

Kapitel V. Eigenständiges NS-Strafrecht durch die Kieler Schule

1. Grundsätzliche Ausrichtung und Repräsentanten

Die Kieler Schule wollte – in Überwindung jeglicher Relikte des aufgeklärten Liberalismus und in deutlicher Abgrenzung zum nationalsozialistisch aufgeladenen Neukantianismus der Marburger Schule – ein eigenständiges NS-Strafrecht entwickeln.⁴²³ Sie wurde damit zur bedeutendsten strafrechtswissenschaftlichen Stütze des NS-Regimes.⁴²⁴ Zaffaroni widmet ihr deshalb zu Recht drei Kapitel, in denen er i.W. die zentrale Lehre von der Pflichtverletzung⁴²⁵ sowie den Weg zu einem einheitlichen Verbrechensbegriff („Deliktstypus“) – über die Abschaffung der traditionellen (dreistufigen) Verbrechenslehre, insbesondere der Kategorien des Unrechts⁴²⁶ und der Schuld⁴²⁷ – darstellt.

Was zunächst die Kieler Schule selbst angeht, so beschreibt Zaffaroni sie – in Übereinstimmung mit der deutschen Forschung⁴²⁸ – als Stoßtruppenfakultät.⁴²⁹ Ihre strafrechtlichen Protagonisten waren Georg Dahm (1904-1963) und Friedrich Schaffstein (1905-2001). *Dahm*,⁴³⁰ in Heidelberg 1927 bei Radbruch habilitiert, wurde schon 1933 NSDAP-Mitglied und machte eine beachtliche universitäre Karriere – wohl

423 Vgl. auch *Zaffaroni* (2017), S. 231.

424 *Zaffaroni* (2017), S. 171.

425 *Zaffaroni* (2017), S. 197 ff. (6. Kap.).

426 *Zaffaroni* (2017), S. 231 ff. (7. Kap.).

427 *Zaffaroni* (2017), S. 255 ff. (8. Kap.).

428 Vgl. nur *Eckert*, in: Säcker (1992), S. 37 ff. (37: „Experiment, eine ganze Fakultät ... geschlossen in den Dienst der Ideologisierung und Politisierung der Wissenschaft zu stellen“). Die Kieler Schule bestand – wegen Wegberufungen – allerdings nur von 1933 bis 1937/38, ebd., S. 68.

429 *Zaffaroni* (2017), S. 198.

430 Vgl. *Lepsius*, FS Dilcher (2003), S. 389, 413 ff.; *Telp* (1992), S. 49 (wonach Dahm erst 1930 habilitiert hat); *Eckert*, in: Säcker (1992), S. 48 f., 55, 69; auch *Zaffaroni* (2017), S. 199 ff. aber teilweise ungenau.

nicht zuletzt wegen seiner nationalsozialistischen Gesinnung⁴³¹ –, zu nächst als Professor in Kiel (1933-1939, davon Rektor 1935-37) und Leipzig (1939-1941), dann ab 1941 als Professor und Vizerektor der

431 *Lepsius*, FS Dilcher (2003), S. 413, 417 f. (wonach er seine Karriere „vor allem seinem nachhaltigen Einsatz für den Nationalsozialismus zu verdanken hatte“, sie „ohne seine enge Anbindung“ an ihre „politischen Vorstellungen ... nicht denkbar“ gewesen wäre); ähnlich *Zaffaroni* (2017), S. 232 („Dahm *asumía su condición de nazi...*“). Dahm war auch als einziger Jurist in der Rubrik des „Führungsstabs“ des NS-Dozentenbundes verzeichnet (*Lepsius*, a.a.O., S. 418) und schon mit 31 Jahren Rektor in Kiel. Nach *Telp* (1992), S. 49 war Dahm vor 1933 als Wissenschaftler „kaum bekannt“. *Hattenhauer* (JJZG 7 (2005), 173) hält ihn aber für einen der „letzten bedeutenden Juristen der Kieler Fakultät“ und auch *Zaffaroni* (2017), S. 238 sieht ihn als „intelligenten Dogmatiker“ (zu Zaffaronis Ansicht schon o. Kap. IV 3. mit Fn. 308). – Schaffstein führt Dahms schnelle Karriere in der Universitätshierarchie auf seine „eindrucksvolle Persönlichkeit“ und „Ausstrahlung“ zurück, wobei er nicht „ein bedeutendes politisches Amt bekleidet oder ... angestrebt hat“ (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 182). Trotz seines Parteibeitritts habe er „der NSDAP und ihren führenden Personen mit weiterhin großer Distanz und einer gewissen Skepsis“ gegenüberstanden, ohne dass er dies „freilich nach außen hin ... laut werden ließ.“ (ebd., 183). „Opportunismus“ könne man ihm u. den anderen jungen Privatdozenten, die nun auf Lehrstühle berufen wurden, allenfalls insofern vorwerfen, „als sich durch die Macht ergreifung ... ungeahnte Betätigungsfelder in der Gesetzgebung und an den Hochschulen eröffneten.“ (ebd.). Der apologetische Charakter dieses Aufsatzes wird an einigen Stellen deutlich, so etwa wenn Schaffstein Dahms fehlendes hohes Amt im NS-Staat damit erklärt, dass die „hohen Funktionäre seine innere Distanz zu ihnen ahnten oder gleichsam fühlten“ (ebd., 184), auf seine mildernde Rolle („keine Todesurteile“) als Beisitzer des Straßburger Sondergerichts (193 f.) und auf seine Beliebtheit bei den Studenten hinweist, die aber eben „ganz überwiegend begeisterte Parteigänger“ waren (184). Ganz anders hört sich das bei dem 1933 in Kiel studierenden Juden Heinz Weil an, der an „das tosende Beifallsgetrampel der Kommilitonen in ihren SA-Stiefeln“ anlässlich folgenden Ausruf Dahms in seiner Vorlesung erinnert: „Statt des verlogenen *Alles verstehen, alles verzeihen* gilt für uns *Alles verstehen, gar nichts verzeihen*.“ (*Weil* (1986), S. 31, Herv. im Original). Schaffstein weist aber auch den Vorwurf von Antisemitismus (und Rassismus) bei Dahm u. ihm selbst zurück (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 188: „Vorwurf ... allenfalls insofern berechtigt, als wir damals und später (!) geschwiegen ... hätten“), wobei sich allerdings jedenfalls Dahm antisemitisch geäußert hat (u. 2. mit Fn. 469 u. Haupttext). Im Übrigen hat sich Dahm zu seiner Position während der NS-Zeit nur in einem – posthum in JJZG 7 (2005), 199 veröffentlichten – Brief an Eb. Schmidt vom 4.2.1948 verhalten. Dort nimmt er zu Behauptungen *Schmidts* (1947), S. 396-98, 413 f. Stellung, wobei allerdings Schmidt nur auf S. 397 f. explizite Vorwürfe gegen Dahm (und Schaffstein) erhebt, und zwar im Zusammenhang mit ihrem Auftreten bei der Sitzung der deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (IKV) in Frankfurt/M im September 1932 (dazu *Marxen* (1975), S. 92 ff.) und

„Reichsuniversität“ (!) Straßburg (nach nationalsozialistischer Auffassung „Frontuniversität“ im besetzten Frankreich).⁴³² Nach Ende des Krieges gelang es Dahm, der zunächst in Deutschland im Zuge der Entnazifizierung kein universitäres Lehramt bekleiden durfte, eine Stelle in der Universität Dhaka (damals Pakistan, heute Bangladesch) anzutreten (1951), wo er sich u.a.⁴³³ dem Völkerrecht in englischer Sprache widmete. Im Jahre 1955 konnte er dann nach Kiel auf einen Lehrstuhl für Völkerrecht zurückkehren,⁴³⁴ wo er sich u.a. mit dem

ihrer sogleich zu behandelnden Kampfschrift gegen das liberale Strafrecht (u. 2. mit Fn. 440), womit sie sich insgesamt „der kommenden Macht“ empfahlen und „vorsorglich die erforderlichen Trennungslinien“ zogen (*Schmidts* (1947), S. 398). *Dahm* verwahrt sich zwar gegen diese Vorwürfe, sagt aber auch durchaus selbstkritisch: „Ich leugne nicht die Irrtümer und Fehler, denen wir mehr oder weniger alle zum Opfer gefallen sind. Auch ich habe die äussere und innere Entwicklung des nationalsozialistischen Staates nicht vorhergesehen und Hoffnungen gehegt, die bitter enttäuscht worden sind.“ (JJZG 7 (2005), 201). Schmidt hat im Übrigen in seinen Folgeauflagen zwar an der Kritik an Dahm u. Schaffsteins Schrift festgehalten, die oben zitierte Äußerung aber unterlassen (*Schmidt*, 1951, S. 420f. und 1965, S. 426f.); dies wohl auch deshalb, weil Dahm ihn durchaus zu Recht an seine Hamburger Rektoratsrede vom 7.11.1933 erinnert hat, wo Schmidt die Universität – durch die „Trias des Arbeitsdienstes, des SA-Dienstes und des Wissenschaftsdienstes“ – in den Dienst des NS-Regimes gestellt und sich selbst zum NS-Staat und Hitler bekannt hat (*Schmidt*, in: Hamburgerische Universität (1933), S. 27-49 [46]; näher dazu und zu **Schmidts NS-Verstrickung** M. *Vormbaum*, in: Jeßberger/Kotzur/Repgen (2019)) auch *Görtemaker/Safferling* (2016), S. 437.

- 432 Zum Gang Dahms nach Straßburg äußerte sich Schaffstein wie folgt: „Der Ruf nach Straßburg traf Dahm und mich zu einem Zeitpunkt, in dem man hoffen durfte, daß der Krieg gewonnen sei oder doch zumindest mit einem Patt enden würde und das Elsaß für Deutschland wiedergewonnen sei. Auch die elsässische Bevölkerung war ganz überwiegend dieser Auffassung und zunächst durchaus deutschfreundlich gesonnen, was übrigens namentlich auch für unsere elsässischen Studenten galt. Ich hatte deshalb keine Bedenken, den Ruf anzunehmen ...“ (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 191).
- 433 Lt. Professorenkatalog der Universität Leipzig war Dahm von 1951-55 Professor für indisches Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Dhaka, <http://research.uni-leipzig.de/catalogus-professorum-lipsiensium/leipzig/Dahm_598/> (zuletzt besucht am 23.10.2018); zu dieser Zeit auch *Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 195 ff.
- 434 Nach *Zaffaroni* (2017), S. 211 musste Dahm zunächst eine Art „Einführung in die Rechtswissenschaft“ lehren („explicar *enciclopedia del derecho*“, Herv. im Original). Diese Information stammt wohl von *Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 196 („Professur für Rechtszyklopädie“), der diese Beschränkung auf den Strafrechtler Mayer und den Völkerrechtler Menzel zurückführt, die „die Konkur-

(Nürnberger) Völkerstrafrecht beschäftigte.⁴³⁵ Schaffstein,⁴³⁶ Schüler von Robert von Hippel und Privatdozent in Göttingen, erhielt 1933

renz eines so glänzenden Vortragenden und Lehrers ... nicht akzeptieren wollten.“ Ein weiteres Bsp. der schon o. Fn. 431 angesprochenen apologetischen Tendenz dieses Schaffstein-Artikels.

- 435 Dahm (1956). Zum Völkerstrafrecht im Übrigen auch Siegert (1953) (in der Reihe des Göttinger Instituts für Völkerrecht, krit. *Halfmann*, in: Becker (1998), S. 130) und Henkel, FG Kraft (1995), S. 122 f. (Erwartung hinsichtlich individueller Verantwortlichkeit für völkerrechtliche Verbrechen).
- 436 Allg. zu seinem Lebenslauf *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 111, 112, 117. Überaus positive Würdigung von Schaffsteins Schüler *Beulke*, MSchrKrim 85 (2002), 81 (was sein Wirken während des NS-Regimes angeht, so „erscheint es“ Beulke „rätselhaft[er]“, dass er in dieser Zeit „so problematische Dinge gelehrt und niedergeschrieben hat“, andererseits sei er „vielleicht gerade in dieser epochalen Gespaltenheit seines Lebenswegs ein typischer Vertreter unserer Vätergeneration“, der jedoch die „Fehler der Vergangenheit ... offen beim Namen genannt“ habe); ähnlich positiv *Maiwald*, NJW 2002, 1250 (wonach Schaffsteins „Erfahrung“ in der NS-Zeit „außerordentlich schmerzlich[en]“ gewesen sei und er „in die Nähe des Gedankenguts der Machthaber jener Zeit geriet“, was sich freilich allzu passiv anhört – ebenso wie *Beulkes*, a.a.O., 82, Feststellung, dass Schaffstein immer wieder betont habe, „als junger Mann nicht willensstark genug gewesen zu sein“ –, wenn zugleich von *Maiwald* die außerordentliche Bedeutung seiner Habilitationsschrift betont wird, die „für einen jungen 24-jährigen Wissenschaftler ungewöhnlich“ gewesen sei). **Schaffstein selbst** räumte erstmals 1965 „Irrtümer“ ein, die er damit erklärte, dass „der Nationalsozialismus der Jugend von damals ... über sie selbst hinausweisende[n] Ziele zu bieten“ schien (MSchrKrim 48 (1965), 67; s. auch seine Stellungnahme u. 3. mit Fn. 489 im Zusammenhang mit dem Gesetzlichkeitsgrundsatz). Später konzedierte er, dass er (und Dahm) sich durch ihnen von Hans von Dohnanyi (am Rande der Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission) vorgetragene NS-Eingriffe in die Justiz („schlimme Fälle“) nicht beeindruckt ließen, weil sie diese für „Kinderkrankheiten in der revolutionären Phase eines Neubeginns“ hielten (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 185 f.); im Übrigen seien sie „durch die unzweifelhaften Erfolge des nationalsozialistischen Regimes geblendet“ worden (ebd., 187) und die „strafrechtsdogmatischen Auffassungen aus dieser Zeit erscheinen mir heute als überholt“ (ebd., 189). In einer – autobiographisch gefärbten – Würdigung seiner Lehrer Robert von Hippel und Curty Bondy sprach Schaffstein von einem „Irrweg“ (RJ 19 (2000), 647, 654), was auch deshalb erwähnenswert ist, weil, wie von Schaffstein selbst anerkannt, von Hippel und Bondy NS-Gegner waren (RJ 19 (2000), 649, 654), er sich aber davon offensichtlich *damals* nicht beeindruckt ließ (lt. *Schaffstein*, RJ 19 (2000), 651, hat von Hippel insofern „eine gewisse Anregung“ zu seiner Schrift „Liberales oder autoritäres Strafrecht“ geleistet, weil „auch er das Weimarer Strafrecht ... als zu 'weichlich' kritisierte...“). – Was werden wohl die **Opfer nationalsozialistischer Kriminalpolitik** denken, wenn sie solche Würdigungen lesen? Waren nicht vielleicht ihre Erfahrungen im Nationalsozialismus weit schmerzlicher als die seiner intellektuellen Protago-

einen Ruf nach Leipzig⁴³⁷ und 1935 nach Kiel; 1941 wechselte er – wie Dahm – nach Straßburg, wo er bis 1944 blieb. Nach Kriegsende konnte Schaffstein – zunächst im Zuge der Entnazifizierung suspendiert – schon 1954 wieder an die Universität Göttingen (als Nachfolger Welzels) zurückkehren,⁴³⁸ wo er bis zu seiner Emeritierung im Jahr 1969 lehrte.

2. Kriminalpolitisches Programm: Autoritär-nationalsozialistisches Strafrecht

Der vielleicht wichtigste Beitrag der Kieler Schule zum NS-Strafrecht war die von Dahm und Schaffstein gemeinsam verfasste – von Zaffaroni nur beiläufig erwähnte⁴³⁹ – programmatische Schrift „Liberales oder autoritä-

nisten und mussten sie nicht eine viel größere Willensstärke zeigen? Kritischer denn auch, insbesondere zu Schaffsteins Göttinger Zeit, *Schumann* (2008), S. 84, 89, 108, 114 f. (die u.a. angibt, dass er im Jahre 1933 den Lehrstuhl des zwangsweise ausgeschiedenen Richard Honig vertreten, aber seine Nachfolge gegen den ausdrücklichen Wunsch Siegerts abgelehnt habe; dieser habe Schaffstein Welzel vorgezogen, weil es keine vergleichbare Persönlichkeit gegeben habe, die „politische Aktivität mit hinreichend wissenschaftlichen Leistungen“ verbunden habe; ebd., S. 89 mit Fn. 94, 115); zur Rolle Schaffsteins in der jugendstrafrechtlichen „Rechtserneuerung“ vgl. *Schumann*, ZJJ 28 (2017), 313, 315 ff.; zu seiner Aktivität als Mitglied des Ausschusses für Jugendrecht der Akademie für deutsches Recht *Schumann*, in *Schumann/Wapler* (2017), S. 73, 87 ff. (93 f.). Krit. auch *Halfmann*, in: *Becker* (1998), S. 119; *Görtemaker/Safferling* (2016), S. 393, die die „Distanzierung“ Schaffsteins nicht als überzeugend ansehen, „... denn Schaffstein bezeugte damit eine Wertblindheit gegenüber den politisch-ideologischen Zielen des Nationalsozialismus, die selbst für damalige Verhältnisse erstaunlich anmutet“. Vgl. auch *Zaffaroni* (2017), S. 199 ff. (aber teilweise ungenau) und vorher schon *Zaffaroni*, in *Zaffaroni*, 2011, S. 17 ff. (kritisch zu Schaffsteins o.g. Irrtumseingeständnis [„pero nada más“; S. 19 f.], aber ihn für dogmatischer als Dahm haltend [S. 32]); krit. auch *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), 231 („Krokodilstränen“).

437 Entgegen *Zaffaroni* (2017), S. 208 wurde Schaffstein nicht der Nachfolger Honigs, er hat dessen Lehrstuhl lediglich vertreten, s. *Schumann* (2008) in vorheriger Fn.

438 *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 117 nennt die relativ frühe Rückkehr nach Göttingen – durchaus untertreibend – „bemerkenswert“. Tatsächlich ist sie ein paradigmatisches Beispiel der existierenden (nationalsozialistischen) Netzwerke und bestätigt die Kontinuitätstheese mit Blick auf den Hochschulbereich; dazu schon *Halfmann*, in: *Becker* (1998), S. 129 ff.

439 *Zaffaroni* (2017), S. 203; vgl. aber *Zaffaroni*, Hrsg. (2011) mit ausführlicher Einführung, wo er der Schrift „*facetas múltiples*“ bescheinigt und vier Aspekte hervorhebt: (1) „konservativ-autoritäres Pamphlet“, (2) Zerstörung des objektiv-sub-

res Strafrecht“.⁴⁴⁰ Der Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung – noch vor der nationalsozialistischen Machtergreifung⁴⁴¹ – und ihre richtungsweisende Beschreibung des neuen Strafrechts des zukünftigen „autoritären Staates“⁴⁴² machte sie schnell zur vielleicht wichtigsten – freilich durchaus auch kritisch aufgenommenen⁴⁴³ – Schrift der „antiliberalen strafrechtlichen Erneuerungsbewegung“.⁴⁴⁴

Mit der knapp 50 S. dünnen Schrift wollen Dahm und Schaffstein das „rationalistische-individualistische[s] Denken“ auf strafrechtlichem Gebiet mittels des Nationalsozialismus überwinden (S. 4). Dieser sei „Ausdruck einer weit breiteren und tieferen geistigen Bewegung“, die auch in der Kriminalpolitik eine gleiche „Grundstimmung“ zum Ausdruck bringe, wobei – statt eines radikalen Bruchs mit der Vergangenheit – an große konservative Traditionen, wie sie durch Savigny und Hegel repräsentiert werden, angeknüpft werden soll (S. 4 f.). Nach Darlegung der Bedeutung des Individualismus⁴⁴⁵ sowohl im Liberalismus als auch im Sozialismus, also im sozial-liberalen Staat (Kap. I, S. 7 ff.),

jektiven Verbrechensbegriffs von Liszt/Beling (3) Zerstörung des traditionellen Strafzweckverständnisses und (4) theoretische Orientierung am „unmoralischen Irrationalismus“ von C. Schmitt (Zaffaroni, in Zaffaroni, 2011, S. 14).

440 Dahm/Schaffstein (1933). Von Zaffaroni in der spanischen Übersetzung zitiert.

441 Die Schrift wurde schon im Laufe des Jahres 1932 fertiggestellt und erschien im Herbst 1932 (Schaffstein, JJZG 7 (2005), 176 f., 178).

442 Dahm/Schaffstein (1933), S. 40 ff., s. sogleich oben im Haupttext.

443 Vgl. etwa Riemer, MSchrKrimPsych 24 (1933), 222 ff. („... fehlt es den Wertungen, die hier in Bausch und Bogen gesetzt werden, an einer Begründung, die irgendetwas auf ‚Erkenntnissen‘ oder empirischen Einsichten ... gründen.“ [222]; „... Wissenschaft die einzige Autorität, die sie [Dahm/Schaffstein, K.A.] nicht anerkennen“ [222 mit Fn. 1]; „Grundstimmung ... die bei aller Losgelöstheit von sachlichen Zielsetzungen, bei aller Weltfremdheit, mit der sie den konkreten sozialen Problemen gegenübersteht, zu ganz entscheidenden Auswirkungen ... führen kann.“ [223]; „Verlangen nach einer Autorität schlechthin und nach einem Aktivismus, dem es an jeder inhaltlichen Bestimmung gebricht.“ [223]; „... rein formale Bejahung des hypostasierten Autoritätsbegriffs“ [224]). S. auch Blasco y Fernández de Moreda, Criminalia, IX (4/1943), 238 (Dahm/Schaffstein als „teorizantes del más agudo extremismo“).

444 Marxen (1975), S. 103 („meistbeachtete[n] Veröffentlichung“), 105 („grundlegenden Beitrag für alle späteren autoritären Strafrechtsprogramme“); Feldmüller-Bäuerle (2010), S. 47. Auch Mittermaier, SchwZStR 52 (1938), 225 f. sah in ihr, obwohl grds. Schwinge/Zimmerl (1934), folgend (o. Kap IV 2. mit Fn. 251), einen gewissen Erkenntnisgewinn.

445 Marxen (1975), S. 118 sieht in der Schrift in der „Hauptsache“ einen Angriff gegen den „Individualismus im Liberalismus“.

wird die „bedenkliche Humanisierung und Abschwächung des Straf-übels“ (S. 18), die „Erweichung“ (S. 22)⁴⁴⁶ des Strafrechts und Strafvollzugs durch Erziehungsgedanke und „Überbetonung der Umwelteinflüsse gegenüber der vererbten Anlage“ (S. 17) kritisiert.⁴⁴⁷ Dies habe „ein Höchstmaß von Vorteilen für das Individuum zum Nachteil der Staatsinteressen“ (S. 23) zur Folge, doch konnte der „tief im Rechtsgefühl des Volkes“ verwurzelte Vergeltungsgedanken (S. 22)⁴⁴⁸ nicht beseitigt werden, was die Notwendigkeit der „Rücksichtnahme auf die organische Rechtsentwicklung durch den still waltenden Volksgeist“ (S. 23) zeige (Kap. II, S. 13 ff.). Sodann wird die Abwertung der geschützten (staatlichen, kollektiven) Interessen aufgrund „Individualismus, Rationalismus und die Tendenz der Loslösung des Rechts von der Ethik“ (S. 25), etwa durch Strafflosigkeit der Religionsdelikte und Privilegierung des Überzeugungstäters,⁴⁴⁹ beklagt (Kap. III, S. 24 ff.). Endlich wird eine Zunahme der Richtermacht durch unbestimmte Tatbestände und weites Ermessen – bei faktischer Auflösung der Gewaltenteilung (!) und zunehmender „Politisierung der Justiz“ (S. 33), unterstützt durch die „liberale und demokratische Presse“ (S. 34), was wiederum die Richtermacht zurückdränge (S. 36) – angeprangert.⁴⁵⁰ Auch dies wirke sich zugunsten des Individuums aus, so dass sich auch insoweit „die Verbindung liberalistischer und sozialistischer Gedankengänge mit dem Ergebnis einer besonderen und übertriebenen Her-

446 Ähnliches wurde allerdings schon früher im Rahmen der Diskussion um die Schuldlehre beklagt, vgl. *Grossmann* (1926), S. 8 („weichlich“, „feminin“) und *Schumacher* (1927), S. 64 mit Fn. 85 (offenlassend, ob „die Anschauungen der neuen Schuldlehre auf ‘Feminismus‘ beruhen...“); später dann etwa auch *Gemmingen* (1933), S. 11 ff. (auf Franks Ausspruch bezugnehmend: „der Verbrecher soll wieder zittern...“ [11]). Vgl. auch *Eb. Schmidt* (1965), S. 426 f. (Verteidigung der Autorität des Staates „gegen die vom Geiste der Strafrechtsreform angeblich bedingte Verweichlichung der Strafrechtspflege ...“).

447 In diesem Sinne auch *Dahm*, *MSchrKrimPsych* 24 (1933), 171 f., 176 (Vordringen von Spezialprävention „auf Kosten von Vergeltungs- und Generalprävention“ sowie von Erziehungsgedanken zu Lasten der Sicherheit, Bedeutung der Anlagefaktoren); *Schaffstein*, *ZStW* 55 (1936), 276, 277 ff. (Überbetonung des Erziehungsgedankens und der Spezial- ggü. der Generalprävention; Vernachlässigung der erbbiologisch nachgewiesenen Anlagefaktoren). Krit. zur „Erziehungsstrafe“ auch *Gemmingen* (1933), S. 21 f.

448 Zur Vergeltung s. schon o. Kap. II 3. mit Fn. 161 u. Haupttext.

449 Gegen eine „Sonderbehandlung“ insoweit auch *Dahm*, *DR* 4 (1934), 419 (weil Hochverrat nicht nur als Verbrechen gegen den Staat, sondern gegen das Volk selbst zu sehen ist, bilde dieses doch die Grundlage des NS-Staates).

450 Vgl. auch *Dahm*, *MSchrKrimPsych* 24 (1933), 169 ff.

vorhebung des gemeinsamen individualistischen Ausgangspunktes“ zeige (S. 31) und das StGB eben zur „magna charta des Verbrechers“ werde statt „Staatsinteressen“ zu verteidigen (S. 32) (Kap. IV, S. 28 ff.). Nach dieser (einseitigen und simplifizierenden)⁴⁵¹ Analyse des Ist-Zustands – zusammenfassend beklagten die Verfasser im Ergebnis eine „Erweichung der Verbrechensbekämpfung, Schwächung der Strafrechtspflege und Minderung der Staatsautorität“ (S. 37) – folgen die drei programmatischen Kapitel (S. 37 ff.), wobei insbesondere in Kap. VI (S. 40 ff.) der *Entwurf des zukünftigen Strafrechts* entwickelt wird, worunter die Verf. allerdings kein „Programm“ verstanden wissen wollen (S. 40). Vorab machen sie in Kap. V zum „Übergang“ (S. 37 ff.) „Anzeichen eines Wandels“, eine „geistige Wende“ aus (S. 37), im Rahmen derer der „Glauben an die Gültigkeit allgemeinverbindlicher Werte“ zurückkehre (ebd.) und „ein neues Nationalgefühl, eine lebendige Staatsgesinnung“ entstehe (S. 38), woraus sich auch ein neuer „Kurs der Strafrechtsentwicklung“ ergebe, „der ohne reaktionär und antisozial zu sein (!), auf dem unbedingten Primat der Nation ... gegenüber den Interessen des Individuums beruht.“ (S. 38). Zugleich weisen sie jedoch auf „manche“ durch Notverordnungen schon herbeigeführte „Neuerungen“ hin, die „mit den Bedürfnissen eines geordneten Rechtsstaats auf die Dauer nicht vereinbar sind“ (S. 39). Im abschließenden Kap. VII (S. 53 ff.) warnen die Verf. vor einer zu großen Hoffnung in eine umfassende Strafrechtsreform, denn zum einen stehe das geltende Gesetz dem – ohnehin schwierig zu bestimmenden – Volksempfinden durchaus noch nahe und zum anderen habe sich für eine solche Reform noch kein neues „einheitliches Rechtsgefühl“ herausgebildet (S. 54),⁴⁵² weshalb es zunächst wichtiger sei, die geistigen Grundlagen – „die Durchdringung der Rechtspflege mit einem neuen

451 Vgl. schon *Riemer*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 224 („Es erübrigt sich, im einzelnen auf das Bild einzugehen, das vom Wesen des liberalen und des sozialistischen Strafrechts gezeichnet wird.“); *Marxen* (1975), S. 111 ff. (auf die fehlende empirische Grundlage, insbes. hinsichtlich der Kriminalitätsentwicklung, und die „Unterschlagung“ der Strafrechtsexpansion in Rechtsprechung und Gesetzgebung hinweisend); krit. auch *Vogel* (2004), S. 61.

452 Eine solche Gesamtreform (im Sinne eines neuen StGB) ist den NS-Machthabern nicht gelungen (zum letzten Versuch mit dem Entwurf eines RStGB 1944 *Werle*, 1989, S. 53, 661 ff.; s. auch *Hartl* (2000), S. 276 ff., 379), weshalb man sich auf Einzelgesetzgebung (vor allem exekutivischer Natur) verlegte; dazu *Schreiber*, in: *Dreier/Sellert* (1989), S. 151 ff. (153 ff., 167 ff.); *Hartl* (2000), S. 278 ff.; zur exekutivischen Natur der NS-„Gesetzgebung“ *Maus* (1989), S. 84; *Werle* (1989), S. 59 ff., 203 ff.; *Vormbaum* (2011), S. 7; *Arnedo*, in *Zaffaroni* (2017), S. 55.

Geist und mit einer neuen Staats- und Strafrechtsgesinnung“ (S. 56) – zu schaffen.

Worin bestehen aber nun die **Grundlinien des neuen Strafrechts** „des autoritären Staates“? Dahm/Schaffstein gehen insoweit – nach den Vorüberlegungen wenig verwunderlich – von einer „nationalistischen und *totalen Staatsauffassung*“⁴⁵³ aus, die es, wie das Beispiel des italienischen Faschismus zeige,⁴⁵⁴ erlaube, „ein geschlossenes, alle kriminalpolitischen Bereiche umspannendes Strafrechtssystem zu entwickeln...“ (S. 40). Ein solches Strafrecht sei primär ein „Mittel zur Erhaltung und Bewährung der Staatsgewalt schlechthin“ (ebd.);⁴⁵⁵ der Staat benutze die Strafe, „um seine Macht aller Welt sichtbar vor Augen zu führen“ (S. 41), in ihr offenbare sich „symbolische die Würde des Staates“ (S. 41), wobei die Todesstrafe, die zur Abschreckung unentbehrlich sei (S. 49), „eindringlich sichtbar“ mache, „daß der einzelne dem Staate preisgegeben werden darf.“ (S. 41) Dabei erkennen die Verf. zwar an, dass das Strafrecht „immer nur eines unter vielen Mitteln der Autoritätswahrung sein“ kann (S. 42), machen aber andererseits klar, dass mit Blick auf die spezialpräventive Anwendung des Strafrechts *generalpräventive Erfordernisse* vorgehen:⁴⁵⁶ Die „Rücksicht auf den Verbrecher“ dürfe „nur so weit gehen, daß die Staatsautorität gewahrt bleibt, der Eindruck auf die Gesamtheit nicht verfehlt wird“, zugleich müsse sie „so nachhaltig sein, daß außer dem Täter auch andere für die Zukunft abgeschreckt werden.“ (ebd.). Die Verf. wollen am *Erziehungsgedanken* festhalten, ihn aber an der „Erziehung der Gesamtheit“ ausrichten (S. 41) und erheblich einschränken, indem unter Berücksichtigung der „Anlageeinflüsse“ die Erziehbarkeit „von Fall zu Fall zu prüfen“ sei (S. 45); jedenfalls habe der Erziehungsgedanke hinter „den Notwendigkeiten der autoritären Rechtspflege“, etwa der Bestrafung

453 Vgl. schon o. Kap. II 1. mit Fn. 147 u. Haupttext (Herv. K.A.).

454 Zur Abgrenzung zwischen NS- und faschistischem Strafrecht aber schon o. Kap. II 1. mit Fn. 86.

455 Zur Notwendigkeit eines verstärkten Staatsschutzes schon o. Kap. II. 2. mit Fn. 70 sowie auch *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 167 f. (wobei er den NS-Gesetzentwurf „zum Schutze der Nation“ v. 12.3.1930 aber für „untragbar“ hält). Nach *Dahm* (1935b), S. 21 war „das faschistische Strafrecht“ (Italien) insoweit „dem deutschen Strafrecht voraus“.

456 S. etwa auch die Betonung der General- ggü. der Spezialprävention bei *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), 280, 286, 288; ebenso sekundär *Marxen* (1975), S. 147; s. aber auch *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 179, wo er eine „feste Rangfolge“ der Strafzwecke ablehnt.

schwerer Verbrechen „ohne jede Rücksicht auf die Besserungsfähigkeit des Täters“ (S. 44) sowie der „Vor-Befriedigung staatlicher Mindestbedürfnisse“ (S. 49), zurückzutreten (S. 44).⁴⁵⁷ Im Übrigen müsse der „Erziehungsstrafvollzug im autoritären Staate wesentlich anders aussehen als im sozial-liberalen Staat“ (S. 46), gehe es doch um die weltanschauliche Beschränkung pädagogischer Autonomie, politische Erziehung zur Vermittlung der „traditionellen Werte der deutschen Kultur“ (S. 48) und die „Bedeutung militärischer Straffheit und Disziplin“ (S. 49).⁴⁵⁸ Im Bereich der *Strafzumessung* befürworten die Verf. – in Widerspruch zu ihrer vorherigen Kritik an der Aufhebung der Gewaltenteilung – eine „Einschränkung des richterlichen Ermessens“, eine stärkere revisionsrechtliche Überprüfung⁴⁵⁹ und „die Heraufsetzung der Strafminima“, „kurz ein Zwang für den Richter zum Durchgreifen“ (S. 50). Unter dem Schlagwort der Abwehr „schädliche[r] Einflüsse von außen“ (wobei insbesondere die liberale, nicht „anständige“ Presse gemeint ist) und „der Aushöhlung des Staatsgedankens von innen“ (S. 51) wird die *Gewaltenteilung* aufgeweicht; insbesondere sei sicherzustellen, dass „der Richter das Strafrecht im Sinne der autoritären Staatsführung auch wirklich anwendet“ (ebd.), sein Ermessen sei so einzunengen, dass er es nicht „einseitig zugunsten des Täters verwendet“ und dadurch „die Strafrechtspflege durch eine zu weitgehende Aufweichung des Gesetzes gefährdet wird.“ (S. 52). Was schließlich die *Rechtsgutslehre* angeht, so soll diese zunächst noch beibehalten,⁴⁶⁰ aber stärker an den kollektivistischen Staatsinteressen – „Würde des Staates und Ehre der Nation“ – ausgerichtet werden (S. 50).⁴⁶¹ Hinsichtlich des *nul-*

457 Vgl. auch *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 176 (Erziehung nur von Erziehbaren).

458 Vgl. konkreter *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), 288 (Hinweise auf Grenzen des Erziehungsstrafvollzugs).

459 Krit. *Vogel* (2004), S. 65.

460 Für eine Überwindung der Rechtsgutslehre aber schon *Dahm*, in: ders. et al. (1935), S. 62, 80 (von Zaffaroni ungenau, weil als Monographie, zitiert); auch *Schaffstein*, ZStW 56 (1937), 106 (Bestimmung Unrechtsgehalt nicht durch Rechtsgutsbegriff). Zum antiliberalen Kampf gegen das „Rechtsgutsverletzungsdogma“ *Marxen* (1975), S. 177 ff.; *Amelung* (1972), S. 228 ff.; krit. zur Argumentation *Schaffsteins* ebd., S. 231 ff., 236 ff.; krit. auch *Amelung*, in: Alexy (2002), S. 368 f.

461 Grdl. zur Vergeistigung bzw. Ethisierung des Rechtsgutsbegriffs unter dem Nationalsozialismus *Mittasch* (1939), S. 86 ff.; *Amelung* (1972), S. 216 ff. (217 f.: Treue ggü Volk).

la poena Grundsatzes solle – Carl Schmitt folgend⁴⁶² – stärker seine staatsrechtliche Seite – Gesetzesbindung des Richters als Ausdruck „der autoritären Staatsauffassung“ – betont werden (S. 52). Später hat sich Dahm explizit für die Abschaffung seiner liberalen Komponente ausgesprochen⁴⁶³ – eine Ansicht, die er in der Nachkriegszeit im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit den Nürnberger Prozessen souverän übergangen hat.⁴⁶⁴

Waren damit die kriminalpolitischen Grundlagen des neuen strafrechtlichen Denkens – kurz: die NS-Ideologie⁴⁶⁵ des totalen rassistischen Volks- und Führerstaates samt gesetzesgleichem Führerbefehl⁴⁶⁶ – ausgebreitet,⁴⁶⁷ so konnten Dahm und Schaffstein nun in zahlreichen Einzelarbeiten ihr NS-Strafrechtssystem konkretisieren und weiterentwickeln. Dabei haben sie sich immer gegen eine (*rechts*)philosophische Verortung ihrer methodischen Grundlagen verwahrt. So hat Dahm die von Schwinge/Zimmerl vorgenommene Verortung der „Kieler Richtung“ in der Husserl’schen Phäno-

462 O. Kap. II 1. mit Fn. 113.

463 Dahm, DStR 80 (1934), 87, 92 (dem Grundsatz sei die Grundlage entzogen, weil der Richter an den Willen der NS-Führung gebunden sei); Dahm, in: Dahm et al. (1935), S. 78.

464 Vgl. Dahm (1956), S. 55 ff., wo er den Grundsatz – auf der Grundlage einer durchaus gründlichen rechtsvergleichenden und völkerrechtlichen Untersuchung – insoweit relativiert, als er die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens zum Tatzeitpunkt zur Begründung völkerrechtlicher Strafbarkeit zwar für ausreichend hält (S. 64 f.), zugleich aber diesen flexiblen Ansatz des Nürnberger Rechts und der Rspr. kritisiert (S. 56 ff.) und nur en passant darauf hinweist, dass „die Lockerung des Grundsatzes ... im nationalsozialistischen Staat ... scharf kritisiert“ wurde, wobei er seinen Beitrag zu dieser „Lockerung“ souverän übergeht.

465 Mit Blick auf das Nürnberger Völkerstrafrecht sagte Dahm später ((1956), S. 65): „Bekanntnisse zu einer bestimmten Ideologie begründen kein Recht ...“.

466 Vgl. schon o. Kap. III mit Fn. 194.

467 Es ist umstritten, ob die Schrift schon eine explizit nationalsozialistische Strafrechtskonzeption propagiert oder als antiliberales Plädoyer für Autoritarismus (gegen die allseits beklagte „Verweichlichung“; o. Fn. 446) die totalitäre NS Lehre „nur“ vorbereitet hat (in diesem Sinne wohl Radbruch, 1933/1957, S. 76, wenn er sie als deutschnational-autoritäre im Ggs. zur nationalsozialistisch, rassistisch-völkischen Strafrechtsauffassung sieht; ebenso Eb. Schmidt (1965), S. 426 f.; ihm folgend Cattaneo (2001), S. 201 f.). Dieser Disput ist allerdings eher akademischer Natur, denn zum Zeitpunkt der Schrift gab es noch gar keine explizite kriminalpolitische Position der NSDAP (ähnlich Schmidt, 1965, S. 426 f.; ebenso Marxen (1975), S. 120); zu deren Herausbildung und Elaborierung haben jedenfalls Dahm/Schaffstein wesentlich beigetragen.

menologie⁴⁶⁸ schon deshalb energisch abgelehnt, weil damit „eine Richtung der jüngeren deutschen Rechtswissenschaft auf die Lehren eines jüdischen (!) Philosophen zurückgeführt“ würde.⁴⁶⁹ Tatsächlich seien die Kieler „methodischen Grundanschauungen“ überhaupt nicht philosophisch rückführbar, sondern sie entsprängen „einer bestimmten Grundanschauung von Recht und seinem Verhältnis zum völkischen Leben.“⁴⁷⁰ So sei „der Rechtsbegriff Teil der sich fortentwickelnden völkischen Lebensordnung und im Volksempfinden begründet, wie dieses ständig im Fluß und der Gestaltung bedürftig.“⁴⁷¹ Allerdings kommt in der Bezugnahme auf völkisches Leben, konkrete völkische Ordnungen usw. eine – wenn auch vulgarisierende und simplifizierende – Nähe zu lebensphilosophischen Ansichten zum Ausdruck,⁴⁷² die in neuhegelianischer Manier durch Anerkennung des Führungsanspruchs der NS-Bewegung, des Führerstaats und Führerprinzips ergänzt wird.⁴⁷³ Die *Aufgabe des (neukantianischen)*⁴⁷⁴ *Methodendualismus* bzw. Trennungsdenkens⁴⁷⁵ mit der daraus folgenden *Ethisierung* des Strafrechts⁴⁷⁶ ist zudem durchaus eine rechtsphilosophische

468 O. Kap. IV 2. mit Fn. 256 und Haupttext.

469 Dahm, ZStW 57 (1938) 225, 285; insoweit Dahm zust. Wolf, DRWis 4 (1939), 173 f., wonach der Begriff „Wesensschau“ „so abgegriffen und allgemein“ sei und „auch von den Kielern Autoren in einem so populär-unbestimmten Sinne verwendet worden“ sei, „daß hieraus eher auf Unbekanntheit mit der Phänomenologie Husserls geschlossen werden könnte.“ (173).

470 Dahm, ZStW 57 (1938) 285.

471 Dahm, ZStW 57 (1938) 289. Dazu auch Schröder (2016), S. 5.

472 Vgl. Mittermaier, SchwZStR 52 (1938), 213 f., wonach Dahm/Schaffstein zwar Husserl nie zitiert hätten, „der Sache nach“ aber „Anhänger einer etwas reichlich vereinfachten phänomenologisch gerichteten Anschauung“ seien. Ähnlich sieht Marxen (1975), S. 236 ff. eine phänomenologische Nähe nur im Sinne einer lebensphilosophischen Vulgarisierung und Simplifizierung.

473 Vgl. Wolf, DRWis 4 (1939), 174 f., der die Kieler, u.a. auch auf Larenz bezugnehmend, in der Tradition einer neuhegelianischen, „völkischen Staatsmetaphysik“ sieht; zum neuhegelianischen Einfluss auch Marxen (1975), S. 239 f.; allgemein zur Bedeutung der Hegelschen Straftheorie für den NS Kiesewetter (1974), S. 322 („direkte Ableitung“) u. passim.

474 Vgl. o. Kap. IV 3. mit Fn. 337 u. Haupttext.

475 Insoweit zust. Zaffaroni (2017), S. 235 („no le faltaba razón“), was nicht nachvollziehbar ist, wenn man bedenkt, dass die im Methodendualismus liegende Anti-Ethisierung des (Straf-)Rechts nach der o. Kap. IV 4. bei Fn. 383 ff. (Haupttext) vertretenen Auffassung ein möglicher Garant eines liberalen, demokratischen (Straf-)Rechts ist.

476 Vgl. schon o. Kap. II 2. mit Fn. 137 f. (NS-Leitsätze u. Literatur) sowie hier vor Fn. 449, jeweils mit Haupttext, sowie: Dahm, in: Dahm et al. (1935), S. 83, 89 u.

bzw. methodische Stellungnahme, wenn auch kein Proprium nationalsozialistischen Strafrechtsdenkens.⁴⁷⁷

3. Zur Rolle des Richters im NS-Führerstaat

Bevor wir einen näheren Blick auf einzelne Aspekte der „Kieler“ Strafrechtslehre werfen wollen, verdient die Rolle des Richters im NS-Führerstaat eine gesonderte Betrachtung, denn ohne aktive richterliche Beteiligung wäre, wie wir schon oben gesehen haben,⁴⁷⁸ das NS-Strafrechtsprojekt nicht umsetzbar gewesen. So ist es nicht überraschend, dass dieses Thema auch in den Schriften von Dahm/Schaffstein einen wichtigen Stellenwert besitzt, obwohl es in ihrer antiliberalen Kampfschrift nur beiläufig angesprochen wurde.

Schaffstein hat schon in seiner Leipziger Antrittsvorlesung im Jahr 1933 – also im gleichen Jahr des Erscheinens der Kampfschrift – die richterliche Rechtsauslegung zur nationalsozialistischen „Rechtsschöpfung“ erklärt und die Unterwerfung unter den „im Gesetz verkörperten Führerwillen“ verlangt.⁴⁷⁹ Ein Jahr später hat er die Schmitt'sche Formel des „nullum crimen sine poena“⁴⁸⁰ als treffliches Mittel gegen den Rechtssicherheitsformalismus begrüßt,⁴⁸¹ aber zugleich bei zu großer richterlicher Freiheit eine

passim; Dahm (1940), S. 37 („Übereinstimmung von Recht und Sittlichkeit“); Schaffstein, ZStW 53 (1934), 606 („Recht und Sittlichkeit enger als bisher zu verknüpfen ... gesetzliche Wertung möglichst auf die ethische zurückzuführen“); Schaffstein, in: Dahm et al.(1935), S. 110 („Einheit von Strafrecht und völkischer Sittenordnung“); Schaffstein, DStR 81 (1935), 101 („Trennungsdanken“; nämlich die „Trennung vom[!] Recht und Sittlichkeit, von strafrechtlicher und ethischer Wertung“ als „charakteristisch für den wissenschaftlichen Individualismus“ und verantwortlich für die Zerstörung der „Einheit des politischen Seins mit ihren echten Gemeinschaften und den ihnen gemäßen konkreten Ordnungen...“); Schaffstein, FS Schmidt, 1936, S. 12 („... Spaltung zwischen ethischer und rechtlicher Wertung zu beseitigen ...“); Schaffstein, DRWiS 1 (1936), 46 (gg. „Trennung von Strafrecht und völkischer Sittenordnung“); Schaffstein, ZStW 57 (1938), 301, 314 („ethische Grundlegung der Rechtswidrigkeitslehre“, 325 („ethische Gehalt des Strafrechts...“).

477 Dagegen etwa auch schon Liszt, ZStW 27 (1907), 91; schon o. Kap. IV 4. mit Fn. 378 zitiert.

478 O. Kap. II 1. mit Fn. 106 ff. sowie Kap. IV 2. mit Fn. 273, 303, mit jeweiligem Haupttext.

479 Vgl. Schaffstein (1934), S. 20, 24.

480 O. Kap. II 1. mit Fn. 113.

481 Schaffstein, DR 4 (1934), 349, 352.

Lockerung der von ihm nachdrücklich befürworteten Bindung an das Führerprinzip befürchtet.⁴⁸² Deshalb müsse im „neuen Strafrecht“ die „richterliche Rechtsanwendung formgebunden, aber nicht formalistisch sein“;⁴⁸³ womit nichts anderes als die Unterscheidung zwischen den abzulehnenden „politischen Formprinzipien des Liberalismus“ und „den echten und notwendigen Formen des nationalsozialistischen Rechts“ gemeint ist.⁴⁸⁴ An diese sei der Richter gebunden, konkret an das „den Führerwillen repräsentierende Gesetz“;⁴⁸⁵ an den NS-Gesetzgeber als „Führer“;⁴⁸⁶ und zwar „umso stärker“, „je wahrscheinlicher“ es sei, dass „das Gesetz wirklich ... den Führerwillen repräsentiert“, was gerade bei nationalsozialistisch inspirierten Gesetzen, wie etwa dem „Rasseverrat“, der Fall sei.⁴⁸⁷ Damit ist klar, dass die mit dem materiellen Unrechtsbegriff und der Wesensschau (dazu unten 5.) einhergehende Lockerung der Gesetzesbindung ihre Grenze an der NS-Gesetzgebung, insbesondere dem Führerbefehl, findet; gerade dieser ist – sofern eindeutig geäußert – strikt zu beachten,⁴⁸⁸ es existiert keine völlig freie richterliche Rechtsfindung. Allerdings hat sich Schaffstein im Jahre 1974 von dieser Auffassung distanziert.⁴⁸⁹

482 Schaffstein, DR 4 (1934), 351 f.

483 Schaffstein, DR 4 (1934), 352.

484 Schaffstein, DR 4 (1934), 349.

485 Schaffstein, DR 4 (1934), 352.

486 Schaffstein, ZStW 53 (1934), 619 sowie 607 (Ausfüllung richterlichen Ermessens durch Rückgriff „auf das gesunde Rechtsempfinden des Volkes“), 618 f. (Erhebung der richterlichen Strafzumessungsentscheidung „aus dem Bereich der Willkür in den der bewußten Planung im Sinne der nationalsozialistischen Strafrechtsauffassung“), 628 (Stellung des Richters „wichtiger und verantwortungsvoller“); ders., FS Schmidt, 1936, S. 50 („... wie der nationalsozialistische Gesetzgeber zu verfahren...“), 52 („Bindung an die rechtspolitischen Ziele und Wertungen der obersten Führung...“), 63 („... Bindung ... an den Führerwillen...“). Entgegen Cattaneo (2001), S. 213 f. liegt hier kein „Interpretationsproblem“ hinsichtlich der in der vorherigen und dieser Fn. von Schaffstein zitierten Aufsätze vor. In beiden Fällen betont Schaffstein in der Sache die richterliche Bindung an den Willen des Führers; „letztlich“ gibt es also, wie Cattaneo (2001), S. 214, selbst sagt, „keinen Unterschied“, wobei man dabei aber nicht auf die Aufhebung der Gewaltenteilung abstellen muss. Damit wird aber auch Schaffsteins „Kontakt mit der Rechtssicherheit“ (Cattaneo, 2001, S. 213) zur Makulatur, denn diese wird ja vom „Führerwillen“ repräsentiert.

487 Schaffstein, DR 4 (1934), 352.

488 Vgl. schon o. Kap. III mit Fn. 194 u. Haupttext.

489 Schaffstein, in Ellscheid/Hassemer (1974), S. 417 („Als Irrweg erwies sich jene Auffassung nicht nur ... im eigentlich politischen Sinne. Darüber hinaus bewirkt sie auch eine unzulässige Verkürzung der behandelten methodologischen Fragestellungen. Der Glaube an eine totalitäre Ideologie schneidet eine der

Dahm hatte zunächst, zwei Jahre vor der NS-Machtergreifung (1931) in seiner Heidelberger Antrittsvorlesung, die „Zunahme der Richtermacht“ relativ unverfänglich erklärt, nämlich als Folge der richterlichen Arbeit an einem mehr und mehr normativierten Rechtsstoff – durch „die neuzeitliche Neigung zur Erweichung der Rechtsformen“ und die Lockerung der „Bestandteile des Verbrechensbegriffs“ (normative Tatbestandsmerkmale, materielle Rechtswidrigkeit, normativer Schuldbegriff) –, die Raum für „Wertungen und Willensentscheidungen“ nicht nur im Bereich der Strafzumessung gebe.⁴⁹⁰ Der nationalsozialistische *turn* erfolgte erst 1934, denn nun wies Dahm dem Richter die Aufgabe zu, die Vorgaben des NS-Gesetzgebers – gleichsam mit diesem auf einer Stufe stehend – und der politischen Führung im Lichte des „völkischen Rechtsgedankens“ und der „gesunden Volksanschauung“ sowie mit Blick auf den „konkreten Lebensbestand“ umzusetzen.⁴⁹¹ Die richterliche Machtzunahme sei, so folgert Dahm, im NS-Führerstaat letztlich mehr Schein als Sein (eine „Scheinzunahme“), sei doch der Richter „an den Willen der politischen Führung und die Rechtsanschauung der Volksgemeinschaft heute stärker gebunden als je ...“.⁴⁹² Der darin liegende qualitative Sprung im Werk von Dahm – von einer rechtlichen Problemanalyse (1931) zu einer nationalsozialistisch inspirierten Beschreibung der Richterpersönlichkeit (1934), also von einem analytischen zu einem dezidiert ideologischen Ansatz – wird häufig

wichtigsten Fragen des Aufsatzthemas ab, nämlich wie die Maßstäbe und Kriterien zu gewinnen sind, nach denen der Richter bei der Auslegung und Lückenausfüllung den Ausgleich der widerstreitenden Interessen und Werte vorzunehmen hat...“). Diese Distanzierung wird von *Zaffaroni* (2017) übersehen.

490 *Dahm* (1931), S. 4 und passim (knapper Bezug auf südwestdeutsche Schule des Neukantianismus auf S. 5). *Zaffaroni* (2017), S. 245 mit Fn. 446 zitiert hier ungenau, nämlich als Zeitschrift („Recht und Staat“). Zum Strafzumessungssystem in diesem Zusammenhang *Hartl* (2000), S. 243 ff.

491 *Dahm*, DStR 80 (1934), 87 ff. (89: „Gesetz und Richterspruch ... auf gleicher Ebene“, „bringen den völkischen Rechtsgedanken“ und die „völkische Ordnung“ zum Ausdruck, zugleich Unterwerfung des Richters unter die „im Gesetz zum Ausdruck kommende Entscheidung der politischen Führung“; 90: Richter habe die „Werturteile zu fällen, die der nationalsozialistischen Rechtsanschauung und dem Willen der politischen Führung entsprechen“; 91: „durch Gehorsam gegenüber dem Willen der politischen Führung findet der Richter die zutreffende Entscheidung“). Auch hier wird Dahm von *Zaffaroni* (2017), S. 245 mit Fn. 448 ungenau, nämlich mit Fundort Deutsches Recht (was eine andere Zeitschrift ist), zitiert.

492 *Dahm*, DStR 80 (1934), 96.

übersehen,⁴⁹³ ist aber durchaus paradigmatisch für das (straf-)rechtswissenschaftliche Schrifttum dieser Zeit.

4. Treue, Pflichtverletzung, Ehrenstrafe

Von besonderer Bedeutung ist die von Schaffstein entwickelte *Pflichtverletzungslehre*.⁴⁹⁴ Diese entwickelte er als Antwort auf die „individualistische Strafrechtszersetzung der vergangenen Jahrzehnte“ – repräsentiert durch die liberale Rechts- bzw. Rechtsgutsverletzungslehre (dazu sogleich)⁴⁹⁵ – und die „verbrecherischen Angriffe[n] gegen die völkische Gemeinschaft“.⁴⁹⁶ Damit propagierte Schaffstein die Überwindung des Gegensatzes zwischen Einzelem und Gemeinschaft, kann jener doch überhaupt nur als Teil dieser existieren und zwar als „Volksgenosse“ mit intrinsischen (auch sittlichen) Pflichten gegenüber der – immer vorgehenden – Volksgemeinschaft.⁴⁹⁷ Die Nichterfüllung dieser Pflichten – also ein (sittlich miss-

493 So auch von Zaffaroni (2017), S. 245, der die frühere Arbeit (1931) nur en passant erwähnt und eine – von einer Textanalyse keineswegs gedeckte – Kontinuität zu der späteren Arbeit (1934) suggeriert.

494 Schaffstein, in: Dahm et al. (1935), S. 108 ff. (erneut von Zaffaroni ungenau, nämlich als Monographie, zitiert). Siehe auch Schaffstein, DRWis 1 (1936), 39 (42 ff.: Ersetzung der liberal-individualistischen Rechtsverletzungs-/Rechtsgutslehre durch die völkisch-kollektivistische Pflichtverletzungslehre); dazu auch Marxen (1975), S. 185 f.; Hartl (2000), S. 106 ff.; krit. Cattaneo (2001), S. 222 f.; zuseh. zur zeitgenössischen Kritik Stefanopolou, JoJZG 2010, 113 f.

495 Krit. zur liberalen Rechtsgutslehre Schaffstein, in: Dahm et al. (1935), S. 112 f., 117; ebenso Schaffstein, DStR 81 (1935), 97 ff. (Rechtsgut als Begriff, dessen „aufklärerisch-individualistischen Gehalt es zu entlarven gilt“ [97], dessen „Vergeistigung ... als besonders gefährlich“ erscheint, weil sie es „dem Gift der Aufklärungsideologie“ ermögliche, „in viele Ritzen und Spalten des Strafrechts“ einzudringen [101]).

496 Schaffstein, in: Dahm et al. (1935), S. 108 f.

497 Schaffstein, ZStW 53 (1934), 605 („Schutz der Volksgemeinschaft ... geht dem Schutz des einzelnen Volksgenossen voraus“); ders., in: Dahm et al. (1935), S. 109; ders., DStR 81 (1935), 104 (Aufhebung des Gegensatzes von Kollektiv- und Individualverbrechen, „sobald aus dem isolierten Einzelnen das Gemeinschaftsmitglied, aus dem Individuum der Volksgenosse wird ...“); ders., DRWis 1 (1936), 46 f. („Gliederhaftigkeit des einzelnen im völkischen Gesamtorganismus bekundet sich ... in den Pflichten gegenüber der Gemeinschaft ... gliedmäßige Verbundenheit des Volksgenossen in der Gemeinschaft ... Grund dafür, warum uns das Verbrechen gerade als Pflichtverletzung erscheint.“).

billigtes)⁴⁹⁸ Unterlassen⁴⁹⁹ – kann strafrechtlich sanktioniert werden (schlimmstenfalls als Verrat, wie wir gleich sehen werden).

Die Begriffe *Pflicht*,⁵⁰⁰ *Ehre* (des Volks- bzw. Rechtsgenossen)⁵⁰¹ und *Treue*⁵⁰² (gegenüber Führer, Volk und Staat)⁵⁰³ bereiten – als verbindliche „Rechtsbegriffe“ – den Boden für die – schon häufig erwähnte – radikale *Ethisierung* bzw. *Moralisierung* des Strafrechts;⁵⁰⁴ konkrete „Pflichtenkrei-

498 Vgl. etwa *Preußischer Justizminister* (1933), S. 132 (sittliche Pflicht zum Handeln aufgrund gesunder Volksanschauung) sowie § 13 StGB-Entwurf 1936 (Bestrafung bei pflichtwidrigem Unterlassen „wie ein Handelnder ... nach gesundem Volksempfinden ...“; zit. nach *Hartl* (2000), S. 141; auch *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 104 (grundsätzlich „berechtigt“); *Schaffstein*, DJ 98 (1936), 767 („jede der völkischen Sittenordnung entspringende Pflicht als Rechtspflicht“). Dies entspricht der ethisierenden Aufhebung von Recht und Moral, dazu schon Kap. II 2. mit Fn. 138.

499 Zur entsprechenden Aufwertung der (unechten) Unterlassungsdelikte *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 140 ff. („Eigenart der jeweils verletzen Pflicht“, nicht Rechtsgutsverletzung entscheidend; Unrechtsgehalt gründe in Pflichtverletzung, nicht kausaler Rechtsgutsverletzung); *ders.*, FS Gleispach (1936), S. 73 ff.; *ders.*, DJ 98 (1936), 767 ff. (Tätertypenproblem, Erweiterung der Unterlassungsdelikte als Konsequenz der Betonung der „Volksgemeinschaft“ [767]); auch *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 102 („Vergleich des Tatbildes“); s. auch folgender Abschnitt (5.) bei Fn. 584 sowie *Hartl* (2000), S. 139 ff.; *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 358; *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 114 f.

500 Zur Pflicht, insbesondere als Treuepflicht ggü. der Volksgemeinschaft, s. schon *Frank* (1935), S. 11 ff. (mit spezifischer Bezugnahme auf die [Treue-]Pflicht in Leitsätzen 3, 4, 5, 20 u. 38).

501 Zur Bedeutung des Ehrbegriffs schon o. Kap. II 2. mit Fn. 136 unter Bezugnahme auf die NS-Leitsätze (*Frank*, 1935), die sich in Nr. 5 und 27 nochmal spezifisch darauf beziehen und zwar als (Straf-)Rechtsfolge des Ehrverlusts bei Treuepflichtverletzung. Speziell zur Ehre im NS-Strafrecht *Dahm*, DR 4 (1934), 416 („wesentliche Voraussetzung für den Bestand und die Erhaltung einer wirklichen Gemeinschaft überhaupt und insofern unmittelbar ein völkisches Rechtsgut“, „wertvoller als das Leben“ [Bezugnahme auf die Denkschrift des *preußischen Justizministers* (1933)]); zur Ehrenstrafe u. Fn. 510 mit Haupttext.

502 Zur Bedeutung des Treuebegriffs schon o. Kap. II 2. mit Fn. 136 unter Bezugnahme auf die NS-Leitsätze (*Frank*, 1935), die sich in Nr. 3, 4, 5 und 38 nochmal spezifisch auf die (völkische) Treuepflicht beziehen; auch *Siegert*, DR 4 (1934), 528 ff. (blutgebundene Treue zur völkischen Gemeinschaft); *Schaffstein*, DStR 81 (1935), 104; aus historisch-politischer Sicht *Gross* (2010), Pos. 813 ff. (936), 1077 ff. u. passim; aus rechtshistorischer Sicht *Kroeschell* (1995), S. 158 ff. (162: Gefahr der Übersteigerung zu „einem germanischen Rechtsmysterium“); *Kroeschell*, in: Rückert/Willoweit (1995), 60 f., 66 ff.

503 *Thierack*, in *Frank* (1934), S. 27.

504 Nachweise schon o. 3. mit Fn. 476.

se“ – an den „konkreten Ordnungen“ Carl Schmitts⁵⁰⁵ orientiert⁵⁰⁶ – sollen „den alten Gegensatz von Tatstrafrecht und Täterstrafrecht“ überwinden.⁵⁰⁷ Die Verletzung der Treuepflicht gegenüber der Volksgemeinschaft ist „Verrat“;⁵⁰⁸ wobei dies allerdings nur für den Deutschen als Volksgenossen mit besonderen Treuepflichten gelte, während der Fremde nur sein Gastrecht verletze (was sich etwa beim „Landesverrat“ zeige);⁵⁰⁹ der Zusammenhang von Treue und Ehre erklärt die besondere Bedeutung von Ehrenstrafen,⁵¹⁰ nämlich als (sittlich-verwerflicher)⁵¹¹ *Ehrverlust* aufgrund einer Treuepflichtverletzung.⁵¹² Obwohl die Treuepflicht grundsätzlich auf „diejenigen Fälle“ zu beschränken sei, „in denen die so gekennzeichnete Tat die Gemeinschaftszugehörigkeit des Täters wirklich in ihrem innersten Kern angreift und in Frage stellt“;⁵¹³ überträgt Schaffstein den Treuegedanken auch auf Pflichtverletzungen im privaten (wirtschaftlichen) Verkehr,

505 O. Kap. IV 2. mit Fn. 268.

506 Explizit *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 45 („Wesen des Verbrechens“ aus „Wesen der konkreten Gemeinschaft“ abgeleitet), 47 (Pflicht ergebe sich „aus der konkreten Ordnung der völkischen Gemeinschaft“; Eingliederung des Einzelnen nicht nur in „Volksgemeinschaft in ihrer Gesamtheit, sondern darüber hinaus in eine Vielzahl ständischer und sonstiger Gemeinschaften ‘niederer Ordnung‘..“). Zum Einfluss Schmitts hat sich Schaffstein auch später selbst bekannt, *Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 187 f. Zu diesem Zusammenhang auch *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 53.

507 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 114; *ders.*, DRWis 1 (1936), 49 (Aufhebung der „Antithese von Täter und Tat“).

508 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 114. Krit. *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 50 f. Zu Verrat und Ehrverletzung *Dahm*, in: Dahm et al. (1935) S. 103 ff. Zum „Verbrechen als Verrat“ auch *Marxen* (1975), S. 186 ff.; *Hartl* (2000), S. 111 ff.

509 Dazu *Dahm* (1935a), S. 13; *Dahm* (1935b), S. 29 f.; *Schaffstein*, DRWis 1936, 48; ebenso *Siegert*, DR 4 (1934), 530; auch *Freisler*, DJ 97 (1935), 1251 (Hochverrat als „schwerer Treubruch gegenüber dem Volke selbst“).

510 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 115; dazu auch schon *Schaffstein*, DStR 80 (1934), 273; *Schaffstein*, DJZ 39 (1934), Sp. 1179 (zivilrechtliches Konzept des „Strafanspruch“ mit Ehrenstrafe unvereinbar); *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 625 f.; *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), 286, 288 (Betonung der „Ehrenwirkung“ der Strafe, „Ehrenminderung“ auch im Strafvollzug); auch *Dahm* (1935a), S. 6 ff. (Strafe als Ehrenstrafe mit Ausschluss aus der Gemeinschaft); *Dahm*, DJZ 39 (1934), Sp. 821 (krit. zur Vernachlässigung der Ehrenstrafen [und der Todesstrafe] und für ihre Erneuerung).

511 Konsequenz deshalb der Radbruch'sche Versuch der Entmoralisierung durch Abschaffung der Ehrenstrafen in seinem Entwurf von 1922, dazu *Goltsche* (2010), S. 304 f., 360, 376 f.

512 O. Fn. 501.

513 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 115 f., 118.

etwa die Verletzung von Berufs-, Amts- und Gewerbepflichten, Familien- und Ehepflichten sowie die Untreue.⁵¹⁴

Im Fall der Untreue wirkt das bis heute in § 266 StGB nach, denn dessen Betonung der abstrakten Vermögensbetreuungspflicht geht auf die vom NS-Treuegedanken inspirierte Ersetzung der kasuistisch, auf bestimmte Täter bezogenen Fassung von 1871⁵¹⁵ durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933⁵¹⁶ zurück.⁵¹⁷ Auch wenn man mit dem BVerfG die der heutigen Fassung des § 266 „zugrunde liegenden Wertungen nicht als nationalsozialistisches Gedankengut“ ansehen mag⁵¹⁸ und den Rechtsgutsbezug (Vermögen) statt reiner Pflichtverletzung betont,⁵¹⁹ so ändert dies doch nichts an der Tatsache, dass der NS-Gesetzgeber mit der Orientierung am Treuegedanken eine „extensive Handhabung des Tatbestands im Sinne nationalsozialistischer Vorstellungen“ ermöglichte,⁵²⁰ weshalb die Untreue bis heute ein „Vermächtnis“ nationalsozialistischer Gesetzgebungstechnik darstellt.⁵²¹ Der frühe Zeitpunkt der Gesetzesänderung – nur wenige Monate nach der (formalen) NS-Machtergreifung – bestätigt im Übrigen die (rückwärtsgewandte) Kontinuitätsthese.

In einem von Treue und Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft beherrschten Strafrecht kommt der (äußeren) *Rechts- oder Rechtsgutsverletzung* keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Sie wird durch die innere Einstellung (*Gesinnung*) zu diesen Treuepflichten ersetzt, so dass die Straftat zur

514 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 127 ff. (vier Gruppen von Pflichtverletzungsdelikten, allerdings nicht abschließend). Zu den Forderungen der antiliberalen Bewegung zum BT s. *Marxen* (1975), S. 124 ff.

515 RGBl 1871 I, S. 127 (§ 266 RStGB).

516 RGBl 1933 I, S. 295.

517 Vgl. explizit zum Zusammenhang mit dem NS-Treuebegriff *Siegert*, DR 4 (1934), 531; auch *Dahm* (1935a), S. 14.

518 BVerfG, Beschluss v. 23.6.2010 [Verfassungsmäßigkeit § 266 StGB] – 2 BvR 2559/08 u.a., Ziffer 88.

519 So allg. zu den aktuell existierenden Sonderdelikten *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 362; *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 117.

520 BVerfG, 2 BvR 2559/08, Ziffer 16 (mit allerdings unkritischem Verweis auf die Schrift von *Bruns*, 1938, deren Qualität als Habilitationsschrift umstritten war, vgl. *Jeßberger*, in: *Jeßberger/Kotzur/Reppen* (2019), S. 6 mit Fn. 46; krit. zu *Bruns Wolf*, JuS 1996, 189.

521 *Wolf*, JuS 1996, 193; *Safferling*, NSStZ 2011, 376, 377 li.Sp. In der Kommentarliteratur wird die Änderung von 1933 in der Regel nur unkritisch wiedergegeben, vgl. etwa *Dierlamm*, in: *MüKoStGB* (2014), § 266 Rn. 20; *Kindhäuser*, in: *NK-StGB* (2017), § 266 Rn. 17.

Pflichtverletzung wird, die eine vorwerfbare innere Einstellung im Hinblick auf die genannten Treuepflichten zum Ausdruck bringt.⁵²² Damit vollzieht Schaffstein den Schritt vom „Rechtsgutsverletzungsstrafrecht“ zum „Gesinnungs- oder Pflichtenstrafrecht“;⁵²³ wobei allerdings die völlige Aufgabe des Rechtsgutsbegriffs nicht unbedingt notwendig gewesen wäre (zur Bestrafung des bloßen bösen Willens sogleich), denn dieser war (und ist!) „geschmeidig“ genug,⁵²⁴ um mittels des von Schwinge/Zimmerl propagierten teleologischen Verständnisses⁵²⁵ nationalsozialistisch aufgeladen zu werden.⁵²⁶ Deshalb konnte die Kieler Schule letztlich mit dem „inhaltlichen und substanzerfüllten“ Rechtsgutsbegriff gut leben⁵²⁷ – ebenso wie andere NS-Juristen⁵²⁸ – und ihren eigentlicher Angriff gegen die Feuerbach'sche (subjektive) Rechtsverletzungslehre richten.⁵²⁹ Der Streit zwischen den „Kielern“ und den „Marburgern“ bestand damit im Kern doch nur darin, welcher Ansatz – Pflichtverletzungs- oder teleologische Rechts-

522 *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 45 (Verbrechen als „Ausdruck einer verwerflichen und volksfeindlichen Gesinnung“); dazu *Marxen* (1975), S. 188 f.

523 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 110; näher zu Pflichtverletzung und Gesinnung ebd., S. 119 ff., 125; ansatzweise auch *Schaffstein*, DStR 81 (1935), 105 (Verständnis des Verbrechens als Pflichtverletzung als „Grundstein“ des „Neubau[s] des nationalsozialistischen Strafrechtssystems“); *ders.*, DRWis 1 (1936), 45 ff.; zum Gesinnungsstrafrecht *Hartl* (2000), S. 126 ff.

524 *Amelung* (1972), S. 238.

525 O. Kap. IV 2. mit Fn. 277-286 u. Haupttext. – *Hartl* (2000), S. 102 f. übersieht den – wenn auch vordergründigen – Dissens zwischen den Kielern und Marburgern in der Rechtsgutsfrage, wenn er insoweit einen einheitlichen Kampf der antiliberalen Reformbewegung annimmt (immerhin zitiert er Schwinge/Zimmerl auf S. 109 mit Fn. 401).

526 In diesem Zusammenhang auch *Murmann* (2005), S. 138 (Rechtsgut „für jede inhaltliche Auffüllung offen“); *Hoyer*, GS Eckert (2008), S. 361 (Begründung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs mit rechtsgutsbezogenen Erwägungen). Zum geringen Einschränkungspotential des (traditionellen) Rechtsgutsbegriffs auch *Ambos*, FS Wolter (2013), 1285, 1288 ff. m.w.N; kritisch auch und stattdessen Betonung (des besonders in Italien vertretenen) Verletzungsprinzips (*principio de ofensividad*) *Zaffaroni* (2017), S. 228 f.

527 Vgl. *Dahm*, ZStW 57 (1938), 231; *ders.*, Tätertyp (1940), S. 31 mit Fn. 56 (grds. Einigung erreicht); *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 43 f. (wonach der richtige „Kern der Rechtsgüterlehre“ in ihrem Schutz von bestimmten Werten der „Volksgemeinschaft“ liege). Vgl. auch *Amelung* (1972), S. 249 (Anpassung an das NS-Denken als „Volksgutslehren“), 251 ff.

528 Vgl. etwa das Plädoyer für eine Erweiterung des Rechtsgüterschutzes im nationalsozialistischen Sinne von *Strauß*, in Frank (1934), S. 31 ff.

529 Zutreffend *Günther*, in: Institut für Kriminalwissenschaften (1995), S. 445, 452 ff.

gutslehre – zur Überwindung des verhassten liberalen Denkens besser geeignet war;⁵³⁰ zumal auch die Marburger die Schuld in der dem Nationalsozialismus widersprechenden Gesinnung erblickten.⁵³¹ So gesehen handelt es sich also, wie schon oben gesagt,⁵³² um ein *Scheingefecht*.

Die subjektivierte Pflichtverletzungslehre hat unmittelbare Konsequenzen für den Verbrechensbegriff, indem sie zum einen die *Rechtswidrigkeit subjektiviert*⁵³³ – subjektiver Widerspruch zur Pflicht (die allerdings gemessen an der „völkischen Sittenordnung“ objektiv verstanden werden soll)⁵³⁴ –, was zum anderen zu einer *Verschmelzung mit der Schuld* führt,⁵³⁵ die ja auch nur im Vorwurf der in der Tat zum Ausdruck kommenden mangelhaften inneren Einstellung (Gesinnung) zur Pflicht besteht. Anders ausgedrückt macht die Pflichtverletzungslehre die Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld überflüssig, denn beide bestehen gleichermaßen in der (subjektiven) Verletzung (Nichterfüllung) der Pflicht gegenüber der Volksgemeinschaft⁵³⁶ – ganz im Sinne des genannten „Gesinnungs- oder Pflichtenstrafrechts.“ Beispielhaft: Ein Zeuge, der glaubt die Unwahrheit zu sagen, aber tatsächlich die Wahrheit sagt, begeht eine vollendete Falschaussage, weil er ja die Unwahrheit sagen wollte und damit seine mangelhafte Einstellung zur Wahrheitspflicht zum Ausdruck gebracht,

530 Vgl. in diesem Sinne gegen Schaffstein auch *Schwinge/Zimmerl* (1934), S. 48 f., 67 (wo sie u.a. die Nähe der Pflichtverletzungslehre zum individualistischen Denken der Liberalismus nachzuweisen versuchen).

531 O. Kap. IV 2. mit Fn. 283 u. Haupttext.

532 O. Kap. IV 3. mit Fn. 358 u. Haupttext.

533 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 123; auch *Schaffstein*, DRWis (1936), 49 (Subjektivierung der Rechtswidrigkeit).

534 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 139 („Objektivierung der Pflichtwidrigkeit“); auch *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49 („Objektivierung einer normativ verstandenen Schuld“).

535 S. etwa *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 123; *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49 (Zusammenfallen von Unrecht und Schuld); zur Aufhebung der Unterscheidung auch *Marxen* (1975), S. 222 ff.; zur Diskussion, insbesondere in der Gürtner-Kommission (Gürtner, 1934 u. 1935) näher *Hartl* (2000), S. 159 ff. (wonach sich die „Befürworter einer Vereinheitlichung von Rechtswidrigkeit und Schuld ... letztlich ... nicht durchsetzen“ konnten [162]).

536 *Schaffstein*, in: Dahm et al. (1935), S. 132 ff. (134, 137); insbes. gegen eine Dreiteilung in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld ebd. S. 123, 132; auch *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 46 ff. (Pflichtverletzung als Verletzung gegenüber völkischer Gemeinschaft mit konkreten Folgen für Verbrechensbegriff).

sich also jedenfalls einer Pflichtverletzung in diesem subjektivierten Sinne schuldig gemacht hat.⁵³⁷

Damit wird der *willensstrafrechtliche Einschlag* der Pflichtverletzungslehre vollends deutlich: Einerseits führt die Subjektivierung der Rechtswidrigkeit mittels der Pflichtverletzungslehre zu einem (gesinnungsorientierten) „Willensstrafrecht“;⁵³⁸ andererseits gibt die Pflichtverletzungslehre dem „Begriff des Willensstrafrechts erst seinen eigentlichen Gehalt“;⁵³⁹ denn entscheidend ist der durch die Pflichtverletzung zum Ausdruck gekommene (volksfeindliche) Wille (Gesinnung).⁵⁴⁰ Schon vorher hat Schaffstein in soweit die Betonung des „bösen Willen[s]“ zur Grundlage der „ethisierenden Strafrechtsauffassung“ der Nationalsozialisten gemacht.⁵⁴¹ Wir werden darauf und auf die weitere Konsequenzen für den Verbrechensbegriff so gleich (5.) und danach (6.) noch einmal zurückkommen.

537 Schaffstein, in: Dahm et al. (1935), S. 128 f.; s. auch Gallas, FS Gleispach (1936), S. 52 (der allerdings nicht nur die Rechtsguts- sondern auch die Pflichtverletzungslehre wegen ihrer „Einseitigkeit“ – Erhebung des ethischen Standpunkts „zum wesensbestimmenden Prinzip“ – kritisiert [S. 67 f.]) [auch zit. von Zaffaroni (2017), S. 221 mit Fn. 420, allerdings ohne genaue Seitenangabe und auch deshalb ungenau, weil er sowohl Schaffstein als auch Gallas als Monographien zitiert]. Krit. Schwinge/Zimmerl (1934), S. 68, wonach auch der teleologische Rechtsgutsbegriff (o. Kap. IV 2. mit Fn. 286) eine subjektive „Sinndeutung eines Delikts“ erlaube (dazu auch Schröder (2016), S. 17 f.); gegen die teleologische Methode aber grds. Schaffstein, FS Schmidt (1936), S. 59 ff. Im Übrigen gelangt man auch über die Betonung des Akt(un)werts (Handlungs(un)werts) zum gleichen Ergebnis, vgl. Welzel, FS Kohlrausch (1944), S. 101, 107 f.

538 Schaffstein, in: Dahm et al. (1935), S. 123 (Subjektivierung u. Verschmelzung führt zu „Willensstrafrecht“), 137 (Zuordnung des Verbrechens als Pflichtverletzung zu Willensstrafrecht); Schaffstein, DRWis 1 (1936), 45 (Verbindung von Gesinnung und Pflichtverletzung im künftigen „Willensstrafrecht“). Dazu auch Hartl (2000), S. 160 f.

539 Schaffstein, in: Dahm et al. (1935), S. 114.

540 Vgl. etwa Schaffstein, DRWis 1 (1936), 49 („Eintritt der Pflichtverletzung“ vom „Eintritt des schädigenden Erfolgs unabhängig“).

541 Schaffstein, ZStW 53 (1934), 609 ff. (guter o. böser „Wille entscheidend“; Erfolg „gleichgültig“ für sittliche Bewertung; „Abstellen allein auf den bösen Willen“ entspreche einer „ethisierenden Strafrechtsauffassung ...“; „Standpunkt eines ethisierenden Willensstrafrechts“).

5. Konkrete Wesensschau und Willens-/Täterstrafrecht

Die Ablehnung des Trennungsdenkens führt zu einer *wesensmäßigen Gesamtbetrachtung*, die an der Wirklichkeit der Volksgemeinschaft, am „völkische[n] Sein“ – der Schmitt’schen konkreten Ordnung⁵⁴² –, zu orientieren ist: „Die ‘Tötung‘ kann nicht für sich gesehen, sie kann nicht ‘als solche‘ festgestellt und alsdann mit dem Stempel ‘Mord‘ versehen werden. Sie ist von vorneherein Mord, wo sie die Gemeinschaft zerstört. Wer von der Gemeinschaft her denkt, sieht gar nicht die Tötung, sondern den Mord ...“⁵⁴³ Denn das „abstrakte Denken trägt den Keim der Zerstörung in sich“⁵⁴⁴ und der abstrakte Tatbestand alleine sei sinnlos;⁵⁴⁵ er erhalte seinen Sinn nur in Bezug auf die Volksgemeinschaft, „aus ihrem Sein und Wirken in der Gemeinschaft, verstanden aus Volk und Rasse“;⁵⁴⁶ Man könne die menschliche Handlung nicht anders „sehen als in der Gemeinschaft, nicht als einzelnen, selbständigen und natürlichen Vorgang ..., sondern es trägt seinen Sinn oder Widersinn in sich, das heißt in seinem völkischen Sein“;⁵⁴⁷ es geht also um die der „völkischen Sittenordnung“ entspringende

542 *Dahm*, in: Dahm et al. (1935), S. 86 („völkisches Sein“ als „Ordnung“, Recht als „konkrete Ordnung“, Verbrechen als „konkrete Unordnung“), 101 (Gesetz als „Ausdruck einer wesenshaften Lebenswirklichkeit, der lebendigen Ordnung des deutschen Volkes und des Führerbefehls“); auch *Dahm* (1940), S. 35 (Gesetz strebe nach „lebensmäßiger Ordnung der Dinge“); *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 47 (Sittlichkeit „ergibt sich aus der konkreten Ordnung der völkischen Gemeinschaft“, Bezug auf „niedere“ ständische Ordnungen). Zu Schmitt insoweit schon o. Kap. IV 2. mit Fn. 267. Zu Wesensschau und Ordnungsdenken auch *Marxen* (1975), S. 221 f.; knapp *Vogel* (2004), S. 65 f.; *Schröder* (2016), S. 43 ff.

543 *Dahm*, in: Dahm et al. (1935), S. 86.

544 *Dahm*, in: Dahm et al. (1935), S. 63 f. („... zersetzendes Denken, das hier am Werke ist.“). Zum Kampf gg. abstrakte Begriffe und Trennungsdenken auch *Marxen* (1975), S. 214 ff. m.w.N.

545 Gegen die Belling’sche Tatbestandslehre, insbes. die These der Wertfreiheit, und die liberalen Implikationen (Gesetzlichkeitsgrds. etc.) auch *Dahm*, in: Dahm et al. (1935), S. 63 ff., 78 ff., 89 u. 107 (Abschaffung des Begriffs „Tatbestand“, der „künstlich“ und Beispiel für „gespensterhafte, ausgelaugte und tote Worte“ sei); anders aber *Dahm* (1940), S. 37 (Tatbestand als einziger „Ausgangspunkt jeder Untersuchung über den ... Typus“, „Typus“ als „Schatten des Tatbestands“). Auch sonst bedient sich Dahm in diesem späteren Text des Begriffs des Tatbestands in einer Weise, als ob es die frühere Forderung nach seiner Abschaffung nie gegeben hätte. Zum Kampf gg. den wertfreien Tatbestand und die bewertende Rechtswidrigkeit auch *Marxen* (1975), S. 219 ff.

546 *Dahm*, in: Dahm et al. (1935), S. 86.

547 *Dahm*, in: Dahm et al. (1935), S. 86 f. Zur Bekämpfung des naturalistischen Handlungsbegriffs auch *Marxen* (1975), S. 217 ff.

Handlung.⁵⁴⁸ Das deliktische Unrecht lasse sich nicht durch die bloß rational-logische Analyse des Tatbestands erfassen, sondern nur ihrem Wesen bzw. „wirklichen Sein“ nach,⁵⁴⁹ also – „materiell“⁵⁵⁰ – unter Berücksichtigung der „Bedeutung für die völkische Ordnung“.⁵⁵¹ So seien eben die Kriegsverbrechen deutscher Soldaten im Ersten Weltkrieg ebenso wenig – ihrem Wesen nach – Totschlag oder gar Mord⁵⁵² wie die Wegnahme einer Fahne einer katholischen Organisation durch die Hitlerjugend Diebstahl

-
- 548 *Dahm*, ZStW 57 (1938), 250 ff. („Wesen der Rechtsinstitute“ bzw. „Begriff der Rechtswissenschaft“ als „Nachbildung einer sinnerfüllten Wirklichkeit“ [251 f.], „geschichtlich gewordene, im Volksbewußtsein lebendige, für das Gemeinschaftsleben in bestimmter Weise bedeutsame Vorstellungen ...“ [252], „Zurückgehen auf tieferliegend, im Volke lebende Vorstellungen“ [ebd.], „hinter dem Gesetz wirkende volkstümliche Anschauung ... ein Volksempfinden für Recht und Unrecht“ [255], „Maßstab in der geschichtlich gewordenen Sittenordnung, in dem inneren Lebensgesetz und den Gemeinschaftsordnungen des Volkes“ [ebd.]); auch *Dahm* (1940), S. 34 f. („Volksempfinden“ stehe „hinter jedem Rechtsbegriff“, Grundlage und „Rohstoff“ der gesetzgeberischen u. richterlichen Arbeit).
- 549 *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 89 („Denn der Kern, das Wesen des Verbrechens ist eben ‚logisch‘ gar nicht zu fassen...“); *Dahm* (1935b), S. 14 (NS-Kernbegriffe Ehre, Treue etc. entziehen „sich einer letzten rationalen Erfassung“). Vor *Dahm* hatte allerdings schon *Mittermaier* (ZStW 44 (1924), 8 f.) zur Bestimmung eines Verhaltens als Verbrechen auf sein „inneres Wesen“ abgestellt („Es kann aber etwas vom Recht in einem Tatbestand ausgeprägt werden und ist seinem inneren Wesen nach doch kein Verbrechen.“ [8]). *Dahm* selbst wiederum erkannte später den grds. Wert einer logisch-rationalen Verbrechenstruktur an („Aufgabe der Wissenschaft, die einer rationalen Erfassung und Gestaltung im weitesten Umfange zugänglichen und bedürftigen Bestandteile des Verbrechensbegriffs zu ermitteln und das Ganze des Verbrechens sinnvoll zu gliedern“), hielt aber daran fest, dass die Ganzheitsbetrachtung („Verbrechen als eines Ganzen, als eines inneren Sinnzusammenhangs...“) „von größerer Bedeutung“ sei (*Dahm* (1940), S. 60 f.).
- 550 Etwa *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 612 („Prinzip des materiellen Unrechtsausschlusses im Sinn der nationalsozialistischen Rechtsidee“).
- 551 *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 102; auch *Dahm* (1940), S. 21 (Bestimmung des völkischen Tätertyps über die „Volksanschauung“, aus der sich „Täterbilde“ ergebe), 34 („Volksempfinden“ und „völkische Sittenordnung“ als Grundlage des Gesetzes), 37 (Tätertyp als „Richtlinie“ für „vernünftige“ Gesetzesanwendung). Stärkere Anlehnung an das Schmitt'sche Ordnungsdenken bei *Dahm* (1935a), S. 16 („Denken aus der konkreten Gemeinschaft und aus der lebendigen Ordnung heraus...“).
- 552 *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 71 ff. (krit. zu den Leipziger Kriegsverbrecherprozessen), 91 („Der Jurist muß heute tatsächlich wieder lernen, daß der Soldat im Kriege kein Mörder ist, daß er auch ‚an sich‘ keine Tötung begeht ...“). *Welzel*, ZStW 58 (1939) 491, 516 ff. gelangt im Übrigen zum gleichen Ergebnis über

sei.⁵⁵³ Aus der Wesensbetrachtung kann sich also eine „Einschränkung des Tatbestands“, aber auch seine Ausdehnung ergeben.⁵⁵⁴ Letztlich gehen Tatbestand und Rechtswidrigkeit (und auch Schuld) aber in einem nur vage wesensmäßig bestimmten, also tatsächlich unbestimmten, Deliktstypus (dazu sogleich u. 6.) auf, womit die Präzisierung- und Begrenzungsfunktion des Tatbestands aufgehoben wird.⁵⁵⁵ Auf die in dieser Untersuchung schon mehrfach erwähnte zeitgenössische Kritik am diffusen Begriff der „Wesensschau“ kann insoweit verwiesen werden.⁵⁵⁶

seine **Sozialadäquanzlehre**, denn „in den kriegerischen Kampfsituationen“ unterfallen „kriegsadäquate, kriegsnormale Handlungen von vorneherein nicht deliktischen Tatbeständen“; schließlich sei „der Gedanke, daß das Heer im Kampf um Leben und Tod lauter strafrechtliche Tatbestände – wenn auch rechtmäßig – verwirkliche, zu absurd, zu papiernen konstruiert, als daß er richtig sein könnte“ (ebd., 527). – Krit. zur Sozialadäquanzlehre wegen ihrer NS-Nähe *Llobet* (2018), S. 301 ff. m.w.N; im dt. Schrifttum beschränkt sich die Kritik idR auf die Unbestimmtheit des Konzepts (vgl. etwa *Loos*, in: *Loos* (1987), S. 502 ff. [503: „Vagheit des Begriffs“]; *Eser*, FS *Roxin* (2001), S. 199, 205 ff.), die aber gerade seine Auffüllung mit NS-Gedankengut erlaubt (insofern krit. nun *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser et al.* (2018), S. 160 [„wenig konkretisierten Begriff des Völkischen“], 178 f. [Bestimmung des Unrechts durch einen „empirisch auch nicht halbwegs exakt einzufangenden ‚Volkswillen[s]‘ ...“]).

- 553 *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 102 („Das Wesen des Diebstahls erschöpft sich nicht in der Summe seiner Tatbestandsmerkmale“), 103 („Was Diebstahl ist, sagt ja im Grunde nicht das Gesetz, sondern das ergibt sich aus dem Wesen der Sache“). Ebensovienig sei die Wegnahme einer Sache der Frau durch ihren Mann (ebd. S. 92 f.) oder die Wegnahme von nach den Bestimmungen des Versailler Vertrags herauszugebenden französischen Fahnen Diebstahl, weil sie nicht seinem Wesen und dem zugrundeliegenden Tat- oder Tätertypus entspreche (*Dahm*, ZStW 57 (1938), 253 f.; dazu auch *Marxen* (1975), S. 207).
- 554 *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 102. *Dahm*, ZStW 57 (1938), 254 spricht allgemeiner von einer „Einschränkung des Deliktstypus“, was widersprüchlich ist, wenn man, wie er (in: *Dahm et al.*, 1935, S. 68), schon in der Tatbestandsmäßigkeit eine „Belastung“ sieht. Vgl. auch *Dahm* (1940), S. 42 f. („Einschränkung“ durch „Typisierung“, „Tätertypus“ und Bezugnahme auf „das typische Lebensverhältnis“), 49 („Ausdehnung“ durch „entsprechende Anwendung“ durch Bezugnahme auf den Tätertypus). Ebenso *Schaffstein*, FS *Gleispach* (1936), S. 104 (Einschränkung bei Abweichung des Tätertypus vom Tatbestand).
- 555 Krit. auch *Marxen* (1975), S. 203 ff. („unbestimmte[n] Andeutungen und vage[n] Umschreibungen“ [221]); *Hoyer*, GS *Eckert* (2008), S. 355 (bestimmter Delikts- bzw. Tätertyp lediglich angedeutet).
- 556 Vgl. insbesondere *Schwinge/Zimmerl* (1934) und *Schwinge* (1938), dazu Kap. IV 2.; sowie *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 213, 217 („reichlich gefühlsmäßige «Wesensschau»“); *Wolf*, DRWiS 4 (1939), 173 (Begriff „Wesensschau“ „abgegriffen und allgemein“ und in „populär-unbestimmten Sinn verwendet ...“).

Dahm erkennt damit zwar *Täter-/Gesinnungstyp* und *Willensstrafrecht* insofern an, als das ein Verbrechen mehr sei als nur die bloße Verletzung von Interessen oder Gütern, doch setzt er sich von einem *reinen Willens-* bzw. *Gesinnungsstrafrecht* (dazu sogleich) insofern ab,⁵⁵⁷ als er die *Tatbezogenheit* des Täterstrafrechts betont⁵⁵⁸ und deshalb auch an der Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme festhalten will.⁵⁵⁹ Dahm kommt es auf die Rolle und Stellung des Täters in der Gemeinschaft – „die äußeren Bedingungen, unter denen er lebt, die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Beruf oder Stand usw.“⁵⁶⁰ – und deren Bewertung an. Es geht – gegen eine „zu einseitig[e]“ Betonung des „Wesen[s] des Täters“⁵⁶¹ – um eine Objektivierung am Maßstab des aus der völkischen Sittenordnung entspringenden Wesens der konkreten Tat⁵⁶² (*Verbindung zwischen Wesensschau und Willensstrafrecht*),⁵⁶³ um „die Vertiefung und richtige Erfassung des 'Tat'-Strafrechts“ durch den Tätertypus,⁵⁶⁴ um einen – an der „im Volk lebende[n]

557 Zum Täterstrafrecht als konkurrierende Lehre zum Willensstrafrecht vgl. *Hartl* (2000), S. 116 ff. (wonach, u.a., dieses sich vornehmlich auf den AT auswirkte, während das Täterstrafrecht eher der Schaffung neuer Tatbestände diene und seinen Ursprung nicht nur im Willensstrafrecht, sondern auch in einem gemeinschaftsbezogenen Strafrechtsdenken hatte [121]).

558 *Dahm* (1940), S. 55 (Täterstrafrecht durch „äußeren ... Tatvorgang geprägt“ sowie „Tätherrschaft“ [Lange] als Charakteristikum der „Täterschaft“); in der Sache ebenso *Mezger*, DJZ 39 (1934), Sp. 100 (Tatbestandsbezogenheit auch im Willensstrafrecht unaufgebbbar, dessen „Rückgrat“ bilde das „Verwirklichenwollen eines bestimmten gesetzlichen Tatbestands ...“), Sp. 103 („objektive Korrektur“, „objektive Sicherung“).

559 *Dahm* (1940), S. 54 ff. (willensstrafrechtliche „Gleichbehandlung aller Beteiligungsformen ... schon im Ansatz verfehlt“ [54]). Auch *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 319 ff. hält an dieser Unterscheidung fest, differenziert aber bezüglich der Akzessorietät der Teilnahme danach, ob die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Haupttat wesensbegründend sind (dann Akzessorietät, sonst – bezüglich persönlichen Strafausschließungsgründen und Zurechnungsfähigkeit – Selbständigkeit der Teilnahme). Zum Willensstrafrecht insoweit schon o. Kap. II 3. mit Fn. 182 u. Haupttext.

560 *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 88 f.

561 *Dahm*, ZStW 57 (1938), 256.

562 *Dahm*, ZStW 57 (1938), 253 („Wesen des in dieser Vorschrift gemeinten Tätertypus“, „Wesen der den gesetzlichen Umschreibungen zugrundeliegenden Tat- und Tätervorstellung“).

563 Vgl. *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 89 („Wo der Täter mit einem Hauptwort genannt werden kann – Verräter, Mörder, Dieb, Betrüger, Erpresser – dort liegt das Wesen in der Regel im 'Willen' ...“); *Dahm* (1935a), S. 11 („Wesen des Verbrechens“ als „Entartung des Willens...“).

564 *Dahm* (1940), S. 25.

Vorstellung vom Mörder, vom Diebe“ etc.⁵⁶⁵ – ausgerichteten Tätertyp, eine „Persönlichkeitsvorstellung“, ein „Menschenbild“,⁵⁶⁶ einen Verbrechentypus,⁵⁶⁷ um „Tat und Täter als Einheit“,⁵⁶⁸ also letztlich um „ein bestimmtes Sein in der Gemeinschaft“,⁵⁶⁹ das sich letztlich auch durch die gesetzliche Anerkennung bestimmter Tätertypen niederschlagen müssen.⁵⁷⁰

Ähnlich betont in diesem Zusammenhang – anders noch als bei der stärker subjektivierten Pflichtverletzungslehre⁵⁷¹ – Schaffstein die äußere Seite des Willensstrafrechts, soll doch „nicht der verbrecherische Wille als solcher“ die Tat rechtswidrig machen, „sondern erst seine Verwirklichung in einem bestimmten äußeren Geschehen.“⁵⁷² Ebenso erkennt er die „Ein-

565 *Dahm* (1940), S. 24 („... wie in der Sprache ja auch dem Mord der Mörder und der Hehlerei der Hehler entspricht“).

566 *Dahm*, ZStW 57 (1938), 257.

567 Zutr. *Zaffaroni* (2017), S. 253.

568 *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 92; *Dahm* (1940), S. 24.

569 *Dahm*, in: *Dahm et al.* (1935), S. 88.

570 Insoweit hat *Dahm* in seinem späteren, schon mehrfach zitierten – von *Zaffaroni* nur beiläufig erwähnten – Beitrag zum „Tätertyp“ (1940) – trotz Anerkennung eines „Gesetzessubjektivismus“ und der Rolle der Rspr. „als Vorkämpferin des neuen ‘Willensstrafrechts‘“ (S. 5) – beklagt, dass „auch heute noch das Strafrecht zunächst einmal Tatstrafrecht ist“ (S. 7), weil es nicht gelungen sei, über den kriminologischen Tätertyp hinaus eine Lehre von der „Gesamtpersönlichkeit des Verbrechers“ (S. 8, 9) zu entwickeln, die jenseits der Strafzumessung, also schon auf Unrechtsebene, Anwendung finden könne (S. 7 f.). Dem versucht er – mit *Mezgers* „Lebensführungsschuld“ (o. Kap. IV 1. mit Fn. 235 u. Haupttext) sympathisierend (S. 11 ff.) und die vor allem von *Freisler* (o. Kap. II 3. mit Fn. 176 u. Haupttext) in Stellung gebrachte „Sühne“ als „dritte Spur“ reaktivierend (S. 11, 38, 40) – durch die Entwicklung des Tätertypus – im Sinne eines „schuldhafte[n] Tätersein[s]“ (S. 9) – anhand einer detaillierten Analyse relevanter (nationalsozialistischer) Normen (u.a. *GewohnheitsverbrecherG*, *Kriegssondergesetzgebung* [„Volksschädling“, S. 34]) abzuhelfen (S. 9 ff.; zu unterschiedlichen Tätertypen S. 27 ff.), wobei sein (abstrakter) Definitionsversuch blass bleibt: „Will doch der Gedanke des Tätertypus besagen, daß, wo das Tatbild in sich hinreichend anschaulich und geschlossen ist, mit der Tat auch die Vorstellung eines Täters gegeben sei ...“ (S. 24). Das eigentlich Überraschende ist aber *Dahms* Distanzierung von der Schrift „*Liberales oder autoritäres Strafrecht*“ (*Dahm/Schaffstein*, 1933), weil die „kriminalpolitische Lage heute [1940] eine andere als damals“ [1933] sei, denn das „Ziel“ der „kraftvolle[n] Verfolgung und Vernichtung des wirklichen Verbrechens ... heute im Wesentlichen erreicht.“ (S. 44).

571 Insoweit o. 4. mit Fn. 539 f. u. Haupttext.

572 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 313. Vgl. auch ebd., S. 315, wonach „aus der Natur des Verbrechens als Willensverwirklichung zwangsläufig eine Unterscheidung

heit“ von Tat und Täter⁵⁷³ und ihre Bedeutung für „Tatbestandsbildung und Tatbestandsauslegung“⁵⁷⁴ an, wobei er hinsichtlich der Art und Weise der Berücksichtigung des Tätertyps zur Unrechtsbestimmung auf die – unten (Kap. VI) zu behandelnde Lehre – Erik Wolfs verweist⁵⁷⁵ (die allerdings Dahm für zu subjektivistisch hält).⁵⁷⁶ Pflichtverletzungs- und Tätertypenlehre haben damit die Gesinnung als gemeinsamen Bezugspunkt und die Bestrafung des Gesinnungsunwerts als gemeinsame straftheoretische Grundlage.⁵⁷⁷ Jene sieht den Grund der Bestrafung in der mangelnden Treue gegenüber der NS-Sittenordnung (und damit insoweit in defizitärer, falscher oder gar böser Gesinnung), diese in der defizitären Täterpersönlichkeit (Tätergesinnung), wobei die angesprochene stärkere Betonung der äußeren (Tat-)Seite strafrechtslimitierend wirkt. *Reines* Gesinnungs- oder Pflichtenstrafrecht im oben genannten, Schaffstein’schen Sinne⁵⁷⁸ führt jedenfalls zu einer Strafrechtsexpansion auf subjektiv-vergeistigter Grundlage, zu einer Bestrafung des bloßen bösen Willens,⁵⁷⁹ weshalb die Betonung der äußeren Seite (Tatbestandsbezogenheit, Manifestation des Willens) als bloßes Lippenbekenntnis⁵⁸⁰ und die Abgrenzung von Willens- und Gesin-

zwischen dem Willen und seiner Verwirklichung, zwischen dem Vorsatz und dem äußeren Geschehen, in dem er sich in die Tat umsetzt, folgt.“ Auch *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 43 (externe Manifestation von „Wille und Gesinnung“). Ebenso *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 221 f. (Bestimmung des Objekts des Willens); *Mittasch* (1939), S. 133 f. (Willensstrafrecht ohne äußeren Erfolg nicht denkbar, bloße „soziale Minderwertigkeit“ könne allenfalls „rassehygienische“ Maßnahmen, aber keine Strafe zur Folge haben).

573 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 332 („Täter ist wer die Tat begeht, und die Tat wiederum erhält durch den Täter ihr Gepräge. Die Tat kann nicht ohne einen Täter und der Täter nicht ohne eine Tat gedacht werden.“); auch *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49 (Aufhebung der „Antithese von Täter und Tat“).

574 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 336.

575 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 334 f.; *Schaffstein*, FS Gleispach (1936), S. 70, 103; zu „Täter-“ und „Gesinnungstypen“ auch *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 46.

576 *Dahm* (1940), S. 25 f. Er bezieht sich aber auf das u. Kap. VI 1. mit Fn. 607 zit. Werk Wolfs, während *Schaffstein* sich auf den späteren Aufsatz aus 1936, u. Kap. VI 2. mit Fn. 664, bezieht.

577 Vgl. explizit zur Verbindung zwischen Pflichtverletzungslehre und Willensstrafrecht *Schaffstein*, in *Dahm et al.* (1935), S. 137 („Pflichtverletzung ... Willensstrafrecht ... zugeordnet...“); vgl. auch *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 113.

578 O. 4. mit Fn. 523 u. Haupttext; zu *Freislers* Ansatz schon o. Kap. II 3. mit Fn. 165 ff. u. Haupttext.

579 Vgl. *Schaffstein*, DStR 81 (1935), 102 (Bestrafung des ungefährlichen untauglichen Versuchs nur als Ausdruck bösen Willens erklärbar).

580 Oder als bloße prozessuale Konzession wie bei *Freisler*, o. Kap. II 3. mit Fn. 173 f.

nungsstrafrecht undurchführbar erscheint.⁵⁸¹ Auch scheint insoweit die Strafbegründung mittels eines teleologisch-nationalsozialistischen Rechtsbegriffs an ihre Grenzen zu stoßen, will man den Rechtsbegriff nicht jedes, noch irgendwie fassbaren Inhalts – böser Wille als (abstrakt gefährlicher) Angriff auf die nationalsozialistische Sittlichkeitsordnung⁵⁸² – berauben.

Auch auf dem Gebiet des *Unterlassens* – aufgewertet durch die Pflichtverletzungslehre⁵⁸³ – sieht Schaffstein im „Tätertyp“, in den das Wesen der Tat zum Ausdruck bringenden „tätertypifizierenden“ Merkmalen, das entscheidende Kriterium zur Bestimmung des Unterlassungsunrechts.⁵⁸⁴ Jenseits der subjektiven Nuancen kann man jedenfalls Willensstrafrecht und Täteryphenlehre insoweit als „ideologische Einheit“ betrachten, als beide einerseits eine logische Konsequenz der Orientierung einer vom gesunden Volksempfinden inspirierten Gesinnung sind⁵⁸⁵ und andererseits auf eine Subjektivierung und Vorverlagerung zu Lasten anti-nationalsozialistischer Täter – bei gleichzeitiger Strafbarkeitseinschränkung zugunsten linientreu-

581 Krit. auch *Hartl* (2000), S. 93 ff. („ambivalente Abgrenzung“).

582 *Hoyer*, GS *Eckert* (2008), S. 361 hält die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs mit rechtsbegriffsbezogenen Erwägungen für begründbar („abstrakte Gefahr, dass die Realität tatsächlich so beschaffen sein könnte, wie sie sich der Täter vorstellt, und es deshalb zu einer Rechtsbegriffsverletzung kommen könnte“), doch trägt das nicht für den von Schaffstein ausdrücklich in Bezug genommenen *ungefährlichen* untauglichen Versuch.

583 Vgl. schon in diesem Kap. o. 4. mit Fn. 499 u. Haupttext.

584 *Schaffstein*, FS *Gleispach* (1936), S. 102 ff. (Tätertyp als „neues Kriterium ... , das in sinnvoller Weise die strafrechtliche Haftung für den Erfolg beschränkt“ [102], „Wesen des Täters“ „vor allem durch die Art der Ausführung, durch die konkrete Pflichtenstellung des Täters, durch die Gesinnung ... und durch die Motive der Tat bestimmt“ [105]; „konkrete Art und Stärke der vom Unterlassenden verletzten Pflicht, die Gesinnung ... die Intensität des verbrecherischen Willens“ als für „das Maß des Unrechts“ bedeutsame, tätertypifizierende Kriterien [107]); ihm folgend *Dahm* (1940), S. 46 f.; vorher schon *Preußischer Justizminister* (1933), S. 132 (auch Berücksichtigung der „persönlichen Verhältnisse des Täters“). Dazu auch *Marxen* (1975), S. 229 ff. (allgemeine Handlungspflicht ggü. Volksgemeinschaft unter Rückgriff auf Pflichtverletzungslehre und Aufhebung der Unterscheidung von Tun/Unterlassen durch Täteryphenlehre), 260 (krit. zum heutigen § 13 StGB als – in der Kontinuität des NS-Wesensdenken stehende – „ganzheitliche, wesenhafte und damit verschwommene Bestimmung der Handlungspflichten und des Täterkreises“); *Zaffaroni* (2017), S. 256 ff.

585 In diesem Sinne zum Tätertyp *Cattaneo* (2001), S. 238 ff.

er Täter – abzielten.⁵⁸⁶ Dies hat nicht nur konkrete Folgen für die Verbrechenslehre, etwa die schon erwähnte⁵⁸⁷ Aufhebung des Unterschieds von Versuch und Vollendung,⁵⁸⁸ sondern begründet auf kriminalpolitischer Ebene – schon 1933 von Radbruch als Gefahr ausgemacht – eine „*doppelte[n] Rechtsmoral*“, ein „zweifache[s] Recht[s], eines Rechts für die eigenen Parteigänger, eines anderen für die politischen Gegner.“⁵⁸⁹

6. Gesamtunwerttatbestand („*Deliktstypus*“) statt gestufte Verbrechenslehre

Die Pflichtverletzungslehre führt also zu einer Verschmelzung von Unrecht und Schuld in Form des diffusen „Gesinnungs- oder Pflichtenstrafrechts“ (o. 4.) und die mysteriöse Wesensschau (o. 5.) fügt alles zu einem einheitlichen Gesamtunwerttatbestand zusammen.⁵⁹⁰ Die aus einer solchen Gesamtbetrachtung folgende Aufhebung des Unterschieds zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld hat Schaffstein schon 1936⁵⁹¹ näher begründet.⁵⁹² Dem „alten System“ wirft er seine „Unzulänglichkeit“ bezüglich der unklaren Abgrenzungskriterien und der antithetischen „unnatürlichen Zerreißung der Systemzusammenhänge und der ... ganzheitlich zu verstehenden Strafrechtsbegriffe“ vor.⁵⁹³

586 Ähnlich *Frommel*, in: Reifner/Sonnen (1984), S. 86, 88; *Marxen*, in ebd., S. 81 (Tatbestandseinschränkung allenfalls zugunsten von NS-Tätern); näher zur Tätertypenlehre als (versuchte) Strafbarkeitseinschränkung in ideologisch neutralen Gebieten (nicht etwa im Kriegsstrafrecht) *Marxen* (1975), S. 208 ff.; *Schröder* (2016), S. 49 f.

587 O. Kap. II 3. mit Fn. 180 u. Haupttext.

588 S. etwa *Schaffstein*, in Dahm et al. (1935), S. 137; *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 48 f.; dazu auch *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 115 f.

589 *Radbruch* (1933/1957), S. 75 (Herv. K.A.).

590 Vgl. früher schon *Zaffaroni*, in *Zaffaroni*, 2011, S. 36 (Tatbestand als „eine Art Fenster“, das durch den Richter durch Tat und Täter vervollständigt werde [„*ven-tana que le permitia al juez completarlo con un tipo de delito y de autor...*“]).

591 *Zaffaroni* (2017), S. 266 ff. geht von 1938 aus.

592 S. schon o. 4. mit Fn. 535 u. Haupttext, auf *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49 verweisend; ansatzweise schon *Schaffstein*, FS Schmidt (1936), S. 77 (Unterscheidung sehr zweifelhaft im Lichte des Gesinnungs- und Willensstrafrechts); danach *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 295. Dazu auch *Marxen* (1975), S. 222 ff.; *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 114.

593 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 327. Zugleich erkennt er zwar Logik und Rationalität eines strukturierten Verbrechensbegriffs an, hält ihn aber für systematisch „unbrauchbar“ (ebd., 330).

Schaffstein erkennt den überkommenen strukturierten Verbrechensbegriff nur begrifflich mittels der Kategorien der Strafandrohungstatbestände⁵⁹⁴ (Unrechts- und Schuldmerkmale) und der Strafausschließungsgründe (Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe als negative Strafbarkeitstatbestände/-typen)⁵⁹⁵ an,⁵⁹⁶ lässt diese jedoch in der Sache in dem besagten Gesamtunwerttatbestand – als „Deliktstypus“⁵⁹⁷ – aufgehen. Dieser nimmt alles – außer die persönlichen Strafausschließungsgründe und die Zurechnungsfähigkeit – in sich auf.⁵⁹⁸ Seinen Inhalt erhält dieser Deliktstypus aus der Pflichtverletzungslehre sowie der (neuen) NS-Strafrechtsethik, gespeist aus völkischer Sittenordnung, völkischem Rechtsgefühl und ganzheitlicher Wesensschau.⁵⁹⁹ Es geht um die Perfektionierung des materiellen Verbrechensbegriffs durch extreme Ethisierung, sogar unter Aufgabe des – ebenfalls durchaus ethisierten – normativen Schuldbegriffs.⁶⁰⁰

Die schon vorher (1933) begründete⁶⁰¹ Ablehnung der *Unzumutbarkeit* als übergesetzlichem Schuldausschließungsgrund⁶⁰² ist nur eine weitere Konsequenz des neuen autoritär-generalpräventiven Strafrechts, denn (zusätzliche) Strafausschließungsgründe sind „Ausdruck individualistischer Strafrechtsgestaltung“⁶⁰³ und schwächen nur die Strafdrohung des totalen NS-Staates, der schließlich mit aller (strafrechtlichen) Härte gegen die Dissidenten (Volksschädlinge) vorgehen müsse. Nicht nur die Kriminalpolitik, sondern auch die Strafrechtsdogmatik müsse sich den zersetzenden Tendenzen des überkommenen liberalen Strafrechts entgegenstellen: „... je stärker der Individualismus von dem Rechtsbewusstsein des Volkes Be-

594 Bei Zaffaroni (2017), S. 267 unzutreffend „Strafandrohungstatbestände“.

595 Schaffstein, ZStW 57 (1938), 311 („alle Strafausschließungsgründe ... Einschränkungen der Strafandrohungstatbestände in Form negativer Tatbestandsmerkmale“).

596 Schaffstein, ZStW 57 (1938), 302, 305, 307 f., 311. Missverständlich Zaffaroni (2017), S. 267, der einen strukturierten Verbrechensbegriff auch in der Sache annimmt.

597 Schaffstein, ZStW 57 (1938), 315 f. („Deliktstypus“). Zaffaroni (2017), S. 269 sieht eine begriffliche Anleihe bei Beling.

598 Schaffstein, ZStW 57 (1938), 305 („Gesamtunwert“ mit Strafandrohungstatbeständen und Strafausschließungsgründen). Krit. Marxen (1975), S. 226 f.; vgl. auch Zaffaroni (2017), S. 271 ff. (Tat- und Tätertyp umfasse alles).

599 Schaffstein, ZStW 57 (1938), 301, 322, 327.

600 Vgl. auch Zaffaroni (2017), S. 273.

601 Schaffstein (1933).

602 Dazu auch Stefanopolou, JoJZG 2010, 115; Zaffaroni (2017), S. 258 ff.

603 Schaffstein (1933), S. 60 ff. („Zumutbarkeitslehre als Ausdruck individualistischer Strafrechtsgestaltung“).

sitz ergriffen hat, desto verhängnisvoller wäre es, ihm auch noch durch die Relativierung des Schuldbegriffs entgegenzukommen.“⁶⁰⁴

604 *Schaffstein* (1933), S. 82; dazu auch *Zaffaroni* (2017), S. 265.