenckner,* 40 Jahre Strafrechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, in: *K. W. Nörr* (Hg.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 1990, 325 ff.; *Naucke,* Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *Pauli,* Über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Staatsschutzsachen gegen Kommunisten, in: *Justizministerium NRW* (Hg.), Politische Strafjustiz 1951–1968, 1998, 97 ff.; *Posser,* Anwalt im Kalten Krieg, 3. Aufl. 1999; *Wrobel,* Verurteilt zur Demokratie: Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945–1949, 1989.

Fasst man die Entwicklung des materiellen Rechts zusammen, herrscht nach 1945 **317** zunächst die *klassische Schule.* Sachlich ist ihr Ergebnis, der Entwurf eines StGB von 1962, bei seinem Erscheinen überholt und wird seit 1969 von Reformen im Sinne der *modernen Schule* abgelöst. Sie schaffen ein völlig neues Gesetzbuch, ohne damit die weitere Entwicklung des Strafrechts in Richtung auf eine reine Funktionalität zu beeinflussen.

a) Reformen bis 1962

Das 1. StÄG (1951) sucht die „streitbare Demokratie" durch ein neues politisches **318** Strafrecht gegen ihre Feinde zu sichern und macht den BGH in erster und letzter Instanz für Hoch- und Landesverrat zuständig (zur Praxis *Pauli,* 100 ff.). Im Zeichen des Kalten Krieges dominiert die Verfolgung von Kommunisten *(v. Brünneck).* Das 3. StÄG (1953) führt die Strafaussetzung zur Bewährung als Rechtsinstitut ein und verlangt bei erfolgsqualifizierten Delikten wegen des Schuldprinzips eine zumindest fahrlässige Herbeiführung (vgl. jetzt § 18 StGB). Der Entwurf eines StGB von 1962 bringt äußerlich Fortschritte, vor allem durch Legaldefinitionen des Vorsatzes, der Fahrlässigkeit, des Tatbestands- und Verbotsirrtums (§§ 16–21). Doch ist seine weltanschauliche Haltung, wie sie sich in der Straftheorie und in einzelnen Tatbeständen niederschlägt, überholt.

Der Entwurf bekennt sich zum Schuldstrafrecht (Begr., 96), sieht den Menschen mit der Ent- **319** scheidung des *Großen Strafsenats* BGHSt 2, 200 ff. von 1952 „auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt" und deshalb für befähigt, „sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden". Die von *Jescheck* traditionell begründete Position bekennt sich zur Würde der menschlichen Person (ZStW 75 [1963], 7) und betont den Strafzweck der Vergeltung (vgl. im Entwurf Begr., 98). Im BT wird der Ehebruch beibehalten und strenger bestraft, obwohl der Entwurf die Wirkungslosigkeit sieht (Begr., 348). Die einfache Homosexualität bleibt strafbar, um sittenbildend zu wirken (Begr., 377), und mit einer Vorschrift gegen die künstliche Samenübertragung (dazu Begr., 357) steht der Entwurf allein.

b) Änderungen im Sinne der modernen Schule

320 Die Kritik, vor allem *Fritz Bauer,* hat dem Entwurf intolerante Gesinnungsethik, weltanschauliche Beflissenheit, moralische Härte und die Vermischung von Recht und Sittlichkeit vorgeworfen: „Das Erbe unserer Affenzeit ist noch nicht bewältigt". Der *Alternativ-Entwurf* betont in bewusstem Gegensatz die spezialpräventive Aufgabe, beschränkt sich auf eine Einheitsstrafe und schlägt eine sozialtherapeutische Anstalt vor; Strafe ist für ihn „kein metaphysischer Vorgang, sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen". Die 1969 einsetzende Reform trägt weitgehend Tendenzen der modernen Schule Rechnung.

321 Das 1. StRG (1969) beschränkt die kurze Freiheitsstrafe (vgl. jetzt § 47 StGB), kennt nur noch eine einheitliche Freiheitsentziehung, schafft erstmals eine gesetzliche Grundlage für die Strafzumessung (vgl. jetzt § 46 StGB) und nimmt das Strafrecht im weltanschaulich kontroversen Bereich zurück, hebt z. B. die Strafbarkeit des Ehebruchs auf.

322 Das 2. StRG (1969) schafft einen neuen AT, führt bei der Geldstrafe Tagessätze ein (vgl. § 40 StGB), ermöglicht die – 1984 gestrichene – Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt (§ 65) und beseitigt die Kategorie der Übertretungen (§ 12 I, II). Das 4. StRG (1973) beschränkt das Sexualstrafrecht konsequent auf schutzwürdige Rechtsgüter, „auf den Schutz der Jugend sowie auf den Schutz Erwachsener vor gravierenden Beschränkungen der persönlichen Freiheit und Selbstbestimmung" (BT-Dr. 6/3521, Vorbl.). Das EGStGB (1974) passt den BT und das Nebenstrafrecht an den neuen AT an (BT-Dr. 6/3250, 179).

5. Wandlungen im Strafverfahren

Einzelne Gesetze mit Literatur: Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit (BGBl 1950, 455 ff.); *Rieß,* Über das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit, FS Helmrich, 1994, 127 ff.; – StPÄG (BGBl 1964 I 1067 ff.); Begr. in BT-Dr. 4/178; *Kaiser* (Hg.), Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform, 1965; *Dahs* [sen.], Die kleine Strafprozeßreform, NJW 1965, 81 ff.; – 1. StVRG (BGBl 1974 I 3393 ff.); Begr. in BT-Dr. 7/551; *Rieß,* Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), NJW 1975, 81 ff.; – ErgG zum 1. StVRG (BGBl 1974 I, 3686 ff.); Begr. in BT-Dr. 7/2989; – Antiterrorismus-Gesetz (BGBl 1976 I, 2181 ff.); Begr. in BT-Dr. 7/5401; *Dahs* [jun.], Das „Anti-Terroristen-Gesetz" – eine Niederlage des Rechtsstaates, NJW 1976, 2145 ff.; – Kontaktsperregesetz (BGBl 1977 I 1877 ff.); Begr. in BT-Dr. 8/935, 943, 944; *Jung,* Das Kontaktsperre-Gesetz, JuS 1977, 846 f.; – StPO-Änderungsgesetz (BGBl 1978 I 497 ff.); Begr. in BT-Dr. 8/1482; *Jung,* [Gesetzgebungsübersicht] JuS 1978, 499 ff.; – Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 (BGBl 1978 I, 1645 ff.); Begr. in BT-Dr. 8/976; [BMJ] *Vogel,* Strafverfahrensrecht und Terrorismus – eine Bilanz, NJW 1978, 1217 ff.; – Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (1950) (BGBl 1952 II, 685 ff.); *Irene Maier* (Hg.), Europäischer Menschenrechtsschutz: Schranken und Wirkungen, 1982; – UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (1966) (BGBl 1973 II 1534 ff.), Denkschrift der Bundesregierung in: BRat-Dr. 304/73; *Goose,* Der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, NJW 1974, 1305 ff.; – Europäisches Abkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (BGBl 1989 II 946 ff.; 1990 II 491 f.); *Bank,* Die internationale Bekämpfung von Folter und unmenschlicher Behandlung, Diss. Freiburg, 1996; – Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels mit anderen Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (BGBl. 1992 I 1302 ff.); *Hilger,* Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, NStZ 1992, 457 ff., 523 ff.

Allgemeine Literatur: *Achenbach,* Kriminalpolitische Tendenzen in den jüngeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozeßrechts, JuS 1980, 81 ff.; *Arzt,* Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *Deutscher Anwaltverein* (Hg.), Anwälte und ihre Geschichte, 2011; *Rieß,* Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, FS Schäfer, 1980, 155 ff.; *Schlink,* Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; *H.-L. Schreiber,* Tendenzen der Strafprozeßreform, in: Strafprozeß und Reform, 1979, 15 ff.

323 Erste Reformen wollen ein rechtsstaatliches Strafverfahrensrecht restituieren. Die „kleine" Strafverfahrensreform in den 60iger Jahren baut rechtsstaatliche Sicherungen

aus, während die „große" Reform in den 70iger Jahren die Belange einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege" betont. Grundsätzliche Wandlungen des Verfahrens prägen die jüngste Entwicklung.

a) Die Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts

Als dringendste Aufgabe stellt sich zunächst die Beseitigung nationalsozialistischer Vorschriften. Das Gesetz von 1950 regelt die Gerichtsorganisation neu und errichtet den BGH. Im Verfahrensrecht erneuert es das Klageerzwingungsverfahren, das Verbot der reformatio in peius und beseitigt die freie Stellung des Gerichts im Beweisverfahren (vgl. jetzt § 244 III StPO). Vor allem soll der neue § 136 a StPO die Rechtsstellung des Beschuldigten umfassend sichern. Die RStPO hatte keine ausdrückliche Bestimmung für nötig gehalten, doch zwingen jetzt die Erfahrungen mit „Gestapo-Methoden" dazu. **324**

b) Der Ausbau rechtsstaatlicher Sicherungen

Das Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG von 1964 erweitert die Haftgründe um die Wiederholungsgefahr und um die Schwere der Tat (vgl. jetzt §§ 112 a, 112 III); primär will der Gesetzgeber die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers wirksam festigen. **325**

Die Haftvoraussetzungen werden enger gefasst; das Schlussgehör nach Abschluß der Ermittlungen (§ 169 b a. F.) soll ungerechtfertigte Anklagen verhindern. Der Verteidiger erhält von diesem Zeitpunkt an grundsätzlich unbeschränktes Akteneinsichtsrecht (§ 147), und der Beschuldigte ist – gegen Widerstände aus der Praxis – deutlich auf sein Schweigerecht und auf seine Verteidigungsmöglichkeiten hinzuweisen (vgl. §§ 136, 163 a). **326**

Anstöße kommen von der Rechtsprechung des BVerfG zu den Justizgrundrechten, namentlich zum Recht auf Gehör gemäß Art. 103 I GG, und durch die MRK. Sie regelt in Art. 5 die gerichtliche Freiheitsentziehung, in Art. 6 einzelne Aspekte eines fair trial. Der UN-Pakt von 1966, 1976 in Kraft getreten, enthält zusätzlich das Recht, bei der Verhandlung anwesend zu sein, ein verurteilendes Strafurteil anzufechten, und die Garantie, nicht gegen sich selbst als Zeuge aussagen oder sich schuldig bekennen zu müssen (Art. 14 III d, V, III g). Das Europäische Anti-Folter-Abkommen schließlich ermöglicht, dass ein Ausschuss die Behandlung Inhaftierter untersucht (Art. 1, 8). **327**

c) Novellen im Schatten der law and order-Bewegung

Die *„Große" Strafverfahrensreform* seit 1974 will eine „Gesamtreform durch Teilgesetze" und betont in zahlreichen Novellen primär die Schnelligkeit und Effektivität der Strafrechtspflege. Das 1. StVRG (1974) schafft die gerichtliche Voruntersuchung und das Schlussgehör ab. Das Ergänzungsgesetz vom selben Jahr regelt den Verteidigerausschluss (§§ 138 a ff.) und ermöglicht gemäß §§ 231 a, 231 b ein Verhandeln in Abwesenheit des Angeklagten. Anschließende Änderungen erwachsen aus der Bedrohung durch den Terrorismus und verstärken die vom BVerfG abgesicherte Tendenz, im Konflikt zwischen Interessen der Allgemeinheit und solchen des individuell Betroffenen den Belangen einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege" den Vorrang zu geben (vgl. BVerfGE 33, 367, 383 und zuletzt 77, 65, 76; zur Kritik *Schlink,* 100 ff.; *Arzt,* 71, 96, 165; *Hamm/Michalke,* DAV, S. 411 ff., 416 sowie dort die Kontroverse zur Verteidigung in RAF-Prozessen zwischen *Lampe* [S. 431 ff.] und *v. Plottnitz* [S. 459 ff.]). **328**

Als Einzelregelungen erleichtert das *Antiterrorismus-Gesetz* (1976) die Haft beim Verdacht der Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung im Sinne des § 129 a StGB und ermöglicht, den schriftlichen Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten zu überwachen (vgl. §§ 112 III, 148 II, 148 a n. F.). Das *Kontaktsperre-Gesetz* (1977) gestattet, Gefangene untereinander und **329**

von der Außenwelt zu isolieren, wenn der Verdacht besteht, von einer terroristischen Vereinigung drohten Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit eines Dritten (§§ 31 ff. EGGVG). Das *Gesetz von 1978* ermöglicht in Terrorismus-Verfahren die Überwachung mündlicher Verteidigergespräche und die Überprüfung auch Unverdächtiger an Kontrollstellen (§§ 148 II 3, 111 n. F.), womit die Grenzen zwischen präventiver und repressiver Tätigkeit der Polizei fließend werden.

6. Die Entstehung des Strafvollzugsgesetzes

Quellen: Dienst- und Vollzugsordnung (1961), BayJMBl 1962, 44 ff.; Kommissionsentwurf eines Strafvollzugsgesetzes (1971), hg. v. BJM, 1971; Regierungsentwurf eines Strafvollzugsgesetzes (1972), BT-Dr. 7/918; Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973; Strafvollzugsgesetz (BGBl 1976 I 581 ff.).

Literatur: *Dünkel/Rosner,* Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970, 2. Aufl. 1982; *Jung,* Das Strafvollzugsgesetz, JuS 1977, 203 ff.; *Kaiser/Schöch,* Strafvollzug, 5. Aufl. 2002; *Teresa Müller,* Die Haltung der Parteien in der Bundesrepublik Deutschland zu den Problemen von Strafe und Strafvollzug, Diss. sozialwiss. Tübingen, 1977; *Müller-Dietz,* Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, 1970; *Quedenfeld,* Der Strafvollzug in der Gesetzgebung des Reiches, des Bundes und der Länder, Diss. Tübingen, 1971; *Schattke,* Die Geschichte der Progression im Strafvollzug, Diss. Kiel, 1979.

330 Die Regelung des Strafvollzugs wird als letzter Teilbereich des Strafrechts in Angriff genommen. Die *Dienst- und Vollzugsordnung* von 1961 schafft als Verwaltungsabkommen der Länder eine äußere Vereinheitlichung, bleibt jedoch in ihrer Geltung unklar. Die Entwürfe seit 1971 bereiten eine gesetzliche Regelung vor, die insbesondere das Ziel der *Resozialisierung* festschreibt, die Reformziele des materiellen Rechts aufnimmt und die Rechtsstellung des Gefangenen verbindlich regelt. Das Strafvollzugsgesetz von 1976 trägt diesen Vorstellungen weitgehend Rechnung.

331 Der Kommissionsentwurf von 1971 geht kaum über die DVollzO hinaus. Ebenso wird dem Regierungsentwurf von 1972, der sich auf ein Behandlungsziel statt eines Vollzugsziels beschränkt (BT-Dr. 7/918, Begr., 44), dessen mangelnde Durchsetzung vorgeworfen, während der Alternativ-Entwurf von 1973 entschieden die Therapie gegenüber Erwägungen von Sicherheit und Ordnung betont. Das BVerfG verabschiedet 1972 die noch der DVollzO zugrunde liegende Lehre vom „besonderen Gewaltverhältnis“ und zwingt zu einer gesetzlichen Regelung (BVerfGE 33, 1, 10 ff.).

§ 2. Die Entwicklung in der DDR

1. Die Justiz im politischen System

Quellen: *a)* Verfassung von 1968 i. d. F. von 1974 (GBl DDR 1974 I 434 ff.), Gerichtsverfassungsgesetz von 1963 i. d. F. von 1987 (GBl DDR 1987 I 302 ff.). – Entscheidungen des OG der DDR in Strafsachen (OGSt), ab Bd. 1, 1951.
b) Literatur aus der DDR: Arlt-Stiller, Entwicklung der sozialistischen Rechtsordnung in der DDR, 1976; *Benjamin* und *Autorenkollektiv,* Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945–1949, 1976; *dies.*, Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1949–1961, 1980; *dies.,* Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1961–1971, 1986; *Gysi,* Zur Vervollkommnung des sozialistischen Rechtes im Rechtsverwirklichungsprozeß, Diss. Berlin (HU), 1976; Marxistische Staats- und Rechtstheorie, Bd. 4, 1976; *Melzer* und *Autorenkollektiv,* Staats- und Rechtsgeschichte der DDR, 1983; *Schöneburg,* Geschichte des Staates und des Rechts der DDR, Dokumente 1945–1949, 1984.