Kapitel IV. NS-Strafrecht und Neukantianismus

1. *Der (angebliche) Einfluss des Neukantianismus*

Zaffaroni widmet dem Einfluss des Neukantianismus auf die NS-Strafrechtslehre ein ganzes Kapitel.[214] Die durch diesen herbeigeführte Renormativierung des Strafrechts mittels der teleologischen Methode sei einerseits eine Antwort auf die positivistische Gefährlichkeitslehre und die biologistische Kriminologie und andererseits – jenseits des strafrechtlichen Diskurses – Ausdruck der wiedererstarkten Kultur gegenüber den Naturwissenschaften gewesen. Aus strafrechtlicher Sicht ist zu betonen, dass der Neukantianismus einerseits – gleichsam auf einer Metaebene – einer Normativierung bzw. Ethisierung des Strafrechts Vorschub leistete[215] und andererseits – auf strafrechtsdogmatischer Ebene – die rechtsphilosophische Grundlage der neoklassischen Verbrechenslehre mit ihrer Entdeckung der subjektiven Unrechtsmerkmale[216] und der Entwicklung der normativen Schuldtheorie[217] darstellte.[218] Die Begründer eines liberalen rechtswissenschaftlichen Neukantianismus waren aber beim Machtantritt der Nazis im Jahre 1933 – bis auf Gustav Radbruch – allesamt schon verstorben. Und Radbruch selbst und weitere Adepten des liberalen Neukantianismus, etwa

---

214 *Zaffaroni* (2017), S. 161 ff. (5. Kap.).

215 Zur Ethisierung des Schuldbegriffs durch die Anfänge neukantianischen Strafrechtsdenkens um 1900 (M.E. Mayer, Graf zu Dohna) sowie die Normativierung des Tatbestands ab 1915 (Mayer, später Grünhut, Mezger, Wolf) *Ziemann* (2009), S. 120 ff., 125 ff., 137 f.

216 *Mezger*, GerS 89 (1924), 207, 259 ff.; *Hegler*, ZStW 35 (1915), 19, 31 ff. (subjektive Tatbestandsmerkmale) (von *Zaffaroni* (2017), S. 168 mit Fn. 325 falsch zitiert); *Mayer* (1915), S. 11 f., 185 ff. (subjektive Rechtswidrigkeitsmerkmale in Abgrenzung zu Schuldmerkmalen).

217 *Mayer* (1901), S. 24 f., 102 ff. (Schuld „als Begriff der sittlichen Ordnung" [104], „rechtliche Schuld" als „Minimum der sittlichen" [105], schuldhafte Handlung als „pflichtwidrige Willensbethätigung" [106, 107], die Ausdruck einer wertenden „Zurechnung" ist, durch die „der Wert der That … auf Rechnung des Thäters gestellt" wird, so dass „eine That zur Schuld zurechnen" bedeute „die Handlung als schuldhaft zu qualifizieren" [24 f.]); *Frank* (1907), S. 9 ff. (Schuld als Vorwerfbarkeit, 11); später etwa auch *Wolf* (1933), S. 38 f. (sozialethische Vorwerfbarkeit).

218 Vgl. auch *Mittasch* (1939), S. 144 ff. (allerdings gegen die ethische Wertung Mayers); *Marxen,* in: Rottleuthner (1983), S. 56.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Max Grünhut (1893-1964) oder James Goldschmidt (1874-1940), wurden von den Nationalsozialisten relativ schnell aus ihren Positionen entfernt,[219] so dass, so die – höchst fragwürdige und im Ergebnis abzulehnende (näher u. 3.) – These Zaffaronis, die neukantianischen Wertinhalte nun vom NS-Strafrecht ausgefüllt werden konnten. Wurden früher, so Zaffaroni, die ordnenden Werte dem liberalen Gedankengut der Aufklärung entnommen, so wurde nun die NS-Ideologie zum Ideengeber der neukantianischen Lehren.[220]

Als bedeutendsten – nationalsozialistisch inspirierten – Neukantianer sieht Zaffaroni *Edmund Mezger*.[221] Was dessen nationalsozialistische Orientierung angeht, so verweist er im Wesentlichen auf die schon zitierte Arbeit von Muñoz Conde[222] und auf Thulfaut,[223] aber auch in einer Fußnote auf seinen eigenen Lehrer Jiménez de Asúa,[224] der Mezger nicht für einen Nazi, aber für eine Person „ohne ausreichenden persönlichen Wert" („sin valor personal suficiente") gehalten habe;[225] immerhin hat Jiménez de Asúa Mezger aber jedenfalls eine nationalsozialistische Orientierung vorgeworfen.[226]

Mezger selbst hatte früh, wie wir schon oben gesehen haben,[227] die völkische und rassistische Orientierung des „neuen" Strafrechts betont,[228] „ty-

---

219 Vgl. *Wapler* (2008), S. 23.

220 *Zaffaroni* (2017), S. 170 ff.

221 *Zaffaroni* (2017), S. 171 ff.; vorher schon *Zaffaroni*, in Zaffaroni (2009a), S. 16.

222 Kap. I 1. mit Fn. 1 u. Haupttext.

223 *Thulfaut* (2000). Krit. zu Mezger auch *Vormbaum* (2015), S. 196.

224 Zu ihm schon Kap. I 1. mit Fn. 8 u. Haupttext.

225 *Zaffaroni* (2017), S. 174 mit Fn. 341.

226 In seiner schon o. Kap. I 2. mit Fn. 16 genannten Untersuchung zum NS-Strafrecht zählt *Jiménez de Asúa* Mezger zunächst zu den „gloriosos dogmáticos alemanes" seit *Feuerbach* ((1947) Band VII, S. 65), weist später (S. 87 ff., 100 ff.) aber seine nationalsozialistische Orientierung seit 1936 nach (insbes. bezugnehmend auf *Mezger* (1936) und *ders*. (1938).

227 O. Kap. II 2. mit Fn. 141 f. und Haupttext.

228 *Mezger* (1934), S. V („Volk und Rasse" als „Grundgedanken" des „neue[n] totale[n] Staat[s]", „Gedanke der rassenmäßigen Aufartung des Volkes"), 21 f. („Forderung nach rassenhygienischen Maßnahmen zur Ausrottung krimineller Stämme unabweislich"), 203 („Volk und Rasse" als „Grundpfeiler" des NS-Staats und damit seines Strafrechts; „Verantwortlichkeit des Einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft"); *ders*., 2. Aufl. 1942, S. 238 („Volksgemeinschaft" als „biologisch-historisch-politische[n] Größe", „Weg der rassischen Aufartung", „Verantwortlichkeit gegenüber Volksgemeinschaft"); s. auch *Mezger*, MSchKrimBio 31 (1940), 109 („Verantwortlichkeit des Einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft"), 110 („völkische Rechts- und Sittenordnung" als Grundlage nationalsoz. „Gemeinschaftsethik").

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

pische Gruppen von Gesellschaftsfeinden“ ausgemacht,[229] die „Ausscheidung volks- und rasseschädlicher Bestandteile“ aus der Volksgemeinschaft gefordert[230] und das Strafrecht – ganz wie Freisler[231] – als „Kampfrecht zum Schutz und zur Entfaltung des Volkes“ charakterisiert.[232] Dem Strafrecht komme insbesondere die Aufgabe der juristischen Erziehung der Volksgenossen und der Sühnung von Straftaten entsprechend der Schuld des Täters mit dem Ziel der Wahrung von Recht und Gerechtigkeit zu.[233] Die Schuld selbst sei nicht nur an der Tat (Tatstrafrecht), sondern auch an Wesen und Persönlichkeit des Täters zu messen (Täterstrafrecht),[234] genauer an der Lebensführungs- und -entscheidungsschuld,[235] womit Mezger zwar dem Schuldbegriff nicht explizit abschwört, ihn aber unendlich – weiter noch als bei der actio libera in causa – vorverlagert. Letztlich obliegt es damit dem Richter, die in der Tat zum Ausdruck gekommene Lebensführung des Täters im Lichte der völkischen Ideologie zu bewerten.[236] Sofern er den nationalsozialistischen Vorgaben folgt, kann er diejenigen als „schuldig“ aus der Volksgemeinschaft ausschließen, die ein „schlechtes Leben“[237] geführt haben. Dem Einwand der fehlenden Unrechtseinsicht begegnete Mezger mit seiner Theorie der Rechtsblindheit, wonach auch derjenige, der ohne Vorsatz („rechtsblind“)[238] handele, Strafe verdiene, weil er eine Haltung gegenüber der Rechtsordnung zeige, die mit dem gesunden

229 *Mezger* (1934), S. 3.

230 *Mezger* (1934), S. 203; *ders*., 1942, S. 238 („Ausscheidung volksschädlicher Bestandteile“ [der Bezug zu Rasse fehlt hier, erscheint aber wieder zwei S. später, was *Wetzell* (2000), S. 212 mit Fn. 100 übersieht]), 240 („Ausmerzung volks- und rasseschädlicher Teile der Bevölkerung“), 245 („Ausscheidung … ohne Rücksicht auf die persönliche Schuld“); vorher schon *Mezger*, MSchrKrimPsych 19 (1928) 391, 393 (aus der „konstitutionellen Verbrechensauffassung“ ergebe sich, dass es „Unverbesserliche“ gebe, die der „Ausscheidung aus der menschlichen Gesellschaft“ bedürften); später noch einmal *Mezger*, MSchrKrimBio 31 (1940), 109.

231 O. Kap. II 3. mit Fn. 169 und Haupttext.

232 *Mezger* (1942), S. 78.

233 *Mezger* (1942), S. 247. Zaffaroni liefert hier erneut keine genaue Quelle.

234 S. schon Kap. III mit Fn. 203.

235 *Mezger* (1942), S. 2, 248 f.; vorher schon *Mezger*, MSchrKrimBio 31 (1940), 109. Krit insoweit *Grispigni* (1940), in Zaffaroni (2009a), S. 42 mit Fn. 19 a.E.; zust. *Zaffaroni*, in Zaffaroni, (2009a), S. 17 (nicht anwendbar auf Heranwachsende, lediglich Ersetzung von Gefährlichkeit).

236 *Zaffaroni* (2017), S. 179.

237 *Zaffaroni* (2017), S. 178 (*mala vida*); näher *Zaffaroni,* in: Gómez E. (2011).

238 Als Anhänger der (später sog.) Vorsatztheorie vertrat Mezger die Ansicht, dass ein Irrtum über das Unrecht den Vorsatz betreffe, vgl. *Mezger* (1949) (Nach-

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Volksempfinden unvereinbar sei;[239] das gleiche sollte übrigens auch für die „Tatsachenblindheit" gelten.[240] Im Jahre 1950 hat Mezger dann die „Rechtsblindheit" durch die „Rechtsfeindschaft" ersetzt.[241] Die darin liegende Objektivierung von Schuld als (objektiver) Verstoß gegen die NS-Werteordnung greift Mezger in seiner Auseinandersetzung mit dem italienischen (faschistisch orientierten) Strafrechtler Filippo Grispigni[242] auf, wenn er insoweit den persönlichen Schuldvorwurf von einem objektiv ethischen Urteil über ein bestimmtes Verhalten abgrenzt[243] und damit letztlich dem – zu Beginn dieses Abschnitts schon angesprochenen – Schutzgedanken (Schutz vor gefährlichen Tätern) Vorrang einräumt.[244]

Der von Mezger 1944 geehrte Kohlrausch hatte selbst schon vorher in ähnlicher Weise einen – den Vorsatz betreffenden (Vorsatztheorie) – Un-

---

druck 2014), S. 330 ff. („Kenntnis von der rechtswidrigen Bedeutung der Handlung", allerdings „keine juristische Beurteilung der Handlung" iS korrekter Subsumtion, 334).

239 *Mezger*, FS Kohlrausch (1944), S. 180 (184: diese Ansicht müsse nicht gesetzlich verankert sein, sondern beruhe auf der „inneren Überzeugungskraft als geltendes deutsches Recht…"); zu Ausnahmen aufgrund strafausschließender Unfähigkeit ebd., S. 184 ff. Dazu auch *Zaffaroni* (2017), S. 180.

240 *Mezger*, FS Kohlrausch (1944), S. 184.

241 *Mezger* (1950), S. 43 ff.

242 Vgl. *Grispigni* (1940), in Zaffaroni (2009a), S. 29 ff. und *Grispigni* (1941a), in Zaffaroni (2009a), S. 51 ff. sowie (zum Jugendstrafrecht) *Grispigni* (1941b), in Zaffaroni (2009a), S. 71 ff. Vor allem in den ersten beiden Texten verteidigt Grispigni das neue NS-Strafrecht als Perfektionierung des faschistischen italienischen Strafrechts („Codice Rocco" von 1930) und orientiert sich insbesondere an Hans Frank (vgl. insbesondere *Grispigni*, 1941a, S. 69 f.), aber auch an Gürtner und Freisler. In einem solchen Strafrecht sei Willensfreiheit irrelevant, denn es gehe um die strafrechtliche Verteidigung („defensa") gegen gefährliche Täter („peligrosismo") im Sinne einer „juristisch-sozialen Vergeltung" („retribución jurídico-social"), die sich auf den „Rechtsstatus" („status jurídico") jedes Bürgers auswirke (*Grispigni*, 1941a, S. 52, 55, 65 f. und passim). Zusammenfassend und krit. zu Grispigni auch *Muñoz Conde*, NDP 2003A, 303 ff. (die Verbindungen zwischen ihm und Mezger betonend); *Codino*, in Zaffaroni (2009a), S. 116 ff.

243 *Mezger*, MSchrKrimBio 31 (1940), 109 ("objektives' ethisches Urteil über ein bestimmtes Verhalten" unabhängig von Willensfreiheit des Täters). Mit diesem Aufsatz hat Mezger die von Grispigni aufgeworfene Frage zu beantworten versucht, wie „im neuen deutschen Strafrecht Sühne und Vergeltung mit den gegensätzlichen Gesichtspunkten der Rasse, der Erbanlage, der Sterilisation usw." zu vereinbaren seien (ebd., 106).

244 Krit. insoweit auch (insbesondere auf Grispigni bezugnehmend) *Muñoz Conde*, NDP 2003A, 306 („… idea de peligrosidad y que no tiene otra misión que la defensa social."), 309 ("culpabilidad social"), 310 (Schuld als "responsabilidad social").

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtsirrtum dann für unbeachtlich erklärt, wenn die damit zum Ausdruck kommende Haltung mit „der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar ist".[245] Zugleich hat er die Unterscheidung zwischen Ethik und Recht aufgegeben und eine völkische Ethik zum Maßstab des richtigen Handelns erklärt.[246] Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang schließlich noch Wilhelm Sauer, der die Rechtswidrigkeit materiell an „Volkswohl und dem gesunden Rechtsempfinden" orientiert und damit ebenfalls NS-Gedankengut propagiert hat.[247]

2. *Insbesondere: die „Marburger Schule des Neukantianismus"*

Im Mittelpunkt der neukantianischen Untersuchung Zaffaronis stehen *Erich Schwinge* und *Leopold Zimmerl* als Repräsentanten der sog. Marburger Schule des Neukantianismus.[248] Die Darstellung bleibt aber oberflächlich, denn Zaffaroni weist zwar zutreffend darauf hin, dass Schwinge/Zimmerl zu den Hauptantagonisten der sog. Kieler Schule (dazu unten Kap. V) avancierten, erwähnt ihr Hauptwerk[249] aber nur in einer Fußnote und befasst sich im Folgenden mit zwei weniger bedeutenden Einzelwerken.[250]

---

245 *Kohlrausch*, ZStW 55 (1936), 384, 390; dazu auch *Hartl* (2000), S. 155 m.w.N.; für „grundsätzliche Berücksichtigung des Irrtums" aber *Freisler*, in Frank (1934), S. 6. Dazu auch *Zaffaroni* (2017), S. 183 f.

246 *Kohlrausch*, ZStW 55 (1936), 390 f. (Ethik heteronom vom Staat her als „Volksethik" zu bestimmen); ebenso *Mezger*, MSchrKrimBio 31 (1940), 110 („Gemeinschaftsethik").

247 *Sauer* (1936), S. 28 f. (auf der Grundlage eines dreigeteilten Rechtswidrigkeitsbegriffs, der „Volksschädlichkeit", „Normwidrigkeit" und „Kulturwidrigkeit" verlangt). Dazu auch *Zaffaroni* (2017), S. 184 ff.

248 *Zaffaroni* (2017), S. 187 ff.

249 *Schwinge/Zimmerl* (1934) (von *Zaffaroni* (2017), S. 268 und passim, ungenau als Monographie zitiert). Replik bei *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 295 (auch abgedruckt in *Dahm/Schaffstein* (1938), S. 71). Lange später hat *Schaffstein* Schwinge und Zimmerl „eine politische Färbung" vorgeworfen, wohingegen er und Dahm sich „jeder politischen Andeutung peinlich enthalten" hätten (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 173, 188 f.). Dieser Vorwurf ist aus mindestens zwei Gründen erstaunlich. Zum einen hat Schaffstein selbst, s. schon o. Kap. I 2. mit Fn. 24, ein politisches Strafrechtsverständnis vertreten. Zum anderen kommen in den Schriften Dahms und Schaffsteins häufig politische Begriffe, einschließlich „Nationalsozialismus" und „Führer", vor; hier sei nur auf *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 603 verwiesen, wo schon aus dem Titel des Beitrags die politische Orientierung am Nationalsozialismus zum Ausdruck kommt; zu weiteren Bsp. s. u. Kap. V.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das ist vor allem deshalb problematisch, weil das Hauptwerk zum Zeitpunkt seines Erscheinens auch bei NS-Gegnern als Ausdruck des Widerstands jedenfalls gegen den von der Kieler Schule repräsentierten fanatischen Nationalsozialismus empfunden wurde,[251] wie überhaupt Schwinge selbst eine durchaus ambivalente Persönlichkeit war.[252]

In ihrem Hauptwerk warfen Schwinge und Zimmerl – auf der Grundlage einer durchaus lesenswerten historischen Untersuchung des Verhältnisses von Strafrecht und Philosophie[253] – den Kielern vor allem ihren radikalen Bruch mit der überkommenen, durch solide Einzeluntersuchungen (induktiv) groß gewordenen deutschen Strafrechtswis-

250 *Schwinge* (1938); *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), S. 173.

251 So soll *Grünhut*, selbst von den Nazis wegen seiner jüdischen Abstammung aus der Bonner Fakultät entfernt, die Schrift zustimmend zur Kenntnis genommen haben (*Cohn*, FS Schwinge, 1973, S. 1, 3, der sie selbst wegen ihrer krit. Offenheit für „bemerkenswert[er]" hält). *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 209, 211 ff. freute sich „mit vielen anderen über den mutigen Vorstoss der Marburger…" (211), schreibt der Schrift einen mässigenden Einfluß auf die Kieler zu und stimmt ihr überwiegend zu. *Radbruch*, SchwZStR 53 (1939) 109 f. identifizierte die Schrift mit dem „Kampf gegen die sogenannte Kieler Schule" und bezeichnet Schwinges nachfolgende Schrift zum „Irrationalismus" (1938) „als notwendiges Wort zu rechter Zeit". Lt. Eb. *Schmidt* (1965) S. 429 sei die Schrift als Befreiung empfunden worden.

252 Schwinge war einerseits zwar Mitglied des „Bundes nationalsozialistischer deutscher Juristen", aber kein Mitglied der NSDAP oder ihrer Gliederungen und zeigte sich kritisch gegenüber der NS-Ideologie; vgl. insoweit insbesondere Schwinges Marburger Fakultätskollegen *Cohn* (selbst NS-Opfer), 1973, S. 1 ff. (der auf die Schrift „Gehorsam und Verantwortung" hinweist, wo Schwinge für eine Grenze des Gehorsam ggü. der politischen Führung plädierte [S. 3 f.] u. für den die Angriffe „extrem links gerichteter Studentenkreise" in den 1960er Jahre „schwer zu verstehen" sind [S. 5]; s. auch *Garbe* (1989), S. 30, 95 („Raum zum Widerspruch", kein fanatischer NS-Ideologe). Andererseits erwies sich Schwinge – als akademischer Verteidiger der NS-Militärjustiz und praktischer Verteidiger von Nationalsozialisten, einschließlich SS-Mitgliedern – bis ins hohe Alter als revisionistisch (eingehend *Garbe* (1989), S. 31 ff. [Rolle als Militärrichter während der Kriegszeit], 58 ff. [Apologet der NS-Militärstrafjustiz]; auch *Görtemaker/Safferling* (2016), S. 437 [„Lobbyist für die Verharmlosung der NS-Militärjustiz"]; krit. auch *Vogel* (2004), S. 34 m.w.N.; leicht krit., aber insgesamt verteidigend *Spendel*, JZ 1994, 720).

253 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

senschaft[254] vor;[255] und zwar zugunsten einer deduktiven Orientierung am diffusen Begriff der „Wesensschau" im Sinne der Husserl'schen Phänomenologie – „als einzige Möglichkeit … die deutsche Strafrechtswissenschaft an der Idee des Nationalsozialismus auszurichten"[256] – und damit ihre „willfährige[r] Auslieferung … an eine bestimmte philosophische Strömung".[257] Doch werde dem Richter mit „philosophischen Spekulationen", dem Verweis auf die „Wesensschau" und allgemein bleibenden „Deduktionen" „Steine statt Brot" gegeben,[258] „Regellosigkeit" und „Willkür" sei die Folge,[259] weshalb „die Untauglichkeit" der phänomenologischen Methode „zur Lösung rechtswissenschaftlicher Aufgaben … zur Evidenz erwiesen ist."[260] Stattdessen sei eine „an der Erfahrung gesättigte und an der Erfahrung gereifte philosophische Haltung" nötig, um „die großen Gedanken der politischen Führung auszumünzen und in das Rechtsleben einzuführen."[261] Schon hier wird also deutlich, dass sich Schwinge und Zimmerl nicht im Ziel – Durchsetzung der Ideologie „der alles erschütternden Gewalt der nationalsozialistischen Bewegung" auch im bzw. durch das neue Strafrecht[262] und insoweit Bekenntnis zur eingangs genannten politischen Aufgabe der Strafrechtswissenschaft[263] –, sondern nur im Weg von den Kielern unterscheiden (was die o.g. positive Aufnahme des Werks unverständlich erscheinen lässt).[264] So sprechen auch Schwinge/Zimmerl von den „Fesseln des Positivismus", der jedoch

254 Vgl. insbes. *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 110 f., wo die „wissenschaftlichen Grundregeln" und die Bedeutung Bindings und Liszts betont werden, die aus ihrer Zeit heraus verstanden werden müssten, statt sie „verächtlich als 'Liberalisten' und 'Individualisten' abzutun".

255 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 9 ff.

256 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 9.

257 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 11.

258 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 13, 14.

259 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 55.

260 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 15. Ähnlich *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 217, 224(„reichlich gefühlsmäßige «Wesensschau»", „unklare[n] willkürliche[n] Gefühlsrechtsprechung").

261 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 13.

262 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 109 und die folgenden zit. Stellen. Eine antisemitische Tendenz findet sich überdies auf S. 51, wenn dort vom Verrat durch Juden gesprochen wird.

263 O. Kap. I 2. mit Fn. 24 ff. mit Haupttext.

264 Vgl. auch *Wolf*, DRWis 4 (1939), 168, 171 f. („ein Prozeß um das Prozedieren, ein Kampf um die Kampfesweise, ein Methodenstreit…" [171], bei gemeinsamer „nationalsozialistische[r] Grundhaltung und Zielrichtung" [172]). *Wolf* verneint

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„schon vor 1933 zurückgedrängt und überwunden worden" sei.[265] Sie kritisieren zwar heftig die von den Kielern in Anspruch genommene[266] Schmitt'sche Lehre vom „konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken"[267] u.a. wegen Schmitts übertriebener „Neigung zu antithetischen Gegenüberstellungen"[268] und seines Angriffs auf abstrakte Begriffe (wie Tatbestand);[269] sie würdigen aber zugleich seinen Beitrag zur Entwicklung einer nationalsozialistischen Rechtswissenschaft ausdrück-

---

weiter einen „Schulenstreit, weil gar kein kriminalpolitischer Gegensatz zwischen den Streitenden vorhanden ist" (173). Auch „läßt sich kein praktisches Programm einer neuen Gesetzgebungspolitik, einer neuen Strafmaßgestaltung, eines neuen Strafvollzugs in den Schriften der Kieler entdecken, das nicht auch nach den Grundsätzen der Marburger verwirklicht werden könnte." (ebd.). Ähnlich *Marxen* (1975), S. 240 ff. (244-46), 250 f., der Schwinge/Zimmerl die Verteidigung der Rechtssicherheit mittels traditioneller Dogmatik zwar hoch anrechnet, aber letztlich eine Zielidentität mit Blick auf die Durchsetzung der NS-Ideologie sieht. Im Ergebnis ebenso *Zaffaroni*, in Zaffaroni (2011), S. 9, 11 (wobei die Kieler die Marburger nicht für „ausreichend nationalsozialistisch" gehalten hätten [S. 25]). Insoweit kann man auch durchaus mit *Garbe* (1989), S. 28 von einem „Scheingefecht" zwischen den Kielern und Marburger sprechen (krit. aber *Ziemann* (2009), S. 132 mit Fn. 717). In diesem Sinne auch schon in den 1940er Jahren *Blasco y Fernández de Moreda*, Criminalia IX (4/1943), 241 („mismos resultados"); ihm folgend *Jiménez de Asúa* (1947), S. 106 ff. (108).

265 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 23. Zum NS-Kampf gg. den Positivismus etwa o. Kap. II 2. mit Fn. 148 ff. und Haupttext.

266 U. Kap. V 4. mit Fn. 506 u. Haupttext sowie Kap. V 5. mit Fn. 542.

267 *Schmitt* (1934), S. 8, 13, 16 ff. (davon Regeln- und Gesetzesdenken sowie Entscheidungsdenken unterscheidend, S. 8). Beim konkreten Ordnungsdenken (kOD) ist „die Regel nur ein Bestandteil und ein Mittel der Ordnung. … Die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion …" (ebd., S. 13). Demgegenüber „zerstört" das dem Regel- und Gesetzesdenken entspringende Gesetz qua „Herrschaft des Gesetzes" (*rule of law*) „die konkrete Königs- oder Führer-Ordnung; die Herren der Lex unterwerfen den Rex." (S. 15). Die „Rechtsordnung ist an konkrete Normalbegriffe gebunden", die „Normen aus ihrer eigenen Ordnung heraus und für ihre eigene Ordnung hervorbringen" (S. 23). In der Sache hat das bewusst unbestimmt gehaltene kOD als Transformator der NS-Ideologie in das geltende Recht mittels der „konkreten Ordnungen" der Lebenswirklichkeit (Ehe, Arbeit, Militär etc.) gedient und so die permanente nationalsoz. Veränderung und Ergänzung des Rechts nach den Wünschen der Staatsführung ermöglicht; näher *Rüthers* (1989), S. 62 ff. (75 f.) m.w.N.

268 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 21. *Schmitt* (1934), S. 11 lehnt eine solche Antithetik hinsichtlich seiner drei Denktypen allerdings ab u. betont vielmehr ihre „Verschiedenheit".

269 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 17 ff., 81 ff. (bzgl. Tatbestand).

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich,[270] und zwar vor allem mit Blick auf die Bedeutung der konkreten (nationalsozialistischen) Ordnung,[271] die die Auslegung allen Rechts beeinflusse,[272] und der Rolle des Richters, der „als Mitarbeiter des Gesetzgebers" dazu berufen sei, den „Führerwillen zu konkretisieren".[273] Schwinge und Zimmerl erkennen an, dass die Kieler „konkretes Ordnungsdenken" – als „nationalsozialistischen Denktyp schlechthin" – und Phänomenologie „in origineller Weise mit einander verbunden",[274] andererseits jedoch den Kampf gegen Abstraktion und die Kritik am Trennungsdenken übertrieben hätten.[275] So sei zur Schaffung

---

270 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 23 ff. („… so kann ihm die nationalsozialistische Rechtswissenschaft nicht dankbar genug … sein…").

271 *Schmitt* (1934) ordnet seine Denktypen verschiedenen Völkern und Rassen zu (S. 9) und hielt schon das germanische Denken des Mittelalters für „durch und durch konkretes Ordnungsdenken" (S. 10), wobei das „konkrete Ordnungs- und Gemeinschaftsdenken" in Deutschland „niemals aufgehört" habe (S. 42) und insbesondere in Hegels Rechts- und Staatsphilosophie „noch einmal lebendig" geworden sei (S. 45), so dass der Staat bei ihm „die konkrete Ordnung der Ordnungen, die Institution der Institutionen" geworden sei (S. 47). Mit dem NS sei „das konkrete Ordnungsdenken wieder lebendig geworden … das rechtliche Axiom, daß Treue, Disziplin und Ehre von der Führung nicht abgetrennt werden dürfen, besser verständlich …. Auch können wir heute, da die staatstragende Bewegung dem Führer unverbrüchliche Treue schwört, dem rechtlichen Wesen eines Treueides wieder unmittelbar gerecht werden" (S. 52); der Staat „hat nicht mehr das Monopol des Politischen, sondern ist nur ein Organ des Führers der Bewegung" (S. 66 f.). Dieses Denken habe sich auch in der Rechtswissenschaft durchgesetzt und verdränge den Positivismus durch Generalklauseln, die auf „das Interesse des Volksganzen bezogen werden" (S. 58 f.). Im Strafrecht hätten sich „unbestimmte" Tatbestände und „normative" Tatbestandsmerkmal verbreitet, die abstrakten Begriffe des AT würden zugunsten konkreter Tatbestände verdrängt (S. 60). Institutionell werde es durch die ständische (nationalsozialistische) Organisation der (neuen) Juristen abgesichert (S. 65).

272 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 23 (wonach „alle rechtswissenschaftlichen Begriffe in … konkreten „Ordnungen" stehen, die auf ihre Auslegung zurückwirken und ihren Inhalt beeinflussen…"), 24 („… im Gefolge der nationalsozialistischen Umwälzung … Umgestaltung der tragenden Ideen der *Gesamtordnung* …"), 24 f. (Beachtung der „*Sonderordnungen* des völkischen Lebens") [alle Herv .i.O.]. *Marxen* (1975), S. 238 f. sieht eher einen „Gleichklang" mit Schmitts Lehre als eine „Abhängigkeit" von ihr.

273 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 27 (die Gleichrangigkeit von Gesetz und Richterspruch betonend); auch ebd., S. 75 f. (Richter als Vollstrecker des NS-Gesetzgebers iSd subjektiven Theorie, Abweichung nur bei vor-nationalsozialistischen Gesetzen).

274 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 27.

275 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 28 ff. („Übersteigerung und Vergröberung" [28], „blinder Kampf gegen die 'abstrakten Begriffe des AT'" [29]).

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eines nationalsozialistischen Strafrechts weder die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld[276] noch die Rechtsgutskonzeption[277] noch der Beling'sche Tatbestandsbegriff[278] aufzuheben und auch nicht das Revisionsrecht zu ändern.[279] Vielmehr könnten all diese überkommenen Konzeptionen „rechtsinhaltlich“ modernisiert und mit nationalsozialistischem Inhalt gefüllt werden: Unrecht als (nationalsozialistisch inspirierte) „Gemeinschaftsschädlichkeit“,[280] die dem „sozialethischen Empfinden“ des – als „Blutsgemeinschaft“[281] konstituierten – Volkes widerspreche;[282] Schuld als dem Nationalsozialismus widersprechende Gesinnung,[283] Unrecht und Schuld zusammengenommen also als dem von einer bestimmten Täterpersönlichkeit verursachten Schaden an der Volksgemeinschaft;[284] teleologischer Rechtsgutsbegriff, der nicht nur am Zweck des Tatbestandes sondern – gegen überkommenes liberalistisches Verständnis[285] – am übergeordnete Zweck der nationalso-

276 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 33 ff. (insbesondere gg. die Kieler Subjektivierung, die gerade nicht „dem Strafrecht im Dienste der Volksgemeinschaft“ diene [S. 40 ff., 41] und die auch über das Freisler'sche Willensstrafrecht [schon o. Kap. II 3. mit Fn. 165 ff.] hinausgehe, der damit i.W. nur Konsequenzen für die Versuchsstrafbarkeit verbunden habe [43 ff.]). Ausdrücklich dagegen *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 300 f., der Schwinge/Zimmerl eine Missdeutung von Freisler vorwirft. Erstaunlich ist, wieviel Beachtung ein so fanatischer Nationalsozialist wie Freisler bei durchaus anerkannten Strafrechtswissenschaftlern gefunden hat. Dahm aber habe sich, so *Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 187, „Freisler gegenüber immer auf Distanz gehalten und sich … oft recht abfällig über seine Eitelkeit und sein hohles Pathos geäußert.“.

277 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 60 ff.

278 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 78 ff.

279 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 95 ff. (vor allem gg. Siegert).

280 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 33 f., 40 („gesellschaftsinteressen-verletzenden Charakter der Tat“ [40]), 57 f. (Weiterentwicklung der „materiellen Rechtswidrigkeit“ auf nationalsozialistischer Grundlage; Konkretisierung von „Recht und Unrecht“ durch die „nat.-soz. Weltanschauung, so wie sie … im Parteiprogramm und in den Reden und Schriften des Führers zum Ausdruck kommt …“).

281 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 58.

282 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 49 (nationalsozialistische Bekämpfung der noch verbreiteten „reine[n] Individualethik“ durch „sozialethisches Empfinden“).

283 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 58 f.

284 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 59.

285 Insoweit wird auch Binding vereinnahmt, weil seine Rechtsgutslehre am Sozialwert der Güter orientiert gewesen sei und deshalb „aus einem Lehrbuch des neuen nationalsoz. Strafrechts stammen“ könnte (*Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 65).

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zialistischen Gemeinschaft und ihres Rechts auszurichten sei;[286] (rechtsinhaltliche) Bildung bzw. Normativierung von Tatbeständen auf der Grundlage nationalsozialistischer Weltanschauung;[287] Schaffung von Rechtssicherheit und -einheit durch das Revisionsrecht im Gemeinschaftsinteresse.[288]

Schwinge knüpft an diese Überlegungen – die offensichtlich mehr als nur „Konzessionen an den Nationalsozialismus"[289] enthalten – in seiner späteren Schrift zum „Irrationalismus" insoweit an, als er auch hier die lebens- und institutionsphilosophisch beeinflusste[290] Ganzheitsbetrachtung und Wesensschau der Kieler Schule – die er im Gegensatz zur „analytisch verfahrende[n] Methodik des Neukantianismus" sieht[291] – als zu irrational verwirft.[292] Er stellt ihr zwar das „Postulat exakter Forschung" [293] und der

286 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 62 ff. (methodologischer, am „Zweck der Vorschriften des StGB" und an Freislers (!) „teleologischer Gesetzesauslegung" ausgerichteter Rechtsgutsbegriff [62 f.], „Ausrichtung des Rechts am Gemeinschaftsgedanken und der Durchdringung der Rechtsprechung mit dem Geiste des Nationalsozialismus" [64], „Überlegenheit der völkischen Gemeinschaftswerte", „Geiste der nationalsoz. Rechtserneuerung" [65], „teleologische und rechtsinhaltliche" Methode entspricht „nationalsoz. Rechtsdenken", „nationalsoz. Rechtsgutsidee" als Ausdruck neuen Rechtsgutdenkens [72], Ersetzung des „individualistischen" durch den „sozialistischen" Rechtsgutsbegriff [73, erneut bezugnehmend auf Freisler]; „Gemeinschaftssschädlichkeit" aus „nationalsoz. Weltanschauung bestimmt" [74]). S. auch *Schwinge* (1930) (von Zaffaroni nicht zitiert); gg. die teleologische Methode hingegen *Schaffstein*, FS Schmidt (1936), S. 49, 59 ff.

287 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 79 (Tatbestandsbildung auf nationalsoz. Grundlage), 88 f. (rechtsinhaltliche Orientierung am „Wohl des deutschen Reiches und des deutschen Volkes"), 92 (rechtsinhaltliche Bildung von Tatbeständen mit Blick auf „Blutsgemeinschaft des deutschen Volkes"), 94 (Verwendung normativer Merkmale, wo „Grundgedanke durch deskriptive Merkmale nicht klar zum Ausdruck gebracht werden kann", aber möglichst Vermeidung unklarer u. vieldeutiger Begriffe wie „Volksempfinden"(!)).

288 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 98 („*kollektivistisches* Gepräge" der Revision, [Herv. im Original], „Berechenbarkeit des Rechts im Dritten Reich" wie in irgendeinem anderen „Kulturstaat"), 102 (Überprüfung des richterlichen Ermessens zur Sicherung der einheitlichen Ausrichtung an der „nationalsoz. Weltanschauung"), 105 (Überprüfung der richtigen Auslegung des „gesunden Volksempfindens" – allerdings widersprüchlich, wenn o. S. 94 vor dessen Verwendung gewarnt wird, s. vorherige Fn.).

289 So verharmlosend *Ziemann* (2009), S. 132 mit Fn. 717.

290 *Schwinge* (1938), S. 3 ff.

291 *Schwinge* (1938), S. 16.

292 *Schwinge* (1938), S. 16 ff., 43 ff.

293 *Schwinge* (1938), S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„logische[n] Durchdringung des Rechts“[294] entgegen,[295] das der Mentalität des Deutschen – der das „Allgemeingültige, Feste und eindeutig Begreifbare“ wolle – eher entspreche,[296] schlägt aber i.E. einen Kompromiss zwischen Intuition und Rationalität vor, wenn er die Rolle jener „für den Fortschritt der menschlichen Erkenntnis“ anerkennt und dieser lediglich eine Begrenzungsfunktion eines allzu großen Irrationalismus zuweist.[297] Ebenso erkennt er an, dass „Ganzheitsbetrachtung und exakte begriffliche Analyse Hand in Hand arbeiten und einander ergänzen müssen,“[298] wobei „die Ganzheiten“ „inhaltserfüllt und konkretisierbar“ sein müssten.[299] Damit sind wir wieder bei der rechtsinhaltlichen Ausfüllung durch NS-Gedankengut, was zeigt, worum es Schwinge wirklich gegangen zu sein scheint,[300] nämlich die Durchsetzung des NS-Rechtsdenkens durch – insoweit ganz Neukantianer – Formalisierung und Rationalisierung unter gleichzeitiger Akzeptanz des Führerprinzips.[301]

Auch Zimmerl hat seine Lehre insoweit in den Dienst des NS-Staates gestellt, als er der klassisch liberalen Lesart des Gesetzlichkeitsgrundsatzes – Schutz vor staatlicher Willkür – eine Absage erteilt hat, weil diese einen Gegensatz zwischen Staat und Individuum voraussetze, die im völkischen NS-Staat, in dem der einzelne „Volksgenosse“ „nur als Glied der Volksgemeinschaft Sinn und Daseinsberechtigung erhält“, per se nicht existieren

---

294 *Schwinge* (1938), S. 38.

295 Noch pointierter *Schwinge* (1938), S. 68: „Form gegen Ungeformtheit, Analyse gegen Schau, begrifflich-logische Bestimmtheit gegen das Dunkel der rational nicht zu fassenden Wesenshaftigkeit“.

296 *Schwinge* (1938), S. 33 f. („Rechtssicherheit“ als „Grundwert“, unter Bezugnahme auf Göring (!)), 68 (der „Deutsche fordert Klarheit, Festigkeit und logische Sauberkeit im Recht“, er sei „bereit, Strenge, ja selbst Härte hinzunehmen, aber er will das Gefühl haben, daß sein Verhalten vom Recht mit einem Maß gemessen wird, das gegen die Gefahr menschlichen Irrtums und menschlicher Willkür sichergestellt ist“, bezugnehmend auf das „völkische Rechtsempfinden“).

297 *Schwinge* (1938), S. 41 f.

298 *Schwinge* (1938), S. 57; auch S. 59 („Verhältnis durchgängiger wechselseitiger Abhängigkeit“) u. S. 60 ff. (wo er „gesunde[r] Beispiele einer solchen ganzheitlichen Betrachtungsweise“ in der dt. Rechtswissenschaft und sodann „Gegenbeispiele“ nennt).

299 *Schwinge* (1938), S. 64.

300 *Wolf*, DRWis 4 (1939), 168 sieht das Verdienst dieser Schrift Schwinges darin, „die grundsätzliche, geistesgeschichtliche Seite“ (170) des Streits mit den Kielern bzw. die „philosophisch, wissenschaftstheoretische“ Natur der „Angelegenheit“ (173) betont zu haben.

301 Insoweit zutr. *Zaffaroni* (2017), S. 188 („darle racionalidad al nazismo“), 193 (“irracionalismo en la base de la decisión politíca”, „conceptualización racional”).

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

könne.[302] Ferner hat Zimmerl zwar auch – als zweiter Funktion des Gesetzlichkeitsgrundsatzes – die Bindung des Richters an den Willen des NS-Gesetzgebers – und damit an den Willen des Führers – anerkannt,[303] wollte dies jedoch im Sinne einer gesetzgeberischen Beschränkung allzu punitiver Richter verstanden wissen;[304] er hat im Übrigen versucht, das von ihm als problematisch empfundene „gesunde Volksempfinden"[305] dadurch einzuschränken, dass es nur nachrangig gegenüber der Strafwürdigkeit nach dem "Grundgedanken eines Strafgesetzes"[306] herangezogen werden sollte.[307] Diese durchaus rechtsstaatlichen Eindämmungsversuche werden von Zaffaroni nicht erwähnt.

3. *Neukantianismus als Wegbereiter des NS-Strafrechts?*

Dem aufmerksamen Leser wird die implizite Kritik an der von Zaffaroni konstruierten Verbindung zwischen Neukantianismus und NS-Strafrecht nicht entgangen sein. Wenn Zaffaroni „die" (!) Neukantianer an späterer Stelle im Rahmen seiner Behandlung der Kieler Schule als bloße regimetreue Technokraten (im Gegensatz zu den überzeugten Nazis der Kieler

---

302 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), S. 173 („Einen naturgegebenen Gegensatz zwischen der im Staat organisierten Volksgemeinschaft und dem einzelnen Volksgenossen … kann der Nationalsozialismus niemals anerkennen"). Dazu *Zaffaroni* (2017), S. 194 f.

303 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), S. 173 f. (Vorrang des Gesetzgebers wegen „Führergedanken", Gesetzgeber als „Oberführer").

304 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), S. 174 („Es kann … von größter Bedeutung sein, daß der Richter nicht willkürlich oder aus Übereifer eine Tat bestraft, die der Gesetzgeber … straflos lassen wollte.").

305 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), S. 175 („Fiktion eines klar erkennbaren, auch die schwierigen Einzelfragen einheitlich beurteilenden gefundenen Volksempfindens…").

306 Das war die (alternative) erste Vorrausetzung der Strafbarkeit nach dem geänderten § 2 StGB (RGBl. 1935 I S. 839): „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. …".

307 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), S. 175 f.: keine „Lösung der Bindung des Richters an das Gesetz", weil Grundgedanken des Strafgesetzes erste und vorrangige Voraussetzung der Strafbarkeit; gesundes Volksempfinden keine „zweite Rechtsquelle", denn „diese Meinung wäre nur haltbar, wenn das gesunde Rechtsempfinden des Volkes für sich allein imstande wäre, die Strafbarkeit … zu begründen". Das widersprach der NS-Ansicht, vgl. o. Kap. II 1. mit Fn. 83.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schule) abstempelt,[308] so zeigt dies eine nicht nachvollziehbare Gegnerschaft zur gesamten Strömung des Neukantianismus, die die „Mannigfaltigkeit"[309] dessen, was als Neukantianismus verstanden wird, souverän ignoriert (was möglicherweise auf seine selektive Rezeption in Lateinamerika zurückzuführen ist).[310] Zaffaroni ordnet bestimmte Denker dem (juristischen) Neukantianismus zu, ohne überhaupt zu definieren, was darunter zu verstehen ist.[311] Ohne diese konzeptionelle Klärung kann man aber die inhaltliche Nähe eines bestimmten Autors zum Neukantianismus nicht belegen; man kann allenfalls auf ein Lehrer-Schüler Verhältnis verweisen, aber die Kategorisierung eines Lehrers als Neukantianer hat ebenfalls die Begriffsbestimmung des Neukantianismus zur Voraussetzung.[312]

Beim Neukantianismus handelt es sich nun um „keine abgeschlossene Schule",[313] sondern um eine seit Ende des 19. Jh. existierende „vielfältig verzweigte politische Bewegung",[314] die höchst unterschiedliche (individualis-

308 *Zaffaroni* (2017), S. 232 (in Abgrenzung zum überzeugten Nazi Dahm feststellend: „ … los neokantianos la asumían solo como *tecnócratas al servicio del régimen que fuese.*" [Herv. im Original]). Im Übrigen hält er die Kritik Dahms am Neukantianismus für grundsätzlich berechtigt (*Zaffaroni* (2017), S. 235 ff. ["críticas en general coherentes", 237]), wirft diesem aber zugleich vor, dass er die neukantianische Verbrechenslehre nur vollständig zerstören wollte, um auf ihren Ruinen den NS-Einheitstäterbegriff aufzubauen und die schrecklichen Verbrechen des NS-Staates legitimieren zu können (ebd., S. 237). Dahm zeige sich zwar als „intelligenter Dogmatiker", indem er die internen Widersprüche des neukantianischen Verbrechensmodells aufdeckte, doch nur um so die NS-Verbrechenslehre durchzusetzen (ebd., S. 238).

309 *Wiegand* (2014), S. 93.

310 Vgl. *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), 231, wonach in Hispanoamerika nur die „modalidad iliberal" des strafrechtlichen Neukantianismus durch Übersetzungen bekannt geworden sei.

311 Zu diesem verbreiteten Fehler *Wapler* (2008), S. 41.

312 Zu den hier genannten Kriterien (Lehrer/Schüler Verhältnis und inhaltliche Nähe zum Neukantianismus) vgl. *Wapler* (2008), S. 148.

313 Vgl. etwa *Holzhey*, in: Ritter (1984), Sp. 749, F. Paulsens zierend („…keine abgeschlossene Schule, sondern das Bestreben, diejenigen Begriffe, mit welchen wir operieren, einer erkenntnistheoretischen Prüfung zu unterwerfen"); *Ziemann* (2009), S. 23 („keine geschlossene Gestalt").

314 *Wapler* (2008), S. 29 („Sammelbezeichnung").

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tische und kollektivistische)[315] Strömungen in sich vereinte.[316] Gemeinsam war diesen Strömungen immerhin der Versuch einer Antwort auf das szientistisch-materialistische Weltbild des 19. Jh.,[317] wobei der Übergang vom Materialismus zum (neukantianischen) Idealismus durch vermittelnde Ansätze erfolgte, die das reduktionistisch-szientistische Weltbild (zunächst) nicht gänzlich verwerfen, sondern ergänzen wollten.[318] Um die Jahrhundertwende haben sich mit der Marburger (logizistischen) und der badisch-südwestdeutschen (werttheoretisch-kritizistischen) Richtung zwei Hauptrichtungen[319] herausgebildet,[320] wobei als deren wichtigste Repräsentanten einerseits Cohen, Natorp und – rechtsphilosophisch ausgerichtet – Stammler sowie andererseits Windelband, Rickert, Lask sowie – rechtsphiloso-

315 Dies betont *Wapler* (2008), S. 18 ff., 213 ff., für die das unterschiedliche individualistische oder kollektivistische Verständnis des Rechtswerts maßgeblich für die rechtsphilosophisch-methodische Ausrichtung – eher am Einzelnen oder an der Gemeinschaft orientiert – war, wobei auch sie die Vielseitigkeit der einzelnen Auffassungen hervorhebt.

316 Dazu m.w.N. *Holzhey*, in: Ritter/Gründer (1984), Sp. 747 ff. (Darstellung der seit ca. 1875 existierenden Strömungen, die sich sowohl inhaltlich wie geographisch unterschieden und nach L.W.Beck „little in common" hatten [zit. ebd., 750]); auch *Österreich* (1951), S. 416 ff. (sieben „Richtungen im Neukritizismus" unterscheidend [417]).

317 Dazu instruktiv *Wiegand* (2014), S. 41 ff.; auch *Lepsius* (1994), S. 304 (Kompensation der Defizite der naturwissenschaftlichen Methode); *Murmann* (2005), S 104 f. („Wendung gegen das naturwissenschaftliche Denken", „Selbständigkeit der Geisteswissenschaften gegenüber den Naturwissenschaften").

318 Vgl. *Wiegand* (2014), S. 47 ff. (insbesondere auf R.H. Lotze und F.A. Lange eingehend).

319 *Zaffaroni* (2017) nennt diese nur en passant auf S. 166.

320 *Holzhey*, in: Ritter/Gründer (1984), Sp. 750 f. (ausgehendes 19.Jh. und beginnendes 20. Jh); s. auch *Wapler* (2008), S. 29 ff., 38 ff.; *Lepsius* (1994), S. 305. Zur Marburger Richtung *Müller* (1994), S. 1 ff., der allerdings die Existenz einer einheitlichen Rechtsphilosophie der Marburger und damit einer „Schule" i.e.S. in Frage stellt (ebd., S. 8) und eher von einer „rechtsphilosophische[n] Arbeitsgemeinschaft" (S. 6) sprechen will, deren Existenz allerdings auch schon „spätestens 1913" (S. 6) wegen des unauflösbaren „Widerstreit[s] von Naturrechtsdoktrinen und rechtspositivistischen Auffassungen" (S. 3) „als gescheitert anzusehen war" (S. 6). Zur südwestdt. Richtung eingehend *Wapler* (2008), S. 16 f. („werttheoretische Traditionslinie"), 40 f. (ihre Vielfältigkeit betonend) u. passim, die zwischen dem philosophischen Wertbegriff (S. 29 ff.) und – darauf aufbauend – dem juristischen Wertbegriff (S. 147 ff.) unterscheidet sowie nachweist, dass sich nur bei Lask Übergänge zur Rechtsphilosophie (Kollektivismus, teleologische Begriffsbildung) finden (S. 144 ff., 151 f.); zwischen philosophischem und juristischem Neukantianismus auch unterscheidend *Lepsius* (1994), S. 304 ff., 318 ff.; zum strafrechtlichem Neukantianismus insbes. *Ziemann* (2009), S. 25 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

phisch ausgerichtet – Radbruch[321] und Kelsen[322] genannt werden können.[323] Für jeden dieser Autoren müsste jedoch gesondert untersucht werden, wie er sich persönlich zum Nationalsozialismus verhielt sowie ob und ggf. wie seine Lehre dem NS-Strafrecht Vorschub geleistet oder diesem gedient hat. Andere Autoren, etwa die von Zaffaroni genannten Mezger[324] und Schwinge/Zimmerl, mögen zwar neukantianisch beeinflusst gewesen sein – was freilich wegen der Bedeutung des Neukantianismus zu Beginn des 20 Jh. auf fast alle geisteswissenschaftlichen Autoren zutreffen dürfte und deshalb wenig aussagekräftig ist –; sie gehörten aber jedenfalls nicht zu den bedeutenden Repräsentanten des Neukantianismus (der als Strafrechtler bedeutende(re) Mezger noch weniger als Schwinge). Die Zuordnung fällt im Übrigen schon deshalb schwer, weil auch im strafrechtlichen Neukantianismus[325] – ebenso wie im juristischen Neukantianismus allgemein – kein geschlossenes Lehrgebäude existierte.[326]

Die *Kerninhalte* des (juristischen) Neukantianismus sind denn auch nicht einfach zu bestimmen.[327] Schon die Verbindung zur Philosophie Kants ist komplizierter als der Name „Neu*kantianismus*" vermuten lässt, ging es doch nicht einfach um eine „Rückkehr zu Kant",[328] sondern eher um eine neoidealistische Weiterentwicklung seiner Erkenntnistheorie mit

---

321 Zu Radbruch eingehend *Wiegand* (2014), S. 103 ff.; auch *Kaufmann/von der Pfordten*, in: Hassemer et al. (2016), S. 80 ff.; *Mahlmann* (2017), S. 179 ff.

322 Zur neukantianischen Beeinflussung der Reinen Rechtslehre Kelsens vgl. *Paulson*, in: Alexy et al. (2002), S. 13 ff.; zum rein rechtlichen Neukantianismus Kelsens *Lepsius* (1994), S. 324 ff.

323 *Wapler* (2008), S. 16 f., 29, 38, 39 f.; *Lepsius* (1994), S. 305; *Dreier/Paulson* (1999), S. 236 f.

324 Krit. insoweit selbst *Muñoz-Conde*, Prólogo, in Zaffaroni (2017), S. 20 („un tanto exageradamente"). *Ziemann* erwähnt Mezger insoweit nur beiläufig (z.B. S. 123 mit Fn. 661) und zählt ihn ausdrücklich nicht zu den neukantianischen Strafrechtlern (S. 126 mit Fn. 678).

325 *Ziemann* (2009), S. 119 ff. unterscheidet insoweit drei Hauptphasen: (i) Anfänge des neukantianischen Strafrechtsdenkens um 1900, (ii) Popularisierung in den 1920er Jahren und (iii) Niedergang im Methoden- und Richtungsstreit der 1930er Jahre.

326 *Ziemann* (2009), S. 103 f., 106 ff. nennt als strafrechtliche Hauptvertreter des Neukantianismus neben M.E. Mayer, E. Wolf und Grünhut immerhin Schwinge (näher Ziemann, a.a.O., S. 117 ff., Nachw. in Fn. 529), betont aber die Schwierigkeit der Zuordnung, weil der südwestdeutsche Neukantianismus kein „geschlossenes Strafrechtssystem" vorgelegt habe (ebd., S. 103).

327 *Wapler* (2008), S. 23 („außerordentlich unklar").

328 So noch der Begründer des Marburger Neukantianismus *Lange* (1915), S. 3 („auf Kant zurückgehen"). Nachweise auf frühere Neukantianer (Liebmanns etc.) bei *Österreich* (1951) IV, S. 418.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

starkem hegelianischem Einschlag.[329] So entwerfen etwa Windelband und Rickert ein kollektivistisches Verständnis von Recht und Staat, das von Kants individualistischer und freiheitssichernder Intention wenig übrig und den Einfluss Fichtes und Hegels erkennen lässt.[330] Das Bemühen um die Erkenntnis der „apriorischen Grundbegriffe des Rechts"[331] mittels einer aktiven Rolle des Subjekts im Erkenntnisprozess[332] und apriorischer, „gegenstandserzeugender"[333] Begriffsbildung zeigt andererseits die Nähe zu Kants Erkenntnistheorie.[334] Aus methodischer Sicht handelt es sich beim Neukantianismus somit um eine *wissenschaftliche Erkenntnistheorie*,[335] die in ihrer juristischen Spielart zu einer *Erkenntnistheorie des Rechts* wird.[336] Eine weitere zentrale Gemeinsamkeit des neukantianischen Denkens besteht im *Methodendualismus*, d.h. der Differenzierung von Wirklich-

329 *Wapler* (2008), S. 31 f. (Anlehnung an die Kantische Erkenntnistheorie in den ersten neukantianischen Schriften Mitte des 19. Jh.), 33 ff. (neoidealistische Weiterentwicklung von Kants Erkenntnistheorie); zu den „erkenntnistheoretischen Divergenzen" zwischen Kant und der sog. Marburger Schule vgl. *Müller* (1994), S. 11 mit Fn. 18. Vgl. auch *von der Pfordten*, JZ 2010, 1022 ff., der nicht nur „wenig" Kantianismus im Neukantianismus sieht (zwar Weiterentwicklung und Veränderung des Kantianismus, mit dem er aber, „richtig verstanden, wenig … zu tun hat." [1022]; Hinwendung zu Neuhegelianismus Anfang des 20 Jh. [1023]; Methodendualismus zwar „genuin südwestdeutsch neukantianisch", aber „sehr unkantisch" [1024]), sondern auch die Kernelemente der Radbruch'schen Rechtsphilosophie – Recht müsse auf Rechtsidee, also Gerechtigkeit, gerichtet sein – weder bei Kant noch bei den Heidelberger Neukantianern ausmacht (1025); vgl. auch *von der Pfordten* (2004), S. 333-379, wo er die Radbruch'sche Rechtsidee auf Hegel zurückführt und deshalb dessen Neukantianismus zum Neuhegelianismus erklärt.

330 *Wapler* (2008), S. 25.

331 *Braun* (2001), S. 6.

332 *Wapler* (2008), S. 44, 173.

333 *Lepsius* (1994), S. 333 („Wirklichkeitsverständnis, das durch die Methode erst erzeugt wird…"); diff. zum Gegenstandbegriff *Wapler* (2008), S. 45 f., 156 f.; zur nationalsozialistischen, gegenstandsaufhebenden Begriffsbildung s. folgender Abschnitt (4.) mit Fn. 395.

334 Explizite Rückführung auf Kant bei *Ziemann* (2009), S. 33 ff., insbesondere seine apriorische Form der Erkenntnis (S. 36 ff.); s. auch *Mittasch* (1939), S. 126 („Erkenntnis des theoretischen Richtigen" als Ziel der Rechtswissenschaft); *Murmann* (2005), S. 104 („Rückbesinnung auf den erkenntnistheoretischen Ansatz Kants").

335 *Österreich* (1951), S. 416 („Betonung der Bedeutung des Denkens für die Erkenntnis…").

336 *Wiegand* (2014), S. 90 f. („Metatheorie der Erkenntnis"); *Lepsius* (1994), S. 335 mit Fn. 108; *Wapler* (2008), S. 148; *Ziemann* (2009), S. 32 ff. (Erkenntnistheorie als Methode); auch *Braun* (2001), S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit (Materie, Sein) und Wert (Form, Sollen).[337] Damit wird der Wertbegriff im (werttheoretisch ausgerichteten) südwestdeutschen Neukantianismus zwar formal verstanden,[338] aber ansonsten – ganz im Sinne der o.g. individualistischen und kollektivistischen Strömungen[339] und der Differenz zwischen Wertabsolutismus und -relativismus – nicht einheitlich verwendet;[340] im juristischen südwestdeutschen Neukantianismus haben sich, vor allem mit Radbruch, wertrelativistische Haltungen durchgesetzt.[341] Aus der Wertung des aktiven Subjekts werden – davon unabhängige – Werte, woraus sich die Unterscheidung zwischen (individuell gesetzten) Wertungen und (der wissenschaftlichen Erkenntnis zugänglichen) Werten ergibt.[342] Der Wertphilosophie[343] kommt eine Legitimationsfunktion zu;[344] sie führt zur Widerlegung der naturwissenschaftlichen Faktizität des

---

337 *Wapler* (2008), S. 37 f., 42 f., 155 f.; *Lepsius* (1994), S. 333; *Dreier/Paulson* (1999), S. 13, 237; *von der Pfordten*, JZ 2010, 1024, 1026; instruktive Abb. bei *Kaufmann/von der Pfordten*, S. 82; diff. *Ziemann* (2009), S. 105 f.; zum Ursprung des Sein-Sollen Gegensatzes bei Kant *Loos* (1970), S. 36 ff. – Radbruch selbst hat daraus allerdings mit der weiteren Kategorie des Rechts als „Kulturerscheinung" einen Methodentrialismus und damit seine Rechtsphilosophie zu einer „Kulturphilosophie des Rechts" gemacht (vgl. *Dreier/Paulson* (1999), S. 6 mit Fn. 2, 25; S. 237 f.; *Wapler* (2008), 155, 194 f., 201 f.).

338 *Wapler* (2008), S. 43, 157.

339 O. Fn. 315.

340 *Wapler* (2008), S. 26 f. (z.B. str., ob der einzelne Mensch oder die Gemeinschaft als oberster Zweck des Rechts angesehen werden sollen), 31 (absolutistisches Wertverständnis bei Windelband, Rickert und Lask vs. relativistisches bei rechtsphilosophischen Neukantianern, insbes. Radbruch, s. folg. Fn.), 41 ff. (Wertlehre des südwestdt. Neukantianismus zwischen Metaphysik und Relativismus); auch *Ziemann* (2009), S. 71 ff. (objektiver u. absoluter Anspruch von eigentlich subjektiv u. relativ erscheinenden Wertungen); diff. zu Windelband und Rickert hinsichtlich des Sein-Sollen Gegensatzes *Loos* (1970), S. 39 ff.; allg. *Braun* (2001), S. 6 (Anerkennung eines Wertbezugs und der Gerechtigkeit als Ziel des Rechts).

341 *Wapler* (2008), S. 160 f. (Radbruch, Kelsen als Vertreter eines strikten Wertrelativismus gg. die überwiegende Zahl der von der absoluten Werttheorie Windelbands und Rickerts beeinflussten Rechtsphilosophen, etwa Stammler und auch M.E. Mayer); zu Radbruch insoweit auch *Ziemann* (2009), S. 86 m.w.N.; zu Jellineks Wertrelativismus *Wapler* (2008), S. 165 ff.

342 *Wapler* (2008), S. 47 f.; auch *Wiegand* (2014), S. 224.

343 Zur „Wertwissenschaft" des südwestdeutschen Neukantianismus *Ziemann* (2009), S. 82 ff.

344 Ausführlich *Ziemann* (2009), S. 70 ff.; zur wertbezogenen (und wirklichkeitsbezogenen) strafrechtlichen Begriffsbildung *Mittasch* (1939), S. 3 f.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechts.[345] Schließlich ist der Neukantianismus *Kulturphilosophie* insofern, als Kultur den (normativen) Gegenbegriff zur Natur bildet und die Wertbeziehung des Neukantianismus („wertbeziehende Kulturwissenschaft") herstellt.[346] Die Wertbeziehung war auch prägend für den strafrechtlichen Neukantianismus, denn ihm ging es um die Ersetzung des positivistisch-naturalistischen durch ein wert- und zweckorientiertes Strafrechtsdenken,[347] welches im Übrigen bis heute in Form des zweckrationalen bzw. funktionalen Strafrechtssystems eine dominierende Rolle spielt.[348]

Was den von Zaffaroni genauer rezipierten (schon oben behandelten)[349] *Schwinge* angeht, so war dieser zwar – als Schüler des neukantianisch geprägten Strafrechtlers Max Grünhut[350] (der, wie oben erwähnt, von den Nazis aus dem Amt entfernt wurde) – zunächst in seiner teleologischen Begriffsbildung neukantianisch (werttheoretisch) beeinflusst,[351] hat sich dann aber spätestens 1934 mit seiner, zusammen mit Zimmerl veröffentlichten, Schrift[352] dem konkreten Ordnungsdenken im Sinne Schmitts zu-

---

345 Vgl. *Wolf* (1933), S. 27 (Wiederentdeckung des Rechts „als einen Wert … und … nicht bloß als Faktum …"); zum (Rickert'schen) Neukantianismus als Komplementärtheorie des Positivismus (Empirismus) *Welzel* (1962), S. 190 (Jaensch zitierend); *Loos* (1970), S. 4.

346 Vgl. *Mittasch* (1939), S. 3, 18 f., 22 f. (Wertbeziehung als Ausdruck des „spezifisch kulturwissenschaftliche[n] Charakter[s] der Rechtswissenschaft" [3]); *Ziemann* (2009), S. 56 ff. (Kultur als Vorgabe und Aufgabe). Die „wertbeziehende Kulturwissenschaft" wird von Lask auf das Recht übertragen (ebd., S. 63 ff.) und spielt auch bei Radbruch (Methodentrialismus, o. Fn. 337) eine wichtige Rolle (ebd., S. 65 ff., 101 f.). Zum wertbezogenen, kulturwissenschaftlichen Denken im Rahmen der Rechtsgutslehre *Amelung*, in: Alexy (2002), S. 363, 365 ff.

347 Und zwar seit Liszt, vgl. *Mittasch* (1939), S. 20 ff., 84 ff.; auch *Ziemann* (2009), S. 143.

348 Zusf. m.w.N. *Roxin* (2006) § 7 Rn. 26 ff.; *Jakobs* (1993), S. VII f. („(Re-)Normativierung der Begriffe"), 5 f. (inhaltliche Bestimmung der strafrechtlichen Begriffen von den Aufgaben des Strafrechts, insbes. der generalpräventiven Normbestätigung); auch *Schünemann*, in: ders. (1984), S. 45 ff. (Roxin'sche Zuordnung der Systemstufen im Verbrechensaufbau „zu einzelnen Leitwerten als „fruchtbare[r] Fortentwicklung des im Wertrelativismus versandeten Neukantianismus" [47], das „zweckrationale Systemdenken" als „Fortentwicklung des Neukantianismus" [51]; „frappierende Renaissance" der Begriffsbildungstheorie des Neukantianers Lask durch Jakobs [54]).

349 O. 2. mit Fn. 252 u. Haupttext.

350 Zu seiner neukantianischen Prägung *Ziemann* (2009), S. 115 ff.

351 Vgl. *Cohn* (1973), S. 2 (Einfluss von Windelband u. Rickert); *Wapler* (2008), S. 151 f., 211 (Einfluss von Lask); zu Schwinges teleologischen Rechtsgutsbegriff *Amelung* (1972), S. 133 f., 134 ff. (krit.).

352 O. 2. mit Fn. 253 ff. u. Haupttext.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gewendet,[353] seinen Rechtsgutsbegriff nationalsozialistisch aufgeladen[354] und den neukantianischen Methodendualismus verworfen.[355] Insoweit bestand eine Übereinstimmung mit der von ihm bekämpften Kieler Schule und zwar nicht nur hinsichtlich deren Gegnerschaft zum Neukantianismus,[356] sondern auch hinsichtlich der „unzweifelhaft klaren nationalsozialistischen Grundhaltung,"[357] weshalb man durchaus von einem (methodischen) „Scheingefecht" zwischen Schwinge und den Kielern sprechen kann.[358] Demgegenüber erklärt sich der Niedergang des Neukantianismus in den 1930er Jahren bei zunehmender Stärke der NS-Bewegung, ganz anders also von Zaffaroni insinuiert, aus seiner weltanschaulichen Neutralität,[359] für die es eben in Zeiten völkisch-rassistischer Präpotenz keinen Raum mehr gab.

Was die *teleologische Begriffsbildung* angeht, so wurde diese bekanntlich nicht nur von nationalsozialistisch orientierten Neukantianern, sondern schon vorher von den (jüdischen) Opfern (Grünhut,[360] Honig[361]) nationalsozialistischer Verfolgung vertreten.[362] Dies ist keineswegs überraschend, denn teleologische Begriffsbildung ist nichts anderes als die Konsequenz der neukantianischen, wertbezogenen Vor- und Umformung der strafrechtlichen Begriffe.[363] Als solche existiert sie bis heute im zweckrationalen Strafrechtssystem[364] und ist anerkannte Auslegungsmethode.[365] Was die

---

353 O. 2. mit Fn. 270 ff.

354 O. 2. mit Fn. 286 u. Haupttext. Krit. auch *Amelung* (1972), S. 139, 229.

355 *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 47 in fine, 58 (für Übereinstimmung von Recht u Ethik, „keine Gegensätze"); s. aber auch ebd., S. 50 (gg. völlige Übereinstimmung). Zu ihm auch *Wapler* (2008), S. 254.

356 Z.B. *Schaffstein*, ZStW 56 (1937), 105 („… neueste Entwicklung im Zeichen der Abkehr von" Wertphilosophie der südwestdeutschen Schule), 106 („vom Neukantianismus zu einer teils phänomenologisch, teil hegelianisch beeinflußten Begriffsbildungslehre …", neukantianische Dogmatik mit teleologischer Begriffsbildung, abstrakter Tatbestandslehre, materieller Rechtswidrigkeit u. normativer Schuld als „bereits überwundenes Durchgangsstadium").

357 *Wolf*, DRWis 4 (1939), 172.

358 *Garbe* (1989), S. 28; s. schon o. 2. mit Fn. 264.

359 *Ziemann* (2009), S. 130 ff. (130).

360 Zu Grünhut insoweit m.w.N. *Ziemann* (2009), S. 116 f.

361 Vgl. *Honig* (1919). Zu ihm insoweit auch *Ziemann* (2009), S. 118 mit Fn. 625 („der eigentliche Begründer der ‚teleologischen Begriffsbildung'"); zu seinem Rechtsgutsbegriff *Amelung* (1972), S. 130 ff., 134 ff. (krit.).

362 Zu Stammlers teleologischer Betrachtungsweise *Ziemann* (2009), S. 101.

363 Zu dieser *Mittasch* (1939), S. 30 f.; *Ziemann* (2009), S. 135 ff.

364 O. Fn. 348.

365 Vgl. etwa *Zippelius* (2012), § 10 II.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Zaffaroni ferner in Bezug genommen „Marburger Schule" angeht, so identifiziert er augenscheinlich Schwinge mit dieser. Von ihren o.g. Hauptrepräsentanten wurde aber nur Stammler von den Nationalsozialisten vereinnahmt,[366] Cohen hingegen schon wegen seiner jüdischen Abstammung bekämpft;[367] Stammlers Schulzugehörigkeit wiederum wird – nicht zuletzt wegen seines Gegensatzes zu Cohen – bestritten.[368] Die linksliberalen, rechtsphilosophisch orientierten Neukantianer[369] nennt Zaffaroni schließlich nur en passant und nicht vollständig.[370] Die meisten von ihnen waren die Verlierer und Opfer der NS-Machtübernahme,[371] während sich andere Neukantianer mit dem Regime arrangierten oder es aktiv unterstützten.[372] Zu diesen gehören Dahm (Schüler von Radbruch) und auch Erik Wolf (Schüler von Lask),[373] die Zaffaroni aber in anderem Zusammenhang nennt; auf sie werden wir in Kap. V und VI zurückkommen. Alles in allem ist damit Zaffaronis Vorwurf gegenüber dem Neukantianismus viel zu pauschal; die erforderliche gründliche Untersuchung der von ihm genannten (oder anderer „neukantianischer") Autoren mit Blick auf einen eventuellen Beitrag zum Nationalsozialismus unterbleibt.

---

366 Vgl. *Müller* (1994), S. 9 f. m.w.N.

367 Vgl. etwa *Riecke* (1935), S. 11 ff., der die Distanz des (Marburger) Neukantianismus zum NS-Rassismus schon darin begründet sieht, dass Cohen, als „Hauptvertreter dieser Richtung", Jude sei und „in seiner Systematik eine Philosophie" verfolge, „die aus der psychologischen Grundhaltung des Judentums stammt und von ihm selbst in seiner Ethik als Höhepunkt des geistigen Lebens proklamiert wird." (ebd., S. 11) In der Sache ist aber Cohens Erkenntnistheorie – Sein als „das Sein des Denkens" – mit dem NS-Rassismus schon deshalb unvereinbar, weil dieser das „Sein des Denkens" nicht als erschöpfend betrachten kann, sondern ihm Wert und echtes Leben hinzufügen muss (dazu ebd. S. 13 f.).

368 Vgl. *Müller* (1994), S. 3 („Schulzugehörigkeit … verneint"), 8 ff. („vermeintliche Abkehr") m.w.N.

369 Die Nähe zum demokratischen Sozialismus, insbesondere der Marburger Richtung, betont *Lepsius* (1994), S. 305 f.

370 *Zaffaroni* (2017), S. 169, wo er Radbruch, M.E. Mayer, Grünhut, Freudenthal, Goldschmidt und H. von Weber, aber etwa nicht Kelsen, nennt.

371 *Ziemann* (2009), S. 131 nennt als strafrechtliche Neukantianer insoweit Grünhut, Radbruch und Honig.

372 *Ziemann* (2009), S. 132 nennt als strafrechtliche Neukantianer insoweit E. Wolf, Schwinge und Mezger (obwohl dieser von ihm selbst gar nicht zu den Neukantianern gezählt wird, o. Fn. 324).

373 Wolf war nach *Amelung*, in: Alexy (2002), S. 369 der „'shooting star' der neukantianischen Strafrechtswissenschaft".

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Kollektivismus und materiale Wertlehren als Wegbereiter des NS-Strafrechts?

In der Sache liegen die Dinge viel komplizierter. Zwar lässt sich eine gewisse Nähe des absolutistischen Wertverständnisses und kollektivistischen Ansatzes der südwestdeutschen Schule zu totalitären Ideologien ausmachen,[374] zumal sich mit Rickert auch einer ihrer bedeutendsten Vertreter dem Nationalsozialismus zugewandt hat;[375] doch lässt sich daraus keine lineare Entwicklung vom Neukantianismus zum NS-Regime ableiten, und zwar mindestens aus zwei Gründen. Zum einen präjudiziert die Art des Wertverständnisses nicht den Inhalt der propagierten Werte wie auch Wertabsolutismus/Kollektivismus von zahlreichen Vertretern des juristischen Neukantianismus abgelehnt wurden. So hat insbesondere Radbruch einerseits einen Wertrelativismus bzw. -pluralismus vertreten[376] und andererseits die Gerechtigkeit als Ausdruck der Rechtsidee zum obersten Zweck des Rechts erklärt.[377] Zum anderen sind die (methodischen) Grundannahmen des Neukantianismus, insbesondere der Methodendualismus, nicht mit

---

374 Vgl. etwa zur völkischen „Staatsidee" als Endpunkt des wertbezogenen Strafrechtsbegriffs *Mittasch* (1939), S. 4, 25 f., der i.Ü. fest auf dem Boden des NS-Rechts steht (s. etwa seinen Hinweis auf „Jude" im Nürnberger Blutschutzgesetz als deskriptiver Begriff [S. 50] und seine Anerkennung nationalsozialistischer Reformbemühungen [S. 100]); *Riecke* (1935), S. 11 sieht sogar die südwestdeutsche Schule, im Gegensatz zum Marburger Neukantianismus, „ohne weiteres mit der Problematik des Rassegedankens" vergleichbar, weil sie „durch irrationale Seinselemente" bestimmt sei; krit. auch *Cattaneo* (2001), S. 222, 225 (neukantianisches Wertverständnis des Rechtsguts als Abkehr vom liberalen Rechtsgutsverständnis). Zur Nähe von Radbruchs Transpersonalismus (1932, S. 54 ff. [*Dreier/Paulson* (1999), S. 58 ff.]) zur NS-Ideologie s. *Wiegand* (2014), S. 187 ff.; krit. *Wapler* (2008), S. 229 f. Radbruchs Wertrelativismus/-pluralismus (u. Fn. 376) und sein Begriff der Rechtsidee (u. Fn. 377) sprechen jedenfalls gegen totalitäre Tendenzen.

375 *Wapler* (2008), S. 32, 140 ff.

376 In seiner Rechtsphilosophie betont *Radbruch* (1932) schon im Vorwort (S. VI [zit. nach *Dreier/Paulson*, 1999, S. 3 f.]), dass gegen den aufkommenden Irrationalismus an Rationalismus und Relativismus („als gedankliche Voraussetzung der Demokratie") festgehalten werden müsse; näher zum Relativismus dann ebd., S. 10 ff. [17 ff.].

377 *Radbruch* (1932), S. 30 [zit. nach *Dreier/Paulson*, 1999, S. 34] („Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit."), 32 [37] („Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen."), wobei „Gerechtigkeit in solchem Sinne Gleichheit" bedeute (S. 30 [35]) und im Übrigen die Rechtsidee als Trias von Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit zu verstehen sei (§§ 7-10); dazu auch *Dreier/Paulson* (1999), S. 239.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Nationalsozialismus vereinbar.[378] So stellte Radbruch schon 1933 fest, dass die Unterscheidung von Recht und Moral für den Nationalsozialismus „ein bloßes liberalistisches Vorurteil" sei.[379] Lepsius äußerte 1994, dass der Neukantianismus „für die Entstehung des Nationalsozialismus nicht verantwortlich gemacht werden kann",[380] denn wer „Kantianer war, konnte nicht Nationalsozialist werden."[381] Das ist zwar insofern ein *overstatement*, als die nationalsozialistische Hinwendung bedeutender Neukantianer (wie Rickert und Stammler) zeigt, dass es mehr als eines methodisches Bekenntnisses bedarf;[382] doch bleibt die Grundaussage der Unvereinbarkeit der Grundannahmen des Neukantianismus – Wertrelativismus und Methodendualismus – mit dem Nationalsozialismus richtig.[383] Aus NS-Sicht blieb die ursprüngliche (relativistische) neukantianische Normativierung im Positivismus der existierenden Werte stecken; deshalb war eine darüber hinausgehende (absolutistische) Orientierung an den neuen nationalsozialistischen Wertungen notwendig.[384] In der Tat, der nationalsozialistische *turn* Schwinges von einer ursprünglichen neukantianischen Position einerseits

---

378 Gegen den Methodendualismus bzw. das Trennungsdenken haben sich NS-Autoren explizit gewendet und stattdessen eine Ethisierung gefordert, vgl. schon o. Kap. II 2. mit Fn. 137 sowie u. Kap. V 3. mit Fn. 476. Allerdings bestand auch insoweit Kontinuität zu früheren Auffassungen, s. etwa schon *Liszt*, ZStW 27 (1907), 91 (für eine „Synthese zwischen dem Seienden und dem Seinsollenden" als dem Kern einer „normativen Wissenschaft" u.a. gegen so unterschiedliche Neukantianer wie Windelband, Rickert, Radbruch und Stammler).

379 *Radbruch* (1933/1957), S. 74.

380 *Lepsius* (1994), S. 304.

381 So *Lepsius* (1994), S. 341.

382 Zu Rickert insoweit *Wapler* (2008), 258, die u.a. daraus folgert, dass eine „bestimmte erkenntnistheoretische Auffassung … offenkundig noch keine Immunität gegen totalitäres Gedankengut" verleiht; zu weiteren Gegenbeispielen *von der Pfordten*, ARSP 82 (1996), 593.

383 Vgl. insoweit *Lepsius*' Untersuchung (1994, S. 335 ff. [341]) zu Launs Volksbegriff, der sich zwar in Inhalt und Funktion nicht vom NS-Volksbegriff unterschied, aber am Methodendualismus festhielt und damit nicht das nationalsozialistische seinshafte Wirklichkeitsverständnis mit der Konsequenz gegensatzaufhebender Begriffsbildung übernahm. Insoweit Lepsius grds. zust. *Wapler* (2008), S. 258; *von der Pfordten*, ARSP 82 (1996), 593. Vgl. auch zum Marburger Neukantianismus *Müller* (1994), S. 9, der darauf hinweist, dass wegen der NS-Aversion „gegen das Denken im kritischen Geiste Kants" die Marburger insgesamt „von den Nationalsozialisten geächtet wurden". Zur Gegnerschaft des antiliberalen Denkens zum südwestdt. Neukantianismus wegen dessen apolitischen Relativismus *Marxen* (1975), S. 170 f.

384 Vgl. grdl. *Schaffstein* (1934), S. 11 ff. (krit. zur wertbezogen-teleologischen Methode des südwestdeutschen Neukantianismus [11], der es mit ihrem „ethischen

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und die durchgängige NS-Opposition Radbruchs andererseits bestätigen die Vermutung, dass eine wertrelativistische, weltanschaulich neutrale Position (wie sie immer Radbruch eingenommen hat)[385] demokratieaffiner bzw. diktaturfeindlicher ist als eine wertabsolutistisch-ethisierende Position (wie sie von Schwinge eingenommen wurde).[386]

So ist denn auch in der weiteren Entwicklung zwischen dem (ursprünglich) formalen, erkenntnistheoretisch ausgerichteten Neukantianismus und den daraus hervorgegangenen,[387] seit den 1930er Jahren herrschenden[388] materialen, phänomenologisch ausgerichteten *Wert- bzw. Seinslehren* im Sinne eines Max Scheler[389] und Nicolai Hartmann[390] zu unterscheiden.[391] Diese können durchaus als rechtsphilosophischer Ausgangspunkt

---

Relativismus" nicht gelingen könne, zu den „richtigen Werten" vorzustoßen [12] und die „eine echte und bewußte politische Wertung" unterlassen habe [13]; stattdessen Orientierung an den neuen völkisch-rassistischen Wertungen des totalitären NS-Staates samt Führerprinzip [18 ff., 23 ff.]).

385 Daran ändert auch die kritisch-differenzierte Würdigung („Relativierung") des sog. „Entwurf Radbruch" zu einem Allgemeinen deutschen StGB von 1922 durch *Goltsche* (2010), S. 367 ff. (396) nichts (s. krit. auch *Vormbaum* (2011), S. 17 ff.). Ihre durchaus zutreffende Kritik, insbesondere an der (Liszt'schen) täterstrafrechtlichen Subjektivierung des Entwurfs mit gesinnungsstrafrechtlicher Tendenz und der besonders strengen Behandlung der sog Gewohnheitsverbrecher (*Goltsche*, a.a.O., S. 370 ff., 385, 391, 395 f.) ist auf Radbruchs Beeinflussung durch seinen Lehrer Liszt, aber auch auf realpolitische Faktoren zurückzuführen (vgl. auch ebd., S. 7 f., 387 ff.), die an der wertrelativistischen, weltanschaulich neutralen und damit grundliberalen Position Radbruchs nichts ändern.

386 Welzel hat dies bekanntlich anders gesehen und den Radbruch'schen Relativismus gerade deshalb kritisiert, weil er „zwangsläufig" „zur Auslieferung des Rechts an die Macht" führe (*Welzel*, 1962, S. 188, 252).

387 *Amelung* (1972), S. 226 u. passim spricht insoweit von nach-neukantianischen Lehren bzw. Lehren, die „den Neukantianismus ablösten" (S. 224); *Wapler* (2008), S. 24, 27, 243 spricht von einer Hinwendung bzw. Übergängen zu materialen Seinslehren.

388 *Wapler* (2008), S. 162.

389 *Scheler* (1916); *Scheler* (1919).

390 *Hartmann* (1926).

391 Diese Unterscheidung betont auch *Schmitt*, FS Forsthoff, 1967, S. 37 (44, 49); ebenso *Wiegand* (2014), S. 79 f. (südwestdeutschen Neukantianismus „keine Wert*ethik*" [„unzulässige Ethisierung"], sondern „eine Philosophie der *theoretischen Geltung*" [Herv. im Original]); bzgl. der metaphysikkritischen Grundhaltung des (skandinavischen) Neukantianismus (allerdings nur Verweis auf Hageström) *Lindner* (2017), S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder Grundlage des Nationalsozialismus betrachtet werden,[392] denn sie haben den neukantianischen Formalismus und seine weltanschauliche Neutralität gerade bekämpft[393] und stattdessen die (nationalsozialistische) Verschmelzung von Sein und Sollen – mit der Konsequenz der Durchdringung bzw. Orientierung des Sollens von bzw. an der Wirklichkeit (an den konkreten Volks- und Lebensordnungen)[394] und gegensatzaufhebender Begriffsbildung[395] – sowie die Ethisierung und metaphysische Vergeistigung des (Straf-)Rechts[396] propagiert. Gegen ihren Irrationalismus wiederum aber hat sich gerade – der von Zaffaroni als Hauptvertreter eines nationalsozialistischen Neukantianismus angeführte – Schwinge gewendet.[397] Gleichwohl wird man immerhin sagen können, dass der *absolutistisch-kol-*

---

392 Zur NS-Tendenz der Wertlehren etwa *Amelung* (1972), S. 141 („Hypostasierung des güterkonstituierenden Werturteils"), 224 (gefährlicher für Demokratie als „der neukantianische Relativismus"), 226 ff. (gemeinsamer „Kampf gegen das naturalistische und (formal-)liberale Dogma vom Verbrechen als kausaler Rechtsgutsverletzung" [226], Legitimation „an völkischen Kulturwerten…" [227]); *Wapler* (2008), S. 243 ff.; auch *Frommel,* JZ 2016, 913 (Begünstigung und Erleichterung des Nationalsozialismus, aber keine Nachweise); zum Irrationalismus der Lebensphilosophien (Bergson, Nietzsche, Dilthey) als Voraussetzung der antiliberalen Strafrechtswissenschaft *Marxen* (1975), S. 18, 47 ff. – S. auch den Streit zur phänomenologischen Grundlage der Kieler Lehren bei *Schwinge/Zimmerl* (1934), o. 2. mit Fn. 256 ff. u. Haupttext und dagegen *Dahm* ZStW 57 (1938) 225, 285, u. Kap. V 2. mit Fn. 468 ff. u. Haupttext.

393 Vgl. *Ziemann* (2009) S. 133 („Kritik am neukantianischen Formalismus und … Hinwendung zu einem ontologisch vorgegebenen Material", auf Welzel bezugnehmend); auch *Marxen* (1975), S. 55, 170 f („schwächliche[r] Relativismus" des Neukantianismus).

394 *Wapler* (2008), S. 243; zur NS-Bekämpfung des Methodendualismus auch ebd., S. 32, 249 f., 258.

395 *Lepsius* (1994), S. 146 ff. u. passim (dialektische Aufhebung der natürlichen und geistigen Elemente eines Begriffs, von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert auf einer höheren begrifflichen Ebene sowie von realen Gegensätzen wie zwischen Individuum und Volk auf einer höheren realen Ebene, etwa dem Führerwillen als Ausdruck des Volkswillens [E.R. Huber], so dass die Begriffe „als Verkörperung einer werthaften Wirklichkeit" erscheinen [149, 153], also die normative zur realen „Werthaftigkeit" als neuer Wirklichkeit wird [153 f.]).

396 Zur inhaltlichen Transformation des (ursprünglich formalen) Wertbegriffs insoweit *Ziemann* (2009), S. 138 ff. („Transformation des wertbeziehend-formalen … zu einem wertverwirklichend-materialen Wertbegriff" [141]); auch *Vogel* (2004), S. 72 (sozialethische Aufladung von Kulturgütern im wertbeziehenden Denken). S. aber auch *Cattaneo* (2001), S. 237 f., der das Ethikverständnis Hartmanns in schroffem Gegensatz zum NS-Verständnis sieht.

397 O. 2. mit Fn. 253 ff., 290 ff. u. jeweils Haupttext. Krit. auch *Mittasch* (1939), S. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lektivistische Wertbegriff des südwestdeutschen Neukantianismus den Keim der materialen Wertlehren in sich getragen hat[398] und der Kollektivismus als deren zentrale Grundlage totalitären Tendenzen wie denen des Nationalsozialismus Vorschub leistet, denn ein kollektivistischer Ansatz impliziert gerade die Lösung von Konflikten zwischen Individuum und Kollektiv auf der höheren Ebene der kollektiven Einheit zu Lasten des Individuums.[399] Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Übergang von dem neukantianischen Wertbegriff zu den materialen Wertlehren und von diesen zum Nationalsozialismus keineswegs zwingend oder linear war.[400] Das zeigen unzählige Beispiele, nicht zuletzt die wegen ihrer jüdischen Herkunft verfolgten Denker,[401] aber vor allem ergibt es sich aus der schon angesprochenen methodischen Differenz zwischen diesen Lehren und dem (juristischen) Neukantianismus, insbesondere in seiner wertrelativistisch-pluralistischen Variante (Radbruchs), die einer autoritären Verabsolutierung bestimmter Werte oder einer bestimmten Weltanschauung diametral entgegensteht.[402]

---

398 S. auch *Wapler* (2008), S. 245 („Übergang zu materialen Seinsphilosophien im südwestdeutschen Neukantianismus bereits vorbereitet"), die im Folgenden (S. 246 ff.) „markante Beispiele" für diesen Übergang vorstellt, nämlich die Wendung zum Neuhegelianismus bei Erich Kaufmann u. Binder sowie Sauers Theorie von den Wertmonaden. Weiter kann hier auch Erik Wolf genannt werden, der im Jahre 1933 die „Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung" des neuen Strafrechtssystems u.a. südwestdeutsch-neukantianisch begründet hat und dabei übergangslos auf die Phänomenologie Husserls und Heideggers Bezug genommen hat, mittels derer sich die neukantianische „Einsicht [der Eigenständigkeit des Rechts ggü. der Naturwissenschaft] über das Methodologische hinaus" durchgesetzt habe (*Wolf* (1933), S. 27 f., 32; zu dieser Schrift näher u. Kap. VI 1. mit Fn. 618 ff. u. Haupttext).

399 Vgl. auch *Wapler* (2008), S. 259.

400 Vgl. auch *Wapler* (2008), S. 249 („nicht zwangsläufig", aber „Wendung zum Nationalsozialismus … aus der Sicht eines nationalkonservativen Kollektivismus … durchaus naheliegend …").

401 *Wapler* (2008), S. 249 nennt insoweit den Neuhegelianer Erich Kaufmann. Bei anderen, etwa Binder und Sauer, war die NS-Unterstützung nicht vorbehaltlos; Binder etwa hielt an der Achtung des Individuums fest, vgl. *Wapler* (2008), S. 250 ff.; krit. zu Sauer aber *Jiménez de Asúa* (1947), S. 92 ff. Andererseits wenden sich die Kieler, einschließlich Dahm (Schüler Radbruchs!), gegen den Neukantianismus im Allgemeinen und die teleologische Begriffsbildung im Besonderen, vgl. schon o. 3. mit Fn. 356 (zu Schaffstein) u. *Wapler* (2008), S. 253 f.

402 Die Kehrseite des Relativismus ist sein Mangel menschen-/grundrechtlicher Begrenzung „unrichtigen Rechts", was bekanntlich zu Radbruchs naturrechtlicher „Wende" geführt hat, dazu u. Fn. 419 ff. mit Haupttext.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die klassische Kritik an der Wertbegründung des Rechts,[403] nämlich als Kritik gegen die rein intuitive, inter-subjektiv nicht nachvollziehbare Begründung von Werten, die letztlich zu einer irrationalen „Tyrannei der Werte"[404] über das Recht führe,[405] bzw. jüngst als Kritik an einer metaphysischen Rechtswissenschaft, die ideologisch aufgeladenen, substanzontologischen Wahrheiten bzw. Richtigkeitsurteilen das Wort rede,[406] richtet sich denn in der Sache auch und vor allem gegen die materialen Wertlehren. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Bedeutung von Werten und Wertungen für eine Rechtsordnung schlechterdings nicht bestritten werden kann und in der Tat unvermeidbar ist.[407] Im Kern geht es um eine methodische Kritik, der mit einer Offenlegung und Explikation der jeweiligen Bewertungsgrundlagen begegnet werden kann;[408] diese ergeben sich in einem demokratischen Rechtsstaat aus seiner liberalen, durch die Rspr. konkretisierten Verfassung (Strafverfassungsrecht!). Rationale, intersubjektiv und diskursiv vermittelte sowie verfassungsrechtlich verankerte Wertbegründung trifft damit die gegen die materialen Wertlehren gerichtete Kritik nicht.[409] Es entbehrt zudem nicht einer gewissen Iro-

403 *Bockenförde*, in: Dreier (1990), S. 33 ff.

404 Der Begriff stammt von *Hartmann* (1926), S. 524. Von ihren Kritikern wurde er allerdings gegen sie gewendet, vgl. etwa *Schmitt*, FS Forsthoff (1967), S. 59.

405 Vgl. *Bockenförde*, in: Dreier (1990), S. 41 ff. (Wertdenken fehle „eine rationale, auf diskursive Vermittlung angelegte Grundlage…", so dass es „die Schleuse für das Einströmen methodisch nicht kontrollierbarer subjektiver Meinungen und Anschauungen der Richter und Rechtslehrer sowie der vorherrschenden zeitigen Tageswerte und -wertungen der Gesellschaft" in das Recht führe [S. 41]); in diesem Sinne etwa *Mittasch* (1939), S. 32 f. („ … wertbeziehende Rechtswissenschaft nicht nur verstandesmäßig, sondern zugleich auch 'gefühlsmäßig-kasuistisch' …", weil „Werte und ihre relative Geltung … nicht bis ins letzte rational erfaßbar.").

406 *Lindner* (2017), S. 4 ff., 181 (metaphysische Versuchung als Durchsetzung außerrechtlicher Wert-, Moral- und Gerechtigkeitsvorstellungen durch organisierte Machtstrukturen, etwa in NS-Zeit, weshalb eine metaphysische Selbstbeschränkung vonnöten sei).

407 Zutreffend *Starck*, in: Dreier (1990), S. 47 ff.

408 Vgl. etwa *Starck*, in: Dreier (1990), S. 51 ff., der als Richtigkeitskriterien die intersubjektive Anerkennung in empirisch-historischer und rechtsvergleichender Sicht sowie anthropologische Grundannahmen vorschlägt.

409 Vgl. auch *Starck*, in: Dreier (1990), S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nie, wenn gerade Carl Schmitt[410] und Ernst Forsthoff[411] als Kritiker einer Wertbegründung des Rechts auftreten oder angeführt werden,[412] handelt es sich dabei doch um Autoren, die für die nationalsozialistische Tyrannei und Verabsolutierung der Werte durch ihre rechtstheoretische Absicherung mitverantwortlich waren.[413]

Es hieße aber das Kind mit dem Bade ausschütten, wenn man jegliche Wertbegründung des Rechts wegen der nationalsozialistischen „Tyrannei der Werte"[414] a limine verwerfen wollte.[415] Die angesprochenen (pluralistischen) Werte des liberalen Verfassungsstaates etwa, insbesondere Menschenwürde, Gerechtigkeit und materielle Gleichheit, können durchaus menschenrechtsfeindlichen und totalitären Tendenzen ein normatives Programm entgegensetzen.[416] Ein solches Programm stellt eine notwendige Ergänzung des Positivismus dar, denn wenn auch dieser allein die deutschen Juristen nicht gegen das NS-Unrecht wehrlos gemacht hat,[417] so bedarf es doch der normativ-menschenrechtlichen Begrenzung „unrichtigen

---

410 *Schmitt*, FS Forsthoff (1967), S. 37 ff. (49, 59 ff.). Zur eigenen Rolle schweigt Schmitt allerdings; zwar stellt er einen kritischen Bezug zur nationalsozialistisch-rassistischen Verabsolutierung des deutschen Volks als „Höchstwert" (Hitler) her, aber eben so als ob ihn dies nichts anginge (S. 42).

411 *Forsthoff*, Festgabe Schmitt (1968), S. 185 (190, 209 f.), der vor der leichten „Auf-, Um- und Abwertung" von Werten und damit von als solchen verstandenen Grundrechten warnt („Hätte der Nationalsozialismus 1933 die Grundrechte als Werte vorgefunden, dann hätte er sie nicht abzuschaffen brauchen" [S. 190]) und die „materiale Aufladung des Rechts" (S. 209) genau deshalb ablehnt (auf die „Ab- und Umwertungen" des Jh. hinweisend [ebd.]); gg. ihn *Starck*, in: Dreier (1990), S. 50.

412 Bei *Bockenförde*, in: Dreier (1990), S. 34, 46.

413 Zutreffend insoweit *Robbers*, in: Dreier (1990), S. 162, 167 f. (auf Schmitts Verabsolutierung einzelner Werte und sein Freund-Feind-Denken hinweisend).

414 *Schmitt*, FS Forsthoff (1967), S. 37 ff.

415 Ebenso *Starck*, in: Dreier (1990), S. 50 („Weil sich die Wertungen, die Grundlagen des nationalsozialistischen Regimes waren, letztes Endes für jedermann erkennbar, als menschenverachtend herausgestellt haben, müssen wir nicht zur Fundamentalkritik aller Wertungen als Grundlagen des Rechts schreiten.").

416 Zur entsprechenden menschenrechtlichen Wertorientierung der Rechtsvergleichung s. *Ambos*, RW 8 (2017), 247, 271 f.

417 Diese sog. **Positivismus- bzw. Wehrlosigkeitsthese** *Radbruchs* (SJZ 1 (1946), 105, 107) ist tatsächlich eine *Positivismus-Legende*, denn der Nationalsozialismus hat selbst den – ihn hemmenden – Positivismus bekämpft (vgl. schon o. Kap. II 2. mit Fn. 148 ff., 151 u. o. 2. mit Fn. 265 mit jeweiligem Haupttext) und sich zu seiner Überwindung vor allem auch die – in Teilen durchaus gesetzeskritische – Richterschaft durch Rückgriff auf ein rassisch-völkisch pervertiertes „Naturrechtsdenken" dienstbar gemacht (o. Kap. II 1. mit Fn. 107 und o. 2. mit Fn.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechts". Dies gerade ist die Lehre aus Radbruchs Relativierung seiner auto-

273, 303, jeweils mit Haupttext); eine strikte Gesetzesbindung sollte nur bei NS-Gesetzgebung, insbesondere dem Führerbefehl, gelten (o. Kap. III mit Fn. 194 u. Haupttext). So ist heute auch anerkannt, dass sich die nationalsozialistische Willfährigkeit der deutschen Juristen der Kombination von „einem pervertierten Gesetzespositivismus … und einem pervertierten 'Naturrechtsdenken'" verdankte (*Dreier/Paulson* (1999), S. 248; zust. *Braun*, JZ 2017, 454); vgl. auch *Marxen* (1975), S. 251 f. (Ablehnung strikter Legalität wegen materiellen Verbrechensbegriff und lediglich strikte Bindung an NS-Gesetzgebung/Führerbefehl); *Maus* (1989), S. 81 ff. (zwei falsche Voraussetzungen der Positivismusthese, nämlich Verkennung des Gesetzes- und hinreichend bestimmten Befehlscharakters der NS-Normen [S. 82 ff.] und Verkennung der antipositivistischen Tendenzen schon vor 1933 [S. 84 ff.], tatsächlich „Wertbindung" statt Gesetzesbindung [S. 92]); *Walther*, in: Dreier/Sellert (1989), S. 325 ff., 335 ff. (weder Gesetzes- noch Geltungspositivismus in Weimarer Republik, noch habe sich NS des geltungspositivistischen Arguments bedient); *Wapler* (2008), S. 255 ff. (kein Positivist wandte sich NS zu, NS Lehre war „radikal antipositivistisch" [S. 257]; nicht Positivismus, sondern Unfähigkeit bzw. Unwille der deutschen Juristen, das geschrieben Recht zu verteidigen, hat sie wehrlos gemacht [S. 257 f.]); *Foljanty* (2013), S. 19 ff. (antipositivistische „Richtung" seit 1. Weltkrieg in NS fortgesetzt); *Ott* (2016), S. 25 ff. (Wehrlosigkeitsthese „nachweislich falsch" [S. 27], denn Anti-Positivismus schon in Weimarer Zeit u. NS-Recht selbst antipositivistisch; Juristen mehrheitlich obrigkeitsstaatlich u. antiliberal); *Lindner* (2017), S. 181 (NS Ideologie habe Positivismus verabscheut u. NS-Recht war „metaphysisches Recht, aufgeladen durch außerrechtliche Substanzideologien, die sich mit Hilfe von Begriffen wie Blut, Volk, Rasse, Lebensunwert etc. ihren menschenverachtenden und -vernichtenden Weg gebahnt haben."); *Frommel*, JZ 2016, 913, 916, 919 f. (mit dem richtigen Hinweis auf den Positivismus als Feind des Nationalsozialismus). – Die Positivismus-Legende ist in der **Nachkriegszeit** einerseits von zahlreichen, dem NS-Regime nahestehenden Juristen kolportiert worden (zu Schwinge etwa s. *Garbe* (1989), S. 76 m.w.N.; s. auch *Welzel*, FS Niedermeyer (1953), S. 279 f., wonach „vor 20 Jahren [also 1933!] … völlig unbestritten der Positivismus" „herrschte", das „Dritte Reich „den Rechtspositivismus beim Wort genommen", „mit der positivistischen Lehre … wirklich Ernst gemacht" habe, weshalb „selbst ein Befehl zur Tötung aller blauäugigen Kinder gültig [gewesen] sei, wenn er nur vom Inhaber der höchsten Staatsgewalt ausgeht…"; *Dahm* (1956), S. 15, wonach „[A]uch" (!) im Völkerrecht „die Entwicklung … vom Naturrecht zum Positivismus und vom Positivismus zum Naturrecht zurück" verlaufe; eingehend m.w.N. *Foljanty* (2013), S. 23 ff. (zwischen drei Strömungen unterscheidend); andererseits haben zahlreiche (ursprünglich nationalsozialistisch orientierte) Juristen ihren Kampf gg. den „Strohmann" Positivismus nachträglich zugleich zu einem Kampf gegen das NS-Rechtsdenken stilisiert und sich nach 1945 einer naturrechtlichen Erneuerung verschrieben, um damit ihre Verantwortung zu externalisieren bzw. ihre Schuld zu verschieben (*Walther*, in: Dreier/Sellert (1989), S. 350 mit Fn. 42 a.E.; eingehend zu dieser naturrechtlichen „Wendeliteratur", „Strohmann"-Positivismus und Externalisierung/Schuldverschiebung *Foljanty* (2013), S. 4 ff., 35 f., 37 ff.; krit. zum verbreite-

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ritären, der Rechtssicherheit Vorrang einräumenden Geltungslehre des Rechts[418] durch seine berühmte Radbruch'sche Formel,[419] geht es doch dabei um die Begrenzung „unrichtigen Rechts" durch eine Hinwendung zum Individualismus[420] – der das wertrelativistisch-demokratische Element

---

ten Schweigen, „Netzwerken" und „Wendeliteraturen" *Frommel*, JZ 2016, 917 ff., 2017, 462 (insbesondere zu Welzel) sowie *Rüthers,* JZ 2017, 457 ff.; zur Entlastungfunktion der Positivismuslegende auch *Gross* (2010), Pos. 214). Die „Wehrlosigkeitsthese" wiederum machte Opfer der NS-Verfolgung wie Kelsen, Radbruch etc. zu Tätern (*Foljanty* (2013), S. 38 f.) und diente als Argument gegen die Bestrafung von Rechtsbeugung sowie zur Rehabilitierung der gesamten NS-Justiz (ebd., S. 76 ff. m.w.N.).

418 *Radbruch* (1932), S. 81 [*Dreier/Paulson*, 1999, S. 82] („Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muß jemand festsetzen, was Rechtens sein soll, und … den Widerstreit entgegengesetzter Rechtanschauungen durch einen *autoritativen Machtspruch* … beenden… Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist." [Herv. K.A.]) u. S. 83 [84] („Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, und niemals, ob es auch gerecht sei."). Dazu *Dreier/Paulson* (1999), S. 245 f.; krit. (ausgerechnet!) *Welzel*, FS Niedermeyer (1953), S. 279 („in solchen Lehren ausgebildet" zogen „die deutschen Juristen ins »dritte Reich«") sowie *Bockenförde*, in Dreier (1990), 43 (wonach Radbruch „die deutschen Juristen" mit dieser „Orientierung" „in das NS-Regime entlassen" habe); krit. auch *Walther*, in: Dreier/Sellert (1989), S. 339 f. (weshalb die Positivismus-These Radbruch's zur „Selbstanklage" werde). Zu beachten ist aber, dass Radbruch an Rationalismus und Relativismus festhielt (o. Fn. 376) und schon vor 1933 mit seiner Orientierung an der Rechtsidee und Gerechtigkeit (o. Fn. 377) keinen rein positivistischen Rechtsbegriff vertreten hat (dazu *Wapler* (2008), S. 202 ff.; ebenso *Frommel* JZ 2017, 460, die die „relativistischen Grundlagen" Radbruchs betont).

419 *Radbruch*, SJZ 1 (1946), 105 (107) (Grenze des grundsätzlichen Vorrangs des positiven Rechts, wenn „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat."). Dazu m.w.N. *Dreier/Paulson* (1999), S. 247 ff.; *Wapler* (2008), S. 261 ff. (die im Übrigen von einer Kontinuität von Radbruchs Ansatz ausgehen); gg. eine naturrechtliche Wende Radbruchs ebenfalls *Frommel*, JZ 2016, 916 f.; dafür aber (auf Frommel replizierend) *Braun*, JZ 2017, 452 ff. (mit Gegenüberstellung von Radbruch Zitaten vor und nach 1945) und *Rüthers*, JZ 2017, 459; Duplik wiederum von *Frommel* JZ 2017, 460, 462, die lediglich eine „*persönliche* Wende" (Herv. im Original) bei Beibehaltung der früheren relativistischen (anti-positivistischen und anti-naturrechtlichen) Position anerkennen will. Interessanterweise hat auch der von Frommel für die naturrechtliche Auslegung verantwortlich gemachte Erik Wolf selbst eine „Ungebrochenheit" und „Kontinuität" im Werk Radbruchs ausgemacht (so *Hollerbach*, JZ 2017, 455, 456 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Radbruch'schen Lehre verstärkt – und durch die Anerkennung unveräußerlicher Menschenrechte.[421] So kann es auch nicht verwundern, dass sich das neukantianisch-wertbezogene Denken im Strafrecht der (Bonner und Berliner) Republik des Grundgesetzes gehalten hat.[422]

---

420 *Wapler* (2008), S. 264.; ebenso *Frommel* JZ 2017, 460 (Betonung der „Wichtigkeit einer individualistischen Position" nach 1945).

421 Vgl. *Wiegand* (2014), S. 194 ff. (Konkretisierung der Gleichheit durch Rückgriff auf Menschenrechte). – Der Rückgriff auf naturrechtlich begründete Menschenrechte war freilich in gewisser Weise die Kehrseite der o. Fn. 417 erwähnten Positivismus-Legende, weshalb es nicht verwunderlich ist, dass er sich auch bei eher NS-belasteten Autoren findet; vgl. insbes. *Dahm* (1956), S. 15, wo er für eine „erhöhte Bedeutung" der Menschenrechte im Rahmen eines „geschichtlich und kulturell relativierten Natur- und Kulturrechts mit wechselndem Inhalt" plädiert; auch *Welzel*, FS Niedermeyer (1953), S. 290 ff. (293 f.), wo er neben „sachlogischen Strukturen" (die allerdings den Gesetzgeber „nur relativ" binden [S. 293]) naturrechtlich-menschenrechtliche Maßstäbe (Kant'sche Objektformel, Menschenwürde) als „immanente Grenzen des positiven Rechts", „als immanente materiale Prinzipien, die kein staatlicher Befehl verletzen darf", anerkennt (bei seiner Kritik am Radbruch'schen Relativismus, o. Fn. 386, erwähnt Welzel aber Radbruchs Wende nicht); als unverdächtiger (nachgeborener) Autor *Amelung* (1972), S. 258 (Anerkennung der Kulturwertlehre als Schranke des NS-Terrorismus). Zur Verherrlichung nationalsozialistischer Aussagen durch eine „scheinbar heile[n] Naturrechtsphilosophie" *Eser*, in: Hilgendorf (2010), S. 77, 80 (auf den Öffentlichrechtler Günter Küchenhoff bezugnehmend).

422 Vgl. nur *Roxin* (2006), § 7 Rn. 27 (Ausarbeitung u. Weiterführung der „neukantianischen … Ansätze der Zwischenkriegszeit, die … in der Nazizeit verschüttet worden waren…"); dazu auch *Ziemann* (2009), S. 19; zu den bleibenden „Entdeckungen" *Vormbaum* (2015) S. 151 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845297149-56, am 17.10.2024, 07:21:23
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb