

§ 3: Die Entwicklung des deutschen Strafrechts seit dem StGB von 1871

I. Strafzwecke und Aufgabe des Strafrechts im Wandel der Zeit

Das RStGB von 1871 gilt als Grundlagenwerk des heutigen StGB. Sein Allgemeiner Teil wurde bewusst zurückhaltend ausgestaltet, um eine wissenschaftliche Fortentwicklung zu ermöglichen. Sanktionsrechtlich fußte es auf vergeltungstheoretischen und abschreckenden Intentionen, wie sich an der der Todesstrafe und dem mit der Aberkennung bürgerlicher Ehrenrechte einhergehenden Zuchthaus als härterer Vollzugsform im Vergleich zur in Gefängnissen vollzogenen Freiheitsstrafe zeigt. Der Gedanke der Resozialisierung war in ihm noch nicht verankert.

Dies kritisierte die sog. moderne Schule um die Strafrechtslehrer *von Liszt* und *Kohlrausch*, die sich in den 1890er Jahren gegen die den absoluten Theorien *Kants* und *Hegels* verpflichtete klassische Schule wandte und ein Strafrecht forderte, das empirische Erkenntnisse berücksichtigte und spezialpräventiv ausgerichtet war. Aus diesem sog. Schulenstreit resultierte 1913 ein Entwurf, der die klassische, auf der Vergeltungstheorie beruhende Schule und die moderne Theorie verband und etwa erstmalig die Zweispurigkeit von Strafen und Maßregeln beinhaltete. Aufgrund des ausbrechenden 1. Weltkrieges blieb er jedoch unveröffentlicht.

In der Weimarer Republik wurden verstärkt fortschrittliche Forderungen erhoben, wie die Abschaffung von Todes-, Zuchthaus- und Ehrenstrafe oder die Streichung der Strafbarkeit homosexueller Handlungen. Wegen der instabilen politischen Verhältnisse wurden sie aber nicht umgesetzt.

Im Nationalsozialismus wurde das Strafrecht unter nationalsozialistischen Gesichtspunkten „erneuert“, d.h. kollektivistisch und völkisch ausgerichtet. Das Tatstrafrecht wurde durch ein an der (rassistisch zugeschriebenen) Gefährlichkeit bestimmter Tätertypen anknüpfendes Strafrecht ersetzt und damit funktionalisiert. Rechtsstaatliche Grundsätze wie „keine Strafe ohne Gesetz“ wurden aufgehoben. Bestrafen ließ sich nun auch Verhalten, wenn es „nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient.“ Dies öffnete die Tür für nationalsozialistische Willkürgesetze. Einige der in diese Zeit fallenden Gesetzesänderungen bzw. Formulierungen finden sich auch gegenwärtig noch im StGB: Vollrausch (heute § 323a StGB), unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (heute § 142 StGB), Neuregelung von Mord und Totschlag (heute §§ 211, 212 StGB), Nötigung (heute § 240 StGB), Erpressung (heute § 253 StGB), Urkundenfälschung (heute § 267 StGB), Eidesdelikte (heute u.a. § 154 StGB), Einführung von Maßregeln der Besserung und Sicherung.

Zur Vertiefung: *Vogel* ZStW 115 (2003), 638; *Wolf* JuS 1996, 189 = HFR 1996, Beitrag 9 S. 1.

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurden zunächst solche Gesetze aufgehoben, denen offensichtlich nationalsozialistisches Gedankengut zugrunde lag. Des Weiteren wurde die Todesstrafe im Grundgesetz verboten und das Gesetzlichkeitsprinzip in diesem aufgenommen.

Ausfluss der wiederaufgenommenen Bemühungen um eine Reform des Strafrechts waren zwei gegensätzliche Entwürfe, die in den 1960er Jahren von Expertenkommissionen erarbeitet wurden. Der Entwurf von 1962 war juristisch-dogmatisch sehr weit entwickelt, blieb kriminalpolitisch angesichts der im Vordergrund verbleibenden Vergeltungstheorie und des zugestandenen Einflusses des „Sittengesetzes“ (demzufolge Ehebruch, Homosexualität oder Kuppelei weiterhin zu bestrafen seien) aber kritikwürdig. Der Alternativ-Entwurf von 1966 schrieb die Spezial- und Generalprävention als einzigen Strafzweck fest, begriff das

Schuldprinzip als Obergrenze und trat für eine Beschränkung des Strafrechts auf den Rechtsgüterschutz und eine Entkriminalisierung des Sexualstrafrechts ein. Durch das 2. StrRG von 1969 wurde schließlich der Allgemeine Teil neu gefasst, wobei juristisch-dogmatisch eher dem Entwurf von 1962, kriminalpolitisch und sanktionenrechtlich eher dem Alternativ-Entwurf gefolgt wurde. Entgegen dem Vorhaben, auch den Besonderen Teil grundlegend zu erneuern, blieb es hier bei punktuellen Änderungen, die durch weitere Reform- und Änderungsgesetze im Laufe der Zeit ergänzt wurden. Beispielhaft seien genannt:

- 4. StrRG (1973): Beschränkung der Sexualdelikte auf Rechtsgüterschutz.
- Wirtschaftskriminalitätsgesetz (1976): Einführung der §§ 264, 265b, 283–283d, 302a StGB.
- 18. StrÄG (1980): Integration der Delikte gegen die Umwelt in das StGB.
- 34. StrÄG (2002): § 129b StGB – Ziel war die effektive Bekämpfung des internationalen Terrorismus.
- 39. StrÄG (2006): Reaktion auf Graffiti (§§ 303 II, 304 II StGB).
- (2015): Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten: Ausbau des Terrorismus-Strafrechts, eigener Tatbestand der Terrorismusfinanzierung in § 89c StGB.
- (2015): Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Einfügung des § 217 StGB (§ 217 StGB ist gem. BVerfG NJW 2020, 905 mit Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I, Art. 2 II 2 in Verbindung mit Art. 104 I und Art. 12 I GG unvereinbar und nichtig).

- 51. StrÄG (2017): Gesetz zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben: Einfügung der §§ 265c, 265d, 265e StGB.
- 55. StrÄG (2017): Verschärfung des Wohnungseinbruchsdiebstahls durch Einfügung eines Absatzes 4 an § 244 StGB.
- 56. StrÄG (2017): Einführung eines Gesetzes zur Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr in § 315d StGB.
- (2019:) Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch: § 219a StGB wird ergänzt um Abs. 4 (Ausschluss der Strafbarkeit bei bloßen Hinweisen).
- 57. StrÄG (2020): Insbesondere Versuchsstrafbarkeit des „Cybergroomings“ in der sog. „Scheinkind-Konstellation“, wenn der Täter also nur irrig denkt, auf ein Kind einzuwirken, vgl. § 176 VI StGB.
- „Upskirting“ wird zu einer Straftat (2020): Unter dem Begriff „Upskirting“ werden Fälle des heimlichen Fotografierens und Filmens unter Kleider und Röcke verstanden.
- Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes von Verstorbenen. Hintergrund: § 201a StGB schützt bislang nur lebende Personen; Verstorbene gehören hingegen nicht zum geschützten Personenkreis. § 201a I StGB wird um eine neue Nr. 3 ergänzt, nach der sich strafbar macht, wer eine Bildaufnahme, die in grob anstößiger Weise eine verstorbene Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt.

II. Aktuell diskutierte Gesetzesvorhaben

- **Neuregelung der §§ 211, 212 StGB.** Hintergrund: Der Wortlaut des § 211 StGB stammt aus dem Jahr 1941. In ihm kommt die nationalsozialistische Tätertypenlehre zum Ausdruck, die mit einem Schuldstrafrecht unvereinbar ist. Zusätzlich schafft die absolute Strafdrohung („...ist mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.“) Probleme in Konstellationen, in denen zwar ein Mordmerkmal verwirklicht wurde, der Unrechtsgehalt gleichwohl reduziert erscheint (betrifft in erster Linie das Mordmerkmal der Heimtücke). Derzeit ist die Diskussion hierüber aber leider wieder etwas abgeflacht.
- **Einführung eines neuen § 202e StGB zur Kriminalisierung der unbefugten Benutzung informationstechnischer Systeme („Digitaler Hausfriedensbruch“)** nach Vorbild der §§ 123, 248b StGB. Einwand: Es sollen laut Gesetzesbegründung Strafbarkeitslücken bei sog. „Botnetzen“ (Aufspielen von Schadsoftware auf „Opfersysteme“ über infizierte Webseiten oder Spam-Mails) geschlossen werden. Ein derartiges Vorgehen ist jedoch regelmäßig bereits über §§ 202a, 202c, 303a StGB strafrechtlich erfasst. Neben der Variante des Aufspiels von Schadsoftware (§ 202e I Nr. 3 StGB) stellt der Gesetzentwurf auch das Verschaffen unbefugten Zugangs zu einem informationstechnischen System unter Strafe (§ 202e I Nr. 1 StGB). Diese ausufernde Tatbestandsgestaltung führt letztlich soweit, dass Alltägliches plötzlich zur potenziellen Straftat werden kann (bspw. das Einwählen in ein offenes WLAN ohne Einverständnis des Berechtigten).
- **Aufhebung des § 219a StGB (Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft).** Hintergrund: Das Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche wurde 1933 in das Reichsstrafgesetzbuch eingeführt. Die Geg-

ner der Norm führen an, dass sie den heutigen Vorstellungen von Informationsfreiheit, Selbstbestimmung und freier Arztwahl widerspreche. Es sei nicht verständlich, warum über straffreie Schwangerschaftsabbrüche nach §§ 218 ff. StGB, nicht auch rechtmäßig informiert werden dürfe. Ein Entwurf von Bündnis90/Die Grünen zur Änderung des StGB, namentlich der Aufhebung des § 219a StGB, wurde mit 458 Nein-Stimmen abgelehnt. Am 21. Februar 2019 hat der Bundestag allerdings für eine Neufassung des § 219a StGB gestimmt (vgl. bereits oben). Eine Urteilsverfassungsbeschwerde (u.a. gegen KG NStZ 2020, 550) wurde vor dem BVerfG Ende 2019 erhoben.

- **Einführung eines Unternehmensstrafrechts.** Hintergrund: Die Sanktionierung von Unternehmen erfolgt in Deutschland bisher über die Unternehmensgeldbuße des § 30 OWiG und damit über das Ordnungswidrigkeitenrecht. Eine echte Strafbarkeit von Unternehmen gibt es nicht. In den USA und anderen EU-Mitgliedstaaten bestehen hingegen Regelungen, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen festschreiben. Das wird für Deutschland aber kritisch beurteilt, weil bspw. das Schuldprinzip (Art. 1, 20 GG) verletzt werde (*Schünemann* ZIS 2014, 1 ff.). Derzeit wird in der Gesetzgebung ein „Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ verhandelt. Dieses sieht keine echten Strafen für Unternehmen vor, sondern will in problematischer Weise als eine Art verschärftes Ordnungswidrigkeitenrecht Unternehmen verstärkt zur Verantwortung ziehen.
- **Strafverschärfungen im Bereich Kinderpornografie.** Das Land NRW schlug in einem Gesetzesantrag im Juni 2020 vor, die Mindeststrafe von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern anzuheben (vgl. BR-Drs. 356/20). Im Wesentlichen geht es dabei um die Heraufstufung von Vergehen zu Verbrechen (vgl. § 12 I, II StGB). Auch ein Ende August 2020 vorgelegter Referentenentwurf des BMJV sieht neben anderen umfassenderen Maßnahmen Strafverschärfungen in diesem Bereich vor: Neben

einer sprachlichen Änderung des § 176 StGB soll eben jene Vorschrift als Verbrechen ausgestaltet werden. Gleiches gilt für die Verbreitung, den Besitz und die Besitzverschaffung von Kinderpornografie.

Diesen Bestrebungen ist seitens der Kriminologie und der Strafrechtswissenschaft erhebliche Kritik entgegengebracht worden; vgl. etwa Kölbel: „Solche Positionierungen sind von ermüdender Vorhersehbarkeit, gerade für die Law-and-Order-Ecke. Immer das gleiche Muster: Gar nichts tun schaut bei all der öffentlichen Aufregung irgendwie schlecht aus. Also beweist man 'Handlungsfähigkeit' und schwingt die strafrechtliche Keule.“ https://www.lto.de/persistent/a_id/41874/ [zuletzt abgerufen am 06.11.2020]

- **Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität (BT-Drs 19/17741).** Der Bundestag hat am 18.6.2020 das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität beschlossen. In strafrechtlicher Hinsicht soll § 46 II 2 StGB um antisemitische Beweggründe und Ziele des Täters ergänzt werden. Ferner soll § 241 StGB einen neuen Absatz 1 erhalten. Bislang erfasst § 241 I StGB nur die Bedrohung mit einem Verbrechen. § 241 I StGB-E soll darüber hinaus Drohungen mit Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen Sachen von bedeutendem Wert, die sich gegen die Betroffenen oder ihnen nahestehende Personen richten, erfassen. Wegen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes (die sich vor allem auf die im gleichen Gesetz vorgesehene Herausgabe von Nutzerdaten durch soziale Netzwerke an das BKA beziehen) will Bundespräsident Steinmeier das Gesetz zunächst nicht unterzeichnen. Die Bundesregierung plant, es nachzubessern.