

**Martin Heger**

Humboldt-Universität zu Berlin (Humboldt University of Berlin, Germany)  
e-mail: martin.heger@rewi.hu-berlin.de

ORCID: 0000-0001-5319-218X

DOI: 10.15290/mhi.2021.20.02.01

## **Von der Konstitutionalisierung von *Nulla poena, nullum crimen sine lege* in Art. 116 WRV (1919) zu dessen Umkehrung in ein *Nullum crimen sine poena* durch das NS-Regime**

### **ABSTRACT**

**From the Constitutionalization of the Principle of Legality *nulla poene, nullum crimen sine lege* Principle within the Weimar Constitution to its Reversal to a Principle of *nullum crimen sine poena* by the Nazi Regime**

The principle of Legality (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) is the most fundamental principle of German criminal code since it was codified in the Bavarian Criminal Code 1813 for the first time. With the Foundation of the German Empire in 1871 it became an integral part of the new German Penal Code (Reichsstrafgesetzbuch). It was constitutionalized in 1919 as a fundamental right with Art. 116 of the Weimar Constitution. It was unchallenged till the Nazi regime came to power. Not within the Empowerment Act but with other legal measures resulting from the burning of the Parliament ("Reichstagsbrand") on 28 February 1933 till 1935 on, the Nazi regime changed the principle step by step from *nullum crimen, nulla poena sine lege* to *nullum crimen sine poena*. They made Analogy in disfavor of the accused person possible and they stated criminal offences with retroactivity. Unfortunately, the Supreme Court of Justice (Reichsgericht) accepted the new provisions and used it as a basis for its sentences. After WW II the allies nullified the Nazi provisions. With Art. 103 § 2 of the new (West-)German constitution from 1949 *nulla poena sine lege* has been constitutionalized again. The Paper deals with that development with a special focus on the role of the Reichsgericht as the highest body of judges, who were trained in the times before the Nazis came to power.

**Keywords:** *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege*, RStGB, WRV, Reichstagsbrandverordnung, Reichsgericht, Reichstagsbrandprozess

## I. *Nulla poena, nullum crimen sine lege*

Der Grundsatz „*Nulla poena sine lege*“ (Keine Strafe ohne Gesetz), wie ihn der bekannte Strafrechtler Paul Johann Anselm von Feuerbach als Grundlage seiner Strafzwecklehre zu Beginn des 19. Jahrhunderts formuliert und erstmals im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 kodifiziert hat, gilt als Kern der Reformbewegung auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts nicht nur in Deutschland. Über entsprechende Regelungen im preußischen StGB und im StGB für den Norddeutschen Bund fand er Eingang in das bis heute – wenngleich inhaltlich mehrfach überarbeitet – in Geltung befindliche Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871. Dieses RStGB hat auch in denjenigen damals zum Deutschen Reich gehörenden Gebieten Geltung, die nach dem ersten und teilweise in der Folge des Zweiten Weltkrieges zu Polen gekommen sind; bis zur Schaffung eines gesamtpolnischen Strafgesetzbuches 1932 galt es daher auch in der 1919 wieder gegründeten Republik Polen.

§ 2 RStGB (1871) hatte folgenden Wortlaut: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.“

Während der erste Satz dieser Vorschrift den klassischen *Nulla poena*-Grundsatz, modifiziert in Richtung auf ein „*Nullum crimen sine lege*“ (Keine Straftat ohne Gesetz) abbildet, formuliert der zweite Satz den damit eng verbundenen *lex mitior*-Grundsatz, wonach bei nachträglicher Änderung des Strafgesetzes die für den Täter jeweils günstigste Regelung anzuwenden ist. Während der „*nullum crimen*“ – Grundsatz dem Täter garantiert, dass er sich nur strafbar machen kann, wenn er gegen ein schon oder noch geltendes Strafgesetz verstoßen hat, und „*nulla poena sine lege*“ für ihn sicherstellt, dass maximal die im einschlägigen Strafgesetz vorgesehene Höchststrafe verhängt werden darf, weicht der *lex mitior*-Grundsatz zu seinen Gunsten von diesen Regeln ab, wenn und weil der Gesetzgeber zumindest zeitweilig in Bezug auf die Strafbarkeit als solche oder wenigstens die für Straftaten dieser Art vorgesehene Strafe eine großzügigere Auffassung als zuvor (und eben zur Tatzeit) vertreten hat. Schärft der Gesetzgeber hingegen sein „Arsenal“ an Kriminalstrafaktionen und erhöht die Strafdrohung (oder erweitert die Strafbarkeit), so bleibt es für vor Inkrafttreten der Neuregelungen begangene Straftaten auch dann bei den alten Regelungen über Strafbarkeit und Strafen, wenn zur Zeit des Gerichtsverfahrens bzw. der Aburteilung die Schärfungen bereits in Kraft getreten sind.

Dieselben Regelungen finden sich heute wieder im deutschen StGB: Während sich aber nunmehr § 2 Abs. 1 StGB auf den *nullum crimen*-Satz fokussiert, ist der *lex mitior*-Grundsatz in § 2 Abs. 3 StGB niedergelegt. Dass diese Grundsätze heutzutage längst auch Teil des gemeineuropäischen Strafrechtserbes sind,

zeigen die Regelungen der Art. 7 EMRK und Art. 49 Abs. 1 GRCh sowie auch die Rechtsprechung des EGMR, der freilich in den bekannten Mauerschützen-Fällen<sup>1</sup> zur Vermeidung der Straflosigkeit von schweren Menschenrechtsverletzungen eine tendenziell restriktive Lesart des Rückwirkungsverbots vertreten hat, wie des EuGH, der im bekannten Berlusconi-Urteil von 2005 noch vor Inkrafttreten der Grundrechte-Charta mit dem Vertrag von Lissabon zum 1.12.2009 ausdrücklich (und entgegen der Schlussanträge der Generalanwältin Kokott) auf den *lex mitior*-Grundsatz rekurriert hat (EuGH, seg. 2005, I-3565).

## II. Reichsweite Kodifizierung

Während des Deutschen Kaiserreichs war der Grundsatz *Nullum crimen, nulla poena sine lege* in seiner Geltung im Reichsgebiet nicht bestritten.<sup>2</sup> Das zeigt das berühmte Diktum von Franz von Liszt, der das Strafgesetzbuch als *Magna Charta des Verbrechers* bezeichnete in dem Sinne, dass dieser durch eine Lektüre des Gesetzes erkennen können muss, was bei Strafe verboten ist, so dass er im Umkehrschluss letztlich auch aus der Nichtnennung einer Handlung abgelesen kann, dass diese (jedenfalls bei Strafe) nicht verboten ist. Es zeigte sich aber auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts als der obersten Instanz in Strafsachen. In einem bis heute bekannten Urteil ging es um die Strafbarkeit des illegalen Anzapfens von elektrischem Strom. Damals wie heute setzt eine Strafbarkeit gemäß § 242 StGB voraus, dass der Täter „eine fremde bewegliche Sache“ wegnimmt. Fraglich war im erwähnten Fall, ob es sich bei elektrischer Energie um eine solche Sache handelte; das Reichsgericht verneinte dies und folgerte daraus in Verbindung mit dem *Nullum crimen*-Satz, dass das Verhalten nicht als Diebstahl strafbar sein konnte. Daraufhin hat der Gesetzgeber einen Sondertatbestand für die illegale Entziehung von elektrischem Strom geschaffen (heute: § 247c StGB), der aber natürlich nicht auf die damals angeklagte Tat zurückwirken konnte.

Dies zeigt schön die damals allgemein anerkannte und in der Rechtsprechung ohne Weiteres zugrunde gelegte Funktion des *nullum crimen*-Satzes in der Feuerbach'schen Tradition: Was nicht in die Straftatbestände des RStGB durch noch vom Wortsinn gedeckte Interpretation hineingelesen werden konnte,

<sup>1</sup> EGMR, *NJW* 2001, 3035 ff. (Mauerschützen/Krenz); dazu jüngst: M. Heger, *Die Mauerschützenprozesse – Ein Ausdruck von Siegerjustiz?*, „Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift“ 2021, no. 3, S. 20 ff.

<sup>2</sup> Das galt allerdings nicht für das von 1886 bis 1918 bestehende deutsche Kolonialreich, in dem gegenüber der lokalen Bevölkerung auch nicht kodifiziertes Richterrecht zur Anwendung kommen konnte (dazu W. Naucke, „Rechtshistorisches Journal“ 1988, no. 7, 297, 305 ff.) und auch nicht für das in den im 1. Weltkrieg besetzten Gebieten gegenüber der dortigen Bevölkerung anwendbaren deutschen (Polizei-)Strafrecht (dazu: J. Goldschmidt, *Die Rechtsgrundlagen der deutschen Strafgewalt gegen Ausländer im besetzten Feindesgebiet*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 1916, no. 37, S. 52, 60 ff.).

war nicht strafbar; und weil die Strafbewehrung zur Tatzeit bestehen muss, konnte auch ein eiliges Nachbessern des RStGB durch den Gesetzgeber an dieser Straflosigkeit generell nichts mehr ändern. Zugleich zeigt sich in solchen Fällen aber auch ein Kritikpunkt an einem derart formal verstandenen Prinzip: Wenn nämlich Strafjustiz wie Gesetzgeber (und wahrscheinlich auch die interessierte Öffentlichkeit) konstatieren (müssen), dass ein Verhalten zwar materiell betrachtet gleich strafwürdig war wie ein vergleichbares, strafbewehrtes Tun, zugleich aber eben – anders als dieses – vor seiner Vornahme nicht unter Strafe gestellt worden war, musste der Handelnde von Rechts wegen freigesprochen werden, selbst wenn er bewusst die im Strafrecht bestehende Lücke ausgenutzt haben sollte. Moralisch gesehen war dies sicher nicht gerecht in dem Sinne, dass vergleichbares Unrecht (und das war ja auch die illegale Entziehung elektrischer Energie, solange sie noch nicht unter Strafandrohung gestellt worden war) eben nicht in vergleichbarer Weise sanktioniert werden konnte. War im 19. Jahrhundert diese Folge einer formalen Betrachtung des Kriminalstrafrechts völlig unbestritten, kam es im Verlauf des 20. Jahrhunderts zusehends zu Diskussionen um eine Materialisierung und Ethisierung des Strafrechts, die gerade solche allein rechtstechnisch begründeten Unterschiede aus einer materiellen Perspektive nicht (mehr) ohne Weiteres gelten lassen wollte.

### **III. Reichsweite Konstitutionalisierung mittels Art. 116 WRV**

Auch wenn der Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ im RStGB und in der Strafrechtspraxis bis zum Ende des Kaiserreiches völlig unbestritten die fundamentale Grundlage des deutschen Strafrechts gewesen ist, hatte er doch damals (noch) keine Verankerung in der Reichsverfassung von 1871 gefunden, auch weil diese sich auf formale Regelungen des damals geschaffenen Bismarck-Reichs konzentriert und auf Grundrechte verzichtet hatte. Das sollte sich mit der Weimarer Reichsverfassung ändern. Innerhalb eines – allerdings nicht unmittelbar geltenden – Grundrechtskatalogs enthielt diese auch eine Bestimmung zu „*nullum crimen, nulla poena*“; Art. 116 WRV lautete: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.“ Damit ist Satz 1 (nicht auch Satz 2 mit dem *lex mitior*-Grundsatz) aus § 2 RStGB als echtes Grundrecht konstitutionalisiert worden, blieb aber daneben auch einfachgesetzlich in Wirkung, was schon deshalb Bedeutung hatte, weil die Grundrechte damals nicht Vorrang vor den Gesetzen hatten, sondern bloß Programmsätze für den Gesetzgeber waren. Die erste Konstitutionalisierung dieses Strafrechtsgrundsatzes hatte daher auf dessen fortgesetzte Akzeptanz in der Justiz der Weimarer Republik keinen Einfluss.

## IV. Dekonstruktion von *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

Die Machtübernahme durch die Nationalsozialisten am 20.1.1933 führte binnen zwei Jahren dazu, dass das anerkannte und konstitutionalisierte Prinzip eines „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ in sein Gegenteil eines „*nullum crimen sine poena*“ überführt worden ist.

### 1. Aushebelung der Verfassung durch die Reichstagsbrand-VO und das Ermächtigungsgesetz

Die (Not-)Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (RGBl. 1933, S. 83)<sup>3</sup> folgte auf die Brandstiftung im Reichstagsgebäude und wird daher gemeinhin auch als „Reichstagsbrandverordnung“ bezeichnet. Sie setzte wichtige Grundrechte der WRV außer Kraft und beförderte die Gleichschaltung im Deutschen Reich. Damit war sie ein wesentliches Element auf dem Weg zur Abschaffung der Demokratie und zur Errichtung einer Willkürherrschaft durch die Nationalsozialisten. Allerdings fehlte Art. 116 WRV mit seiner Garantie von „*nulla poena sine lege*“ in der Aufzählung der ausgesetzten Grundrechte in § 1 der VO; deshalb und weil auch die inhaltsgleiche einfachgesetzliche Verbürgung in § 2 RStGB noch unangetastet bleiben sollte, hat die Reichstagsbrandverordnung zumindest formal noch nichts am Gesetzlichkeitsprinzip in der Strafjustiz geändert. Daran änderte auch nichts, dass in § 5 Satz 1 dieser VO für Brandstiftung anders als zuvor auch die Todesstrafe vorgesehen wurde, denn nach der besten gebliebenen Logik von § 2 RStGB galt dies eben nur für nach Inkrafttreten der VO begangene Taten.

Demgegenüber erlaubte Art. 2 Satz 1 des offiziell als Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (RGBl. 1933, S. 141) bezeichneten Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933 der Reichsregierung unter Adolf Hitler, Gesetze zu beschließen, die von der Reichsverfassung abweichen. Auch damit war „*nulla poena sine lege*“ noch nicht ausgehebelt, doch war Art. 116 WRV nicht länger mehr eine – freilich ohnehin nicht allzu starke – Schranke gegen einfachgesetzliche Aufgabe dieser Fundamentalnorm.

### 2. Die *Lex van der Lubbe* – Rückwirkung der Todesstrafandrohung bei Brandstiftung

Gleichwohl war der am Anfang dieser Rechtsentwicklung hin zu einer Diktatur stehende Reichstagsbrand auch der Ausgangspunkt für eine Aufgabe zumindest von „*nulla poena sine lege*“, wenngleich noch nicht auch von „*nullum*

<sup>3</sup> Dazu: T. Raithel, I. Strenge, *Die Reichstagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustandes*, „Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte“ 2000, no. 48, S. 413 ff.

crimen sine lege". Grundlage war das umgangssprachlich als Lex van der Lubbe bezeichnete Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe vom 29. März 1933, welches in § 1 die in § 5 Satz 1 der Reichstagsbrand-VO vorgesehene Todesstrafe für Brandstiftung nunmehr auch auf im Zeitraum zwischen dem 18. Januar und dem 28. Februar 1933 begangene Taten erstreckte und damit rückwirkend die Strafe für diesen als solchen unveränderten Straftatbestand schärfte. Der relativ schmale rückwirkende Anwendungsbereich von gerade einmal 42 Tagen zeigt einerseits, dass die durch die Reichstagswahlen vom 5. März 1933 und das Ermächtigungsgesetz in ihrer Machtstellung gefestigte NS-geführte Reichsregierung immer noch zauderte, nulla poena sine lege im Grundsatz anzugreifen. Der in der Aufzählung der faktisch durch das Ermächtigungsgesetz außer Kraft gesetzten Grundrechte fehlende Art. 116 WRV blieb auch durch diese Bestimmung formal in Kraft, wenngleich dadurch ein – formal schmaler, aber prinzipiell fundamentaler – Ausnahmefall statuiert worden ist. Auch verdeckt die genannte Zeitspanne nur mühsam, dass eigentlich ein Einzelfall geregelt werden sollte – nämlich eben der Reichstagsbrand, für den dessen (zumindest Mit-)Urheber Marinus van der Lubbe sowie die von den Nazis als Hintermänner verdächtigten Führer der Kommunistischen Partei Deutschlands (KPD) und der Komintern in einem großen (Schau-)Prozess vor dem Reichsgericht zum Tode verurteilt werden sollten. Im Reichstagsbrand-Prozess vor dem 4. Strafsenat des Reichsgerichts in Leipzig<sup>4</sup> vom 21.9. bis 23.12.1933 wurde denn auch der Namensgeber dieses Gesetzes selbst – wie von den Nazis beabsichtigt – unter Berufung auf die in der Lex van der Lubbe angeordneten rückwirkenden Todesstrafandrohung für schwere Brandstiftung (§ 307 RStGB) zum Tode verurteilt; entgegen dem Willen der neuen Machthaber wurden die vier anderen, kommunistischen Angeklagten allerdings allesamt freigesprochen. Der Bruch mit „nulla poena sine lege“ durch den Gesetzgeber wurde damit von den obersten Strafrichtern des Reiches nachvollzogen. Gleichwohl sollte dies zunächst eine Ausnahme bleiben, denn neben Art. 116 WRV, der wie allgemein die Grundrechte in der WRV – und anders als heutzutage – ohnehin nicht gegen einfachgesetzliche Modifikationen gefeit war, blieb einfachgesetzlich auch § 2 RStGB mit seinem Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ unangetastet.

<sup>4</sup> A. Bahar, *Der Reichstagsbrandprozess*, [in:] K. Groenewold, A. Ignor, A. Koch (Hrsg.), *Lexikon der Politischen Strafprozesse*, <https://www.lexikon-der-politischen-strafprozesse.de/glossar/reichstagsbrand-prozess-1933/>; D. Deiseroth, *Der Reichstagsbrand-Prozess – ein rechtsstaatliches Verfahren?*, „Kritische Justiz“ 2009, Vol. 42, S. 303 ff.

### 3. Die Reform des § 2 RStGB 1935 – Vom Verbot strafbegründender Analogie zu deren Anordnung

Die vom politischen Einzelfall – wie dem Reichstagsbrand – losgelöste Fundamentalabkehr von dieser klassisch-rechtsstaatlichen Bestimmung erfolgte dann erst nach der vollständigen Gleichschaltung aller Strukturen sowie im Sommer 1934 der Bekämpfung interner Abweichler im sog. „Röhm-Putsch“ und der Vereinigung der Ämter von Staatsoberhaupt und Regierungschef nach dem Tod von Reichspräsident Paul von Hindenburg in der Hand von Adolf Hitler, der nunmehr als „Führer und Reichskanzler“ vollends zum Alleinherrscher avanciert war. Zuvor hat es zwar seit dem Machtantritt von Hitler zwischen dem 26.3.1933 und dem 24.4.1934 insgesamt sechs Novellierungen des RStGB gegeben, welche aber durch die Bank auf eine Änderung von § 2 RStGB verzichtet haben.

Das änderte sich mit dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. 1935, S. 839), dessen Art. 1 den § 2 RStGB völlig neu gefasst hatte; er lautete nunmehr: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanken auf sie am besten zutrifft.“ Aus dem klassischen Analogieverbot in *malum in partem* ist damit nicht bloß eine Erlaubnis strafbegründender Analogie geworden; vielmehr gibt diese Norm dem Richter vor, mittels solcher Analogie unter Heranziehung der am ehesten passenden Strafnorm Straflosigkeit zu vermeiden, wenn – wie für das NS-Recht charakteristisch – das „gesunde Volksempfinden“ dies erfordert. Damit statuierte der Gesetzgeber im Lichte der NS-Rechtslehre eine vollständige Umkehr vom rechtsstaatlichen „*nullum crimen sine lege*“ zum vermeintlich materiell gerechteren „*nullum crimen sine poena*“. Maßgeblich sollte aber weiterhin, wie sich aus dem ebenfalls neu gefassten § 2a Abs. 1 RStGB ablesen lässt, das zur Tatzeit geltende Recht bleiben. Soweit also ein Straftatbestand direkt angewandt werden konnte, gab es keine Rückwirkung; und bei der vorgeschriebenen Analogie blieb das heranzuziehende, nach dem Grundgedanken am besten passende Gesetz auch dasjenige zur Tatzeit, so dass etwa eine nach der Tatzeit erfolgte Strafschärfung weder bei direkter noch bei analoger Anwendung der Strafnorm vorgesehen war.

Dass mit dieser RStGB-Novelle<sup>5</sup> vollends dem NS-Denken Bahn gebrochen wurde, zeigt nur die Einführung eines neuen § 134b RStGB, welcher die Beschimpfung der NSDAP unter Strafe stellte.

#### 4. Kindesraub- und Autofallen-Gesetz mit ausdrücklicher Rückwirkung

Ein knappes Jahr später, am 22. Juni 1936, wurde dann erstmals ein Tatbestand im RStGB mitsamt der (obligatorischen Todes-)Strafandrohung rückwirkend in Kraft gesetzt. Während Art. 1 des Gesetzes gegen erpresserischen Kindesraub vom 22.6.1936 (RGBl. 1936, S. 493) mit § 239a eine neue Strafnorm gegen Kindesentführung in das RStGB einstellte, statuierte Art. 2 ebenso knapp, wie im Lichte nunmehr von „nullum crimen“ wie „nulla poena sine lege“ fundamental neu: „Dieses Gesetz tritt mit Wirkung vom 1. Juni 1936 in Kraft“. Auch wenn der Zeitraum der diesmal – anders als bei der Lex van der Lubbe – auch tatbestandliche Rückwirkung hier noch knapp bemessen war, wurde damit doch vollends klargestellt, dass der NS-Strafgesetzgeber auf aus seiner Sicht strafwürdiges Fehlverhalten, welches von den existierenden Straftatbeständen auch bei ihrer analogen Anwendung gerade selbst in Ansehung der Strafandrohung nicht angemessen erfasst werden konnte, vom Gesetzgeber jederzeit rückwirkend überhaupt einer Bestrafung oder jedenfalls einer massiven Strafschärfung unterworfen werden konnte.

Noch deutlicher wurde dies dann mit dem am 22. Juni 1938 erlassenen Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen (Reichsautofallengesetz; RGBl. 1938, S. 651), das sogar zeitlich vor der vorgenannten Strafnorm nicht weniger als zweieinhalb Jahre zurückwirkend bereits zum 1. Januar 1936 in Kraft gesetzt wurde. Es erschöpfte sich in folgender Regelung: „Wer in räuberischer Absicht eine Autofalle stellt, wird mit dem Tode bestraft“. Der Grund war, dass in einem zur Zeit des Erlasses des Gesetzes laufenden Strafprozess gegen zwei Brüder, die ab 1936 unter Einsatz sog. Autofallen Raubüberfälle verübt hatten, fraglich war, ob für beide die Todesstrafe verhängt werden konnte. Um dies sicherzustellen, griff der NS-Gesetzgeber in dieser Weise ein.

Auch wenn solche rückwirkenden Strafschärfungen in der NS-Gesetzgebung die Ausnahme geblieben sind, wurde doch damit allen Rechtsanwendern klargemacht, dass es in der NS-Zeit nicht mehr auf überkommene rechtsstaatliche Grundsätze, sondern auf eine an vermeintlichen Wert- oder Gerechtigkeitsvorstellungen orientierte Willkür ankommen sollte.

<sup>5</sup> Dazu nur: G. Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin 1989, S. 141 ff.



## 5. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Rückwirkung und Analogie

Es ist hier nicht der Raum für eine umfassende Studie zur Akzeptanz dieser schrittweisen Abkehr von „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ in der Rechtsprechung während der NS-Herrschaft. Allerdings zeigte ja bereits der Reichstagsbrandprozess, dass das Reichsgericht als oberste Instanz in Strafsachen keine Skrupel hatte, eine erst mit der Reichstagsbrand-VO unmittelbar nach der Tatbegehung eingeführte (Todes-)Strafdrohung nach deren in einem *de facto* Einzelfallgesetz angeordneten Rückwirkung auch anzuwenden.

Ein Blick in die in der amtlichen Sammlung des Reichsgerichts veröffentlichten, nach der Neufassung des § 2 RStGB ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen zeigt, dass es nicht selten um die in § 2 RStGB vorgesehene „entsprechende Anwendung“ von Strafnormen nicht nur aus dem RStGB gegangen ist. Allein in den drei Bänden ab Ende 1935 (RGSt; Band 70-72) finden sich ausweislich der Register nicht weniger als 47 Einträge hierzu. In der weit überwiegenden Zahl bejaht das Reichsgericht dabei eine Zulässigkeit bzw. Möglichkeit der Analogie; deutlich seltener wird sie verneint, wobei es auch Fälle gibt, in denen etwa eine Schuld nicht nachgewiesen worden ist. Gelegentlich gezogene Grenzen wie etwa, dass eine Rückwirkung der Analogiererlaubnis auf Sachverhalte vor Inkrafttreten des § 2 RStGB nicht zulässig sei (RGSt 71, 341), bleiben letztlich innerhalb der Vorgaben des NS-Gesetzgebers, der ja in § 2 RStGB zwar ein Analogiegebot, aber gerade keine Rückwirkung desselben statuiert hat; immer wieder geht es aber auch über die gesetzlichen Grenzen hinaus, wenn es etwa die Strafnormen des Blutschutzgesetz gegen sog. „Rassenschande“ entgegen § 3 RStGB auch auf Taten im Ausland erstrecken will (RGSt 72, 91 und 95). Auch soll § 2 RStGB zur Anwendung kommen, wenn – anders als dort vorgesehen – zwar eine Strafnorm einschlägig ist, diese aber aus Sicht des Reichsgerichts und damit unter Einbeziehung des gesunden Volksempfindens keine angemessene Bestrafung zulässt (RGSt 72, 50). Letztlich wird man nicht umhin kommen, dem Reichsgericht in vielen Fällen eine strikte Beachtung des § 2 RStGB in der neuen Fassung zuzuerkennen – was freilich in Hinsicht auf die Strafbarkeit eben die im damals im Gesetz normierte Lösung von deren Gesetzlichkeit bedeutet, während die Abweichungen häufiger in einem materiellen Sinne den Willen des NS-Gesetzgebers noch über den von diesem in Kraft gesetzten Gesetzeswortlaut zur Leitschnur nehmen, als dass in einem Akt rechtsstaatlichen Widerstandes etwa § 2 RStGB möglichst eng ausgelegt worden wäre. In einzelnen Fällen führte die analoge Anwendung etwa von §§ 249, 251 RStGB (Raub mit Todesfolge nach Beibringung von K.O.-Tropfen; RGSt 72, 349) zu einem Ergebnis, das man heute durch eine großzügigere Interpretation des Gewaltbegriffs ebenfalls

erreichen würde. Auch wenn man solche Fälle wohl aus rechtsstaatlicher Sicht nicht beanstanden mag, gilt doch insoweit mit Blick auf die Gesamtheit der Analogie-Entscheidungen des Reichsgerichts bereits kurz nach Inkrafttreten des neuen § 2 RStGB (und noch nicht unter den Bedingungen des Krieges) wohl, dass die Ausnahme die Regel (der willigen Anwendungsbereitschaft durch die Richter am Reichsgericht, die wohl allesamt ihre juristische Ausbildung lange vor der NS-Zeit und damit unter Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips absolviert haben) bestätigt.

### **V. Rückkehr zu „nullum crimen, nulla poena sine lege“ in der Fassung vor 1933**

Nach der bedingungslosen Kapitulation des Deutschen Reiches führten die Alliierten mit Art. 1 des Kontrollratsgesetzes Nr. 11 vom 30. Januar 1946 in Sachen „nullum crimen, nulla poena sine lege“ eine Rückkehr zur Rechtsstaatlichkeit ein, indem sie u.a. § 2 RStGB mit seiner Analogieanordnung aufgehoben und dadurch den auf das Gesetzlichkeitsprinzip aufbauenden § 2a RStGB übrig gelassen haben. Mit der Neubekanntmachung des Strafgesetzbuches vom 25. August 1953 (BGBl. 1953 I, S. 1083) wurde dann wie heute in § 2 StGB in der bis heute geltenden Fassung das traditionelle „nullum crimen, nulla poena“ erneuert.

### **VI. Rekonstitutionalisierung von Nullum crimen, nulla poena sine lege durch Art. 103 Abs. 2 GG und europarechtliche Absicherung**

Mit Inkrafttreten des Grundgesetzes als der (zunächst west-)deutschen Verfassung am 23.5.1949 wurde das Gesetzlichkeitsprinzip dann erneut konstitutionalisiert, diesmal allerdings nicht im Kreis der klassischen Grundrechte, wie sie in Art. 1 bis 19 GG abgebildet sind, sondern vielmehr in Art. 103 Abs. 2 GG als eines der Justizgrundrechte. Diese Norm lautet seither: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Auch wenn Art. 103 Abs. 2 GG wie schon Art. 116 WRV explizit nur auf die Strafbarkeit und nicht auf die Strafe rekurriert, wird diese Bestimmung doch so verstanden, dass nicht nur eine analoge oder rückwirkende Anwendung von Straftatbeständen, sondern auch eine rückwirkende Schärfung der Strafe gegenüber der Tatzeit geltenden Fassung der einschlägigen Strafnorm unzulässig ist. Nachträgliche Milderungen der Strafe sind freilich ebenso wie eine nachträgliche Aufhebung eines Straftatbestandes gem. § 2 Abs. 3 StGB anzuwenden.

Während aber Art. 116 WRV, wie seine Nichtaufhebung bei gleichzeitiger Nichtbeachtung durch den NS-Gesetzgeber deutlich zeigte, letztlich keine echte Grenze für eine Abkehr von „nullum crimen, nulla poena sine lege“ markieren

konnte, gehen auch die Justizgrundrechte – auch aufgrund der Weimarer Erfahrungen – heute den einfachgesetzlichen Regelungen vor, so dass eine Abkehr vom Gesetzlichkeitsprinzip nicht mehr bloß durch Änderungen des StGB oder durch rückwirkend eingeführte Strafnormen in anderen Gesetzen ausgehebelt werden könnte. Vielmehr müsste zugleich die verfassungsmäßige Verbürgung dieses Prinzips in Art. 103 Abs. 2 GG aufgehoben werden. Und selbst wenn sich dafür die zur Verfassungsänderung notwendige Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat finden lassen sollte (was wohl völlig ausgeschlossen ist), wäre obendrein noch das Rechtsstaatsprinzip in Art. 19 Abs. 4 GG und die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 GG mit dem darin verbürgten Schuldprinzip als Grundlage des Strafrechts zu beachten; insoweit würde sogar die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG jeder Verfassungsänderung Grenzen ziehen. Schließlich gibt es noch europa- und menschenrechtliche Grenzen, ist doch Deutschland völkerrechtlich an Art. 7 EMRK<sup>6</sup> und unionsrechtlich an Art. 49 Abs. 1 der Grundrechte-Charta gebunden, worin es heißt: „Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.“ Damit ist hier nun den EU-Mitgliedstaaten explizit neben „nullum crimen sine lege“ (Satz 1) auch „nulla poena sine lege“ (Satz 2) sowie der lex mitior-Grundsatz (Satz 3) vorgegeben.

## Bibliographie

- Bahar A., *Der Reichstagsbrandprozess*, [in:] *Lexikon der Politischen Strafprozesse*, (Hrsg.) K. Groenewold, A. Ignor, A. Koch, <https://www.lexikon-der-politischen-strafprozesse.de/glossar/reichstagsbrand-prozess-1933>
- Deiseroth D., *Der Reichstagsbrand-Prozess – ein rechtsstaatliches Verfahren?*, „Kritische Justiz“ 2009, vol. 42, no. 3.
- Goldschmidt J., *Die Rechtsgrundlagen der deutschen Strafgewalt gegen Ausländer im besetzten Feindesgebiet*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 1916, no. 37.
- Heger M., *Die Mauerschützenprozesse – Ein Ausdruck von Siegerjustiz?*, „Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift“ 2021, no. 3.
- Naucke W., *Deutsches Kolonialstrafrecht 1886–1918*, „Rechtshistorisches Journal“ 1988, no. 7.
- Paiusco S., *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Baden-Baden 2021.

<sup>6</sup> Dazu jüngst: S. Paiusco, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, Baden-Baden 2021.

Raithel T., Strenge I., *Die Reichstagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustandes*, „Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte“ 2000, no. 48.

Werle G., *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin 1989.

## SUMMARY

### **From the Constitutionalization of the Principle of Legality *nulla poene, nullum crimen sine lege* Principle within the Weimar Constitution to its Reversal to a Principle of *nullum crimen sine poena* by the Nazi Regime**

From the 19<sup>th</sup> century on, German criminal law has been based on the fundamental principle of legality. In two and a half years (1933–1935) only, the Nazi regime turned the traditional and most fundamental principle of German Criminal Law from *nullum crime, nulla poena sine lege* systematically to its contrary of *nullum crimen sine poena*. It was the most important step away from a criminal law based on the rule of law to a criminal law as an instrument to fight against liberal traditions. On the one hand, the new provisions made by the Nazi regime had to be accepted by German judges. On the other hand, the paper shows that even the judges of the Supreme Court of Justice, who were trained as lawyers before the Nazis came to power, used the possibilities of the new principle of *nullum crimen sine poena* not in a restrictive way. On the contrary, they took the possibility of analogy in disfavour of the accused person even for the interpretation of provisions, which were stated by the new Nazi legislature. In some cases, they did not follow the clear limitations of the criminal offences, made by the Nazi regime itself. The reason behind the acceptance of the change from the principle of legality to the principle *nullum crimen sine poena* was a switch from a criminal law system based on rule of law to a criminal justice system, which focused on justice by sentencing every wrongdoing despite its codification in the Penal Code before the act was committed. Therefore, it was important that first the allies after WWII, and with the foundation of the federal Republic of Germany, the fathers of the German constitution went back to the good tradition of *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Today it is a fundamental principle of all European States and part of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.