

Kai Ambos

Nationalsozialistisches Strafrecht

Kontinuität und Radikalisierung



Nomos

facultas



DIKE 

Grundlagen des Strafrechts

herausgegeben von

Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE), Universität Hannover

Prof. Dr. Katrin Höffler, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Universität Augsburg

Prof. Dr. Martino Mona, Universität Bern

Prof. Dr. Georg Steinberg, Universität Potsdam

Prof. Dr. Benno Zabel, Universität Bonn

Band 6

Kai Ambos

Nationalsozialistisches Strafrecht

Kontinuität und Radikalisierung



Nomos

facultas



DIKE



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

ISBN 978-3-8487-5631-5 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-9714-9 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-1839-6 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03891-096-1 (Dike Verlag, Zürich/St.Gallen)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Analu

„Doch eben weil durch das Dritte Reich eine Tradition vernichtet worden ist, die mit der deutschen Identität aufs tiefste verbunden ist, müssen die Deutschen ... hinter Auschwitz zurück- und über Auschwitz hinausdenken. ... Zur deutschen Identität gehört das Judentum jedenfalls unverlierbar hinzu, und die Nachgeborenen sollten es als ihre Pflicht ansehen, seiner bedeutenden Geschichte nicht nur nachhaltig zu gedenken, sondern dieses Gedenken als fruchtbare Saat in die Zukunft Deutschlands und Europas zu streuen.“

Dieter Borchmeyer, Was ist Deutsch?, 2017, S. 22

Was für ein arroganter Glaube, man käme so billig davon?
Als könnte irgendwie irgendetwas irgendwann jemals
wieder normal sein.
... *Es wird nie wieder alles gut.*

Max Czollek, Desintegriert euch!, München 2018, S. 182

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist aus der Lektüre der jüngst erschienenen Monographie des berühmten argentinischen Strafrechtslehrers Eugenio Raúl Zaffaroni zur nationalsozialistischen Strafrechtsdogmatik („Doctrina Penal Nazi“, 2017) hervorgegangen. Was zunächst nur eine knappe Rezension werden sollte, ist durch die eingehende Überprüfung der von Zaffaroni angegebenen Quellen und die Herbeiziehung weiterer Primär- und Sekundärquellen schnell zu einer selbständigen Abhandlung geworden. Sie versteht das nationalsozialistische Strafrecht – in Übereinstimmung mit der verbreiteten, die Kontinuitätsthese weiterentwickelnden Radikalisierungsthese – als rassistisch (antisemitisch), völkisch („germanisch“) und totalitär ausgerichtete Fortschreibung der autoritären und antiliberalen Tendenzen des deutschen Strafrechts der Jahrhundertwende und der Weimarer Republik. Dies soll durch die systematisch-analytische Aufbereitung der Texte relevanter Autoren belegt werden, wobei es primär um die – für sich selbst sprechenden – Texte, nicht die moralische Beurteilung ihrer Verfasser geht. Allerdings sollte ein Göttinger Ordinarius sich der unrühmlichen NS-Vergangenheit gerade seiner Fakultät bewusst sein, zumal diese zwischenzeitlich von meiner rechtshistorischen Kollegin *Eva Schumann* (insbesondere 2008) weitgehend aufgearbeitet worden ist (krit. schon vorher *Halfmann*, 1998).

Der Leser erfährt auch etwas zur Rezeption des deutschen (NS-) Strafrechts in Lateinamerika. Noch ein Wort zur besagten Kontinuität: Sie existierte nicht nur rückwärtsgewandt (post-Weimar), sondern auch zukunftsgerichtet (Bonner Republik). Kurzum, das NS-Strafrecht kam weder aus dem Nichts noch ist es nach 1945 völlig verschwunden. Der zeitgenössische Versuch der identitären Rekonstruktion des germanischen Mythos durch die sog. „neue Rechte“ schließt daran nahtlos an. Der von ihr betriebene populistische Politikstil ersetzt im digitalen Zeitalter den argumentativen Diskurs durch „ein vermeintlich unmittelbares Zustimmung in einer virtuellen Volksgemeinschaft“ (Stollberg-Rilinger, Interview, faz.net, aktualisiert 2.9.2018).

Ich danke zahlreichen Kollegen für kritische und weiterführende Hinweise. Albin Eser, Fritz Loos und Thomas Vormbaum haben das Manuskript ganz gelesen. Friederike Wapler hat mir wertvolle Hinweise zum vierten Kapitel (NS-Strafrecht und Neukantianismus) gegeben, darüber hi-

Vorwort

naus Gunnar Duttge, Katrin Gierhake, Luis Greco, Katrin Höffler, Tatjana Hörnle, Günther Jakobs, Urs Kindhäuser, Uwe Murmann und Dietmar von der Pfordten. Hinweise zu anderen Aspekten habe ich überdies von Paulo de Sousa Mendes, Leandro Dias, Michael Kubiciel, Javier Llobet, Christoph Safferling, Eva Schumann, Heike Stopp und Fernando Velásquez erhalten. Florian Jessberger und Moritz Vormbaum haben mir ihre Beiträge zu H. Henkel und Eb. Schmidt, Urs Kindhäuser seinen Beitrag zu „Günther Jakobs und Hans Welzel“ vorab zur Verfügung gestellt. Ferner danke ich Herrn Akademischen Rat Dr. Alexander Heinze sowie meinen studentischen Mitarbeitern Henri Backhaus, Marieke Buchholz, Matthias Friese, Leon Augustin Hill, Roman Jusen, Alina Sviridenko, Dara-Lisa Szielinski und Tjorven Vogt für Unterstützung bei der Recherche und der Erstellung der Druckfassung. Meiner Doktorandin Yingxin He danke ich für Hinweise zum chinesischen Rechtsstaatsverständnis.

Kai Ambos

Göttingen, Januar 2019

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
Kapitel I. Vorbemerkungen	15
1. Zu Zaffaronis „Doctrina Penal Nazi“	15
2. Eigener Ansatz	17
Kapitel II. Grundlagen des NS-Strafrechts	26
1. Rassismus, Volksgemeinschaft, Führerstaat, Führerprinzip und Exklusion	26
2. Materieller Unrechtsbegriff, Ethisierung, „totales“ Strafrecht und Entformalisierung	38
3. Generalpräventives und sühnendes Willensstrafrecht	44
Kapitel III. Kontinuität und Schulenstreit (?)	49
Kapitel IV. NS-Strafrecht und Neukantianismus	56
1. Der (angebliche) Einfluss des Neukantianismus	56
2. Insbesondere: die „Marburger Schule des Neukantianismus“	60
3. Neukantianismus als Wegbereiter des NS-Strafrechts?	68
4. Kollektivismus und materiale Wertlehren als Wegbereiter des NS-Strafrechts?	77
Kapitel V. Eigenständiges NS-Strafrecht durch die Kieler Schule	87
1. Grundsätzliche Ausrichtung und Repräsentanten	87
2. Kriminalpolitisches Programm: Autoritär-nationalsozialistisches Strafrecht	91
3. Zur Rolle des Richters im NS-Führerstaat	99
4. Treue, Pflichtverletzung, Ehrenstrafe	102
5. Konkrete Wesensschau und Willens-/Täterstrafrecht	109

Inhaltsverzeichnis

6. Gesamtunwerttatbestand („Deliktstypus“) statt gestufte Verbrechenslehre	116
Kapitel VI. Erik Wolf: Von Tätertypen zur normativen Täterlehre mit Gesinnungstypus	119
1. Autoritär-soziales Strafrecht und Täterlehre	119
2. Nationalsozialistische Hinwendung und Abwendung	123
Kapitel VII. Folgerungen	130
1. Selektive Rezeption des deutschen (nationalsozialistisch inspirierten) Strafrechts in Lateinamerika	130
2. Hans Welzel als Überwinder des (neukantianischen) NS- Strafrechts?	132
3. Kontinuität nationalsozialistischen Strafrechtsdenkens in Lateinamerika?	141
Literaturverzeichnis	145
Personenverzeichnis (selektiv)	165
Sachverzeichnis	167

Abkürzungsverzeichnis

Abb.:	Abbildung
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
a.E.:	am Ende
allg.:	allgemein/er
ARSP:	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy
BMJ:	Bundesministerium der Justiz
BT:	Besonderer Teil
BVerfG:	Bundesverfassungsgericht
bzgl.:	bezüglich
Ders.:	Derselbe
diff.:	differenzierend
DJ:	Deutsche Justiz (1933-1945; Hrsg. Reichsminister der Justiz; „amtliches Organ der deutschen Rechtspflege und Rechtspolitik“; Rechtsvorgänger: Zeitschrift Preußische Justiz)
DJZ:	Deutsche Juristenzeitung (ab 1933 in NS-Hand; Hrsg. Carl Schmitt (ab 1934); zuvor seit 1896 im Verlag des als Juden verfolgten Otto Liebmann; 1936 wegen der ZAkDR eingestellt)
DPC:	Derecho Penal y Criminología (Bogotá, Kolumbien: Universidad Externado)
DR:	Deutsches Recht (1931-1945, „Zentralorgan des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes“, 1939 mit JW vereinigt)
DRWis:	Deutsche Rechtswissenschaft (1936 gegründet zum Zwecke der „Rechtsneuerung“ / Verbreitung der Ideen der Kieler Schule)
DStR:	Deutsches Strafrecht. Strafrecht. Strafrechtspolitik. Strafprozess (als Ergänzungsblatt zur DJ) (1934-1944, Hrsg. Roland Freisler, ab 1953 wieder unter dem Titel „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“)
ebd.:	ebenda
et al.:	„und andere“
FG:	Festgabe
Fn.:	Fußnote
FS:	Festschrift
GerS:	(Der) Gerichtssaal
gg.:	gegen
ggü.:	gegenüber
Ggs.:	Gegensatz
GLJ:	German Law Journal

Abkürzungsverzeichnis

grdl.:	grundlegend
grds.:	grundsätzlich/e/er
Hrsg.:	Herausgeber
Herv.i.Orig:	Hervorhebung im Original
i.E.:	im Ergebnis
JCL&Crim:	Journal of Criminal Law and Criminology
Jh.:	Jahrhundert
JJZG:	Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte
JoJZG:	Journal der juristischen Zeitgeschichte
JW:	Juristische Wochenschrift („Organ des Deutschen Anwaltsvereins“ bis 1939, danach mit DR vereint; in der NS-Zeit von nationalsozialistischen Rechtsvorstellungen geprägt; Anwaltszeitschrift erst mit der Neugründung der NJW 1947)
JZ:	Juristenzeitung (seit 1951, Nachfolger der SJZ)
krit.:	kritisch
KritV:	Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LB:	Lehrbuch
LH:	Libro Homenaje (Festschrift)
MDR:	Monatsschrift für Deutsches Recht (seit 1947)
m.E.:	meines Erachtens
MIH:	Modern International History
MS:	Manuskript
MSchrKrim:	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MSchrKrimBio:	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
MSchrKrimPsych:	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (seit Gründung bis 1936 unter diesem Namen erschienen, dann MSchrKrimBio, heute MSchrKrim)
MüKoStGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
m.w.N.:	mit weiteren Nachweisen
NDP:	Nueva Doctrina Penal
NFP:	Nuevo Foro Penal (Medellín, Kolumbien: Temis, Universidad Eafit)
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
NK:	Nomos Kommentar
NS:	Nationalsozialismus
NSDAP:	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
o.g.:	oben genannt/e/en/er
OGH:	Oberster Gerichtshof
Übers. K.A.:	Übersetzung Kai Ambos
RDP:	Revista de Derecho Penal (Buenos Aires, Argentinien: Ediar)
RDPC:	Revista de Derecho Penal y Criminología (Buenos Aires, Argentinien: La Ley)
REP:	Revista de Estudios Penales (Valladolid, Spanien: Universidad de Valladolid)

RGBL:	Reichsgesetzblatt
RJ:	Rechtshistorisches Journal
Rn.:	Randnummer
RStGB:	Reichsstrafgesetzbuch
RW:	Rechtswissenschaft
Rz.:	Randziffer
SchwZStW:	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
StGB:	Strafgesetzbuch
SJZ:	Süddeutsche Juristenzeitung (1946-1950, Vorgänger der JZ)
Sp.:	Spalte(n)
str.:	strittig
u.a.:	unter anderem
vgl.:	vergleiche
ZAkR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (dem NS-Reichsjustiz- und Reichsinnenministerium unterstehende Einrichtung)
z.B.:	zum Beispiel
Zhg.:	Zusammenhang
ZIS:	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.:	zitiert
ZJJ:	Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe
ZStW:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zuf.:	zusammenfassend
zust.:	zustimmend

Kapitel I. Vorbemerkungen

1. Zu Zaffaronis „Doctrina Penal Nazi“

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

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

1 *Muñoz Conde* (2003).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Eigener Ansatz

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

10 Zaffaroni (2017a).

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

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

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

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