

Hubert Treiber

Die „rückwärtsgewandte Expertenreform“

Eine verwaltungswissenschaftliche Studie zur
Großen Strafrechtsreform der 1950er Jahre



Universitätsverlag Halle-Wittenberg **uvHW**

Die „rückwärtsgewandte Expertenreform“

Hubert Treiber

Die „rückwärtsgewandte Expertenreform“

Eine verwaltungswissenschaftliche Studie
zur Großen Strafrechtsreform der 1950er Jahre.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

CCXLV

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2021

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-244-8

Vorwort

Die hiermit vorgelegte kleine Gesetzgebungsstudie, die Einblick gibt in eine besondere Arbeitsweise der Ministerialorganisation, weist mehrere Besonderheiten auf. Gesetzgebung bedeutet hier eine umfassende Reform des Strafgesetzbuches in den 1950er Jahren, also nach dem Ende des „Dritten Reichs“. Diese Reform wurde von einer dazu eigens eingesetzten Kommission in Angriff genommen und zu Ende geführt.¹ Es lässt sich zeigen, dass diese Kommission von der zuständigen Abteilung des Bundesjustizministeriums auf subtile Weise „gesteuert“ wurde: Zum einen vor allem durch ihre personelle Zusammensetzung, zum andern dadurch, dass die Sitzungen durch Umdrucke und bei den Sitzungen durch vor den Abstimmungen gehaltene Referate vorbereitet wurden (Timm 2017, 80–84). Es ist daher nicht übertrieben, dieser subtilen Form der „Steuerung“ zu bescheinigen, sie habe ebenfalls dazu beigetragen, die vorgesehene Reform zu einer rückwärtsgewandten Expertenreform werden lassen.

Verglichen mit üblichen Gesetzgebungsvorhaben zeichnet sich die Reform überdies dadurch aus, dass die personelle Zusammensetzung der Kommission – sieht man einmal von den Hochschullehrern ab, die als Zugehörige des Wissenschaftsbetriebs allerdings die Funktion übernehmen (können), die erzielten Ergebnisse mit Wissenschaft zu legitimieren (Friedrich 1970; Schmid/Treiber 1975, 233ff.)² – die Implementationsstruktur des Strafrechts abbildet, so dass ohnehin Status-quo orientierte Rechtsanwender zugleich zu Gesetzgebern werden, weitgehend unbeeinflusst von organisierten und konfliktfähigen Interessen; bestenfalls ist in diesem Politikfeld mit Fürsprechern bzw. „Moralunternehmern“ (Becker) zu rechnen. Soweit ich sehe, sind diese Besonderheiten von den Verwaltungs- und Rechtswissenschaften bislang kaum, wenn überhaupt, beachtet worden.³

Die hiermit vorgelegte Studie verwendet als Methode die sog. Clusteranalyse des Abstimmungsverhaltens der in den Sitzungen jeweils anwesenden Kommissionsmitglieder. Mit dieser Methode lässt sich zeigen, wie Mehrheiten bei Abstim-

1 Eine knappe Skizze zum Verlauf der Reform gibt Utz 2003, 475–480, 489–493.

2 Man findet sie auch als Verfasser von Kommentaren.

3 Was die Rechtswissenschaften angeht, so hat Timm (2016) den Aufsatz aus der Festschrift Sten Gagnér (1996) wiederholt zitiert. Erwähnenswert auch Amelung 1980.

mungen zustande kommen bzw. *hergestellt* werden. Es wurden aber auch mit einer Anzahl von an der Reform Beteiligten Interviews gemacht, die ergänzt werden durch die Auswertung einer gedruckt vorliegenden „Bierzeitung“,⁴ in der auf Insider-Wissen beruhende Aspekte der Reform kritisch bis ironisch „auf die Schippe“ genommen werden, wodurch einige Kritikpunkte der von den Alternativ-Professoren später geäußerten Kritik vorweggenommen werden. Verblüffend ist, dass die mit den herangezogenen Methoden – Clusteranalysen, Interviews, „Bierzeitung“ – jeweils erzielten „Ergebnisse“ sich wechselseitig ergänzen resp. sich wechselseitig stützen. Allerdings ist die Clusteranalyse den in Interviews mitgeteilten Beobachtungen zum Abstimmungsverhalten insofern überlegen, als vermeintlich genauen Beobachtungen durch Beteiligte Details zur Herstellung erforderlicher Mehrheiten verborgen bleiben.

Die Studie wurde gefördert durch ein von den Professoren Heinrich Popitz (Freiburg) und Fritz W. Scharpf (Konstanz) bei der DFG beantragtes und genehmigtes zweijähriges Habilitationsstipendium, wofür ich dankbar bin. Ursprünglich war, wie bei einer Habilitationsschrift üblich, diese breiter angelegt und sollte auch den Gegenentwurf der sog. Alternativprofessoren einbeziehen, weshalb auch mit Personen, die diesem Zusammenschluss angehörten, Interviews geführt wurden. Diese Arbeit konzentriert sich stattdessen auf die Große Strafrechtskommission, die sich 1954 konstituierte und ihre Arbeit 1959 beendete. Der hierauf aufbauende Regierungsentwurf E 60 wurde zwar noch in den Bundestag eingebracht, da aber die Legislaturperiode beendet war, wurde dieser Entwurf als E 62 in den Vierten Bundestag erneut eingebracht.

Da ich ein Jahr nach Gewährung des zweijährigen Stipendiums Februar 1976 auf den Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaften am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover berufen wurde, habe ich nicht habilitiert. Der Rechtshistoriker Sten Gagnér (München) bot mir an, bereits vorhandene Teile der vorgesehenen Habilitation in seiner Festschrift zu veröffentlichen.⁵ Eine kürzere Fassung erschien 1997 in der Kritische(n) Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.⁶

Über die Regeln der *Courtoisie* hinaus bin ich zu besonderem Dank verpflichtet gegenüber Bodo Benzner, der durch seine als Buch veröffentlichte Dissertation „Ministerialbürokratie und Interessengruppen“ (1989), die ich mit betreuen durfte, an dieser Art von empirisch fundierter Forschung schon immer interessiert

4 Vgl. Materialien zur Strafrechtsreform. Sonderband „Die heitere Seite“. Bonn 1959.

5 Vgl. Kriechbaum 1996, 229–273.

6 KritV 1997, 378–399.

war. Er hat zu den von mir benannten Abstimmungen zum Allgemeinen und Besonderen Teil des künftigen Strafgesetzbuchs die Clusteranalysen mit dem ihm zur Verfügung stehenden SPPS-Programm durchgeführt und dazu knappe Kommentare verfasst, die wir diskutiert haben. Leonie Breunung (Hannover) hat dankenswerterweise eine frühe Fassung kritisch gelesen und ausführlich kommentiert. Aktiv Druck & Verlag GmbH in Ebelsbach sei für die Wiederverwendung des in der Festschrift für Sten Gagnér publizierten Textes gedankt. Stefan Breuer (Hamburg) und Andreas Urs Sommer (Freiburg) verdanke ich wichtige Hinweise. Peter Junkermann (Halle/Saale) sei für die sorgfältige Erstellung der Druckvorlage gedankt.

Diese kleine Abhandlung möchte die Erinnerung an meine liebe Frau Ulrike Rose wachhalten, deren Liebenswürdigkeit und Herzlichkeit ich so vermisse.

Hannover, im Frühsommer 2021

Hubert Treiber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
I. Zur Einführung	11
II. Die „rückwärtsgewandte“ Expertenreform. Die Große Strafrechtsreform der Nachkriegszeit	15
1. Einleitung: Die Große Strafrechtsreform der 1950er Jahre	15
2. Zur Auswahl der „Grundsatzfragen“ (5., 9. und 13. Sitzung) und von „Vorsatz und Irrtum“ (17., 122., 123. Sitzung)	17
3. Die personelle Zusammensetzung der Großen Strafrechtskommission – nicht-intendierte oder gewollte Rückwärtsgewandtheit	23
III. Zur Interpretation der durch Clusteranalysen gewonnenen Ergebnisse im Lichte von abgefragtem Insider-Wissen	41
1. Insider-Wissen als Interpretationshilfe: Der humoristische Sonderband („Bierzeitung“) der Kommission mit Interview-Äußerungen von Kommissionsmitgliedern	41
2. Clusteranalysen zum Abstimmungsverhalten bei den Grundsatzentscheidungen und bei „Vorsatz und Irrtum“	49
3. Zusammenfassende Würdigung der um Interviews ergänzten obigen Clusteranalysen	66
IV. Zum Abstimmungsverhalten beim Sexualstrafrecht	73
1. Allgemeine Hinweise zu den Sitzungen 80–87	73
2. Clusteranalysen der Abstimmungen zum Sexualstrafrecht (Sitzungen 80–87)	77
a) Die 80. Sitzung	77
b) Die 81. Sitzung	79
c) Die 82. Sitzung	81
d) Die 83. Sitzung	86
e) Die 85. Sitzung	89
f) Die 86. Sitzung	91
g) Die 87. Sitzung	94
3. Gesamt-Clusteranalyse zum Abstimmungsverhalten beim Sexualstrafrecht (Sitzungen 80–87/gesamt)	97

4.	Gesamtwürdigung der zum Sexualstrafrecht durchgeführten beiden Clusteranalysen: Das Sexualstrafrecht als Indikator für „Rückwärtsgewandtheit“	99
V.	Zur Zusammensetzung und Funktion von Reformkommission – eine verwaltungswissenschaftliche Perspektive	107
VI.	Juristische Lebensläufe. Image und Imagepflege der im Dritten Reich beruflich tätigen Juristengeneration.	113
1.	Einleitung	113
2.	Image und Imagepflege durch Mitglieder der juristischen Profession .	119
a)	Der apolitische Diener an der Sache	119
b)	Griechen, Preußen, Gentlemen	121
c)	Der juristische Familienroman	124
d)	Meister und Menschen	126
e)	Der wissenschaftlich fundierte Praktiker	127
f)	Die luzide Eleganz der juristischen Sprache	130
g)	Der Mann der Mitte	131
h)	Die bewahrende Änderung und das Wächteramt	133
i)	„Zeit der Verstrickung“ oder „Vergangenheit nach Maß und von der Stange“ (Berger)	136
3.	Ein kleines Nachwort, das man auch als Vorwort lesen kann	143
VII.	Literaturverzeichnis	145
	Siglen	145
1.	Ungedruckte Quellen	145
2.	Literatur	145
VIII.	Anhang	155
1.	Peter Noll, Die Anfänge des Alternativ-Entwurfs	155
2.	Noll: Erster Brief am 15. Juni 1965	157
3.	Noll: Zweiter Brief vom 25. Juni 1965 an die Adressaten seines ersten Schreibens vom 15. Juni 1965	159
4.	Noll: Dritter Brief an G. Stratenwerth vom 3. August 1965	159
5.	StS Prof. Ehmke/BMJ an Stratenwerth (20. April 1967)	164
6.	Stratenwerth: Brief an StS Prof. Ehmke/BMJ (am 2. Mai 1967) ..	166
7.	Anleihen der Reformgesetzgebung bei E 62/AE 66 (aus der Sicht des BMJ)	167

I. Zur Einführung

Im Mittelpunkt des clusteranalytischen Auswertungsverfahrens stehen zunächst die Abstimmungen über sogenannte „Grundsatzfragen“ in der 5., 9. und 13. Sitzung, die Auskunft geben über die künftige dogmatische und kriminalpolitische Ausrichtung der Strafrechtsreform, gefolgt von den Abstimmungen zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, „Vorsatz und Irrtum“ betreffend. Die diesbezügliche Debatte wurde infolge der finalen Handlungslehre, der „einzige(n) schulbildende(n) Theorie dieser Epoche“ (Kroeschell 1992, 244), besonders kontrovers geführt. Danach werden einschlägige Abstimmungen zum Sexualstrafrecht einer Clusteranalyse unterzogen. Auf diese Weise wird der „Besondere Teil“ des künftigen Strafrechts angesprochen, zudem ist das Sexualstrafrecht ein geeigneter Indikator, der ein Urteil über die Liberalität der in Angriff genommenen Reform erlaubt. Am Schluss werden „Juristische Lebensläufe“ präsentiert, die auf der Auswertung von Nekrologen und Laudationes beruhen, welche publiziert wurden, um Mitglieder der Großen Strafrechtskommission und andere, dieser Generation zugehörige Juristen zu ehren. Nekrologe und Laudationes hatte ich ursprünglich gesammelt, um zuverlässige Daten zur beruflichen Karriere von Kommissionsmitgliedern zu erhalten.¹ Solche Daten fanden sich allerdings selten, vielmehr sind die Ehrungen in diesen Laudationes und Nekrologen Ausdruck einer spezifischen Form von „Vergangenheitsbewältigung“, die weniger einzelne Persönlichkeiten betreffen, sondern die juristische Profession als solche.

Abschließend sollen hier einige Hinweise zur Methode der Clusteranalyse gegeben werden. Diese will Komplexität reduzieren. Mit Hilfe geeigneter Techniken wird eine unüberschaubare Datenfülle reduziert und werden die verdeckten komplexen Beziehungs- und Ähnlichkeitsstrukturen aufgezeigt.² Hierzu sind zahlreiche Techniken entwickelt worden.³ Grundlage jeder Clusteranalyse besteht darin, die Ähnlichkeit bzw. Unähnlichkeit hinsichtlich bestimmter Merkmalsausprägungen

1 Solche Angaben macht Timm (2016, 47ff.) in der Form von Kurzbiographien, die auch Hinweise zur Belastung durch den Nationalsozialismus geben.

2 Vgl. Bortz 1985, 684: „Die durch einen festen Satz von Merkmalen beschriebenen [Untersuchungs-] Objekte (...) werden nach Maßgabe ihrer Ähnlichkeit in Gruppen (Cluster) eingeteilt, wobei die Cluster intern möglichst homogen und extern möglichst gut voneinander separierbar sein sollen.“

3 Vgl. Späth 1975; Steinhausen/Langer 1977; Eckes/Roßbach 1980.

des zu untersuchenden „Gegenstandes“, hier des Abstimmungsverhaltens, aufzuzeigen. Die genaue Bestimmung erfolgt, indem sog. Ähnlichkeits- oder Distanzkoeffizienten berechnet werden. Welche Berechnungsmethode hierzu herangezogen wird, ist abhängig vom gegebenen Datenniveau. Für nominal-, ordinal- oder intervall-skalierte Daten nennt die einschlägige Literatur mehrere, unterschiedlich zu berechnende Ähnlichkeits- und Distanzmaße.⁴ Im vorliegenden Untersuchungsfall gibt es insofern ein auswertungstechnisches Problem, als die vorhandenen Daten ein nominales Skalenniveau aufweisen, das Statistikprogramm SPSS jedoch auf der Berechnung von metrisch basierten Ähnlichkeits- bzw. Distanzkoeffizienten (wie das euklidische Abstandsmaß) beruht. Aus diesem Grund wurden die vorliegenden Nominalvariablen, die jeweils drei Kategorien umfassen [nein (0); ja (1); Enthaltung (9)], zu binären Hilfsvariablen umgewandelt. Auf diese binären Hilfsvariablen kann dann SPSS weitgehend ohne Nachteile angewandt werden.⁵

Am Beispiel des § 351 (Notzucht) des später behandelten Sexualstrafrechts soll diese Vorgehensweise zur Veranschaulichung demonstriert werden.

<i>Variable P 351</i>	<i>Hilfsvariablen</i>
nein (0) -----N 351	Trifft zu = 1
	Trifft nicht zu = 0
Ja (1) -----J 351	Trifft zu = 1
	Trifft nicht zu = 0
Enthalt. (9)-----E 351	Trifft zu = 1
	Trifft nicht zu = 0

Die Veranschaulichung macht deutlich, dass sich durch diesen erforderlichen Schritt die Anzahl der Variablen im Datensatz verdreifacht. Dies bedeutet, dass – bedingt durch die begrenzte Variablenzahl von $n=500$, die SPSS verarbeiten kann – bei einer Clusteranalyse nicht mehr als 166 Abstimmungen insgesamt berücksichtigt werden können. Bei der Untersuchung einzelner Sitzungen, wie sie später zum Sexualrecht vorgelegt werden, ist dies weitgehend ohne Belang. Bei einer „Gesamt-

4 Vgl. Steinhausen/Langer 1977, 53ff.; Bortz 1985, 684ff.; Backhaus/Erichson/Plinke/Weiber 1990, 117ff.

5 Vgl. Steinhausen/Langer 1977, 54f.; Eckes/Roßbach 1980, 49.

Clusteranalyse“ wie sie ebenfalls zum Sexualstrafrecht durchgeführt wurde, wirkt sich die durch SPSS auferlegte Restriktion schon eher nachteilig aus.

Die verwaltungswissenschaftliche Studie erklärt die Rückwärtsgewandtheit der Großen Strafrechtskommission der 1950er Jahre – unter Heranziehung von rechtswissenschaftlichen Studien – anhand von Interviews mit Referenten des BMJ, Kommissionsmitgliedern und ausgewählten AE-Professoren, vor allem aber anhand von Clusteranalysen zu den Abstimmungen über „Grundsatzfragen“, zu „Versuch und Irrtum“ sowie zum „Sexualstrafrecht“. Die Clusteranalysen zeigen, wie die Praktiker in der Kommission Mehrheiten über die Theoretiker (Hochschullehrer), die oftmals ein individuelles Abstimmungsverhalten zeigten, hergestellt haben. Mit den Interviews wird deutlich, dass für die Orientierung an den Entwürfen der Weimarer Zeit (E 27, E 30) vor allem der damalige Staatssekretär W. Strauß sowie der Abteilungsleiter II des BMJ, J. Schafheutle, verantwortlich sind, was sich zudem durch eine interne satirische Zeitung („Bierzeitung“) absichern lässt. Für die Rückwärtsgewandtheit spricht auch die vom BMJ vorgegebene

Zusammensetzung der Kommission, welche überdies die Implementationsstruktur des Rechts widerspiegelt, so dass die Rechtsanwender zu Gesetzgebern werden. Die Praktiker haben nicht nur Mehrheiten zustande gebracht, die relativ stark vertretenen Richter der oberen Gerichte (BGH) zeichnen sich auch verantwortlich für eine Orientierung an höchstrichterlicher Rechtsprechung, am Richterrecht überhaupt, das, wie Rüthers gezeigt hat, in Zeiten des Systemwechsels Hochkonjunktur hat und die Rechtsanwender dadurch bereits zu Gesetzgebern macht. Eine Auswertung von Laudationes und Nekrologen, welche die Generation verfasste, der die Kommissionsmitglieder angehörten, zeigt, dass diese Würdigungen zur Imagepflege eingesetzt wurden, welche die „Zeit der Verstrickung“ vergessen ließ. Im Anhang wiedergegebene Dokumente zeigen, dass die Initiative zur Erstellung eines Alternativ-Entwurfs von dem damals in Mainz lehrenden Strafrechtslehrer Prof. Peter Noll ausging.

