

Kapitel I. Vorbemerkungen

1. Zu Zaffaronis „Doctrina Penal Nazi“

Wie im Vorwort erwähnt, geht die vorliegende Untersuchung auf meine eingehende Befassung mit der jüngsten Schrift des argentinischen Strafrechtslehrers Eugenio Raúl Zaffaroni zur NS-Strafrechtsdogmatik zurück.

Die Schrift besteht aus neun Kapiteln: Die ersten drei widmen sich der Grundlegung der nationalsozialistischen Ideologie und dem institutionellen Rahmen des NS-Staats; die Kapitel vier bis acht beschäftigen sich dann im engeren Sinne mit der kriminalpolitischen bzw. strafrechtsdogmatischen Ausrichtung des NS-Strafrechts, wobei Zaffaroni die sog. Kieler Schule mit ihren Protagonisten Dahm und Schaffstein in den Mittelpunkt stellt; das letzte, neunte Kapitel rekapituliert die Ausführungen und liefert wertvolle Gedanken mit Blick auf die Kontinuität des strafrechtlichen NS-Gedankenguts. Vorangestellt ist ein Prolog des spanischen Strafrechtslehrers *Francisco Muñoz Conde*, der selbst durch eine Arbeit zu Edmund Mezger vor einigen Jahren, insbesondere in spanischsprachigen Zirkeln, Furore gemacht hat.¹ Zaffaroni hat – trotz zahlreicher Ungenauigkeiten² und orthographischer Mängel³ – eine beeindruckende Untersuchung vorgelegt,⁴ die die Diskussion im

1 *Muñoz Conde* (2003).

2 An vielen Stellen fehlen leider die Primärquellen, was besonders dort bedauerlich ist, wo *Zaffaroni* den von ihm in Bezug genommenen Autoren auch moralische Verfehlung vorwirft, vgl. etwa *Zaffaroni* (2017), S. 104, 107, 116 f, 141, 151, 207 und 287. Auf weitere Ungenauigkeiten wird im Verlaufe dieser Untersuchung hingewiesen.

3 Der Text enthält zahlreiche Schreibfehler, vor allem was die Schreibweise deutscher Namen und Begriffe angeht, vgl. *Zaffaroni* (2017), S. 22, 64, 65, 79, 105, 107, 111 f. und 204; zu deutschen Begriffen und Namen ebd., S. 28, 59, 93, 98, 109, 149 und 202. Besonders peinlich ist es, dass schon im Klappentext der Name Schaffstein falsch („Shaffstein“) geschrieben wird.

4 Zu überschwänglich aber *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), 230 wenn er der Untersuchung bescheinigt, „eine absolut vollständige („completísima“) Rekonstruktion“ der deutschen Strafrechtslehre der 1930er und 1940er Jahre zu enthalten. Dagegen spricht schon die o. Fn. 2 erwähnte ungenaue Zitierweise, aber vor allem die nur selektive Rezeption der deutschen Diskussion, auf die im Laufe dieser Untersuchung mehrfach hinzuweisen ist.

spanisch- und portugiesisch-sprachigen Rechtskreis sicherlich für viele Jahre prägen wird. Sie schließt an seine frühere Befassung mit dem Thema als Herausgeber einer Schriftenreihe zur „vergessenen Strafrechtswissenschaft“ („penalismo olvidado“) an.⁵

Zaffaronis Schrift ist nicht nur wegen ihres Themas für eine deutsche Leserschaft von besonderem Interesse,⁶ sondern auch wegen der enormen Bedeutung der deutschen Strafrechtswissenschaft in Lateinamerika, der dort (vor allem auch in Argentinien) lange existierenden NS-Netzwerke⁷ und – nicht zuletzt – der überragenden Bedeutung ihres Autors in der spanisch- und portugiesisch-sprachigen Welt.

Der am 7. Januar 1940 in Buenos Aires geborene Eugenio Raúl Zaffaroni – selbst Schüler des (nach Ansicht vieler) Begründers der spanischsprachigen Strafrechtsdogmatik Luis Jiménez de Asúa (1889-1970)⁸ – kann auf ein großes Werk zurückblicken, insbesondere auf seinen grundlegenden, fünfbandigen „Tratado de Derecho Penal“ (Buenos Aires 1980-83), aber auch zahlreiche Monographien und Aufsätze. Ferner hat er über 30 Ehrendoktorwürden erhalten und unzählige Gastdozenturen vorzuweisen. Zaffaroni hat auch eine beeindruckende Richterkarriere: von 1969-1990 als Provinz- und Bundesrichter⁹ (unterbrochen von zwei Jahren als „Procurador General de Justicia de la Provincia de San Luis“), von 2003-2014 als Richter am Obersten Argentinischen Gerichtshof („Corte Suprema de Justicia de la Nación“)

5 Zaffaroni, Hrsg., (2009a), (2009b), (2011) und (2017). Die jeweiligen Bände sind mit Einführungen von Zaffaroni versehen, auf die die hier besprochene Schrift teilweise aufbaut und die verschiedentlich unten zitiert werden. Die Schriftenreihe enthält nicht nur NS-Schriften, sondern etwa auch eine Schrift zur Strafrechtsschule von Utrecht (Zaffaroni, Hrsg., 2016).

6 Sie reiht sich in eine Reihe weiterer selbständiger und unselbständiger Abhandlungen lateinamerikanischer Kollegen zum NS-Strafrecht ein, wie wir unten (Kap. VII, insbesondere 2.) sehen werden. Hier sei schon auf die vielleicht wichtigste, weitere selbständige Abhandlung von Llobet (2018) verwiesen, der die Grundlagen des NS-Rechtssystems, des NS-Strafrechts und Strafprozessrechts eingehend darstellt sowie die Rolle Welzels gesondert untersucht.

7 Dazu jüngst in dokumentarisch-romanhafter Form Guez (2018), S. 30, 36, 45 u. passim (e-book).

8 Zu ihm und seinem Werk – insbesondere seine zehnbändige Untersuchung zu den gesamten Strafrechtswissenschaften, auch des Auslands (Jiménez de Asúa, 1946-52), und sein siebenbändiger „Tratado de Derecho penal“ (1957-1970) – Oneca, ADPCP 23 (1970), 547 ff.

9 Argentinien hat eine föderal organisierte Justiz mit einer Bundesebene sowie 23 Provinzen und der autonomen Stadt Buenos Aires.

und seit 2016 als Richter am Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte. Doch Zaffaroni gedenkt sich keineswegs schon zur Ruhe zu setzen, wie diese Schrift und das zeitgleich – gleichsam als Gegenentwurf – erschienene Werk „Derecho penal humano“¹⁰ zeigen. Etwas pikant ist vielleicht, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der hier besprochenen Schrift, dass Zaffaroni auch während der argentinischen Militärdiktatur (1976-1983) ein Richteramt ausgeübt hat und zwar das eines Strafzumessungsrichters in Buenos Aires („Juez Nacional en lo Criminal de Sentencia de la Capital Federal“), nachdem er vorher mit nur 36 Jahren als einer der drei Bundesrichter der autonomen Stadt Buenos Aires unter der Regierung von Isabel Perón gedient hatte (1975-1976).¹¹ In diesem Zusammenhang sind in jüngster Zeit auch Vorwürfe gegen ihn erhoben worden.¹²

2. Eigener Ansatz

Die hier vorgelegte Untersuchung versteht das NS-Strafrecht – in Übereinstimmung mit der verbreiteten, die Kontinuitätsthese weiterentwickelnden *Radikalisierungsthese*¹³ – als rassistisch (antisemitisch), völkisch („germanisch“) und totalitär ausgerichtete Fortschreibung der autoritären und antiliberalen Tendenzen des deutschen Strafrechts der Jahrhundertwende und der Weimarer Republik.¹⁴ Die in der Radikalisierung liegende völlige

10 Zaffaroni (2017a).

11 Die biografischen Daten finden sich u.a. in Wikipedia und wurden von argentinischen Kollegen bestätigt bzw. ergänzt.

12 So hat etwa Graciela Fernández Mejide, ein ehem. Mitglied der angesehenen nationalen Verschwundenenkommission (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP), Zaffaroni vorgeworfen, im Jahre 1976 (zur Zeit der Militärdiktatur) einer Haftbeschwerde ihres Sohns nicht abgeholfen zu haben (*La Nación*, 15.2.2018, https://www.lanacion.com.ar/2109256-mejide-revelo-que-le-ne-go-un-habeas-corporus-por-su-hijo?utm_source=FB&utm_medium=Cali&utm_campaign=2109256 (zuletzt besucht am: 22.10.2018)).

13 Zum Begriff *Vormbaum*, in Grundmann et al. (2010), S. 523, 534 ff.; *Vormbaum* (2015), S. 153, 181, 184, 188, 204, 212, 268, 272.

14 Grdl. *Marxen* (1975) (Einzelnachweise insoweit bei u. Fn. 19); auch *Rüping*, in: Dreier/Sellert (1989), S. 180, 192 (NS-Staat „nicht voraussetzungslos und künstlich geschaffen“); *Wolf*, JuS 1996, 195 („historisch vorbereitet“, „mit brutaler Konsequenz auf die Spitze getrieben“); *Hartl* (2000), S. 336 („zahlreiche Vorläufer“), 377 („lange vor der NS-Epoche“); *Cattaneo* (2001), S. 223 (wonach die „autoritäre positivistische Straftheorie den Weg zur totalitären nationalsozialistischen Lehre bereitet hat.“); *Vogel* (2004), S. 8 ff., 18, 20 (m.w.N. in Fn. 29); *Hoyer*, GS Eckert

Verdrängung des sozialen Elements zugunsten einer durch und durch autoritär-völkischen Strafrechtserneuerung – auf der Grundlage eines mystisch überhöhten Rasse- und Volksbegriffs¹⁵ – hat mit Gustav Radbruch einer ihrer schärfsten Kritiker schon im Jahre 1933 konstatiert.¹⁶ Die von

(2008), S. 359 (Kulmination „lange vor 1933“ bestehender Entwicklungslinien); Zaffaroni (2017), S. 129 ff.; mit Blick auf die Selbstverantwortung des Opfers ebenso Murmann (2005), S. 126.

- 15 Mittels dieses Volksbegriffs und den darauf aufbauenden bzw. daraus folgenden weiteren Charakteristika, wie sie im Folgenden dargestellt werden (s. auch die folgende Fn.), lässt sich – entgegen Werle (1989), S. 45 ff. (48, 52) – durchaus das NS-Strafrechtsprogramms in groben Umrissen beschreiben, zumal es ja in den Grundzügen in der Preußischen Denkschrift (*Preußischer Justizminister* (1933)) und den NS-Leitsätzen (*Frank*, 1935) enthalten ist. Vgl. auch *Gemmingen* (1933), S. 25 f., der trotz Fehlen eines formalen Programms einige „Richtlinien“ entwickelt (Idee der Volksgemeinschaft, Strafe als Vergeltung, Auflockerung und Ethisierung). *Von Hentig*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 633 f. bezieht sich – neben der Preußischen Denkschrift und *Gemmingen* – auch auf *Nicolai* (1932), dazu u. Kap. II 1. mit Fn. 71 ff. und Haupttext. *Gúzman D.*, in Zaffaroni (2017), S. 91 weist darauf hin, dass die NS-Strafrechtslehre weder ausgearbeitet noch vollständig war („no ... bien elaborado ni completo...“).
- 16 *Radbruch* (1933/1957), S. 63 (71) („Wenn man genauer zusieht, bleibt bei diesen Reformen freilich nur das autoritäre Element übrig, während der soziale Einschlag völlig verschwindet.“), mit nachfolgender Herausarbeitung von sechs Charakteristika des NS-Strafrechts, S. 72 ff.; prägnant zusf. auch *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 358. Krit. zu dem empirielosen, inhaltsleeren und von „Desorientiertheit“ gekennzeichneten Ruf Dahms und Schaffsteins nach Autorität *Riemer*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 222 ff. Auch Erik Wolf will die Dominanz des national-autoritären gegenüber dem sozialen Element schon 1933 erkannt haben, vgl. Brief an Karl Barth v. 15.10.1945 u. 11.11.1968, veröffentlicht durch *Hollerbach*, in: *Heidegger-Jahrbuch* 4 (2009), S. 288; zu diesem Brief näher u. Kap. VI 2. mit Fn. 681. – Aus ausländischer Sicht drei Charakteristika nennend *Donmedieu de Vabres* (später französischer Richter am IMG), (1938), S. 71 ff., 92 (Willensstrafrecht, Rassenstrafrecht und Orientierung am gesunden Volksempfinden); ihm folgend *Jiménez de Asúa* (1947), Band VII, S. 63-186, 141 f. (als viertes Charakteristikum den vereinheitlichten Verbrechensbegriff hinzufügend). In dieser beeindruckenden Untersuchung stellt *Jiménez de Asúa* das „autoritäre Strafrecht im 3. Reich“ (S. 74) als Gegensatz zum liberalen, aufgeklärten Strafrecht der Jahrhundertwende und Weimarer Republik (S. 65 ff.) und im Vergleich zu den autoritären Strafrechten Russlands und Italiens (S. 67 ff.) dar, nennt die maßgeblichen NS-Strafrechtler (S. 76 ff.) – von denen viele nur „penalistas improvisados“ seien (S. 79) – sowie die wichtigsten strafrechtsdogmatischen Themen (S. 95 ff.) und Reformvorhaben bzw. Gesetze (S. 108 ff., 116 ff., 124 ff.) der „neuen Ordnung“ (S. 95); zuletzt fasst er die – in den 1930er und 1940er Jahren schon erstaunlich verbreitete – ausländische Kritik am NS-Strafrecht zusammen (S. 142 ff.); zu dieser Kritik auch *Blasco y Fernández de Moreda*, *Criminalia* (Mexiko) IX (4/1943), 235, 247 ff. (zu diesem Autor näher *Zaffaroni*, in Zaffaroni, 2011, S. 29 ff.); demge-

Klaus Marxen ausgemachte „Fortführung und Steigerung bereits vorhandener Denkansätze“¹⁷ durch die als „Steigbügelhalter“¹⁸ des Nationalsozialismus fungierende antiliberalen Strafrechtswissenschaft der 1930er Jahre lässt sich strafrechtstheoretisch mit Blick auf die klassische und moderne Schule¹⁹ (s. etwa Bindings autoritäres Staats- und Strafrechtsverständnis²⁰ und die Liszt'sche Tätertypenlehre²¹), aber auch gesetzgeberisch²² belegen; der sog. Schulenstreit erweist sich aus dieser Sicht, wie wir im Dritten Kapitel sehen werden, als weniger kontrovers als gemeinhin angenommen. Zugespitzt kann man das NS-Strafrecht als politisierte und radikale Fortschreibung der neoklassischen und finalen Verbrechenslehre charakterisie-

genüber überwiegend deskriptiv, allerdings mit zustimmendem Grundton *Cavaleiro de Ferreira* (1938), S. 72 ff. (neben Staatsschutz im BT die Zulassung der Analogie, das subjektivierende Willensstrafrecht und das Gewohnheitsverbrechergesetz diskutierend) (zu seinen engen Verbindungen zu NS-Juristen, aber zugleich seine rechtsstaatlichen Überzeugungen betonend *Sousa Mendes* (2013), S. 36 f. u. *ders.*, in *Sousa Mendes* (2018), S. 21 ff.). *Jiménez de Asúa* hat übrigens selbst schon im Jahre 1933 das NS-Strafrecht (insbesondere auf die Denkschrift des preußischen Justizministers von 1933 bezugnehmend) scharf kritisiert, vgl. *Jiménez de Asúa* (1933), S. 374, 377 ff. (381) („maximas exageraciones“, tendencia autoritaria“ [377], „ungeschickte Grausamkeit“ [torpe crueldad], „primitiva“ [381], aufgrund derer die „técnica penal alemana“ sterben werde [382]). Früher (1920 und 1922) hatte er freilich selbst einem an der Gefährlichkeit des Täters orientierten Strafrecht das Wort geredet und Zwangsmaßnahmen im sog. vordeliktischen Zustand der Gefährlichkeit befürwortet (dazu näher *Mercurio*, 2013, 350 ff.).

17 *Marxen* (1975), S. 247.

18 Begriff von *Sonthheimer* (1962), S. 376 (zur „Steigbügelhalter-Rolle“ der konservativen, antidemokratischen Rechte für den Nationalsozialismus).

19 Vgl. zusef. *Marxen* (1975), S. 247 ff., 270 f., 272, 275; zu den obrigkeitstaatlich-alt-national ausgerichteten sog. Neuklassikern (u.a. Nagler, Sauer) ebd., S. 121, 128 ff., 131, 158; zu den „jüngeren Kriminalisten“ und der „konservativen Revolution“ ebd., S. 153 ff.; zum Antiliberalismus der modernen Schule ebd., S. 159 ff.

20 S. u. Kap. III mit Fn. 193 und Haupttext.

21 Dazu etwa jüngst *Vormbaum*, in: Jeßberger/Kotzur/Repgen (2019), S. 10 f.; näher u. Kap. III mit Fn. 201 ff.

22 Dazu etwa *Schreiber*, in: Dreier/Sellert (1989), S. 151, 166 ff. (mit Blick auf die NS-Einzelgesetzgebung – über 50 Gesetze und Verordnungen – zwischen spezifisch nationalsozialistischer, terroristischer Gesetzgebung und solcher unterscheidend, die „auf kriminalpolitische Vorstellungen der Weimarer Zeit bzw. auf österreichische Vorbilder zurückgriffen.“ [167]); detaillierte Darstellung der materiell-strafrechtlichen Gesetzgebung bei *Werle* (1989), S. 57 ff.; knapp zusef. *Hoefer*, JCL&Crim 35 (1945), 386 ff.

ren,²³ denn die beiden akademischen Hauptrichtungen, repräsentiert durch „die Marburger“ (Schwinge und Zimmerl) und „die Kieler“ (Dahm und Schaffstein), bekannten sich zu der politischen Aufgabe der (Straf-)Rechtswissenschaft,²⁴ nämlich der Verwirklichung des völkisch, rassistisch und totalen NS-Staates auch mit strafrechtlichen Mitteln²⁵ (wobei das „Justiz“-Strafrecht allerdings in eine polizeiliche Verbrechensbekämpfung

-
- 23 Vgl. *Marxen*, in: Rottleuthner (1983), S. 55, 57 ff. (Kontinuität bzgl. Nationalsozialismus [57], Politikorientierung von *Schwinge/Zimmerl* (1934) ebenso wie *Dahm/Schaffstein* (1933) [58], ebenso beide am völkischen Projekt des NS Staates orientiert [62 f.]); *Marxen*, in: Reifner, (1984), S. 77, 82 ff.; *Marxen*, KritV 73 (1990), 287 ff. (z.B. Willensstrafrecht als „Höhepunkt“ [294]).
- 24 Grdl. *Schaffstein* (1934), S. 6 ff. („politische Strafrechtswissenschaft“ als Ausdruck des „Primat des Politischen“ als „gemeinsamen Grundprinzip, das die Voraussetzung alles wissenschaftlichen Erkennens darstellt und eben dadurch seine Einheit verbürgt.“ [6]; als zwar nicht unterwürfige, aber auf die „Idee des Staates“ gerichtete Wissenschaft und zwar des totalitären NS-Staates, auf dessen „völkische[n] Lebensordnung“ [15], denn erst mit dessen Verwirklichung konnte das „Politische ... zum bestimmten Prinzip der strafrechtlichen Begriffsbildung werden, seitdem es im neuen Staat durch den Totalitätsanspruch des Nationalsozialismus mit dem Nationalsozialistischen identisch geworden ist“ [23], weshalb es nun alleine „um die Erkenntnis und Durchsetzung des ‘richtigen’ Nationalsozialismus“ gehe [23 f.]); auch *Schaffstein*, ZStW 56 (1937), 104, wo der Ruf einer, dem „neuen Reich[s]“ angepassten „völlig anderen Denkweise“ auch im Sinne „einer politischen Forderung“ verstanden wird. *Schwinge/Zimmerl* (1934) erkennen die „großen Gedanken“ (S. 13) und das „Primat der politischen Führung“ (S. 75) sowie Auslegungsanforderungen aus der „Idee des neuen Staates“ an (S. 76); zu ihnen näher u. Kap. IV 2. Vgl. auch *Welzel* (1935), S. 57 f. („politische‘ Aufgabe“ als „Ergründung der konkreten Werte der historischen Situation“; als „Entscheidung für oder gegen den Lebens-Stil‘ der konkreten historischen Epoche“; die durch „das gegenwärtige Schicksal der völkisch-staatlichen Gemeinschaft“ geprägt sei), 75 f. („politische‘ Aufgabe“ als Ausrichtung der „rechtlichen Wertungen“ an der „Wirklichkeit“ der „völkisch-staatlichen Gemeinschaft“ „in ihrer konkreten historischen Situation, in ihrem jeweils gegenwärtigen Schicksal, mit dem es sich auf Leben und Tod auseinandersetzen muß...“) sowie *Henkel*, in Krieck/Staufing (1933), S. 19 ff. (19 f., 22 f.: Ablehnung einer „voraussetzungslosen“ und „wertfreien“ (Rechts-)Wissenschaft, stattdessen Bezug auf Nation, Volkstum, Anerkennung ihres „nationalbewußten und nationalgebundenen Charakter[s]“). Vgl. sekundär *Marxen* (1975), S. 55, 169 ff.; *Marxen*, in: Rottleuthner (1983), S. 58 f. („Politikdogmatik der Kieler Schule“ und „Primat der politischen Führung“ bei Schwinge/Zimmerl); *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 112 (zu Schaffstein); zur Politisierung schon in der Weimarer Republik *Halfmann*, in: Becker (1998), S. 105. Zur Verbindung von Recht und Politik als Charakteristikum des Totalitarismus zutreffend *Gúzman D.*, in Zaffaroni (2017), S. 89.
- 25 Vgl. zum völkisch-rassistischen Rechtsdenken etwa *Alexy*, in: Säcker (1992), S. 219 f.; auch *Murmann* (2005), S. 127 („... Wettbewerb der Rechtswissenschaft zur best-

fung eingeordnet und dieser auch weitgehend – organisatorisch-institutionell – untergeordnet war).²⁶ Der darin liegende Anspruch eines totalen bzw. totalitären Strafrechts (samt „Führerstaat“ und Führerprinzip“)²⁷ schließt die Annahme eines Dualismus von Recht und Ideologie im Sinne der Zwei-Welten-Lehre²⁸ aus.²⁹ Für die *gesamte* nationalsozialistische Strafrechtslehre war also der Zweck, die Finalität des NS-Staates bestimmend, sie war insofern „von einer finalistischen Grundhaltung geprägt...“.³⁰ Die begriffliche Nähe zur finalen Handlungslehre Welzels ist nicht nur zufällig.³¹

Joachim Vogel sieht das nationalsozialistische Strafrecht in fünf Entwicklungslinien der Strafrechtsentwicklung im 20. Jahrhundert (Expansion, Materialisierung, Ethisierung, Subjektivierung, soziale Funktionalisierung) eingebettet, die nicht nur zwischen 1933 und 1945 durch die Nationalsozialisten radikalisiert wurden, sondern auch bis in unser heutiges Straf-

möglichen Durchführung der geforderten rassistisch-völkischen Rechtserneuerung als rechtspolitisches Ziel des Nationalsozialismus.“)

- 26 Das hat *Werle* (1989), S. 730 ff. und *passim* überzeugend nachgewiesen. Eine „duplicity of legal and illegal action“ nahm schon *Hofer*, JCL&Crim 35 (1945), 390 an, wobei er letztere in der Verantwortung der Gestapo sieht. Zum damaligen Diskussionsstand hinsichtlich des Verhältnisses von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft diff. *Dahm*, DRWis 1938, 148 (der eine Eingliederung der einen in die andere Behörde mit Unterordnung der eingegliederten Behörde wegen der Wesensverschiedenheit von Polizei und Staatsanwaltschaft ablehnt [150 ff.], obwohl er immerhin die Verpolizeilichung der Verbrechensbekämpfung aus Gründen der „Zweckmäßigkeit“ für nachvollziehbar hält [154]; stattdessen plädiert er für eine genauere Abgrenzung mit einer ausschließlichen polizeilichen Zuständigkeit für Verbrechen – allerdings gegen ein selbständiges „kriminalpolizeiliches Aufklärungsverfahren“ [161] – bei staatsanwaltschaftlicher Zuständigkeit für die Anklageerhebung/-vertretung [161 ff.] sowie eine freiere polizeiliche Entfaltung gegenüber der Staatsanwaltschaft [166 f.], ohne dass die Polizei jedoch die repräsentativen Befugnisse über ihre präventive Tätigkeit ausdehnen solle [168 f.]).
- 27 Dazu näher Kap. II 1. u. 2.
- 28 Vgl. *Werle* (1989), S. 30 ff. m.w.N. insbesondere zu Buchheim und Jäger.
- 29 S. auch *Hartl* (2000), S. 39, der zu Recht betont, dass das NS-Strafrecht „nur vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Ideologie erklärbar“ sei (die er als diffuses „Konglomerat“ verschiedener nationalistischer, altdeutsch-völkischer, antimarkistischer und autoritärer Ideen beschreibt [S. 40]).
- 30 *Marxen*, in: Rottleuthner (1983), S. 63. .
- 31 Vgl. *Matus*, ZIS 2014, 622 (623, 625), der wie Marxen eine Kontinuität insbesondere bzgl. des Finalismus und eine grds. Übereinstimmung mit der Kieler Schule sieht; *Frommel*, JZ 2016, 920 mit Fn. 43 (Nähe zwischen Finalismus und NS-Willensstrafrecht). Wir werden darauf zurückkommen (u. Kap. VII 2. mit Fn. 712 ff. u. Haupttext).

recht hineinwirken.³² Hierin zeigt sich die sowohl rückwärtsgewandte als auch zukunftsorientierte Blickrichtung der Radikalisierungsthese und der ihr zugrundeliegenden Kontinuitätsthese: Das NS-Strafrecht kam weder aus dem Nichts noch ist es nach 1945 völlig verschwunden. Nach 1945 bestand eine personelle³³ und sachliche³⁴ Kontinuität,³⁵ auch und gerade im Hochschulbereich.³⁶ Wir werden an mehreren Stellen, meist en passant,

32 Vogel (2004), S. 14 ff., 43 ff. m.w.N.

33 Maus, in: Dreier/Sellert (1989), S. 80, 81 f.; Wolf, JuS 1996, 189; Gross (2010), Pos. 395 mit Fn. 43; Görtemaker/Safferling (2016), S. 86 ff.; bzgl. Schleswig-Holstein Vormbaum, GA 1995, 147 f. (Godau-Schüttke rezensierend).

34 Grdl. Marxen (1975), S. 254 ff. (statt Neubeginn unkritische Fortführung unter Außerachtlassung des antiliberalen NS-Erbes und bei Entpolitisierung des NS-Strafrechts, Verdeckung der Zusammenhänge, beispielhaft unechtes Unterlassen); Marxen, KritV 73 (1990), 287 ff. (bzgl. Analogieverbot und Willensstrafrecht); Wolf, JuS 1996, 189 ff. (Weitergeltung/Übernahme von Strafgesetzen [190, 191 ff.] und NS-Lehren [191], z.B. täterstrafrechtliche Subjektivierung, Finalität u. Handlungsunwert [193 f.], deshalb Rückkehr zu liberalen Grundlagen des StGB von 1871 notwendig [195]); Hartl (2000), S. 334 ff., 380 f. (Kontinuität bzgl. „willensstrafrechtlichem Gedankengut“ und „subjektivistischen Vorläufern“ [337]; Weiterentwicklung der willensstrafrechtlichen Subjektivierung und Vorverlagerung zu einem den Handlungsunwert betonenden Schuldstrafrecht, allerdings keine „pauschale Gleichsetzung“ mit Willensstrafrecht [337 ff., 375]; Relikte im AT [Beteiligungsslehre, Versuch, 342 ff.] und BT [z.B. Vorbereitungsstrafbarkeit, 365 ff.]); Hoyer, GS Eckert (2008), S. 360 ff. (Pflicht- statt Rechtsgutsverletzung, Kollektiv- statt Individualrechtsgüter, Analogiebildung statt Gesetzlichkeitsprinzip, verwerfliche Gesinnung und Sittenverstoß als Strafgründe); vgl. auch Stefanopolou, JoJZG 2010, 116 f. (Sonderdelikte sowie Handlungsunwert); Höffler, in: Schumann/Wapler (2017), S. 61, 69 f. (bzgl. Jugendkriminalogie); aus rechtshistorischer Sicht mit Blick auf germanisches Rechtsdenken, Klippel, in: Rückert/Willoweit (1995), S. 31, 53 f.; knapp Vormbaum, GA 1995, 148; Görtemaker/Safferling (2016), S. 358; zum NS-Hintergrund von § 323c Harzer (1999), S. 57 ff. Eine „relativ schwache theoretische und inhaltliche Kontinuität“ sieht Alexy, in: Säcker (1992), S. 224 f., der sich jedoch insoweit nur auf das rassistisch-völkische Denken bezieht (und nicht auf das von ihm weiter ausgemachte autoritäre und neuhegelianische Rechtsdenken).

35 Zusf. Wolf, JuS 1996, 189 ff.; Rütters, JZ 2017, 457 ff.

36 NS-belastete Hochschullehrer wurden in der Regel allenfalls als „Mitläufer“ eingestuft und erhielten ein zeitlich begrenztes Lehrverbot (Geldbußen wurde in der Regel nicht verhängt), so dass sie jedenfalls nach einer gewissen Zeit wieder an die Universität zurückkehren konnten, vgl. etwa zu Henkel u. Kap. II 1. mit Fn. 110 sowie zu Dahm/Schaffstein u. Kap. V 1. Wolf, JuS 1996, 189 nennt Mezger, Henkel, Schaffstein und Bruns. Zur Göttinger Fakultät Halfmann, in: Becker (1998), S. 102, 129 ff. (136 f.).

darauf zurückkommen.³⁷ Diese Kontinuität erklärt nicht nur das verbreitete Schweigen („kommunikatives Beschweigen“),³⁸ sondern auch die fehlende *accountability* zahlreicher belasteter Juristen,³⁹ die durch die „tabula rasa Politik“ der Adenauer-Regierung und die bis 1989 (!) vor allem mit Hilfe des Auswärtigen Amtes aktive "Kriegsverbrecherlobby" auf höchster Ebene sanktioniert wurde.⁴⁰ Moralphilosophisch bzw. -geschichtlich ist diese Kontinuität darauf zurückzuführen, dass die nationalsozialistische Moral derart stark in der deutschen Gesellschaft verankert war, dass sie diese auch noch lange nach 1945 prägen konnte und die Integration der Nachkriegsgesellschaft, samt der in ihr weiterlebenden Nationalsozialisten, garantiert hat.⁴¹ Daran schließt die identitäre Rekonstruktion des germanischen Mythos⁴² durch die „neue Rechte“ nahtlos an.⁴³ Natürlich ist Kontinuität bzw. Radi-

37 Bezüglich sachlicher Kontinuität vgl. etwa zu den heute existierenden *Analogieermächtigungen* Kap. II 2. mit Fn. 130, zum *Unternehmensdelikt* Kap. II 3. mit Fn. 180 sowie zur *Untreue* Kap. V 4. mit Fn. 515 ff. und Haupttext.

38 Vgl. *Lübbe* (2007), S. 32; auch *Wolf*, JuS 1996, 189, 195 (keine offene Auseinandersetzung); *Halfmann*, in: Becker (1998), S. 102, 136 f.; jüngst *Frommel*, JZ 2016, 916, 919; *dies.*, JZ, 2017, 455 („Schweigekartelle[n]“); *Rüthers*, JZ 2017, 458 („Schweigespirale“; „Schweigegebot“). In diesem Klima war es nicht karrierefördernd, sich wissenschaftlich mit der NS-Aufarbeitung zu befassen, vgl. etwa Herbert Jägers Hinweis auf die entsprechende Warnung seines Lehrers Henkel (*Jäger*, in Horstmann/Litzinger, 2006, S. 49) oder *Hoyer*, GS Eckert (2009), S. 351 („Gefährdungen“ durch „Nestbeschmutzen“; hinsichtlich der rechtshistorischen Befassung, u.a. mit der Kieler Schule, durch Jörn Eckert).

39 Dazu jüngst *Safferling*, in: Lüttig/Lehmann (2017), S. 19 ff. m.w.N.; zur fehlenden *accountability* von NS-Richtern *Graver*, GLJ 19 (2018), 845, 848.

40 Vgl. einerseits Konrad Adenauers programmatische Stellungnahme in der 7. Sitzung des Bundeskabinetts am 29.6.1949 im Rahmen einer Amnestiediskussion: „Wir haben so verwirrende Zeitverhältnisse hinter uns, daß es sich empfiehlt, generell tabula rasa zu machen.“ abrufbar unter http://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1949k/kap1_3/para2_4.html zuletzt besucht am 22.10.2018. Vgl. andererseits zur "Kriegsverbrecherlobby" jüngst *Bohr* (2018), S. 13 ff., 367 ff.

41 Vgl. näher *Gross* (2010), Pos. 24 ff., 165 (bzgl. antisemitischer Diskriminierung), 2519 ff. („Integrationsleistung“ durch „Tradierung nationalsozialistischer Ideen und Denkmuster“); zur sozialen Reintegration der Nazis grdl. *Frei* (1996), S. 7 ff.; *Czollek* (2018), S. 47 ff. m.w.N.

42 Vgl. *Geyer*, FAZ, 7.6.2018, 13. Zum germanischen NS-Rechtsdenken s. u. Kap. II 1. mit Fn. 57 u. Haupttext.

43 Zur Kontinuität per identitärer Bewegung s. z.B. Caroline Sommerfeld als eine der Ikonen der „neuen Rechten“: „Auf die Frage, ob jemand, der nicht weiß ist, Deutscher sein könne, antwortet sie: 'Nein!' Deutschsein sei zwar keine reine Rassenfrage. 'Aber es hat auf jeden Fall ganz elementar eine ethnische Komponente. Mit der Staatsbürgerschaft allein ist es nicht getan.'“ (*Kazim*, 2018). Zur neuen Rechten und NS-Parallelen jüngst *Czollek* (2018), S. 13 f., 33.

kalisierung in diesem Sinne – und zwar sowohl rückwärtsgewandt (post-Weimar) als auch zukunftsgerichtet (Bonner Republik) – nicht als Fortführung des insoweit einzigartigen NS-Unrechtsstaats gemeint;⁴⁴ das verbietet schon die liberal-rechtsstaatliche Ausrichtung dieser *beiden* deutschen Republiken, vor allem der jüngeren Bonner Republik, die mit dem Übergang in die „Berliner Republik“ den „Schonraum der Nachkriegszeit“ verlassen und sich rechtsstaatlich bewährt hat.⁴⁵

Die Kontinuitäts- bzw. Radikalisierungsthese (im hier verstandenen engeren Sinne) wird im Folgenden, so hoffe ich, durch die systematisch-analytische Aufbereitung der Texte relevanter Autoren eine Bestätigung erfahren. Dabei stehen die Texte selbst im Mittelpunkt, nicht die moralische Beurteilung ihrer Verfasser, denn diese ist ohnehin nur aus der Zeit heraus (*ex ante*) und auch nur dann möglich, wenn sich der Beurteilende in die Situation jener Zeit versetzen kann. Immerhin spricht aus manchen frühen Texten, wie wir unten sehen werden, ein gehöriger Idealismus und mitunter auch missionarischer Eifer, verbunden mit der Hoffnung auf das neue (bessere) Strafrecht des neuen (besseren) deutschen Staates,⁴⁶ was sich wohl nicht nur mit dem jugendlichen Alter der Protagonisten erklären lässt,⁴⁷ aber doch verständlich macht, dass sogar manche spätere Kritiker zu Beginn selbst euphorisch gewesen sind.⁴⁸ Im Übrigen sprechen die Texte für sich, so dass sich jeder Leser selbst ein Urteil bilden kann, ohne dass es hier

44 Vgl. insoweit *Werle* (1989), S. 6 f., 27, 733 ff., der für den Zeitraum der NS-Zeit grds. ein „entartetes“ (von polizeilicher Verbrechensbekämpfung dominiertes) Strafrecht annimmt und insoweit eine Kontinuität im (großen) rechtsstaatlichen Sinne ablehnt („Bruch in der historischen Entwicklung unverkennbar“; 734), aber immerhin konzediert, dass es (bedenkliche) begriffliche Übernahmen gegeben habe (27), wobei er sich einer abschließenden Bewertung, einschließlich der Beantwortung der Kontinuitätsfrage, enthält (733).

45 Vgl. *Krüper*, in: Duve/Ruppert (2018), S. 238 ff.

46 An dieser Stelle sei etwa schon auf die bemerkenswerte Schrift *Gemmingens* (1933) hingewiesen, mit der dieser – ohne parteiamtliche Autorisierung (S. 6) – versucht, ein NS-Strafrecht im Sinne Hitlers zu entwickeln, vor einer „sinn- und zweckwidrigen Barbarisierung des Strafrechts“ warnt (S. 18) und als „höheres ... Fernziel“ die „Überwindung des Strafrechts“ propagiert (S. 18 ff.).

47 Aber sicherlich auch, s. z.B. *Riemer*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 223 („Es ist kein Zufall, daß gerade die junge Generation es sich angelegen sein läßt, ... nach einer absoluten Autorität zu greifen... Im Nihilismus, der der jungen Generation so nichtswürdig erscheint, spiegelt sich ihre eigene Desorientiertheit.“).

48 Ein paradigmatisches Beispiel ist wohl *Eb. Schmidt*, s. insoweit u. Kap. V 1. mit Fn. 431 a.E. In diesem Zusammenhang verdient Erwähnung, dass kein (linien-treuer) "Schreibzwang" bestand, vgl. *Rüthers/Schmitt*, JZ 1988, 369 (376 f.).

einer abschließenden Einordnung oder Definition eines „NS-Juristen“⁴⁹ bedarf.⁵⁰ Immerhin kann mit einer gewissen Verwunderung festgestellt werden, dass sich nur einer der betroffenen Strafrechtswissenschaftler⁵¹ *öffentlich* von seinen früheren Lehren distanziert hat.⁵²

49 Zum Unterschied zwischen einem „Nazijuristen“/„juristischem Nazi“ („nazista jurista“) (wie etwa Freisler) und einem „nationalsozialistischen Juristen“ („jurista nazista“) (wie etwa Schaffstein) *Batista*, in Zaffaroni (2017), S. 103.

50 Für Einordnungsversuche s. *Marxen* (1975), S. 152 ff.; für den Versuch einer Begriffsbestimmung s. *Schumann*, in: BMJ (2013), S. 70 ff. (wonach jedenfalls die Angeklagten des Nürnberger Juristenprozesses und wegen Rechtsbeugung Verurteilte dazu zählen; die Klassifizierung durch die Alliierten aufgrund Kontrollratsdirektive Nr. 38 v. 12.10.1946 gemäß der Gruppen Hauptschuldige, Belastete, Minderbelastete u. Mitläufer sei jedoch nicht zuverlässig, weshalb weitergehend auf „Nazifizierungs- und Entnazifizierungsvorgänge“ im wissenschaftsgeschichtlichen Sinne Bezug genommen werden müsse).

51 Es handelt sich dabei um Friedrich *Schaffstein*, wobei man über die Qualität seiner Distanzierung unterschiedlicher Ansicht sein kann, vgl. u. Kap. V 1. mit Fn. 436. Dahm hat nur in einem – eigentlich privaten – Brief an Eb. Schmidt „Irrtümer und Fehler“ eingeräumt, u. Kap. V 1. mit Fn. 431. Ebenso erfolgte Erik *Wolfs* Distanzierung privat in dem schon erwähnten Brief an Karl Barth, dazu u. Kap. VI 2. mit Fn. 681.

52 *Vogel* (2004), S. 109, der sich sonst jeglicher Bewertung enthält, nennt dies ein „schweres wissenschaftsethisches Versagen“; krit. zu Welzel *Stopp* (2018), S. 170.