

Kapitel II. Grundlagen des NS-Strafrechts

1. Rassismus, Volksgemeinschaft, Führerstaat, Führerprinzip und Exklusion

Schon im Einführungskapitel betont Zaffaroni die Bedeutung der deutschen Strafrechtsdogmatik für Lateinamerika, insbesondere mit Blick auf die Entwicklung zwischen 1933 und 1945,⁵³ und bestätigt damit die Bedeutung seiner Schrift gerade für einen deutschen Leserkreis. Er nennt eine Reihe von Gründen für den Erfolg der deutschen Strafrechtsdogmatik in Lateinamerika, insbesondere ihr Angebot rationaler oder doch zumindest nicht ganz irrationaler Lösungen,⁵⁴ warnt aber zugleich vor einer geschichtsvergessenen Übernahme. Zu dieser Geschichte gehöre eben auch das NS-Strafrecht, mithilfe dessen der Genozid in „feinster“ Art und Weise legitimiert worden sei.⁵⁵ Dieses Strafrecht wiederum sei nicht aus dem Nichts heraus entstanden, sondern das Produkt eines „rassistischen Europa“ gewesen, wobei es die rassistische Perspektive radikalisiert und verstärkt habe.⁵⁶ Damit stellt Zaffaroni den Nationalsozialismus in die historische-politische Kontinuität seiner Zeit, die er später auch für das spezifisch strafrechtliche Denken nachzuweisen unternimmt. Schon an dieser Stelle benennt er – zutreffend – den Kern des nationalsozialistischen Denkens: Die rassistische Überhöhung der deutschen Volksgemeinschaft durch einen romantisierenden und biologistischen Rückgriff auf die Idee der germanischen Arier.⁵⁷

53 Zaffaroni (2017), S. 27 ff.

54 Zaffaroni (2017), S. 31 (“innegable capacidad de proporcionar soluciones racionales o, por lo menos, con menores niveles de irracionalidad y arbitrariedad”).

55 Zaffaroni (2017), S. 31 („legitimación genocida más finamente elaborado de todos los tiempos“).

56 Zaffaroni (2017), S. 32.

57 Zaffaroni (2017), S. 37. Zum Rückgriff auf das germanische Strafrecht etwa Dahm (1935a), S. 6; allg. zur Bedeutung des germanischen Rechtsdenkens im NS *Klippel*, in Rückert/Willoweit (1995), S. 39 ff. (insbesondere zum behaupteten Gegensatz zum individualistischen römischen Recht). Krit. zu einem Rückgriff auf das germanische Recht als „unverantwortlicher Rückschritt“ aber Gemmingen (1933), S. 16 f., weil dessen Strafbegründung im Ungehorsam gegen den Schuldgrundsatz verstoße.

Dem spezifisch juristischen NS-Rassismus widmet Zaffaroni das zweite Kapitel,⁵⁸ wobei er auch hier die historischen Kontinuitäten betont. Er sieht in ihm die Fortsetzung einer rechtlichen Romantisierung, die in der Fokussierung auf die deutsche Volksgemeinschaft und den deutschen Führer ihren Höhepunkt fand und den Rassismus um eine spezifisch antisemitische Komponente anreicherte.⁵⁹ Er stellt den NS-Rassismus in den Kontext der neokolonialen europäischen Genozide,⁶⁰ unterscheidet ihn aber vom englischen evolutiven Rassismus eines Herbert Spencer, bei dem, so ist die unzureichende Erklärung Zaffaronis⁶¹ zu ergänzen, eine gesellschaftliche Evolution (i.S. einer Fortentwicklung) stattfindet, im Laufe derer sich die stärkere, weiße „Rasse“ im Zuge sozialdarwinistischer Selektion durchsetzt.⁶² Demgegenüber handele es sich beim NS-Rassismus um einen „involutiven“ Rassismus à la Arthur de Gobineau,⁶³ wonach – ganz anders als beim evolutiven Rassismus – die rassistisch reine Gesellschaft (die arische Herrenrasse) erst noch geschaffen, also die deutsche Volksgemeinschaft – im Sinne einer Rückbildung (Involution) – zunächst von „unreinen“ Elementen gesäubert werden müsse.⁶⁴

Roland Freisler⁶⁵ hat das Konzept der *rassistisch-blutmäßig verstandenen Volksgemeinschaft* zur zentralen Grundlage des NS-Strafrechts gemacht: dieses sei „ein Spiegelbild der seelischen Haltung des Volkes“; es diene dem

58 Zaffaroni (2017), S. 41 ff.

59 Zaffaroni (2017), S. 42 ff., 61 ff.

60 Zaffaroni (2017), S. 43.

61 Zaffaroni zitiert die Schriften Spencers weder im Text noch im Literaturverzeichnis.

62 Vgl. insbes. Spencer (1864), wo er in Anlehnung an Darwins „On the Origin of Species“ den Slogan vom „survival of the fittest“ auf die Soziologie und Ethik übertrug, ohne jedoch die natürliche Selektion i.S. Darwins zur Grundlage seiner Gesellschaftstheorie zu machen. Vielmehr wurde sein Sozialdarwinismus vom Lamarckismus, also der (komplexen) These des französischen Biologen Jean-Baptiste Lamarck von der Vererbbarkeit bestimmter erworbener Charaktereigenschaften, beeinflusst (dazu Spencer (1851) und (1860)).

63 Gobineau (1853-1855).

64 Zaffaroni (2017), S. 45 f., aber auch hier sind seine Ausführungen ergänzungsbedürftig. Im Übrigen ist der Einfluss Gobineaus auf den NS-Rassismus umstritten, vgl. nur Kale, *MIH* 7 (2010), 33, 59 ff. (wonach Gobineau zwar „der Erste“ gewesen sei, „to theorize that race was the deciding factor in history and the precursors of Nazism repeated some of his ideas, but his principle arguments were either ignored, deformed, or taken out of context in German racial thought“, so dass „Gobineau's influence on German racism has been repeatedly overstated ..“).

65 Zur ausländischen Rezeption s. etwa Arnedo, in Zaffaroni (2017), S. 9 ff. (mit Darstellung des Freisler'schen Lebenslaufs und seiner Strafrechtslehre).

„Schutz des Volkes selbst, seiner Bluts- und Schicksalsgemeinschaft“,⁶⁶ seiner „Rassenehre“,⁶⁷ weshalb „Fernhalten fremden Blutes und Ausschaltung entarteten Blutes ... höchstes Gebot“ sei⁶⁸ und die entsprechenden „Maßnahmen zur Sicherung des Volksbestandes zu treffen“ seien.⁶⁹ Ebenso sei der Staat – als „äußere Form“ des Volkes – und die NS-Bewegung (NSDAP) – als „Trägerin des Staatsgedankens“ – zu schützen.⁷⁰ Helmut Nicolai hat die NS-Rasselehre vulgärphilosophisch zu untermauern versucht⁷¹ und dafür erstaunlicherweise auch von Erik Wolf Beifall erhalten.⁷² Er sieht die Kriminalitätsrate in Abhängigkeit von der ethnischen Zugehörigkeit und

66 *Freisler*, in *Preußischer Justizminister* (1933), S. 6; s. auch *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 7 f. („bluthafte Gestaltung der richtunggebenden Ideen“ als „Vorbedingung für Auf- oder Abstieg im Volksleben.“) und S. 8 (Schutz von „Blut und Boden“); *Thierack*, in *Frank* (1934), S. 25 f. („Blut und Boden als heilige Güter des deutschen Volkes“, „Blut“ als „Lebensquell“, das eine „Blutsgemeinschaft“ schaffe); zum Gesetz als „Ausdruck eines bluthaften Gemeinschaftsdenkens“ s. *Dahm* (1935a), S. 17.

67 *Thierack*, in *Frank* (1934), S. 26 („Rassereinheit fordert Rassebewußtsein, Rassestolz“ und eben strafrechtlichen Schutz).

68 *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 8; ebenso *Preußischer Justizminister* (1933), S. 22 („Reinhaltung der deutschen Blutsgemeinschaft ...“); *Thierack*, in *Frank* (1934), S. 26 („Artfremdes Blut ist fernzuhalten, erbrantes ..., entartetes ... oder verseuchtes ... ist auszumerzen ...“).

69 *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 8. Er nennt „Kampf gegen Abtreibung, Mädchenhandel, Schutz der Mutterschaft.“ Ebenso *Thierack*, in *Frank* (1934), S. 26.

70 *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 8 f. Die NSDAP sei „unlöslich mit dem Staat verbunden“, aber „keineswegs Staatsorgan.“ Dem verstärkten Staatsschutz hat die Denkschrift des *preußischen Justizministers* (1933), S. 13 ff. durch Voranstellung der Staatsschutzdelikte Rechnung getragen. Dies war auch eine Hauptforderung der antiliberalen Bewegung, vgl. *Marxen* (1975), S. 124 f.

71 *Nicolai* (1932), S. 42 ff. (Verbrecen als Veranlagung mit der Konsequenz der „Friedloslegung“, d.h. „Ausschluß des Verbrechers aus der Rechtsgenossenschaft des Volkes, damit auch die Unmöglichkeit sich in dieser fortzupflanzen.“ „Rechtsträger, Rechtsgenosse, Volksgenosse kann eben nur der sein, dessen Rechtsgewissen ... unverfälscht ist.“ „Ausmerzung ehrloser Verbrecher“ durch ein strenges Strafrecht, denn ein „humanes“ Strafrecht zeige gerade keinen „hohen Kulturzustand“). Zur NS-Gesinnung Nicolais siehe *Marxen* (1975), S. 90 f., 147 ff., 153. Zur NS-Rasselehre auch *Hartl* (2000), S. 42 f. (für den der Antisemitismus ihren Mittelpunkt bildete).

72 *Wolf* hat die Schrift im Rahmen des angesehenen ZStW-Literaturberichts „Rechts- und Staatsphilosophie“ (ZStW 53 (1934), 560, 572 ff.) nicht nur aufgenommen und damit in eine Reihe mit wichtigen rechtsphilosophischen Schriften seiner Zeit gestellt, sondern sogar gelobt, nämlich als „unbefangen[e] und unerschrocken[e]“ Darstellung der NS-Rechtsidee und als „Anfang nationalsozialistischer Rechtslehre“, die lediglich einige „Unausgeglichenheiten“ aufweise, was aber „nicht anders sein kann ...“ (573 f.) (zu punktueller Kritik an Nicolais Rassenlehre

will deshalb das Strafrecht gegen diejenigen wenden, die nicht der nordischen und germanischen Bevölkerung angehören.⁷³ Hier kommt der nationalsozialistische Versuch zum Vorschein, die – durchaus vorhandenen⁷⁴ – früheren kriminalbiologisch-sozialdarwinistischen Ansätze der Kriminologie zu instrumentalisieren⁷⁵ und die strafrechtliche Diskriminierung von „Artfremden“⁷⁶ rassebiologisch zu rechtfertigen;⁷⁷ die kriminologische For-

u. Fn. 78 a.E.). Positiv etwa auch von *Hentig*, *MSchrKrimPsych* 24 (1933), 633 („ehrllich, durchdacht, systemgerecht und ... lesenswert.“).

73 *Nicolai* (1932), S. 43 (wonach „die Kriminalität zeigt, daß die Straffälligkeit umso geringer ist, je nordischer und germanischer eine Bevölkerung ist.“); dazu auch *Zaffaroni* (2017), S. 147.

74 Zur entsprechenden kriminalbiologischen und -anthropologischen Forschung um die Jahrhundertwende und zur Zeit der Weimarer Republik *Dölling*, in: *Dreier/Sellert* (1989), S. 195 f., 222 f.; *Vormbaum* (2015), S. 155 ff.; *Hilliger* (2018), S. 293 ff.; früher schon *Wolf* (1933), S. 13 ff. (insbesondere Bezugnahme auf die italienischen Positivisten).

75 Vgl. etwa *Exner* (1939), S. 149 ff. (Bedeutung von „Erbgut“ und „Verbrecheranlage“); auch *ders.*, (1949), S. 272 ff. (Anerkennung des Umwelteinflusses, aber Betonung der besonderen Bedeutung der „Anlage“ bzw. des „Erbguts“); *Mezger* (1934), S. 18 (zwar Ablehnung der Lehre Lombrosos des „geborenen Verbrechers“, aber Anerkennung, dass es „unleugbar Menschen [gibt], die vermöge ihrer angeborenen Anlage zum Verbrecher bestimmt sind“), 54 (besonders „krankhafte Veranlagung“ des „psychopathische[n] Verbrecher[s]“, der damit zum besonders gefährlichen Verbrecher werde), 104 ff. (Betonung des „Erbgut[s] der Ahnen“ im Rahmen einer biologistischen Verbrechensauffassung); zur biologist. Ansicht und (konsequenter) Verhütung des erbkranken Nachwuchses auch *Mezger* (1942), S. 79 ff., 269 ff.; s. auch *Dölling*, in: *Dreier/Sellert* (1989), S. 198, 202, 209. Es darf freilich nicht übersehen werden, dass *Exner* und auch *Mezger* grds. ein differenziertes Zusammenspiel von Anlage und Umwelt anerkannten und damit den kranken genetisch-rassistischen Determinismus von NS-Ideologen, wie etwa Robert Ritter, ablehnten; s. u. Fn. 78. – *Zaffaroni* (2017), S. 151 ff. verweist insoweit auf einen Artikel aus der *ZStW* (S. 151 oben), der sich positiv zu einem 1907 im US-Bundesstaat Indiana erlassenen Sterilisationsgesetz geäußert haben („artículo elogioso“) und deshalb auf erhebliche Kritik gestoßen sein soll („reacción sumamente negativa“), die *Liszt* zu einer Distanzierung gezwungen habe. *Zaffaroni* gibt jedoch keine genaue Quelle an; in dem von ihm zitierten Werk von *Wetzell* (2000), S. 163 findet sich eine solche auch nicht. Eine Durchsicht der *ZStW* 27 (1907) hat ebenfalls keine Fundstelle ergeben. Der Vorbildcharakter US-amerikanischer Rassegeseztgebung wird aber von *Whitman* (2017) (deutsch 2018 bei C.H. Beck), S. 34 ff., 114 ff., 132 ff. nachgewiesen (woraus sich, gerade unter Präsident Trump, auch kritische Rückfragen an die USA ergeben, etwa „how did it come to pass that America produced law that seemed intriguing and attractive to Nazis?“ [136] und zu ihrem Platz „in the larger world history of racism“ und „about the character of American legal culture“ [137]). Zum Vorbildcharakter des (deutschen) Kolonialstrafrechts *Vormbaum* (2015), S. 140 f.

schung hat aber die geforderte Unterstützung nur bedingt geleistet.⁷⁸ Jedenfalls kann die hierin zum Ausdruck kommende Bedeutung der – im gerade erwähnten rassistisch-blutmäßigen Sinne verstandenen – Volksgemeinschaft nicht genug betont werden: Sie ist Ausgangspunkt und Zweck des nationalsozialistischen (Straf-)Rechts,⁷⁹ sein prioritäres (rein zu halten-

76 Zu den „Fremdvolkstrafrechten“ (z.B. Polenstrafrecht) und dem Sonderstrafrecht für Juden eingehend *Werle* (1989), S. 351 ff., 449 ff., 603 ff., 698 ff., 723 f., 725 f.

77 Einseitige Betonung der Anlage etwa bei *Dahm*, *MSchrKrimPsych* 24 (1933), 162, 172 ff., 176; *Schaffstein* (1934), S. 19 („Überlegenheit“ der NS-„Rassenidee“ aufgrund „erbblologische[r] Ungleichheit“); *Schaffstein*, *ZStW* 55 (1936), 276, 282 ff. (beide mit Kritik an der Überbetonung des Erziehungsgedankens und Forderung der Unschädlichmachung „Unerziehbarer“). S. auch *Werle* (1989), S. 698, 700; *Zaffaroni*, in *Zaffaroni* (2009a), S. 15 (Perfektionierung des rassistischen Biologismus durch NS).

78 Vgl. näher *Wetzell* (2000), S. 179 ff., der anhand einer Untersuchung der Schriften relevanter Autoren belegt, dass der NS die kriminalbiologische Forschung zwar zur Unterstützung seiner eugenisch-biologistischen Sichtweise gebraucht, aber von den mainstream-Kriminologen wie *Mezger* u. *Exner* (ebd., S. 209 ff.) nur bedingt diese Unterstützung erhalten habe, denn „genetically deterministic and racist explanations of crime did not predominate in criminal biology and criminology“, sondern „mainstream criminology ... was characterized by a continuing process of increasing methodological sophistication“ (ebd., S. 230). Andererseits fand die kriminalbiologisch begründete NS-Selektionspolitik einen Unterstützer in *Gustav Aschaffenburg*, Begründer und Herausgeber der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (heute *MSchrKrim*), der selbst wegen seines jüdischen Glaubens von den Nazis vertrieben wurde (S. 186 ff.); ferner kritisierten Juristen wie *Hellmuth Mayer* die kriminalbiologische Forschung (S. 202 ff.), weshalb weder eine Verbindung zwischen „criminal biology and racism (including anti-Semitism)“ (S. 187) noch „a natural affinity between Nazi jurists and criminal biology“ angenommen werden könne (S. 209); krit. zu Ritter und seiner „Asozialen“-Forschung, insbesondere zu Zigeunern, S. 219 ff. („simplistic and methodologically backward quality of Ritter’s research that accelerated his career in the Third Reich“, [S. 229]). *Wetzells* Sichtweise von *Mezger* ist aber zu günstig, zu ihm näher u. Kap. IV 1. mit Fn. 221 ff. u. Haupttext. – Für ein Zusammenspiel von Anlage-Umwelt etwa *Wolf*, *ZStW* 53 (1934), 573 f. (insoweit krit. zu *Nicolas* reiner, rassenbasierter Anlagetheorie); erstaunlich diff. auch *Gemmingen* (1933), S. 14 ff., wonach Hitler selbst die Bedeutung des „Milieufaktors“ betont habe und deshalb sicher gegen eine einseitige Betonung der Anlage gewesen sei.

79 *Zaffaroni* (2017), S. 72 ff. Vgl. etwa auch *Gemmingen* (1933), S. 14, wonach das „umfassende Ziel“ Hitlers „die Erziehung der (liberalistisch-atomistisch gedachten) Gesellschaft zur (organisch-völkisch gedachten) Gemeinschaft, also zum ‘Volk‘“ gewesen sei. Aus neuerer Zeit zusf. *Hartl* (2000), S. 43 ff.

des)⁸⁰ Schutzobjekt⁸¹ und normativer Fixpunkt,⁸² sogar Rechtsquelle („gesundes Volksempfinden“).⁸³ Sowohl der Einzelne als auch der Staat werden in den Dienst der Volksgemeinschaft gestellt, womit der Einzelne seinen Selbstzweck verliert⁸⁴ und zur Treue verpflichtet wird;⁸⁵ zugleich wird der

80 Vgl. o. Fn. 68 und folgender Abschnitt (2.) mit Fn. 167.

81 Vgl. *Preußischer Justizminister* (1933), S. 13 (wo der Schutz der Volksgemeinschaft an die Spitze eines möglichen neuen StGB gestellt wird); zu den entsprechenden NS-Verordnungen/Gesetzen zum Schutz des deutschen Volkes, Staates etc. *Werle* (1989), S. 64 ff., 700 ff.

82 Vgl. etwa *Schaffstein*, *ZStW* 53 (1934), 603, 624 („Für die nationalsozialistische Staats- und Rechtsauffassung ist das Volk als transpersonale Ganzheit höchster und einziger unmittelbarer Wert, aus dem sich alle anderen Rechtswerte mittelbar ergeben.“). *Zaffaroni* zitiert diese Abhandlung nicht.

83 Vgl. *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 11 („Rechtsbewußtsein des Volkes“ als „Rechtsnorm“); *Freisler*, *DJ* 97 (1935), 1251 (gesundes Volksempfinden als Rechtsquelle); *Schaffstein* (1934), S. 24 („wahre Rechtsquelle“, die Denkschrift des preußischen Justizministers (1933) zitierend); *Schaffstein*, *ZStW* 53 (1934), 605, 607 („völkische[s] Rechtsempfinden“ als Quelle nationalsozialistischen Rechts); *Henkel* (1934b), S. 28 f. („Wertanschauungen der Volksgemeinschaft“ als „Rechtserkenntnisquelle“); *Mezger*, *DJZ* 41 (1936), 602 („gesundes Volksempfinden“ als „selbständige Äußerungsform der lebendigen völkischen Rechts- und Sittenordnung“, allerdings getragen vom „Grundgedanken eines Strafgesetzes“, also dem ersten Bezugspunkt des geändert § 2 StGB). S. auch *Marxen* (1975), S. 70 f.; *Werle* (1989), S. 145; *Hartl* (2000), S. 54; *Zaffaroni* (2017), S. 78 ff. – Das „gesunde Volksempfinden“ diene auch zur Bestimmung zahlreicher Einzelfragen der Verbrechenslehre, vgl. zum Unterlassen etwa u. Kap. V 4. mit Fn. 499; zur Unbeachtlichkeit eines Rechts-/Verbotsirrtums bei dessen Unvereinbarkeit mit der „gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht“ u. Kap. IV 1. mit Fn. 245 u. Haupttext; zu Schranken des Notwehrrechts *Preußischer Justizminister* (1933), S. 137 u. *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 17 (Missbrauch des Notwehrrechts „nach gesunder Volksanschauung“); dort finden sich zahlreiche weitere Beispiele.

84 Vgl. etwa *Preußischer Justizminister* (1933), S. 4 f. (Einzelner als Teil des „Volksorganismus“, weshalb er dazu gezwungen werden müsse, „bei all seinem Handeln die notwendige Rücksicht auf die Erhaltung des Bestandes der Nation und ihre Wohles zu nehmen.“); *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 9 („Treuhandstellung des Einzelnen in Bezug auf die Gesamtheit“); ebenso *Thierack*, in *Frank* (1934), S. 28; auch *Gerland*, *DJZ* 38 (1933), 860 („Vor der Gemeinschaft bedeutet der Einzelne nur so viel, als er für sie bedeutet“); *Dahm* (1935a), S. 12 (Einzelner als „Volksgenosse, als Glied einer konkreten Gemeinschaft...“); dazu etwa auch *Alexy*, in: *Säcker* (1992), S. 225 f.; *Hoyer*, *GS Eckert* (2008), S. 353 („Suprematie des Kollektivs...“); zu Antidualismus, Antiliberalismus und gemeinschaftsbezogenem Denken auch *Hartl* (2000), S. 47 ff.; *Murmann* (2005), S. 126 ff. – Noch 1933 hat Dahm allerdings die Ansicht vertreten, dass „kein deutsches, der Eigenart unserer differenzierten Kultur entsprechendes Strafrecht denkbar [ist], das nicht dem Einzelnen Spielraum ließe.“ (*Dahm*, *MSchrKrimPsych* 24 (1933), 162, 174).

Staat – in Überwindung der traditionellen Trennung von Volk und Staat – zu einem einzigartigen faschistischen Staat.⁸⁶

Dies leitet zur Institutionalisierung des NS-Staates über,⁸⁷ denn diese stand ganz im Zeichen der Realisierung der apostrophierten Volksgemeinschaft. Zaffaroni zitiert hier ausführlich eine berühmte Rede Görings vor der Akademie für Deutsches Recht im Jahre 1935,⁸⁸ wo dieser betonte, dass der NS-Staat kein Selbstzweck sondern Mittel zum Zweck, eben der Realisierung der „artgleichen“ Volksgemeinschaft sei.⁸⁹ Göring propagiert die Überlegenheit der arischen Rasse und ihres nordisch-germanischen Rechts gegenüber den Menschen der „Südsee“, die dieses Recht nicht verstünden und deren Recht wiederum „von uns nicht verstanden und zurückgewiesen“ werde.⁹⁰ Zaffaroni bemerkt insoweit, dass sich die darin liegende Diskriminierung nicht gegen Lateinamerika, sondern gegen Italien gerichtet habe.⁹¹ Das ist aber zweifelhaft, denn zum einen war die Diskriminierung der „Südsee-Insulaner“ Ausdruck des zu jener Zeit – und mitunter auch heute noch – verbreiteten kolonialen („zivilisierten“), gegen die „neue

85 *Thierack*, in Frank (1934), S. 27 („Treuepflicht gegenüber Führer, Volk und Staat“, Treue als „vornehmstes deutsches Erbgut“).

86 Zum Unterschied zwischen dem NS-Deutschland und dem faschistischen Italien vgl. insoweit *Dahm* (1935a), S. 6 ff. wonach bei jenem die Volksgemeinschaft im Mittelpunkt stehe und der Staat ihrem Zweck zu dienen habe, während bei diesem die Nation sich im totalen Staat verwirkliche, weshalb ein „ausgeprägter Etatismus“ (S. 6) herrsche (ebenso *Grispigni* (1941a), in Zaffaroni (2009a), S. 70 mit Fn. 12 ([Ersetzung von „Staat“ durch „Volk“]). Im NS-Staat könne demgegenüber allenfalls eine totale Mobilmachung i.S. Jüngers, aber kein totaler Staat existieren, weil der Staat „seine Grundlage und Rechtfertigung im Volkstum“ (*Dahm*, a.a.O., S. 7) finde. Dies bedeute – neben dem ohnehin unterschiedlichen Wesen zwischen Deutschen und Italienern – einen „tiefgreifenden Wesensunterschied“ (S. 7). Zum Unterschied auch *Gúzman D.*, in Zaffaroni (2017), S. 89 („visión sustancialista“ [NS] versus „supraindividual“); zum Unterschied hinsichtlich der Ersetzung von „Staat“ durch „Volk“ auch *Grispigni* (1941a), in Zaffaroni (2009a), S. 70 mit Fn. 12.

87 *Zaffaroni* (2017), S. 85 ff. (3. Kap.).

88 *Göring* (1935).

89 *Göring* (1935), S. 6 („Unseren Staat hat der Führer für das Volk geschaffen ... Unser Staat ist daher nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck.“); dazu *Zaffaroni* (2017), S. 85 f. Ebenso *Preußischer Justizminister* (1933), S. 4.

90 *Göring* (1935), S. 13 („Und darum haben die Blut- und Artgleichen ihr Recht und verstehen es. Sie werden vielleicht unten in der Südsee keinen Menschen finden, der nordisch-germanisches Recht verstünde. Das, was dort als Rechtsbegriff von jedem einzelnen aufgefaßt wird und als ewiges Recht gilt, wird von uns nicht verstanden und zurückgewiesen.“).

91 *Zaffaroni* (2017), S. 86, 96.

Welt“ gerichteten Rechtsdenkens und zum anderen diente der italienische Faschismus dem Nationalsozialismus in vielerlei Hinsicht als Vorbild.⁹²

Die Volksgemeinschaft, als Dreh- und Angelpunkt des NS-Projekts, steht auch im Folgenden im Mittelpunkt der Überlegungen Zaffaronis: Er betont zurecht mehrfach, dass es sich nicht um ein *a priori* existierendes Gebilde gehandelt habe, sondern ein bloßes *politisches Projekt* des Nationalsozialismus, das eben erst noch hätte realisiert werden müssen.⁹³ Und zu seiner Realisierung brauchte es eben strafrechtlichen Zwang, denn wenn eine homogene Volksgemeinschaft schon existiert hätte, dann wäre ein solcher ganz und gar unnötig gewesen, hätten die „Volksgenossen“ (Larenz, dazu sogleich) doch dann ohnehin, ethnisch homogenisiert, vollkommen harmonisch zusammengelebt und ohne weiteres den nationalsozialistischen Führungsanspruch akzeptiert.⁹⁴ Im Zusammenhang mit seiner Diskussion der Volksgemeinschaft bezieht sich Zaffaroni – durchaus überraschend – an mehreren Stellen auf die darin liegende „systemische Konzeption der Gesellschaft“⁹⁵ wobei er diese, wie im weiteren Verlauf der Untersuchung klar wird, eher organisch als „Ameisengesellschaft“ („*sociedad hormiguero*“) im Sinne des Werks des Dominikanerpaters Johannes Nider⁹⁶ versteht und eben nicht im Sinne soziologischer Systemtheorie. So sagt Zaffaroni dann – endlich – explizit: „Die *Volksgemeinschaft* war ein systemisches Konzept, aber keine einfache systemische Soziologie, von der man sie genau unterscheiden muss“.⁹⁷ Letztlich versteht Zaffaroni hier also „systemisch“

92 Hitler war ein Bewunderer Mussolinis (dazu *Nolte* (1963), S. 32 f., 50, 55, 291) und zahlreiche NS-Symbole haben einen italienisch-faschistischen Ursprung (etwa der deutsche Gruß, der dem „römischen Gruß“ nachgebildet ist, und die „römischen“ Feldzeichen der NSDAP-Einheiten; zum Vorbildcharakter des römischen Reichs ebd., S. 500; zu Ähnlichkeit, aber auch Verschiedenheit zwischen NS und italienischem Faschismus ebd., S. 343 f.). *Dahm/Schaffstein* haben im Übrigen – trotz Betonung der Unterschiede an anderer Stelle – den italienischen Faschismus als Beispiel der „nationalistischen und totalen Staatsauffassung“ angeführt (u. Kap. V 2. mit Fn. 454 mit Haupttext). In diesem Sinne auch *Grispigni* (1941a), in Zaffaroni (2009a), S. 70 mit Fn. 12 („doctrinas ... completamente análogas“).

93 Siehe z.B. *Zaffaroni* (2017), S. 128 („no era más, que un proyecto político para imponer...“), 293 („programa político por realizar o en vías de realización...“).

94 *Zaffaroni* (2017), S. 127 f. („si la sociedad estaba tan integrada éticamente como se pretendía, no se explica por qué fueron necesarias leyes penales tan draconianas y extremas y un ejercicio de poder punitivo tan fuertemente verticalizador“).

95 *Zaffaroni* (2017), S. 72, 78, 80 f., 214 f., 217, 290, 302.

96 *Nider* (1475); dazu *Zaffaroni* (2017), S. 37 ff.

97 *Zaffaroni* (2017), S. 290 („La *comunidad del pueblo* era un concepto sistémico, pero no una simple sociología sistémica, de la cual se la debe distinguir cuidadosamente.“ [Übers. K.A., Herv. im Original]).

im Sinne einer „organischen Konzeption der Gesellschaft“,⁹⁸ wobei aber nicht übersehen werden darf, dass der Nationalsozialismus das Volk bzw. die Volksgemeinschaft als Gegenbegriff zu dem eben systemisch geprägten Begriff der Gesellschaft verstanden hat.⁹⁹ Der Volksbegriff war „für den Staat ebenso konstitutiv wie er für den Einzelnen vernichtend“ war.¹⁰⁰

Parallel wurde die *Entrechtlichung* durch die *Entpersonalisierung* derjenigen Bürger betrieben, die nicht der „arischen Volksgemeinschaft“ angehörten.¹⁰¹ Insoweit verweist Zaffaroni zutreffend auf die von Karl Larenz – in bewusster Abkehr vom „subjektiv-ethischen Individualismus des späten Naturrechts“¹⁰² und in einer Hinwendung zum „Recht als Lebensform der Volksgemeinschaft“¹⁰³ – begründete Beschränkung der vollen Teilnahme am Rechtsverkehr auf „Volksgenossen“, weil nur diese aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum deutschen Volk und deutschen Blut als vollwertige Mitglieder der Rechtsgemeinschaft („Rechtsgenossen“) anerkannt werden könnten.¹⁰⁴ Daraus musste freilich folgen, dass nur die Volksgenossen auch die vollen Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft und dem Führer haben

98 Zaffaroni (2017), S. 291 („concepción orgánica de la sociedad“).

99 Vgl. Freisler, DJZ 97 (1935), 1247, 1248 (organischer Volksbegriff); sekundär Rüping (1989), S. 180; Murmann (2005), S. 129 ff.

100 Murmann (2005), S. 130.

101 Zaffaroni (2017), S. 97 ff.

102 Larenz, in Dahm et al. (1935), S. 225, 228. Zum Kampf gegen das subjektive Recht unter Rückgriff auf das (vermeintlich sozial-gemeinschaftsorientierte) germanische Recht (im Gegensatz zum vermeintlich individualistisch ausgerichteten römischen Recht) Klippel, in Rückert/Willoweit (1995), S. 39 ff. (49 ff.); Luig, in Rückert/Willoweit (1995), S. 95 ff. Zum Rückgriff auf das germanische Strafrecht zur Begründung des Gemeinschaftsgedankens Dahm (1935a), S. 6.

103 Larenz, in Dahm et al. (1935), S. 238 f. Hier wird die an anderer Stelle ausgearbeitete Bedeutung des „völkischen Rechtsdenkens“ und des – am Schmitt’schen „Ordnungsdenken“ (u. Fn. 267) angelehnten – Denkens in „konkret-allgemeinen Grundbegriffen“ (kaB) deutlich, vgl. Larenz (1933), S. 9, 43 ff., 52. Deren Funktion bestand im Kern in der nationalsozialistischen Gestaltung der gesellschaftlichen Wirklichkeit orientiert an der rassistisch definierten Volksgemeinschaft, in der „völkischen Rechtserneuerung“ durch Begriffsänderung; dazu Rütters (1989), S. 58 f., 76 ff., 95 ff. m.w.N.; Schröder (2016), S. 19 m.w.N., insbesondere auf Otto Koellreutter und Curt Rotheberger; zum „Recht als Lebensrecht“ und konkretem Ordnungsdenken aus rechtshistorischer Sicht Rückert, in Rückert/Willoweit (1995), S. 177 ff. (schlussfolgernd, dass das NS-Recht „den rechtsstaatlich liberalen Rahmen der alten Rechtsquellenlehre“ verlassen und „den permanenten Lebensdurchgriff in die jeweilige konkrete Ordnung“ offen propagiert habe, S. 234 f.).

104 Larenz, in Dahm et al. (1935), S. 241 („Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist.“). Damit sollte § 1 BGB, der die

konnten – letztlich hatten sie keine Rechte sondern nur Pflichten.¹⁰⁵ Auch die *Richter* hatten in diesem Modell der Volksgemeinschaft und damit dem Führer zu dienen; sie waren also keine unabhängigen Beschränker der Strafgewalt des neuen Staates,¹⁰⁶ sondern hatten – selbst als nationalsozialistische Führerpersönlichkeiten¹⁰⁷ – mit dem Ziel ihrer Realisierung zu

Rechtsfähigkeit „jedes Menschen“ anerkannte, ersetzt werden (ebd.). Außerhalb der Volksgemeinschaft stehende Ausländer genießen danach eine nur „beschränkte Rechtsfähigkeit“ kraft Zugeständnis der Volksgemeinschaft und werden „als Gast geachtet“ (241 f.). Davon ist es nur ein kleiner Schritt zur Entrechtlichung jüdischer u.a., als nicht-arisch angesehener Mitbürger, näher *Rüthers* (1989), S. 88 ff. (91: „Instrument zur Aberkennung staatsbürgerlicher Rechte“); näher zu Werdegang und Straftheorie von Larenz *Schild*, in Asholt et al. (2014), S. 122 ff. (obwohl Mitglied in zahlreichen NS-Vereinigungen, kein „Kronjurist“ des 3. Reichs, weil „weitgehend wirkungslos“ [126]), 128 ff. (komplexes Verhältnis zu Hegels Philosophie), 142 ff. (eigene Straftheorie an „Lebensordnung der Volksgenossen“ – als „Rassegenossen“ – orientiert und Verständnis des Verbrechens als „Gemeinschaftsrechtswidrigkeit“ mit Ausschluss des Verbrechers aus Gemeinschaft u. Verlust seiner Ehre; „auf ein ... Leben eines rassistisch und schicksalhaft aufgefassten Volkes aufgebaut, in der die Rassefremden keinerlei Rechtsstellung haben und haben können“ [153]).

105 *Zaffaroni* (2017), S. 101.

106 S. für eine jüngere empirische Untersuchung zu Richtern im NS-Staat *Graver*, *GLJ* 19 (2018), 845 ff. (wonach zunächst die Unabhängigkeit der Justiz gewahrt wurde [853], was mit der deutschen Tradition [die Graver mit den Theorien der „path dependency“ und des „habitus“ erklärt] zu tun habe [871 ff.]; zwar existierte kein organisierter Widerstand [„resistance“], aber doch vereinzelt „opposition“ und „dissent“ [864, Bsp. bei 853 ff.]). Ähnlich sah schon *Hoefler*, *JCL&Crim* 35 (1945), 392 f. in den ersten Jahren der NS-Herrschaft noch „a certain degree of independence“, die die Nazis aber unbedingt brechen wollten.

107 Vgl. *Vormbaum* (2015), S. 205 ff.

108 Vgl. etwa *Siebert* (1934), S. 19, wonach der Richter, wenn weder Gesetz noch Gewohnheitsrecht bestehe, „im Geist des Volkes und der Führung zu handeln“ habe; ebenso *Gürtner* (1936), S. 11 f. („Ausfüllung verbliebener Lücken“ durch Richter unter Rückgriff auf „die Forderungen des völkischen Lebens“ und das Führerprinzip). Zu Hitler als „Gerichtsherr“ und zur daraus folgenden richterlichen Orientierung am Führerwillen („Belehnung“) und dessen unbedingter Umsetzung *Werle* (1989), S. 19 ff., 151, 270 ff., 577 ff., 602, 682, 690 f., 692 ff., 715; s. auch *Rüping* (1989), S. 182 ff. (mit Hinweis auf die von Dahm u.a. im Jahre 1936 formulierten „Leitsätze über Stellung und Aufgabe des Richters“ [182]); *Maus* (1989), S. 88 ff. (mit Hinweis auf die vom Reichsjustizministerium seit 1942 herausgegebenen „Richterbriefe“ [90]); *Hartl* (2000), S. 53 ff., 262 ff.; *Zaffaroni* (2017), S. 101 ff.; *Arnedo*, in *Zaffaroni* (2017), S. 63 ff.

agieren,¹⁰⁸ freilich nur zu Lasten der vermeintlichen Straftäter.¹⁰⁹ Wie wir unten sehen werden (Kap. V 3.), ist die wichtige Rolle der Richter zur Verwirklichung des NS-Projekts gerade von der Kieler Schule erkannt und entsprechend begründet worden.¹¹⁰

Als verfassungsrechtliche Vordenker des *Führerstaats* sieht Zaffaroni schließlich vor allem Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff und Carl Schmitt.¹¹¹ Schmitt legt er u.a. – neben seinem Antisemitismus¹¹² – die Ersetzung des *nulla poena sine lege*-Grundsatzes durch ein *nullum crimen sine poena*¹¹³ zur Last,¹¹⁴ doch ging es Schmitt um viel mehr, nämlich um die

109 Vgl. etwa *Dahm*, DStR 80 (1934), 88, wo dieser Bedenken hinsichtlich der „Erweiterung des richterlichen Ermessens“ im Zusammenhang mit den Unrechts- und Schuldausschließungsgründen vorbringt, weil diese sich „einseitig zugunsten des Täters auswirke ...“.

110 Neben den „Kielern“ ist auch von den „Marburgern“ Schwinge und Zimmer die dienende Rolle der Richter betont worden, vgl. u. Kap. IV 2. mit Fn. 273, 303 und Haupttext. Ferner ist auf zwei Schriften *Henkels* (1934a u. 1934b) hinzuweisen, wo dieser die richterliche „Bindung an die leitenden Grundsätze des völkischen Führerstaats“ betont (1934b, S. 21) und als Aufgabe des Richters ansieht, „dem geltenden Gesetz nach Möglichkeit eine der gegenwärtigen Rechtsanschauung entsprechende Auslegung zu geben“ (ebd., S. 28), womit er auch „in seiner Ermessenspraxis die leitenden Grundsätze der Staatsführung zum Ausdruck“ bringen müsse (ebd., S. 31). Dazu auch *Werle* (1989), S. 147 ff.; *Jeßberger*, in: *Jeßberger/Kotzur/Repgen* (2019), S. 4 f. mit Fn. 26 ff. – Zur **NS-Verstrickung Henkels** krit. *Wolf*, JuS 1996, 189; näher und diff. *Jeßberger*, a.a.O., S. 2 f., 10 ff. (zwischen dem „frühen Henkel“ – „tief in das ‚Projekt‘ nationalsozialistischer Rechtserneuerung verstrickt“, „radikaler Parteigänger“ [Diestelkamp] und als „Mitläufer“ eingestuft – und dem „Hamburger Henkel“ unterscheidend, der u.a. für eine Verlängerung der Verjährungsfristen mit Blick auf NS-Taten eintrat). Interessant ist bezüglich des „späten Henkel“ auch, dass in seinem Seminar viel über NS-Verbrechen debattiert wurde (vgl. *Duve*, Ein Gespräch mit Claus Roxin (15.5.2006), <www.forhistiur.de/2006-05-duve/>, Rz. 6) und seine beiden Schüler Roxin (GA 1963, 193) und Jäger (1967) – mit Henkels Unterstützung – wesentliche Beiträge zur strafjuristischen NS-Aufarbeitung geleistet haben. Jäger konstatierte zwar Henkels „Nähe zu nationalsozialistischem Gedankengut“, traute ihm „im Rückblick“ aber nichts „wirklich Böses“ zu; er habe ihn vor seinem NS-bezogenen Habilitationsvorhaben zwar „ganz vorsichtig gewarnt“, aber es später „sehr unterstützt“ (*Jäger*, in *Horstmann/Litzinger*, 2006, S. 47, 49).

111 *Zaffaroni* (2017), S. 87 f. Instruktiv zu diesen und der deutschen „Geojurisprudence“ *Priemel* (2016), S. 260 ff.; zu ihm *Ambos*, ZIS 2018, 39 ff.; zu Schmitt *Cattaneo* (2001), S. 181 ff.

112 *Zaffaroni* (2017), S. 66 ff.

113 *Schmitt*, JW 63 (1934), 713; auch *ders.*, DJZ 39 (1934), Sp. 691 (693). Dazu auch *Walther*, in: *Dreier/Sellert* (1989), S. 323, 337 f.; *Cattaneo* (2001), S. 206 ff.; *Vormbaum* (2015), S. 180 mit Fn. 198.

114 *Zaffaroni* (2017), S. 92.

Ersetzung des liberalen durch einen nationalsozialistisch-materialen Rechtsstaatsbegriff, also die nationalsozialistische Bestimmung – genauer: Pervertierung – des Rechtsstaatsbegriffs statt der Einhegung des Nationalsozialismus durch liberale Rechtsstaatlichkeit.¹¹⁵ Schmitt propagierte Führerstaat und Führerkult samt *Führerprinzip*.¹¹⁶ Der von Zaffaroni zu Recht erwähnte Widerspruch zwischen dem von den NS-Ideologen beklagten geschwächten Rechtsempfinden des Volkes und dessen Legitimationsfunktion für NS-Staat und Führer,¹¹⁷ sollte aus NS-Sicht durch die enge, innere Verbindung zwischen Führer und Volk, welche den Führer zum Vermittler des Volkswillens mache, aufgelöst werden.¹¹⁸

115 Schmitt, JW 63 (1934), 715 f. („Wir bestimmen also nicht den Nationalsozialismus von einem ihm vorgehenden Begriff des Rechtsstaates, sondern umgekehrt den Rechtsstaat vom Nationalsozialismus her.“ [716]). Die Abkehr vom Gesetzlichkeitsprinzip ist dann die Folge der Ersetzung eines – von Schmitt sog. – formalen bzw. positivistischen durch einen materialen, scil. nationalsozialistischen, Gesetzesbegriff, aus dem u.a. folgt: Auslegung aller unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln „unbedingt und vorbehaltlos im nationalsozialistischen Sinne“ (717). Im Übrigen sei kein Staat „in gleichem Maße wie der starke nationalsozialistische Staat imstande, wirklich Rechtssicherheit und Berechenbarkeit zu gewährleisten“; aber es dürfe vom NS-Staat nicht erwartet werden, „daß er sich den ‘Berechnungen und Erwartungen’ seiner Gegner unterwerfe“ (Schmitt, DJZ 39 (1934), Sp. 695). – Die Ähnlichkeit der Schmitt’schen Position zu heutigen autoritär-diktatorischen Rechtsstaatsverständnissen ist frappierend, s. etwa das von der chinesischen kommunistischen Partei propagierte und auszufüllende „rule of law“ Konzept, wie es von „Führer“ Xi Jinping auf dem 19. Parteikongress am 18.10.2017 vorgestellt wurde (englische Übersetzung der amtlichen Xinhua New Agency abrufbar unter <http://www.xinhuanet.com/english/special/2017-11/03/c_136725942.htm>) und wie es sich im Parteistatut und einer jüngsten ZK-Resolution findet (engl. Übersetzung durch das staatliche „Central Compilation and Translation Bureau“ jeweils abrufbar unter <<http://book.theorychina.org/upload/2017-19D-EN-2/>> und <<http://book.theorychina.org/upload/a/e0b0b63-7c4a-4f50-b978-3ddceafabb89/>>); alle zuletzt besucht am 22.10.2018.

116 Schmitt, DJZ 39 (1934), Sp. 934; auch *ders.*, DJZ 39 (1934), Sp. 695 („Wille des Führers“ als Rechtsgrundlage); pathetischer *Freisler*, DJ 98 (1936), 155 (Führer „als das zentrale Willensorgan“; „Gesetze des Führers“ als „Äußerungen dieses seines Willens und als solche heiligste Arten, Formenübertragungsmittel des Führerbefehls...“) sowie *ders.*, DJ 96 (1934), 850 (überschwängliche Rechtfertigung des Röhm Putsches). Aus rechtshistorischer Sicht zu Führer, Führertum und Führerprinzip *Kroeschell*, in: Rückert/Willoweit (1995), S. 55 ff.; zusef. *Hartl* (2000), S. 45 f.

117 Zaffaroni (2017), S. 97.

118 Vgl. *Marxen* (1975), S. 65, 213, 253; zur Vermittlerrolle des „Führers“ auch *Rüping* (1989), S. 181 f. (Volkswille „offenbart sich fortgesetzt im Willen des Führers“).

2. Materieller Unrechtsbegriff, Ethisierung, „totales“ Strafrecht und Entformalisierung

Rassisch-blutsmäßig verstandene Volksgemeinschaft sowie Führerstaat samt Führerprinzip waren auch die Leitlinien der schon oben erwähnten „politischen“ Strafrechtswissenschaft. So wurden sie auch von Nazi-Strafrechtlern¹¹⁹ wie Hans Frank, (den schon erwähnten) Roland Freisler und Karl Siegert¹²⁰ – letzterer war Nachfolger des aus der Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät gedrängten (Juden) Richard Honig¹²¹ – propagiert.¹²² Reichsjustizminister Franz Gürtner hat sich 1935 in seiner Eröffnungsansprache zum 11. Internationalen Strafrechts- und Gefängniskongreß¹²³ zur Verdrängung formaler Gesetzlichkeit durch einen materiellen Unrechtsbegriff bekannt; dessen inhaltliche Auffüllung obliege

ers“; dessen „historische Größe garantiert, den «wirklichen» Willen des Volkes stets unfehlbar zu finden.“); Werle (1989), S. 146 f., 691; Murmann (2005), S. 134.

- 119 „Nazijuristen“ bzw. „juristische Nazis“ (nicht nur „nationalsozialistische Juristen“) i.S.v. Batista, in: Zaffaroni (2017), S. 103 (schon o. Kap. I 2. mit Fn. 49).
- 120 Siegert hatte sich insbesondere bei der „Arisierung“ der Göttinger Fakultät einen Namen gemacht; dazu Halfmann, in: Becker (1998), S. 112 ff., 120 ff. ("negative Auslese" von Juden und Liberalen zur "Heranbildung bester nationalsoz. Rechtsgelehrter"); Schumann, in: Schumann (2008), S. 89 f., 96 f. (beispielhaft zu seiner Rolle bei der Entfernung des Nationalökonomen Richard Passow), 100 ff. (zu seinen „Vorschläge[n]“ zum Ausbau des Lehrkörpers“ der Göttinger Fakultät), 103 ff. (zur „Terroristengruppe“ Schürmann-Rath-Siegert, auch schon ebd., S. 95). Die Göttinger Fakultät hat sich insoweit (als NS-Kaderschmiede) durchaus im Wettbewerb mit Kiel gesehen (vgl. Halfmann, in: Becker (1998), S. 109, 120), sich aber immerhin nach 1945 gegen die Rückkehr Siegerts ausgesprochen (ebd., S. 134). Eine Liste der ausgeschiedenen Dozenten findet sich in Becker (1998), S. 720-712.
- 121 Honig wurde am 25.4.1933 zunächst beurlaubt (worauf Siegert am 1.11.1933 seinen Lehrstuhl übernahm) und dann am 31.12.1933 in den Ruhestand versetzt (gemäß § 3 Abs. 1 des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamten-tums“ v. 7.4.1933, RGBl 1933 I, 175). Honig ging ins Exil, zunächst an die Universität Istanbul (1933-1939) und danach in die USA, wo er u.a. einen grundlegenden Beitrag zum U.S.-amerikanischen Strafrecht – in einem u.a. von Mezger (!) hrsg. Sammelband verfasste (in: Mezger/Schönke/Jescheck (1962), Bd. IV, S. 7). Nach 1945 lehnte er eine Rückkehr auf seinen alten Göttinger Lehrstuhl ab, hielt aber ab 1954 Gastvorlesungen. Heute hängt sein Bild in der strafrechtlichen Abteilung der juristischen Bibliothek der Göttinger Fakultät. Näher Halfmann, in: Becker (1998), S. 105, 107 ff., 130 f.; Schumann, in: dies. (2008), S. 65, 89, 108, 110 f.
- 122 Zaffaroni (2017), S. 93 ff. Zur Kritik der antiliberalen Strafrechtswissenschaft am liberalen Staatsverständnis näher Marxen (1975), S. 56 ff. m.w.N.
- 123 Gürtner (1936), S. 4 ff.

den Richtern unter Rückgriff auf die „Forderungen des völkischen Lebens“ und das „Führerprinzip“.¹²⁴ Auch Roland Freisler propagierte einen, von formalen Bindungen freien materiellen Rechts- und Unrechtsbegriff, der in der „völkischen Sittenordnung“ „wurzelt“;¹²⁵ also aus dem „gesunden Volksempfinden“ – anerkannt „als Rechtsquelle“¹²⁶ – seinen Inhalt beziehe;¹²⁷ dies bedeutet die Aufhebung der Trennung zwischen Sitte und Recht¹²⁸ und – neben weiteren Folgen für die „Tatbestandstechnik“¹²⁹ – die Zulassung der Analogie.¹³⁰ So wird letztendlich die Gerechtigkeit mit dem Volkswillen gleichgestellt – „Gerecht ist, was dem deutschen Volke

124 *Gürtner* (1936), S. 9 ff. Vgl. auch *Frank* (1935), S. 13, 16 (Leitsätze 9, 11, 26) (Orientierung am Gedanken der „materiellen Gerechtigkeit“).

125 *Freisler*, Willensstrafrecht (1935), S. 32.

126 Vgl. schon o. Kap. II 1. mit Fn. 83.

127 *Freisler*, DJ 97 (1935), 1251.

128 *Freisler*, DJ 97 (1935), 1250.

129 *Freisler*, DJ 97 (1935), 1251 („Normative Tatbestände, Generalklauseln ..., Anerkennung des gesunden Volksempfindens als Rechtsquelle und Zulassung der unmittelbaren Erkenntnis dieses Rechts ...“). Eingehend zu den unbestimmten Begriffen in der NS-Gesetzgebung *Werle* (1989), S. 716 ff.

130 Näher *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 10 ff. (Bestrafung jeglichen „volksschädliche[n] Verhalten[s]“ durch Zulassung der „Rechtsanalogie“; d.h. „Entscheidung nach dem richtig erfaßten Geiste nationalsozialistischen Strafrechts“); knapp *Freisler*, DJ 97 (1935), 1251; ähnlich *Preußischer Justizminister* (1933), S. 127 (Strafbarkeit auch dann, wenn „Handlung nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich und ... von dem einem bestimmten Strafgesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken gefordert ...“); *Luettgebrune*, in *Frank* (1934), S. 42 ff. (anwendbares Strafgesetz auch der „aus der deutschen nationalsozialistischen Volksanschauung geborene und durch Gesetzes- und Rechtsangleichung [vom Richter] gefundene strafrechtliche Rechtssatz.“ [S. 43]). – Zur **Aufhebung des Analogieverbots** (als einer der „wesentlichen Forderungen des nationalsozialistischen Strafrechtsreformprogramms“) durch das § 2 des Gesetzes zur Änderung des StGB v. 28.6.1935 (RGBl I, 839) auch *Cavaleiro de Ferreira* (1938), S. 76 f.; *Marxen* (1975), S. 192 ff.; *Schreiber*, in: *Dreier/Sellert* (1989), S. 160 ff.; *Werle* (1989), S. 16 f., 141 ff., 715 f. (zutreffend betonend, dass es Legalität im NS-Staat mit seiner Aufhebung der Trennung von Gesetz und Recht und der politischen Führung des Rechts nicht habe geben können); *Hartl* (2000), S. 297 ff. – Insoweit ist allerdings zu beachten, dass gerade die nationalsozialistische Lockerung des Analogieverbots ein gutes *Beispiel zukunftsorientierter Kontinuität* in Form der heute existierenden Analogieermächtigungen (s. z.B. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB, einen „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff“ verlangend) und Regelbeispielen (die ja neben den unbenannten, z.B. „besonders schwerer Fall“ des § 243 StGB, sogar gänzlich unbenannte Fälle, z.B. § 212 Abs. 2, erfassen) darstellt, vgl. *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 365 f.; zu den Regelbeispielen grdl. krit. *Hirsch*, FS Gössel (2002), 287 ff. („juristische Fehlkonstruktion“, die strafrechtlichen Grundprinzipien, insbesondere dem Gesetzlichkeitsgrundsatz, widerspreche, wobei

frommt¹³¹ –, wobei „der Inhalt dieses Volkswillen („gesund“) der „nationalsozialistischen Rechtsidee“ entsprechen muss,¹³² von der NS-Führung bestimmt wird und damit letztlich den Launen des Führers ausgeliefert ist.¹³³ Die Freisler'sche Strafrechtslehre dreht sich also um (rassisch-blutsmäßig definiertes) Volk, Führer und Partei.¹³⁴ Für Siegert beruhte das NS-Recht auf einer Kombination aus „Volksg Geist und Führung“, der nationalsozialistische Bürger – Volksgenosse in Larenz'scher Terminologie – müsse aber immer den „Gesetzen der Führung folgen“ und diese „im Geiste der Führung und des Volkes auslegen“.¹³⁵ Die im gleichen Jahr vorgelegten „nationalsozialistischen Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht“ betonten die Erhaltung der blutsmäßig definierten Volksgemeinschaft als Hauptziel des Strafrechts, weshalb dieses von den Gedanken „der Volksgemeinschaft, der Treue, der Pflicht, der Ehre und der gerechten Sühne“ beherrscht sei.¹³⁶ Der Dualismus zwischen Sitte (Moral) und Recht wurde ab-

durch ihre „Umetikettierung“ von qualifizierten Tatbestandsmerkmalen in Strafzumessungsregeln dieser unterlaufen werden solle [302]; besonders krit. zum vermehrten Gebrauch während der NS-Zeit [288, 300]).

131 *Freisler*, DJ 98 (1936), S. 1630.

132 *Dahm*, DStR 80 (1934), 91 („Als ‚gesund‘ kann ... nur die Rechtsanschauung gelten, die der deutschen und nationalsozialistischen Rechtsidee entspricht“).

133 *Radbruch* hat das Diktum Freislers in den Satz „Recht ist, was dem Volke nützt“ umformuliert und in seinen „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ (1945) unter „Zweite Minute“ kritisiert, weil damit „Willkür, Vertragsbruch, Gesetzeswidrigkeit“, „was den Inhaber der Staatsgewalt gemeinnützig dünkt, ... jede Laune des Despoten, Strafe ohne Gesetz und Urteil, gesetzloser Mord“ zu Recht, also der „Rechtsstaat in einen Unrechtsstaat verwandelt“ werde. Richtig müsse es deshalb heißen: „nur was Recht ist, nützt dem Volke“ (in Dreier/Paulson (1999), S. 209). Krit. auch *Werle* (1989), S. 697 f. (der – nicht definierte – „Volknutzen“ führt zum Führer zurück ... [Eb. Schmidt zitierend]).

134 Vgl. auch *Arnedo*, in *Zaffaroni* (2017), S. 41 (mit Fn. 77), 43.

135 *Siegert* (1934), S. 19. *Zaffaroni* (2017), S. 146 f. spricht hier zu Recht von einer fehlenden Kohärenz und zunehmenden Konfusion Siegerts. *Schröder* (2016), S. 6 sieht in der Bezugnahme auf den Volksg Geist eine Anspielung auf die historische Rechtsschule.

136 *Frank* (1935), S. 11 („Verdirbt das Blut, dann stirbt das Volk; erlischt die Treue, dann zerfällt die Gemeinschaft“ [im Orig. fett hervorgehoben]). Die folgenden Leitsätze (S. 12 ff.) bestehen aus (neun) einführenden Grundsätzen und (28) Folgerungen, davon vier für die Strafgesetze, 13 für die Verbrechen und 11 für die Strafen, sowie einer Schlußfolgerung. Diese macht die „Wiedererweckung des deutschen Treuegedankens im Herzen aller Volksgenossen und deren Erziehung zur Pflichterfüllung“ durch „die nationalsozialistische Bewegung als die große völkische Triebkraft“ zur Voraussetzung eines wirksamen Strafrechtsschutzes.

gelehnt¹³⁷ und stattdessen der vollkommenen *Ethisierung* des (Straf-)Rechts das Wort geredet.¹³⁸ Zusammenfassend ging es also um eine antipositivistische, völkisch-ethisierend aufgeladene (materielle) Rechtsbegründung¹³⁹ auf der Grundlage des gesunden Volksempfindens, welches durch den Führer vermittelt werden sollte.¹⁴⁰

Dem haben sich auch angesehene Strafrechtswissenschaftler angeschlossen. So nimmt Mezger im Jahre 1934 auf die „totale[n] Staatsauffassung“ und die „Totalität der Rechtsgemeinschaft“ – in Abgrenzung zur überkommenen „liberalistische[n] Auffassung“ – Bezug, um begründen zu können, dass die strafrechtliche Reaktion auf den „psychopathischen Verbrecher“ „unmöglich ... vom Individuum und seiner individuellen Beschaffenheit hergeleitet werden“ könne, sondern eben in der besagten „Totalität der Rechtsgemeinschaft“ ihren „Ausgangspunkt“ nehmen müsse.¹⁴¹ In einem solchen totalen Staat werde die Einhaltung des Gesetzlichkeitsprinzips zur „Zweckmäßigkeitfrage“ und die „maßvolle Auflockerung“ des Analogieverbots begegne „keinem wesentlichen Bedenken.“¹⁴² „Materielle Rechts-

Der 2. Teil der Leitsätze, 1936, bezieht sich auf den BT. Vgl. auch *Thierack*, in Frank (1934), S. 30 („Ehre, Treue, Sittenreinheit“ als „ethische Werte“ und „höchste Volksgüter“; Ehre als „vornehmste[s] Volksgut“; Rechtsbruch als „ehrloses Verhalten“, welches den Täter „aus der Gemeinschaft ausschaltet“, weil sein Verbleib „dem ehrhaften Volksgenossen nicht zuzumuten ist.“)

137 Vgl. nur *Frank* (1935), S. 12 (Leitsatz 3): „Für deutschen Denken besteht Einklang zwischen sittlicher Wertung, Pflichtgefühl und Rechtsempfinden.“

138 Krit. schon *Beyer* (1947), S. 49 („Ethik und Politik werden mit dem Recht vermischt“); aus heutiger Sicht *Hartl* (2000), S. 50 ff.; *Vogel* (2004), S. 72 ff.; *Murmann* (2005), S. 136; *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 357 f. Vgl. aber auch *Marxen* (1975), S. 71 ff. (73), für den der Dualismus „in verschleierter Form“ erhalten blieb, denn die Bewertung der Wirklichkeit als „sinnvoll“ oder der Volkssanschauung als „gesund“ bedürfe eines Maßstabs, der notwendigerweise außerhalb dieser Wirklichkeit liege. S. dazu auch mit Blick auf die Kieler Schule u. Kap. V 2. mit Fn. 475 f. – Zu ethisierenden Tendenzen des heutigen Rechts (als weiteres Beispiel zukunftsorientierter Kontinuität) krit. *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 366 ff. (z.B. bei Mordmerkmalen, Sittenbezug bei § 228 StGB oder Verwerflichkeitsklausel bei § 240 StGB); zu § 240 auch krit. *Wolf*, JuS 1996, 191 f.

139 Vgl. zu diesem neuen (antiliberalen) materiellen Verbrechensbegriff und den früheren Ansätzen auch *Marxen* (1975), S. 172 ff., 182 ff.; *Werle* (1989), S. 145 f.; *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 354 ff.

140 Vgl. auch *Murmann* (2005), S. 133 ff.; zur Vermittlungsrolle des Führers schon o. in diesem Kap., 1. mit Fn. 118 u. Haupttext.

141 *Mezger* (1934), S. 65 f.

142 *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 100 f. mit ausdrücklicher Bezugnahme auf den gerade genannten Vorschlag der Denkschrift des Preußischen Justizministers, o. Fn. 130.

widrigkeit“ sei als „Handeln gegen die deutsche nationalsozialistische Weltanschauung“ zu verstehen.¹⁴³ Ähnlich sieht Erik Wolf, auf den wir später näher eingehen werden (Kap. VI), die „materiellen Inhalte der Gerechtigkeit ... durch den Nationalsozialismus geben.“¹⁴⁴

Friedrich Schaffstein, auf den wir ebenfalls zurückkommen werden (Kap. V 1.), hat schon 1934 in seinem grundlegenden Text zur „politischen Strafrechtswissenschaft“ ein unmissverständliches Bekenntnis der Strafrechtswissenschaft zu den nationalsozialistischen Werten und den diese umsetzenden totalen NS-Staat verlangt.¹⁴⁵ In einer gleichzeitig erschienenen Abhandlung hat er – ähnlich wie Mezger – den nationalsozialistisch-materiellen¹⁴⁶ und „totalen Staat“ propagiert,¹⁴⁷ in dem „das Verlangen nach Rechtssicherheit für das Individuum ... hinter dem Streben nach materieller Gerechtigkeit“ zurücktrete¹⁴⁸ und – so ein Jahr später – die „wiedergefundene Einheit von Strafrecht und völkischer Sittenordnung“ herrsche.¹⁴⁹ Der so begründete materielle Unrechtsbegriff hat – ganz im Sinne des Schmitt'schen *nullum crimen sine poena* – die „Beseitigung des Analogieverbots“ zur „selbstverständliche[n] und zugleich praktisch bedeutsamste[n] Folge“.¹⁵⁰ Anders ausgedrückt geht es um die Überwindung der for-

143 *Mezger*, ZStW 55 (1936), 1, 9.

144 *Wolf*, DRWis 4 (1939), 177.

145 *Schaffstein* (1934), S. 15 ff., 23 ff. In diesem totalitären Staat gehe es nur noch um die „Durchsetzung des ‘richtigen’ Nationalsozialismus“ (S. 23 f.).

146 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 606 („organische Auffassung des Nationalsozialismus, welche ... den Begriff Staat materiell bestimmt und ihn als Lebens- und rechtliche Gestaltungsform des Volkes begreift.“). Zur „Materialisierung“ auch *Vogel* (2004), S. 58 ff.

147 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 607, 621 („... im totalen Staat erscheint nicht nur der Beamte, sondern letztlich jeder irgendwie als Treuhänder und Amtsträger der Volksgesamtheit“). Zum (str.) Verhältnis von autoritärem und totalen Staat und der Durchsetzung dieses *Marxen* (1975), S. 66 f., 139 f., 171 f.; auch *Vogel* (2004), S. 73 („totale Politisierung oder Ideologisierung von Recht und Strafrecht“), 623 („Schutz des totalen Staates“).

148 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 607; für eine nationalsozialistisch inspirierten materiellen Unrechtsbegriff auch *Schaffstein*, DR 4 (1934), 349, 350 (die „nationalsozialistische Revolution“ habe „auch das Rechtsdenken ergriffen ... und unter der Oberfläche juristischer Begriffe deren weltanschauliche und politische Grundlagen aufzudecken“ sich „bemüht“; weshalb nun „einige Hoffnung“ bestehe, das das liberale „Uebel endlich an der Wurzel“ ausgerottet werden könne).

149 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 110.

150 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 607; zur Lockerung des Analogieverbots durch Bezugnahme auf die gesunde Volksanschauung“ *Schaffstein*, DR 1934, 349, 352; s.

malen Bindungen des Positivismus¹⁵¹ mittels eines völkisch-rassistisch aufgeladenen und am (gesetzesgleichen¹⁵²) Führerwillen orientierten¹⁵³ Naturrechtsverständnisses.¹⁵⁴ Die aus liberal-rechtsstaatlicher Sicht bedenklich „weite Fassung der Tatbestände“ ist für Schaffstein „notwendiges und unvermeidliches Übel“ des NS-Strafrechts,¹⁵⁵ das Gesetz wird so zur bloßen Richtlinie für die Auslegung.“¹⁵⁶ Henkel schließlich liefert eine innovative dogmatische Begründung dieser Entformalisierung und Materialisie-

auch u. Kap. IV 2. mit Fn. 462 ff. u. Haupttext. Immerhin sieht *Schaffstein* „die gefährdete Rechtssicherheit vom Standpunkt des Normadressaten“ als bedenklich an, fügt aber sogleich relativierend hinzu, dass diese „im neuen Staat nicht mehr das gleiche Gewicht hat wie früher“ (ZStW 54, 1934, 608). Im Übrigen will er den liberalen Formalismus durch die nationalsozialistische Formgebundenheit ersetzen, s. *Schaffstein*, DR 4 (1934), 349 ff. und u. Kap. IV 3. mit Fn. 481 ff. u. Haupttext. Insoweit den Unterschied zum faschistischen Staat (Italien) betonend *Dahm* (1935b), S. 11 ff. (wonach dort eine Tendenz zur Bewahrung des Legalitätsgrundsatzes existiere, weil das Gesetz Ausdruck staatlich-faschistischer Autorität sei und ein extralegaler Volkswille nicht anerkannt werde, weshalb die Strafe die verletzte Staatsautorität wiederherstelle).

- 151 Zur NS-Ablehnung des Positivismus „wegen seiner Wesensgleichheit mit dem Liberalismus“ schon *Beyer* (1947), S. 48; zur NS-Bekämpfung des Positivismus auch *Walther*, in: Dreier/Sellert (1989), S. 336 f.
- 152 Zur Gesetzesgleichheit des (bloßen) Führerwillens und damit der Ersetzung des Grundsatz des Vorbehalt des (formellen) Gesetzes *Maunz*, in: Huber (1943), S. 27 („Dieses System hat notwendigerweise und folgerichtig den alten Gesetzmäßigkeitsgrundsatz ersetzt, seitdem an die Stelle des alten Gesetzes der Wille des Führers getreten ist.“).
- 153 *Schaffstein* (1934), S. 24 („Unterwerfung unter den im Gesetz verkörperten Führerwillen“). Zum – rechtlich verbindlichen – Führerwillen als Ausgangspunkt des NS-Verbrechensbekämpfungsrechts und Ausdruck des Primats der politischen Führung *Werle* (1989), S. 681 ff., 690, 715, 720 („Strafrecht ... nichts anderes als ‘innenpolitische Exekutive’ [690, Naucke zitierend]).
- 154 Die vulgär naturrechtliche Orientierung des NS an Blut, Volk und Rasse ist schon von *Beyer* (1947), S. 47 ff. kritisiert worden (im Ergebnis „stark politisch gefärbtes Naturrecht“ [51]). Zur NS-Bekämpfung des vernunftrechtlichen Naturrechts der Aufklärung *Walther*, in: Dreier/Sellert (1989), S. 337.
- 155 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 623.
- 156 *Dahm* (1935b), S. 14; auch *Dahm* (1935a), S. 17 (Gesetzgeber solle sich mit „allgemeinen Richtlinien“ begnügen).

rung durch seine Theorie der tatbestandlichen „Gefahrenzone“,¹⁵⁷ die später von Justizminister Gürtner aufgegriffen wird.¹⁵⁸

3. Generalpräventives und sühnendes Willensstrafrecht

Was die *Strafzwecke* angeht, so kann man unter den nationalsozialistischen Autoren durchaus unterschiedliche Positionen ausmachen, wobei sich die Strafe – im Sinne des alles beherrschenden Projekts der Volksgemeinschaft – jedenfalls daran orientieren sollte, wie sie sich auf diese und ihren Zusammenhalt auswirkt; es gehe um den „sühnende[n] Schutz der Volksgemeinschaft“.¹⁵⁹ Daraus ergibt sich die besondere Bedeutung der Ehrenstrafe als Decapitierung der bürgerlichen Existenz.¹⁶⁰ Siegert plädiert für ein „Zusammenwirken“ aller möglichen Strafzwecke – Vergeltung,¹⁶¹ negative Generalprävention, Spezialprävention, Integration und „Ausstoßung aus der Volksgemeinschaft“¹⁶² –, weil nur auf diese Weise „dem nationalsozialistischen Strafrecht die volle Schlagkraft im Kampfe für Deutschland“ gegeben werde.¹⁶³ Insgesamt dominieren aber generalpräventive Überlegungen.¹⁶⁴

157 *Henkel* (1934a), S. 68 („eine gewisse ‘Gefahrenzone’, die sich um die strafgesetzlichen Tatbestände herumlegt“ als Ausdruck einer „an der Lebensgesetzlichkeit des Volks- und Staatsganzen orientierten Strafrechtsbetrachtung...“). *Henkel* hielt daran auch nach dem Krieg fest, vgl. *Henkel* (1977), S. 439 f. (tatbestandliche „Gefahrenzone“, „um ein mißbilligtes ... Täterverhalten umfassend ... einbeziehen zu können...“; deren Ablehnung stelle eine „utopische Forderung“ an die Rechtssicherheit dar). Krit. *Marxen* (1975), S. 173 f.; *Cattaneo* (2001), S. 215 f., 231 f.; *Hoyer*, GS *Eckert* (2008), S. 355; zu *Henkels* NS-Verstrickung schon o. Kap. II 1. mit Fn. 110.

158 *Gürtner* (1936), S. 11 f. („Indem wir den Richter anweisen, nicht nur nach dem Wortlaut des Gesetzes, sondern nach seinen Rechtsgedanken zu entscheiden, legen wir ... um jede Strafvorschrift eine Gefahrenzone ... wer sich in dieser Sphäre bewegt ... wird riskieren, der Strafe zu verfallen.“).

159 *Seidenstücker* (1938), S. 45 ff.

160 Vgl. auch u. Kap. V 4. mit Fn. 510 und Kap. VI 2. mit Fn. 657, jeweils mit Haupttext. Dazu auch und zum Strafansystem i.Ü. *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 19 ff. (21); *Hartl* (2000), S. 237 ff. (240 ff.).

161 Nach *Gemmingen* (1933), S. 23 ist auch im „Denken Adolf Hitlers ... der Vergeltungsgedanke tief verankert.“

162 In diesem Sinne plädiert *Siegert* (1934), S. 74 auch für eine „Tötung“ der „entarteten Volksgenossen“, für die „Vernichtung lebensunwerten Lebens...“.

163 *Siegert* (1934), S. 15 f. *Zaffaroni* (2017), S. 146 f. gibt hier keine Seitenzahlen an.

164 Vgl. u. Kap. V 2. mit Fn. 456 ff.

Eine generalpräventive Tendenz hatte auch die Konzeption des Freisler'schen *Willensstrafrechts*.¹⁶⁵ Denn dessen Zweck soll – als „Spiegelbild des nationalsozialistischen deutschen Weltbildes“¹⁶⁶ – in der ständigen Selbstreinigung des Volkskörpers¹⁶⁷ und dessen Erziehung im nationalsozialistischen Geiste bestehen.¹⁶⁸ Es müsse als „Kampfrecht“ bzw. als „Rüstzeug der Volksgemeinschaft“¹⁶⁹ den „Thypus des Friedensstörers im Volke“, also den, der das Volk „von innen aus bedroht“, „vernichten“.¹⁷⁰ Dabei sei, weil für den Nationalsozialismus „das die Welt Bewegende der Wille“ sei, schon

165 *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 11 ff.; auch *Gürtner* (1936), S. 14 ff. Vgl. auch *Zaffaroni* (2017), S. 153 ff. (155 ff.), aber teilweise ungenau zitiert; spanische Übersetzung in *Zaffaroni*, Hrsg. (2017), S. 113 ff. mit kritischen Kommentaren von *Arnedo* (insbes. S. 72 ff.), *Guzmán D.* und *Batista*; grundsätzlich zust. *Cavaleiro de Ferreira* (1938), S. 77 f. – Zu Vorläufern des Willensstrafrechts ausführlich *Hartl* (2000), S. 56 ff. (insbesondere auf § 49a RStGB, die vom RG vertretene subjektive Versuchstheorie [„Wegbereiter“, S. 60, 184 ff.], Karl Klees Vorarbeiten zum *dolus indirectus* [S. 60 ff.] und die StGB-Entwürfe 1922/1925 [S. 64] verweisend), der das Willensstrafrecht jedoch im Ergebnis als Radikalisierung der vorangegangenen Subjektivierungsbestrebungen, für das vorher „kein vergleichbares Äquivalent existierte“, betrachtet (ebd., S. 64 f.); insoweit wie *Marxen*, *KritV* 73 (1990), 294 („Höhepunkt“, „Extrem“). Zur gesetzgeberischen Entwicklung und Diskussion *Hartl* (2000), S. 65 ff. (auf die hier mehrfach zitierten Denkschriften des *Preußischen Justizministers* [1933], der *Akademie für Deutsches Recht* [1934], die *NS-Leitsätze* [*Frank*, 1935] und die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission [*Gürtner*, 1935] verweisend); zu Grundgedanken und Motiven *Hartl* (2000), S. 89 ff., 96 ff.

166 *Freisler*, in: Gürtner (1934).

167 *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 13 f. (Strafrecht als „Selbstreinigungsapparatur des Volkskörpers“); dazu auch *Werle* (1989), S. 705 ff. – Folgerichtig ist insoweit auch die – durch die Denkschrift des *preußischen Justizministers* (1933) vorgeschlagene – Beseitigung des Auslieferungsverbots Deutscher, denn auf diese Weise könnten „entartete und kranke Volksbestandteile ... zur Vermeidung unnützen Kraft- und Kostenaufwandes und weiterer Gefährdung des ganzen Volkskörpers möglichst abgestoßen werden.“ (*Schaffstein*, *ZStW* 53 (1934), 614). S. auch *Schaffstein*, *ZStW* 55 (1936), 285 (ggf. Opferung des noch „heilbare[n] kranke[n] Glied[s]“ der Gemeinschaft, „wenn die Gefahr für den Gesamtorganismus ein gewisses Mindestmaß zu überschreiten scheint“), 286 (generalpräventive Wirkung der Strafe zur „Reinigung und ... Wiederherstellung der Gemeinschaft“). Nach *Gemmingen* (1933), S. 15 f. habe Hitler selbst aber die Strafe nicht für das „angemessene Mittel für die – an sich erstrebenswerte – Ausscheidung des rassistisch Fremden aus dem Volkskörper“ gehalten.

168 *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 18 („Dem antisozialistischen Willen muß der Nährboden entzogen werden durch nationalsozialistische Erziehungs- und Sozialarbeit“); dazu auch *Hartl* (2000), S. 99 f.

169 *Freisler*, *DJ* 97 (1935), 1251. Zum „Kampfrecht“ auch *Hartl* (2000), S. 96 f.

170 *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 12.

der „Wille des Friedensstörers“ der „Feind“;¹⁷¹ dieser müsse „bereits im Keime erstickt werden.“¹⁷² Freislers Bezugnahme auf die „Willensbetätigung“;¹⁷³ also die externe Manifestation des Willens, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht als Einschränkung der Strafbarkeit (tatsächlich geht es um die Ersetzung des Erfolges bzw. der Vollendung), sondern nur als prozessuale Konzession verstehen, denn wie soll ein nicht betätigter Wille überhaupt äußerlich erkennbar und damit verfolgbar sein.¹⁷⁴ Andererseits bestätigt sich in der Externalisierung des Willens das ihm immanente Indiz der Gefahr und so verbinden sich die scheinbar gegensätzliche Lehren des (subjektiven) Willens- und des (objektiven) Gefährdungs-/Gefährlichkeitsstrafrechts.¹⁷⁵

Weiter verbindet Freisler den Sühnegedanken mit seiner willensstrafrechtlichen Konzeption. Der Sinn des Strafrechts bestehe in der „Sühne“, die „für uns Deutsche so alt [sei], wie unser Volk alt ist“; sie sei weder ver-

171 *Freisler*, in: *Gürtner* (1934), S. 13. S. insoweit auch *Frank* (1935), S. 14 ff. (mit spezifischer Bezugnahme auf den verbrecherischen, bösen Willen in Leitsätzen 16, 19, 28); *Gürtner* (1936), S. 15 (Anpassung der Strafe an die „Intensität des verbrecherischen Willens...“). Insoweit den Unterschied zum faschistischen (Erfolgs-)Strafrecht (Italiens) betonend *Dahm* (1935b), S. 17 ff. (dem „ein solches Willensstrafrecht fremd“ sei [19], weil es nicht die Volksgemeinschaft und den Einzelnen als deren Glied in den Mittelpunkt stelle, s. schon o. Kap. II 1. mit Fn. 86); ansatzweise auch *Dahm* (1935a), S. 11.

172 *Freisler*, in: *Frank* (1934), S. 13.

173 *Freisler*, in: *Frank* (1934), S. 13 („betätigte verbrecherische Wille ... zugrund zu legen“); *Freisler*, in: *Gürtner* (1934), S. 30 („... nur an die Stelle des durch die Willensbetätigung herbeigeführten Erfolges oder an die Stelle der Vollendung der Willensbetätigung tritt ... die auf die Herbeiführung des Erfolges oder die Vollendung ... gerichtete Willensbetätigung“).

174 S. *Freisler*, in: *Gürtner* (1934), S. 31, wo er explizit „Beweisschwierigkeiten“ verwirft, weil es ja gerade nicht um den „nicht betätigten Willen“ gehe. Vorher schon *Gemmingen*, JW 62 (1933), 2373 („Beweis der Erfolgswahrscheinlichkeit anhand eines Willensbefundes“). Auch *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 102 f. führt Beweisschwierigkeiten beim Willensstrafrecht an. Diesen Aspekt scheint *Hartl* (2000), S. 138 zu übersehen, wenn er in Freislers Forderung einer „Willensbetätigung“ eine Bestätigung der Tatbestandsbezogenheit des Willensstrafrechts sehen will.

175 Vgl. *Gemmingen*, JW 62 (1933), 2371 ff.; *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 97 ff.; sekundär *Hartl* (2000), S. 266 ff. (willensstrafrechtliche Ausdehnung der Strafbarkeit mittels selbständiger Vorbereitungsdelikte wegen erhöhter Gefährlichkeit bestimmter Handlungen); *Vogel* (2004), S. 81.

standesmäßig noch philosophisch zu begründen, denn sie „lebt in uns“.¹⁷⁶ Da die Schuld aber schon dem Willen zugerechnet werde, fordere auch das Sühnebedürfnis ein Willensstrafrecht.¹⁷⁷

Ein konsequent weiterentwickeltes Willensstrafrecht musste sich endlich auf zahlreiche Fragen der Verbrechenslehre – mit Blick auf Vorsatzdelikte¹⁷⁸ – auswirken.¹⁷⁹ So verliert etwa die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung an Bedeutung, denn schon beim Versuch kommt der verbrecherische Wille zum Ausdruck.¹⁸⁰ Auch kann nicht an der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme sowie der (strengen) Akzessorie-

176 *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 15 f.; vgl. auch *Frank* (1935), S. 11 ff. (mit spezifischer Bezugnahme auf die Sühne in Leitsätzen 6, 10); dazu auch *Hartl* (2000), S. 97 f.

177 *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 16 f.

178 *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 13 (von „Willensstrafrecht“ könne nur bei „bewußt“ vorgenommenen Friedensstörungen gesprochen werden), 15 (Zurechnung der Schuld zum Willen „von den Fällen der Unachtsamkeit abgesehen“), 29 („... kann die Nachlässigkeitsbestrafung an sich schon nicht an den Willen ... anknüpfen.“), 32 (Willensstrafrecht, soweit es nicht um „Nachlässigkeitsbestrafung“ geht). Dazu auch *Hartl* (2000), S. 149, 150 f.

179 Eingehend *Hartl* (2000), S. 137 ff., 378 (neben den sogleich im Text genannten Bereichen etwa das unechte Unterlassen, die Entbehrlichkeit der Kausalität, die Notwehr, Rechtswidrigkeit [insbesondere Notwehr], Schuld [einschl. Vorsatz und Fahrlässigkeit], Strafe und Strafzumessung und Konkurrenzen diskutierend). Auf die meisten Bereiche werden wir unten zurückkommen.

180 *Freisler*, in: *Frank* (1934), S. 13 f.; *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 32 f.; auch *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 102, 103 f.; *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 48 f.; sekundär *Marxen* (1975), S. 228 f.; *Werle* (1989), S. 710; *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 357; *Zaffaroni* (2017), S. 158 ff.; eingehend zur Diskussion, den Reformbemühungen und Reformen *Hartl* (2000), S. 77, 189 ff. (versuchte Teilnahme), 197 ff. (Versuch), 322 ff. (Strafbarkeit versuchter Teilnahme durch § 49a RStGB), 329 ff. (Ausdehnung Strafbarkeit Versuch durch Art. 4 AngleichungsVO; dazu auch *Schröder* (2016), S. 22). – In diesem Zusammenhang verdient es Erwähnung, dass die heutige allgemeine Definition des „Unternehmens“ einer Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) vom NS-Regime im Rahmen der Hochverratsdelikte mit § 87 StGB wortgleich eingeführt wurde (RGBl. I, 1934, S. 341 ff.; *Hartl*, 2000, S. 285 f.; *Wolters*, 2001, S. 60 f.; zu den allgemeinen Beratungen und der weiteren staatschutzrechtlichen Ausdehnung s. auch *Preußischer Justizminister* (1933), S. 133 f.; *Freisler*, in: *Frank* (1934), S. 13; *Freisler*, in: Gürtner (1934), S. 32; *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 102; sekundär *Hartl*, 2002, S. 200 ff., 284 ff.). Damit wurde der Konzeption nach ihrer Ablehnung in der Weimarer Republik zu einer Renaissance und Expansion verholfen (*Wolters*, 2001, S. 65), wobei der im Jahre 1950 zunächst gestrichene § 87 im Jahre 1951 identisch wiedereingeführt wurde (BGBl. I, S. 739 ff.; *Wolters*, 2001, S. 66). Zwar darf nicht übersehen werden, dass der Unternehmensbegriff schon Ende des 18. Jh. im Rahmen der Staatsverbrechen verwendet wurde (ebd., S. 48 ff.) und die heutige Fassung ihren Ursprung

tät dieser zu jener festgehalten werden, denn die Willensschuld ist bei jedem einzelnen Beteiligten selbständig zu bestimmen und gerade nicht von der Haupttat abhängig;¹⁸¹ es wird also einem extensiven Täterbegriff (im Sinne eines Einheitstätermodells) mit grundsätzlich gleicher Strafe für Täter und Teilnehmer das Wort geredet.¹⁸² Was den BT angeht, so führte das Willensstrafrecht vor allem zu einer Strafrechtsexpansion durch (subjektivierende) Vorverlagerung.¹⁸³

in § 61 Abs. 1 PreußStGB hatte (ebd., S. 54 f.), doch galt er vielen NS-Juristen als „gesetzestechisch einwandfreie Verwirklichung“ des Willensstrafrechts (so *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 99).

- 181 Vgl. nur *Frank* (1935), S. 34 f. (alleine Bestrafung nach dem „verbrecherischen Willen ... ohne daß es auf die Bestrafung des anderen ankommt“, denn die „bisherigen Streitfragen über die Täterschaftsformen und deren Verhältnis zueinander“ hätten „keine Bedeutung mehr“, bleibe es doch „dem Richter überlassen, im Einzelfall den Grad des verbrecherischen Willens ... bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.“ Eine Strafmilderung komme in Betracht, wenn dieser verbrecherischer Wille „nur in einem ganz unwesentlichen Umfange vorhanden“ sei); dazu *Schröder* (2016), S. 21.
- 182 Vgl. nur *Freisler*, in *Frank* (1934), S. 22 f. (entscheidend Mitwirkung, gegen Akzessorietät); ähnlich *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 101 f. Das war aber selbst unter zeitgenössischen (NS-)Juristen keineswegs unumstritten, für eine Beibehaltung der traditionellen Unterscheidung bei gleichzeitiger Betonung des Willenselements etwa *Oetker*, in *Frank* (1934), S. 116 ff.; ebenfalls für eine Beibehaltung der Unterscheidung als „volkstümlicher“ (bei generell geringerer Strafbarkeit der Teilnahme) *Zimmerl*, ZStW 54 (1935), 575 ff. (579, 581, 582), für den allerdings die Frage eines restriktiven oder extensiven Täterbegriffs rein „rechtstechnische[r]“, begriffsjuristischer Natur ist („Frage der strafrechtlichen Begriffsbildung“, 577), weshalb das „sog. Willensstrafrecht“ weder zu ihrer Beantwortung noch zur rechtsinhaltlichen Frage der Strafhöhe der Teilnahme – ebenso wenig wie die NS-Ideologie an sich – „auch nur das Mindeste“ beitrage (577 f.). Sekundär eingehend *Hartl* (2000), S. 77 ff., 163 ff. m.w.N. (extensiver Täterbegriff mit vollkommener Aufgabe der Unterscheidung oder zumindest noch Benennung unterschiedlicher Beteiligungsformen [an das funktionelle Einheitstätermodell österreichischer Prägung erinnernd] sowie akzessoritätsunabhängiger oder -minimaler Ansatz). – Insoweit unterscheidet sich das Willensstrafrecht vom Kieler Täterstrafrecht, vgl. u. Kap. V 5. mit Fn. 559 u. Haupttext. Dies über- sieht *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 116.
- 183 Vgl. *Hartl* (2000), S. 136, 266 ff., 379 (selbständige Vorbereitungsdelikte, Strafbarkeit versuchter Teilnahme und Lockerung der Strafbarkeitsbedingungen bei Hehlerei, Begünstigung und unterlassener Verbrechenanzeige). Zusf. zur Arbeit der NS-Strafrechtskommission *Freisler*, in *Gürtner* (1935), S. 9 ff. Dort finden sich sodann Berichte zu einzelnen Deliktgruppen, auch von namhaften Strafrechtswissenschaftlern wie etwa *Dahm*, *Kohlrausch*, *Mezger* und *Dahm*.