

**Milan Kuhli**

Universität Hamburg (Hamburg University, Germany)  
e-mail: milan.kuhli@uni-hamburg.de

ORCID: 0000-0003-1707-2134

DOI: 10.15290/mhi.2021.20.02.04

## **Die Weimarer Reichsverfassung und das Verbot rückwirkender Strafverschärfung**

### **ABSTRACT**

#### **The Weimar Constitution and the Prohibition of a Retroactive Harsher Punishment**

The principle “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” is one of the core principles of German criminal law and constitutional law. However, the history of this principle is quite varied. This article will focus on an essential part of this history, namely on the version of this principle in the Weimar Constitution of 1919. It will be shown that the principle of legality of criminal law was indeed expressed in that constitution, but that the exact scope of application of this constitutional principle was quite unclear. In this regard, it was uncertain whether the Weimar Constitution also prohibited the retroactive application of criminal laws to those cases for which a more lenient penalty was provided at the time of the offense. This ambiguity of the Weimar Constitution finally became apparent in 1933 in the so-called Reichstagsbrandprozess (Reichstag fire trial). The issue in these criminal proceedings was whether the burning of the parliament building in Berlin (February 27, 1933) was punishable by death, although this sanction was not provided at the time the crime was committed. In this essay, it will be shown that the National Socialists had to go to considerable effort to be able to ignore prohibitions on retroactivity. This undermining of the principle “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” forms an important example of the willingness of the legislature to negate essential protective principles of law in the Third Reich.

**Key words:** Weimar Constitution, criminal law, *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, principle of legality

## I. Einleitung

Der Grundsatz, dass die Verhängung und Vollstreckung einer staatlichen Strafe einen Gesetzesverstoß voraussetzt, gehört heute zu den selbstverständlichen kernprinzipien des deutschen Strafrechts und Verfassungsrechts. Das hiermit angesprochene Gesetzlichkeitsprinzip blickt dabei jedoch auf eine durchaus wechselvolle Geschichte zurück. Ein wesentlicher Teil dieser Geschichte – nämlich die Normierung dieses Prinzips in der Weimarer Reichsverfassung (WRV) von 1919<sup>1</sup> – soll mit dem vorliegenden Beitrag in den Blick genommen werden. Hierbei wird zu zeigen sein, dass das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip in dieser Verfassung zwar durchaus Ausdruck fand, der genaue Anwendungsbereich dieses Verfassungsgrundsatzes jedoch unklar war (Abschnitt III). Diese Ambiguität zeigte sich schließlich 1933 im sogenannten Reichstagsbrandprozess im Dritten Reich, als die Frage aufkam, inwiefern rückwirkende Strafverschärfungen zulässig sind (Abschnitt IV). Ehe im Beitrag auf diese Problematik und ihre (scheinbare) Lösung eingegangen wird, sind im Folgenden zunächst der allgemeine Inhalt und die ursprüngliche Entwicklungsgeschichte des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips in den Blick zu nehmen.

## II. Das Gesetzlichkeitsprinzip im Überblick

### 1. Gegenwärtige Fassung

Das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip steht heute nicht nur prominent an vorderster Stelle des deutschen Strafgesetzbuchs (StGB), sondern ist auch auf Verfassungsebene – im deutschen Grundgesetz (GG) – verankert. So bestimmen Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB gleichlautend:

‘Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.’

Eine Sanktionierung setzt also voraus, dass die in Betracht kommende Strafhöhe und Strafart vor der jeweiligen Tatbegehung gesetzlich festgelegt ist („Keine Strafe ohne Gesetz“, „nulla poena sine lege“ bzw. nulla-poena-Prinzip). Dieser Grundsatz bedingt zugleich das Prinzip „Kein Verbrechen ohne Gesetz“ („nullum crimen sine lege“ bzw. nullum-crimen-Prinzip). Hiernach muss gesetzlich geregelt sein, welches Verhalten überhaupt strafbar ist.<sup>2</sup> Im Einzelnen

<sup>1</sup> RGBl. 1919, 1383 ff.; abgedruckt in: E.R. Huber, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte IV*, 3. Aufl., Stuttgart 1992, Nr. 157 (Nr. 154), 151 ff.

<sup>2</sup> Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, 2021, Art. 103 Abs. 2 Rn. 2.

werden aus dem Prinzip „nullum crimen, nulla poena sine lege“ folgende Verbote und Gebote abgeleitet<sup>3</sup>:

- Es muss überhaupt ein Strafgesetz existieren, das die jeweilige Tat und die Strafe erfasst. Ungeschriebenes Gewohnheitsrecht reicht also nicht aus (*Verbot strafbegründenden und strafschärfenden Gewohnheitsrechts*).
- Ein Strafgesetz muss klar verständlich formuliert sein (*Bestimmtheitsgrundsatz*).
- Ein Strafgesetz darf nicht zulasten des Täters auf solche Fälle erstreckt werden, die nicht vom möglichen Wortsinn des Gesetzes gedeckt sind (*Analogieverbot*).
- Ein Strafgesetz muss im Zeitpunkt der Tat bereits in Kraft sein, darf also nicht rückwirkend auf Taten angewendet werden, die vor dem Inkrafttreten des Strafgesetzes stattgefunden haben (*Rückwirkungsverbot*).<sup>4</sup>

## 2. Entwicklungsgeschichte bis 1919

Das nulla-poena-Prinzip hat in Deutschland verschiedene Wurzeln.<sup>5</sup> Als Grundsatz, mit dem die Strafmacht gebändigt werden soll, entspricht es klassischen Forderungen der Aufklärung.<sup>6</sup> Zeitgenössische Herrscher, die sich dieser Geisteshaltung verbunden fühlten, entsprachen dem im 18. Jahrhundert im Wege der Gesetzgebung. So enthielt etwa das *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794) eine Vielzahl detaillierter Regelungen.<sup>7</sup> Mit dieser gesetzgeberischen Konzeption ging die Idee einher, dass die Gerichte streng an das Gesetz gebunden sein sollten.<sup>8</sup> Bei einer Bewertung dieser Forderung ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass ein solches Gebot letztlich nicht nur den Untertanen diene, sondern auch dem preußischen Herrscher nutzen konnte, da die Gerichte hierdurch an seinen Willen gebunden wurden.<sup>9</sup>

Eine weitere Wurzel – nämlich eine spezifisch generalpräventive Lesart – erhielt das Gesetzlichkeitsprinzip in Deutschland um 1800 bei *Paul Johann Anselm von Feuerbach*. Dieser knüpfte an die Erwägung an, dass eine Strafandrohung höchstens abschreckend wirken könne, wenn sie für alle

3 Vgl. zu diesen Einzelprinzipien: M. Kuhli, „Zeitschrift für das Juristische Studium“ 2021, 275.

4 Eine Ausnahme mag für Strafmilderungen gelten, die erst nach der Tatbegehung in Kraft treten.

5 Die folgenden Ausführungen zur Entstehungsgeschichte basieren auf M. Kuhli (Fn. 3), 275 f.

6 Vgl. etwa C. Beccaria, *Von den Verbrechen und von den Strafen* (1764), Berlin 2004, 10 ff.: Beccaria stützt das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip auf kontraktualistische Erwägungen (vgl. aber auch die abweichende Interpretation von Naucke, in: C. Beccaria [ebd.], IX ff. [XXIX]).

7 Vgl. H. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, Neuwied 1996, 8.

8 Vgl. M. Kuhli, *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, Frankfurt am Main 2012, 246.

9 Vgl. zu Friedrichs entsprechender doppelter Zielsetzung: M. Kuhli (Fn. 8), 193 ff., 198.

(und damit insbesondere auch für potenzielle Straftäter) erkennbar sei – eine Überlegung, aus der sich etwa der Bestimmtheitsgrundsatz, das Rückwirkungsverbot und das Erfordernis einer gesetzlichen Strafbegründung herleiten lassen.<sup>10</sup> Gesetzlichen Ausdruck fand das nulla-poena-Prinzip an vorderster Stelle im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813.<sup>11</sup>

Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde das nulla-poena-Prinzip zum Bestandteil weiterer Strafgesetze. Wichtige Beispiele bilden etwa § 2 des Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851<sup>12</sup> und § 2 Abs. 1 des 1872 in Kraft getretenen Reichsstrafgesetzbuchs (RStGB). Auch wissenschaftlich wurde die Existenz eines strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips an der Wende zum 20. Jahrhundert akzeptiert, wobei die Begründungen durchaus divergierten. So hielt etwa *Karl Binding* dieses Prinzip keineswegs für zwingend, nahm es jedoch als eine Selbstverpflichtung des Gesetzgebers hin.<sup>13</sup> *Franz von Liszt* rückte stattdessen den individualschützenden Charakter des Gesetzlichkeitsprinzips in den Fokus: Dieser Grundsatz sei „das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt“ und schütze „den Einzelnen gegen die rücksichtslose Macht der Mehrheit“.<sup>14</sup>

### III. Das Gesetzlichkeitsprinzip in der Weimarer Reichsverfassung

Das nulla-poena-Prinzip war nach alledem durchaus etabliert, als Anfang 1919 eine verfassungsgebende Nationalversammlung in Deutschland zusammentrat, die innerhalb weniger Monate eine Verfassung – die WRV – ausarbeitete. Vorausgegangen war eine Revolution, die ihren Anfang in den letzten Kriegstagen des Ersten Weltkriegs genommen hatte: Als sich im Herbst 1918 abzeichnete, dass sich die militärische Situation des Deutschen Kaiserreichs verschlechterte,<sup>15</sup> kam es zu Befehlsverweigerungen und Aufständen.<sup>16</sup> Diese bildeten keineswegs eine generalstabsmäßig geplante Umsturzaktion. Vielmehr lassen sie sich als eine spontane Bewegung kriegsmüder Massen charakterisieren, die eine Beendigung des Kriegs erzwingen wollten.<sup>17</sup> Die sich hieraus entwickelnde Novemberrevolution führte schließlich zum

<sup>10</sup> Vgl. P.J.A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen 1801, 20 (§ 24); vgl. hierzu auch die Darstellung bei T. Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 4. Aufl., Heidelberg et al. 2019, 42 f.

<sup>11</sup> H. Rüping, G. Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl., München 2011, Rn. 204.

<sup>12</sup> Abgedruckt in: A. Buschmann, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, München 1998, 539.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu T. Vormbaum (Fn. 10), 134.

<sup>14</sup> F. v. Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893)*, zit. nach: T. Vormbaum, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, 2011, 233.

<sup>15</sup> Die folgende Darstellung zur Entstehungsgeschichte basiert auf M. Kuhli, Jura 2009, 321 ff.

<sup>16</sup> F. Hammer, Jura 2000, 58.

<sup>17</sup> Vgl. E. Kolb, *Die Weimarer Republik*, 6. Aufl., München 2002, 1 ff.

Zusammenbruch des Kaiserreichs,<sup>18</sup> zur Bildung einer Übergangsregierung und zur Wahl einer verfassungsgebenden Nationalversammlung. Diese trat im Februar 1919 in Weimar zusammen<sup>19</sup> – ein Ort, der der hier geschallenen Weimarer Reichsverfassung ihren gängigen Namen gab. Ihr offizieller Titel lautete „Die Verfassung des Deutschen Reichs“. Sie trat im August 1919 in Kraft und begründete die erste deutsche Republik,<sup>20</sup> die sogenannte Weimarer Republik.

Die Reichsverfassung normierte unter der Überschrift „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“<sup>21</sup> unter anderem auch ein strafrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip. So lautete Art. 116 WRV:

Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

Diese Regelung war nahezu wortgleich mit der einfachgesetzlichen Bestimmung des 1872 in Kraft getretenen § 2 Abs. 1 RStGB, die 1919 noch in dieser Fassung galt. Diese Regelung lautete:

Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.<sup>22</sup>

Ein begrifflicher Unterschied ergab sich lediglich daraus, dass § 2 Abs. 1 RStGB ausdrücklich eine gesetzliche Bestimmung – also eine gesetzliche Festlegung – „diese[r] Strafe“ verlangte, wohingegen Art. 116 WRV auf „die Strafbarkeit“ abstellte.<sup>23</sup> Die zuletzt genannte Regelung konnte demnach auch so verstanden werden, dass lediglich eine gesetzliche Regelung der Voraussetzungen einer Strafe gefordert ist, wohingegen die gesetzliche Festlegung der Strafart und Strafhöhe unnötig ist.<sup>24</sup> Auch wäre hiernach eine rückwirkende gesetzliche Straferhöhung gestattet, da das Rückwirkungsverbot als Bestandteil des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips nach dieser Lesart nicht für die Strafhöhe gelten würde. Zugegebenermaßen war die eben vorgenommene Auslegung von Art. 116 WRV keineswegs zwingend. Mit einer gewissen

<sup>18</sup> M. Epkenhans, *Geschichte Deutschlands*, Paderborn 2011, 68 f.

<sup>19</sup> Für diesen ruhigen und militärisch leicht zu schützenden Tagungsort hatte sich die Regierung unter dem Eindruck eines Aufstands in Berlin entschieden (L. Grevelhörster, *Kleine Geschichte der Weimarer Republik 1918-1933*, 2. Aufl., Münster 2002, 34 f.).

<sup>20</sup> Vgl. M. Stolleis, in: A. Erler u.a., HRG V, 1998, Sp. 1218.

<sup>21</sup> So die Überschrift des zweiten Hauptteils der Verfassung.

<sup>22</sup> RGBl., S. 128.

<sup>23</sup> Vgl. H.-L. Schreiber, *Gesetz und Richter*, Frankfurt am Main 1976, 181.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu auch T. Vormbaum (Fn. 10), 159; W. Werber, *Analogie- und Rückwirkungsverbot im Dritten Reich*, Bonn 1998, 12 f.

Berechtigung konnte man sich auch auf den Standpunkt stellen, dass die Begriffe der *Strafbarkeit* (nach Art. 116 WRV) und *Strafe* (nach § 2 Abs. 1 RStGB) synonym zu verstehen sind, sodass beide Regelungen rückwirkende Strafverschärfungen durchaus verbieten. Allerdings war auch diese Auslegung durchaus anfechtbar.

Bei den Beratungen in der verfassungsgebenden Nationalversammlung von Weimar wurde kritisch eingewandt, dass eine Wortlautabweichung zwischen Art. 116 WRV und § 2 Abs. 1 RStGB auf einen unterschiedlichen Schutzgehalt schließen lasse.<sup>25</sup> Demgegenüber wurde von anderer Seite betont, dass eine inhaltliche Abweichung zwischen Art. 116 WRV und § 2 Abs. 1 RStGB keineswegs beabsichtigt sei.<sup>26</sup> Der Umstand, dass die Wortlautdifferenz zwischen beiden Regelungen bei der Verabschiedung der Weimarer Reichsverfassung letztlich akzeptiert wurde, mag auch darin liegen, dass die praktischen Konsequenzen einer restriktiven (rückwirkende Strafverschärfungen nicht verbietenden) Auslegung von Art. 116 WRV gering zu sein schienen. Immerhin existierte mit § 2 Abs. 1 RStGB eine Regelung, die das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip unzweifelhaft auch auf die Frage der Strafhöhe bezog. Erst Jahre nach Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung sollte sich zeigen, dass § 2 Abs. 1 RStGB keinen hinreichenden Schutz bieten konnte.

#### IV. Der Reichstagsbrandprozess und das Verbot rückwirkender Strafverschärfung

Die Weimarer Republik überdauerte nur wenige Jahre.<sup>27</sup> Am 30. Januar 1933 begann der Prozess der sogenannten „Machtergreifung“ durch die Nationalsozialisten.<sup>28</sup> Adolf Hitler wurde an diesem Tag durch den Reichspräsidenten Paul von Hindenburg zum Reichskanzler ernannt.<sup>29</sup> Auf diesen Vorgang folgten Wochen, in denen die parlamentarische Demokratie der Weimarer Republik durch Gesetzgebungsmaßnahmen, Repressalien, Propaganda und Terror in

<sup>25</sup> So spricht das Protokoll von den „Bedenken des Abgeordneten Dr. Düringer und des Abgeordneten Dr. Heinze, daß dadurch eine für jeden unverständliche Abweichung von der Fassung des Strafgesetzbuchs entstehe, und daß eine andere Fassung notwendigerweise auch einen andern Gedanken enthalte“ (Verfassungsgebende deutsche Nationalversammlung, Verfassungsausschuss, 33. Sitzung, 30. Mai 1919, 1 – abrufbar unter <http://dlub.uni-freiburg.de/diglit/natvers1919/0739?sid=36dbf5458d6acbe6bf682dd7e09d97f1> – zuletzt abgerufen am 14. Oktober 2021); vgl. hierzu auch W. Werber (Fn. 24), 13.

<sup>26</sup> Mitteilung des Vorsitzenden des Verfassungsausschusses (Verfassungsgebende deutsche Nationalversammlung, Verfassungsausschuss, 33. Sitzung, 30. Mai 1919, 1 – abrufbar unter [http://dlub.uni-freiburg.de/diglit/nat\\_vers1919/0739?sid=36dbf5458d6acbe6bf682dd7e09d97f1](http://dlub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/0739?sid=36dbf5458d6acbe6bf682dd7e09d97f1) – zuletzt abgerufen am 14. Oktober 2021); vgl. W. Werber (Fn. 24), 13; Schreiber (Fn. 23), 181 f.

<sup>27</sup> Vgl. zu den folgenden Ausführungen zum Beginn der NS-Herrschaft auch M. Kuhli (Fn. 3), 25.

<sup>28</sup> Vgl. auch H.U. Winkler, *Geschichte des Westens II*, München 2016, 667, der von der „Machtergreifung als Prozeß“ spricht.

<sup>29</sup> M. Pieth, *Strafrechtsgeschichte*, Basel 2015, 76.

eine nach einem Führerprinzip agierende zentralistische Diktatur umgewandelt wurde.<sup>30</sup> Neben der Einführung von Regelungen, die die Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vorsahen<sup>31</sup> und die Entlassung bzw. Entpflichtung unerwünschter Beamten ermöglichten,<sup>32</sup> wurden im Jahr 1933 auch „bis auf weiteres“ einzelne zentrale Grundrechtsartikel der Weimarer Reichsverfassung außer Kraft gesetzt.<sup>33</sup>

Das in Art. 116 WRV normierte strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip wurde hiervon zunächst nicht tangiert. Allerdings führte die NS-Herrschaft nach und nach dazu, dass zentrale strafrechtliche Schutzprinzipien faktisch oder sogar im Wege der Gesetzgebung ausgehöhlt bzw. vollständig beseitigt wurden. Dies betraf letztlich auch das strafrechtliche Rückwirkungsverbot, das nur wenige Wochen nach dem Beginn der Machtergreifung eine deutliche Relativierung erfahren sollte. Anlass war ein Strafverfahren, in dem der Niederländer *Marinus van der Lubbe* und weitere Personen beschuldigt wurden, für ein im Reichstagsgebäude in Berlin gelegtes Feuer verantwortlich zu sein.<sup>34</sup> Im Zeitpunkt der mutmaßlichen Tat (27. Februar 1933) sah das RStGB für die den Beschuldigten zur Last gelegten Delikte (u.a. aufrührerische Brandstiftung und Hochverrat) im Höchstmaß lebenslange Zuchthausstrafe vor.<sup>35</sup> Allerdings wurde rasch deutlich, dass die politische Führung im Fall des Reichstagsbrandes die Todesstrafe wünschte. Zunächst wurde am 28. Februar 1933, also nur wenige Stunden nach dem Brand, die „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat“ erlassen, deren § 5 unter anderem normierte:

Mit dem Tode sind die Verbrechen zu bestrafen, die das Strafgesetzbuch in den §§ 81 (Hochverrat), (...) 307 (Brandstiftung) (...) mit lebenslangem Zuchthaus bedroht (...).<sup>36</sup>

Aufgrund des engen zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs mit der *van der Lubbe* vorgeworfenen Tat wird dieser Gesetzgebungsakt auch als *Reichstagsbrandverordnung* bezeichnet.<sup>37</sup> Der genannte § 5 traf allerdings keine ausdrückliche Aussage zu der Frage, für welche Taten die Regelung in zeitlicher

<sup>30</sup> Vgl. R. Gmür, A. Roth, *Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte*, München 2018, Rn. 457 ff.

<sup>31</sup> Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich von 1933 (RGBl. I, 153 f.); Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich von 1933 (RGBl. I, 173).

<sup>32</sup> Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 1933 (RGBl. I, 175 ff.).

<sup>33</sup> § 1 S. 1 Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (RGBl. I, 83).

<sup>34</sup> W. Wagner, *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat*, 2011, 13; demgegenüber ist die Frage der Täterschaft bis heute nicht geklärt (Gmür/Roth [Fn. 30], Rn. 458).

<sup>35</sup> §§ 81 Abs. 1, 307 RStGB, jeweils in der Fassung von 1871 (RGBl., 142, 186); vgl. auch W. Werber (Fn. 24), 9.

<sup>36</sup> RGBl. I, 83.

<sup>37</sup> W. Werber (Fn. 24), 9.

Hinsicht gelten sollte,<sup>38</sup> allerdings wurde von den Nationalsozialisten eine Rückwirkung dieser Vorschrift erwogen.<sup>39</sup> Da die Delikte des Hochverrats (§ 81 RStGB) und der Brandstiftung (§ 307 RStGB) im Zeitpunkt des Reichstagsbrandes zwar strafbar waren, aber nicht mit dem Tode sanktionierbar waren, hätte die Verurteilung *van der Lubbes* zum Tode eine rückwirkende Strafverschärfung impliziert. Problematisch war die Frage, ob dies mit Art. 116 WRV in Einklang gestanden hätte.

In einem Rechtsgutachten, das in diesem Zusammenhang<sup>40</sup> auf Veranlassung des Reichskanzlers abgefasst wurde,<sup>41</sup> äußerten die drei Strafrechtswissenschaftler *Johannes Nagler*, *Friedrich August Oetker* und *Hellmuth von Weber* am 4. März 1933 die Auffassung, dass Art. 116 WRV „sich nur mit dem ‚Ob‘ der Bestrafung“ befasse.<sup>42</sup> Hiernach wären Strafverschärfungen von dieser Vorschrift gar nicht erfasst.<sup>43</sup> Allerdings kam es spätestens nach Erlass des sogenannten *Ermächtigungsgesetzes*<sup>44</sup> ohnehin nicht mehr auf Art. 116 WRV an.<sup>45</sup> Das hiermit angesprochene „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich“ vom 24. März 1933<sup>46</sup> sah nämlich nicht nur vor, dass die meisten Reichsgesetze von nun an durch die Reichsregierung beschlossen werden konnten (Art. 1), sondern erlaubte in bestimmten Fällen sogar, dass diese Gesetze von der Reichsverfassung abweichen durften (Art. 2 S. 1). Wie *Wolfgang Werber* zutreffend feststellt, verlor hierdurch „der – von den NS-Machthabern sicher nicht als wesentliches Hindernis empfundene – Streit um die Reichweite des Art. 116 WRV im Hinblick auf den Grundsatz *nulla poena sine lege* endgültig seine Bedeutung“.<sup>47</sup> So wurde kurze Zeit später – am 29. März 1933 – das „Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe“ erlassen. Es bestand aus lediglich zwei Paragrafen, dessen erster wie folgt lautete:

<sup>38</sup> Vgl. insoweit auch M. Seebode, [in:] *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*. Bd. 3, 2001/2002, 207, dem zufolge die Reichstagsbrandverordnung „sich keine Rückwirkung bei[legte]“.

<sup>39</sup> M. Seebode (Fn. 38), 207 f.

<sup>40</sup> Zu begutachten war hierin die Rechtsfrage, ob „auf Verbrechen der Art, wie sie dem Reichstagsattentat zur Last gelegt werden, die verschärfenden Strafbestimmungen des § 5 der Notverordnung vom 28. Februar 1933 im Wege einfacher (nicht verfassungsändernder) Gesetzgebung noch nachträglich erstreckt werden können, obschon jene Handlungen bereits vor dem Inkrafttreten der Notverordnung begangen worden sind“ (*Nagler/Oetker/von Weber*, Gutachten vom 4. März 1933, 1, abgedruckt [in:] *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*. Bd. 3, 2001/2002], 229).

<sup>41</sup> W. Werber (Fn. 24), 18.

<sup>42</sup> W. Nagler, F. Oetker, H. von Weber, *Gutachten vom 4. März 1933*, 3, abgedruckt [in:] *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*. Bd. 3, 2001/2002, 231; vgl. hierzu T. Vormbaum (Fn. 10), 189 f.

<sup>43</sup> Vgl. allerdings auch zu den Passagen des Gutachtens, in denen die Autoren auf die Probleme einer rückwirkenden Strafverschärfung hindeuten: W. Werber (Fn. 24), 20.

<sup>44</sup> W. Werber (Fn. 24), 9.

<sup>45</sup> M. Seebode (Fn. 38), 220.

<sup>46</sup> RGBl. I, 141.

<sup>47</sup> W. Werber (Fn. 24), 24.



§ 5 der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (...) gilt auch für Taten, die in der Zeit zwischen dem 31. Januar und dem 28. Februar 1933 begangen sind.<sup>48</sup>

Diese Regelung war auf den Reichstagsbrandprozess zugeschnitten, stellte also ein Einzelfallgesetz dar, weswegen es häufig auch *Lex van der Lubbe*<sup>49</sup> genannt wird. Dieses Gesetz erlaubte eine rückwirkende Anwendung der in der Reichstagsbrandverordnung festgelegten Todesstrafe und stellte damit eine (durch das Ermächtigungsgesetz für zulässig erklärte) Abweichung von Art. 116 WRV dar, soweit man hierin überhaupt ein Verbot der rückwirkenden Strafverschärfung sah.

Im Ergebnis führten die 1933 erlassenen Regelungen dazu, dass der Reichstagsbrand mit der Todesstrafe geahndet wurde, obwohl im Tatzeitpunkt noch eine mildere Rechtsfolge gegolten hatte.<sup>50</sup> In der Sache begründete dies also eine rückwirkende Strafverschärfung.<sup>51</sup> Dabei fällt insbesondere auch der kurze Zeitraum zwischen den verschiedenen Gesetzen bzw. Verordnungen auf, die im Nachgang zum Reichstagsbrand erlassen wurden. *Marinus van der Lubbe* wurde Ende 1933 vom Reichsgericht zum Tode verurteilt und 1934 hingerichtet.<sup>52</sup>

## V. Weitere Entwicklung und Fazit

Das Verbot rückwirkender Strafverschärfung war keineswegs das einzige Element des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips, das im Dritten Reich erodierte. Auch weitere seiner Elemente wurden unter den Nationalsozialisten nach und nach ausgehöhlt,<sup>53</sup> jedoch wurden zahlreiche dieser Relativierungen

<sup>48</sup> RGBl. I, 151.

<sup>49</sup> Vgl. etwa T. Vormbaum (Fn. 10), 189; W. Werber (Fn. 24), 9.

<sup>50</sup> Vgl. im Einzelnen H.J. Schwahn, NJW 1998, 2569; T. Vormbaum (Fn. 10), 189 f.

<sup>51</sup> Vgl. T. Vormbaum (Fn. 10), 189 f.; vgl. auch W. Werber (Fn. 24), 10.

<sup>52</sup> Vgl. auch W. Werber (Fn. 24), 10.

<sup>53</sup> So wurden beispielsweise zwischen 1933 und 1945 zahlreiche Strafgesetze erlassen, die in ihren Voraussetzungen äußerst unbestimmt waren (vgl. hierzu M. Kuhli [Fn. 3], 25). Zudem wurde das Analogieverbot dadurch entwertet, dass § 2 RStGB im Jahr 1935 folgende neue Fassung erhielt (sog. *Analogienovelle*):

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

Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbarer Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“ (RGBl. 1935 I, 839; vgl. hierzu auch H. Rüping, G. Jerouschek [Fn. 11], Rn. 278).

nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs ihrerseits wieder aufgehoben.<sup>54</sup> Auch das 1949 in Kraft getretene<sup>55</sup> Grundgesetz, die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, sieht in Art. 103 Abs. 2 ein ausdrückliches Gesetzlichkeitsprinzip vor. Allerdings ist es bemerkenswert, dass der Verfassungsgeber davon absah, den strengen Wortlaut des früheren § 2 Abs. 1 RStGB („Strafe“) zu übernehmen,<sup>56</sup> wonach rückwirkende Strafverschärfungen unzweifelhaft ausgeschlossen gewesen wären. Stattdessen entschied man sich bei der Ausgestaltung von Art. 103 Abs. 2 GG im Ergebnis<sup>57</sup> für einen Wortlaut, der lediglich auf die gesetzliche Bestimmung der „Strafbarkeit“ rekurrierte.<sup>58</sup> Ebenso wie bereits Art. 116 WRV lässt deshalb auch der Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG prinzipiell die Auslegung zu, dass rückwirkende Strafverschärfungen zulässig sind. Gleichwohl geht die überwiegende Ansicht heute davon aus, dass das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip des Grundgesetzes auch die rückwirkende Strafverschärfung untersagt.<sup>59</sup> Berücksichtigt man den Umstand, dass das Grundgesetz in vielen seiner Regelungen<sup>60</sup> Konsequenzen aus den historischen Erfahrungen mit der Weimarer Reichsverfassung und ihrem Scheitern<sup>61</sup> zieht, ist diese strenge Auslegung des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips in jedem Fall gerechtfertigt.

<sup>54</sup> Das Reichsstrafgesetzbuch galt auch nach der Gründung der Bundesrepublik weiter. Spätestens ab seiner Neubekanntmachung im Jahr 1953 trug es den offiziellen Namen „Strafgesetzbuch“ (BGBl. I, 1083 ff.; offizielle Erwähnung findet der Name „Strafgesetzbuch (...) für das Deutsche Reich“ letztmalig im Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946 [Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, 55]). Nach dem zweiten Weltkrieg wurden auch solche Schutzprinzipien normiert, deren StGB-Vorläufer im Dritten Reich ausgehöhlt worden waren. Dies gilt zum Beispiel für das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip in § 2 Abs. 1 StGB in der seit 1953 geltenden Fassung (BGBl. I, 735 [737]).

<sup>55</sup> BGBl. I, 1 ff.

<sup>56</sup> „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.“

<sup>57</sup> Vgl. im Einzelnen zu den Beratungen *Schreiber* (Fn. 23), 202 f.

<sup>58</sup> „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“

<sup>59</sup> Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen: M. Seebode (Fn. 38), 214.

<sup>60</sup> Als Beispiele nennt M. Stolleis die Kompetenzordnung und die Finanzverfassung der Bundesrepublik Deutschland, die Notstandsregelungen des Grundgesetzes, die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts, die im Vergleich zur Weimarer Zeit veränderte Gewichtung der weiteren Bundesorgane sowie den Modus für eine Grundgesetzänderung. Nicht zuletzt muss auch die zurückhaltende Aufnahme direkt-demokratischer Elemente in das Grundgesetz in diesem Zusammenhang Erwähnung finden (vgl. M. Stolleis [Fn. 20], Sp. 1221).

<sup>61</sup> M. Stolleis (Fn. 20), Sp. 1221; vgl. H. Möller, [in:] A. Rödter (Hrsg.), *Weimar und die deutsche Verfassung*, Stuttgart 1999, 110.

## Bibliographie

- Beccaria C., *Von den Verbrechen und von den Strafen (1764)*, Berlin 2004.
- Buschmann A. (Hrsg.), *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, München 1998.
- Epkenhans M., *Geschichte Deutschlands. Von 1648 bis heute*, Paderborn 2011.
- Feuerbach P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen 1801.
- Gmür R., Roth A., *Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte*, 15. Aufl., München 2018.
- Grevelhörster L., *Kleine Geschichte der Weimarer Republik 1918-1933*, 2. Aufl., Münster 2002.
- Hattenhauer H. (Hrsg.), *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, 3. Aufl., Neuwied 1996.
- Hammer F., *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Reichsverfassung*, Jura 2000.
- Herzog R. u.a. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar. Begründet von Theodor Maunz und Günter Dürig. Werkstand: 94. EL*, München 2021.
- Huber E.R., *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte IV*, 3. Aufl., Stuttgart 1992.
- Kolb E., *Die Weimarer Republik*, 6. Aufl., München 2002.
- Liszt F. v., *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893)*, [in:] T. Vormbaum (Hrsg.), *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Heidelberg et al. 2011.
- Kuhli M., *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, Frankfurt am Main 2012.
- Kuhli M., *Grundzüge der Strafrechtsgeschichte. Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, „Zeitschrift für das Juristische Studium“ 2021, 21-29 (Teil 1), 271-281 (Teil 2).
- Kuhli M., *Zur Verfassung von Weimar – eine Einführung*, Jura 2009.
- Möller H., *Die historische Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung*, [in:] A. Rödder (Hrsg.), *Weimar und die deutsche Verfassung. Zur Geschichte und Aktualität von 1919*, Stuttgart 1999.
- Pieth M., *Strafrechtsgeschichte*, Basel 2015.
- Rüping H., Jerouschek G., *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl., München 2011.
- Schreiber H.-L., *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main 1976.
- Schwahn H.-J., *Zehn Jahre keine Todesstrafe mehr auf deutschem Boden*, NJW 1998, 2568-2571.
- Seebode M., *Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Zeitenwandel. Das Rechtsgutachten für den Reichstagsbrandprozeß*, [in:] Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte. Bd. 3, 2001/2002, 203-233.
- Stolleis M., *Weimarer Reichsverfassung (öffentlich-rechtlich)*, [in:] A. Erler u.a. (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte = HRG*, 1. Aufl., Berlin 1998, Sp. 1218-1222.
- Vormbaum T., *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 4. Aufl., Heidelberg et al. 2019.

- Wagner W., *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat. Mit einem Forschungsbericht für die Jahre 1974 bis 2010 von Zarusky J. Erweiterte Neuauflage*, München 2011.
- Werber W., *Analogie- und Rückwirkungsverbot im Dritten Reich unter Berücksichtigung der Kontinuitätsfrage zur Weimarer Zeit*, Diss. Bonn 1998.
- Winkler H.U., *Geschichte des Westens II: Die Zeit der Weltkriege 1914–1945*, 1. Aufl., München 2016.

## SUMMARY

### **The Weimar Constitution and the Prohibition of a Retroactive Harsher Punishment**

When the constituent National Assembly convened in 1919, the *nulla poena* principle “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” was already established in Germany. It included, among others, the requirement of written criminal law, a prohibition of analogy, and a prohibition of retroactive punishment. At the beginning of the 20th century, the principle of the legality of criminal law was not only recognized by criminal law scholars, but was also part of the German Criminal Code (StGB). Nevertheless, this principle was regulated in the Weimar Constitution in a wording that left room for interpretation. In particular, it was unclear whether Art. 116 of the Weimar Constitution also prohibited retroactive harsher punishment. This problem became relevant during the Reichstagsbrandprozess (Reichstag fire trial) in the Third Reich. The issue in these criminal proceedings was whether the burning of the parliament building in Berlin (February 27, 1933) was punishable by death, although this sanction was not provided at the time the crime was committed. In this context, the National Socialists made it clear that they were willing to undermine fundamental principles of protection under criminal law. They allowed by law that new regulations may derogate from the Weimar Constitution. The later legislation of the Federal Republic of Germany after the Second World War represents a reaction to this undermining of fundamental principles of protection by the National Socialists.