

Gerhard Werle  
Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung  
im Dritten Reich



Gerhard Werle

Justiz-Strafrecht  
und  
polizeiliche Verbrechensbekämpfung  
im Dritten Reich



1989

Walter de Gruyter · Berlin · New York

*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Werle, Gerhard:**  
Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im  
Dritten Reich / Gerhard Werle. – Berlin ; New York :  
de Gruyter, 1989  
ISBN 3-11-011964-1

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

©

Copyright 1989 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Druck: Kupijai & Prochnow GmbH, 1000 Berlin 61  
Buchbinderei: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

## VORWORT

Die Untersuchung hat zum Ende des Wintersemesters 1987/88 und im Sommersemester 1988 der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Habilitationsschrift vorgelegen. Das Manuskript wurde im Januar 1988 abgeschlossen. Aus der seither erschienenen Literatur, die nicht mehr berücksichtigt werden konnte, ist das Werk des Historikers und Politologen Lothar Gruchmann, "Justiz im Dritten Reich 1933 - 1940", hervorzuheben.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Lackner, meinem akademischen Lehrer, und Herrn Prof. Dr. Küper für ihre eingehende Auseinandersetzung mit der Arbeit.

Für begleitende Gespräche bin ich Herrn Prof. Dr. Naucke sowie meinen Kollegen Dr. Dr. Christensen, Dr. Hettinger und Dr. Müller-Christmann sehr verbunden; Herrn Prof. Dr. Naucke verdanke ich besonders wichtige Anregungen.

Die Reinschrift des Manuskripts hat Frau Rosa-Maria Metzger mit großer Genauigkeit besorgt. Bei der Bewältigung technischer Aufgaben im Rahmen der Publikation der Arbeit haben mich Frau Christine Baumdick, Frau Madeleine Detzner, Frau Brigitte Seib und Frau Barbara Storch sowie die Herren Dr. Ulrich Höpfner, Georg Bernsau, Frank Haarer, Ulrich Krähe, Ralf Schreppel und Wilfried Weisbrod unterstützt. Die Mitarbeiter der Universitätsbibliothek Heidelberg und des Bundesarchivs Koblenz waren mir bei der Beschaffung von Literatur und Quellenmaterial behilflich. Allen Genannten danke ich sehr.

Während der vier Jahre, in denen diese Arbeit entstanden ist, hat mich meine Frau Stefani mit ihrer Heiterkeit und ihrer Geduld begleitet. Ihr möchte ich auch an dieser Stelle von Herzen danken.

Schriesheim, im April 1989

*Gerhard Werle*



## INHALTSÜBERSICHT

<b>Einleitung</b> .....	1
<b>Erster Teil: Einführung</b> .....	5
A. Deutungsmuster zum Justiz-Strafrecht 1933 bis 1945 .....	5
B. Die Ansätze zur Würdigung des Verhältnisses von Justiz-Strafrecht und polizeilicher Verbrechensbekämpfung.....	48
C. Zwischenbilanz .....	52
D. Weiteres Vorgehen .....	54
<b>Zweiter Teil: Die Gesetzgebung zum materiellen Strafrecht</b> .....	57
A. Die erste Phase: 1933 bis 1935.....	58
B. Die Zwischenphase: 1936 bis 1938.....	193
C. Die zweite Phase: 1939 bis 1945 .....	202
<b>Dritter Teil: Polizeiliche Verbrechensbekämpfung</b> .....	481
A. Die ausführenden Organe der polizeilichen Maßnahmen.....	483
B. Die vorbeugende Bekämpfung nicht-politischer Verbrechen.....	488
C. Die vorbeugende Bekämpfung politischer Verbrechen .....	532
D. "Todesurteile" außerhalb der Justiz: die Exekutionen.....	577
E. Polizeiliche Strafmaßnahmen gegen ausländische Zivilarbeiter, insbesondere: Die polizeilichen "Fremdvolk"-Strafrechte .....	603
<b>Vierter Teil: Zur Zukunft von Justiz-Strafrecht und polizeilicher Verbrechensbekämpfung. Die Entwürfe zum Gemeinschaftsfremdengesetz 1940 bis 1944 und der Entwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs 1944</b> .....	619
A. Die Entwürfe zum Gemeinschaftsfremdengesetz .....	621
B. Die Einarbeitung des Entwurfs eines Gemeinschaftsfremdengesetzes 1944 in den Allgemeinen Teil des Strafrechts durch den Entwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs 1944 .....	661
<b>Fünfter Teil: Ergebnisse. Nationalsozialistisches Verbrechensbekämpfungsrecht: Justiz-Strafrecht, Polizei-Strafrecht, polizeiliches Vorbeugungsrecht</b> .....	681
A. Das Grundverhältnis von Justiz-Strafrecht und polizeilicher Verbrechens- bekämpfung.....	681

VIII

Inhaltsübersicht

B. Justiz-Strafrecht.....	690
C. Polizei-Strafrecht.....	724
D. Polizeiliches Vorbeugungsrecht.....	726
E. Strafrecht und Vorbeugungsrecht - Justiz und Polizei .....	730
<b>Ausblick</b> .....	733
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	737
<b>Register</b> .....	766

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	
<b>Einleitung</b> .....	1
<b>Erster Teil: Einführung</b> .....	5
<i>A. Deutungsmuster zum Justiz-Strafrecht 1933 bis 1945</i> .....	5
<b>I. Die Unterscheidung von nicht-nationalsozialistischem Strafrecht und nationalsozialistischem Straf(un)recht</b> .....	5
1. Die "Perversion" des Strafrechts als übergreifender Gesichtspunkt.....	5
2. Das Naturrecht als Maßstab.....	7
a) Gustav Radbruch: Übergesetzliches Recht und gesetzliches Unrecht.....	7
b) Die strafrechtspraktische Bedeutung des naturrechtlichen Maßstabs: Der "Kernbereich des Rechts" in der Nachkriegsrechtsprechung.....	10
c) Zusammenfassung und Kritik.....	14
3. Das rechtsstaatliche Strafrecht als Maßstab.....	16
a) Materielles Strafrecht.....	16
b) Anwendung auf das Strafverfahrensrecht.....	18
c) Weitere Anwendungsmöglichkeiten.....	24
d) Praktische Bedeutung des Maßstabs: Rechtsbereinigung nach 1945.....	25
e) Zusammenfassung und Kritik.....	27
4. Die nationalsozialistische Weltanschauung als Maßstab.....	30
a) (Straf-)Recht und Ideologie - zwei Welten.....	30
b) Ideologisierte und neutrale Zonen des Strafrechts.....	33
<b>II. Das Strafrecht 1933 bis 1945 als Einheit</b> .....	36
1. Die "politische Gleichstimmigkeit" des Strafrechts 1933 bis 1945 (Naucke).....	36
2. Strafrecht als Verwirklichung "nationalsozialistischer Weltanschauung".....	40
a) Das Strafrecht "im Bann der neuen Ideologie" (Rüping).....	41
b) Was ist "nationalsozialistische Weltanschauung"?.....	45
<i>B. Die Ansätze zur Würdigung des Verhältnisses von Justiz-Strafrecht und polizeilicher Verbrechensbekämpfung</i> .....	48
<b>I. Die polizeilichen Maßnahmen als rechtswidrige Einbrüche in den Bereich der Justiz</b> .....	49

II. Die polizeilichen Maßnahmen als Ausfluß eines polizeilichen Verbrechens- bekämpfungsrechts.....	51
III. Zusammenfassung.....	52
C. Zwischenbilanz .....	52
D. Weiteres Vorgehen .....	54
<b>Zweiter Teil: Die Gesetzgebung zum materiellen Strafrecht.....</b>	<b>57</b>
A. <i>Die erste Phase: 1933 bis 1935</i> .....	58
I. Zur formellen Seite der Gesetzgebung .....	59
1. Die Notverordnungen (Art. 48 II WRV).....	59
2. Die Reichsregierungsgesetze.....	59
3. Das Reichstagsgesetz .....	63
II. Die einzelnen Gesetze und Verordnungen .....	64
[Nr. 1] Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes vom 4. Februar 1933.....	64
[Nr. 2] Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933.....	65
[Nr. 3] Verordnung des Reichspräsidenten gegen Verrat am deutschen Volke und hochverräterische Umtriebe vom 28. Februar 1933 .....	69
[Nr. 4] Verordnung des Reichspräsidenten zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung vom 21. März 1933.....	71
[Nr. 5] Gesetz über die Verhängung und den Vollzug der Todesstrafe vom 29. März 1933.....	73
[Nr. 6] Gesetz zur Abwehr politischer Gewalttaten vom 4. April 1933 .....	75
[Nr. 7] Gesetz zum Schutze der nationalen Symbole vom 19. Mai 1933 .....	76
[Nr. 8] Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 .....	77
[Nr. 9] Gesetz gegen Verrat der Deutschen Volkswirtschaft vom 12. Juni 1933 .....	82
[Nr. 10] Gesetz gegen die Neubildung von Parteien vom 14. Juli 1933 .....	83
[Nr. 11] Gesetz zur Gewährleistung des Rechtsfriedens vom 13. Oktober 1933.....	84
[Nr. 12] Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 .....	86
1. Grundlagen .....	86
2. Die Strafschärfung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher (§ 20a).....	87
a) Zur Systematik.....	88
b) Objektive Voraussetzungen.....	88

aa) § 20a I .....	88
bb) § 20a II.....	88
cc) Die Rückfallverjährung .....	90
c) Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher .....	90
aa) Der Gewohnheitsverbrecher .....	90
bb) Die Gefährlichkeit.....	91
cc) Die Gesamtwürdigung der Taten .....	92
d) Täterpersönlichkeit, Schuld und Strafe.....	92
3. Die Sicherungsverwahrung (§ 42e).....	95
4. Die Maßregeln der Sicherung und Besserung im übrigen (§§ 42a ff.) .....	97
a) Heil- oder Pflegeanstalt (§ 42b) .....	98
b) Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt (§ 42c) .....	98
c) Arbeitshaus (§ 42d).....	98
d) Allgemeine Grundsätze für die freiheitsentziehenden Maßregeln (§§ 42f - 42i).....	100
e) Die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher (§ 42k) .....	100
f) Sonstige Regelungen.....	102
5. Die neu eingefügten Vorschriften im übrigen .....	102
a) Die (verminderte) Zurechnungsfähigkeit (§ 51).....	103
b) Volltrunkenheit (§ 330a).....	105
c) Der Besitz von Diebeswerkzeug (§ 245a).....	105
6. Schlußbetrachtung.....	107
[Nr. 13] Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24. April 1934 (Verratsnovelle).....	108
1. Einführung .....	108
a) Die Ziele der Novelle.....	108
b) Die Bewertung im Nachkriegsschrifttum.....	110
2. Hochverrat .....	112
a) Die einzelnen Regelungen (§§ 80 bis 87).....	112
b) Die Vorbereitung zum Hochverrat (§ 83) .....	113
aa) Überblick.....	113
bb) Die Grundtatbestände, insbesondere die Generalklausel des § 83 II in der Praxis des Volksgerichtshofs .....	114
cc) Die Erschwerungsgründe (§ 83 III) in der Praxis des Volksgerichts- hofs.....	117
3. Landesverrat.....	119

a) Die einzelnen Regelungen (§§ 80 bis 93a) .....	119
b) Die Feindbegünstigung (§ 91b) in der Praxis des Volksgerichtshofs.....	124
4. Geltungsbereich (Art. II).....	126
5. Zur "Kontinuität" des Staatsschutzstrafrechts .....	126
a) Normtext und Rechtsnorm, insbesondere am Beispiel der "Verfassung" .....	127
b) Die Einheit von materiellem und formellem Strafrecht .....	131
c) Ergebnis .....	133
6. Zusammenfassung.....	134
[Nr. 14] Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934.....	135
[Nr. 15] Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiformen vom 20. Dezember 1934.....	137
[Nr. 16] Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (Analogienovelle) und Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935 .....	141
1. Übersicht und Einführung in den Grundlagenteil der Novellen .....	141
2. Die Grundlagendiskussion im (straf-)rechtswissenschaftlichen Schrifttum 1933 bis 1935: Recht, Gesetz, Richter und politische Führung.....	144
a) Die Rechtsquellenlehre: Recht und Gesetz .....	144
b) Der materielle Verbrechensbegriff: Verbrechen als Verstoß gegen die völkische Sittenordnung .....	145
c) Der Führer als Rechtsquelle .....	146
d) Strafrichter und Gesetz am Beispiel der Arbeiten Henkels (1934), insbe- sondere die Kritik des Nulla-poena-sine-lege-Satzes .....	147
e) Die Auslegung nach "nationalsozialistischer Weltanschauung" und Führerwille .....	150
3. Straf-Recht, Straf-Gesetz und Strafrichter, insbesondere "nulla poena sine lege", in den Reformarbeiten bis 1935 .....	151
a) Die Denkschrift des preußischen Justizministers Hanns Kerrl (1933) .....	152
b) Die Auffassung der amtlichen Strafrechtskommission (1. Lesung 1933/34) .....	153
c) Die Denkschrift des Zentralausschusses der Akademie für Deutsches Recht (1934).....	155
d) Der Vorschlag Freislers (1935) .....	156
e) Die Auffassung der amtlichen Strafrechtskommission (2. Lesung 1935) .....	159
4. Die Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze (§ 2 RStGB n.F., §§ 170a, 267a RStPO n.F.).....	160
5. Die Auslegung (§ 2 RStGB n.F., Art.2 Verfahrensnovelle).....	165

6. Die Rückwirkung (§ 2a RStGB n.F.) .....	167
7. Verhütung ungerechter Freisprechungen durch Zulassung der Wahlfeststellung (§§ 2d RStGB n.F., 267b RStPO n.F.) .....	167
8. Die neuen Strafvorschriften im übrigen .....	168
9. Die Rechtsschöpfung durch entsprechende Gesetzesanwendung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	169
a) Der Anwendungsbereich.....	169
b) Die Strafwürdigkeit nach gesundem Volksempfinden und der gesetzliche Grundgedanke .....	171
c) Hinweise zur Kasuistik.....	175
10. Schlußbetrachtung.....	176
[Nr. 17] Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935 (Blutschutzgesetz).....	179
1. Einführung .....	179
2. Der Begriff "Jude".....	181
3. Das Eheverbot.....	183
4. Der "rassenschänderische" außereheliche Verkehr.....	184
5. Die weiteren Strafvorschriften (§§ 3, 4).....	189
6. Verfahrensbestimmungen .....	190
7. Die "Angriffe auf die Rasse" im E 1936.....	190
[Nr. 18] Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes vom 18. Oktober 1935 (Ehegesundheitsgesetz) .....	191
<i>B. Die Zwischenphase: 1936 bis 1938.....</i>	193
<i>I. Zur formellen Seite der Gesetzgebung .....</i>	193
<i>II. Die einzelnen Gesetze und Verordnungen .....</i>	194
[Nr. 19] Gesetz gegen erpresserischen Kindesraub vom 22. Juni 1936.....	194
[Nr. 20] Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 2. Juli 1936.....	195
[Nr. 21] Gesetz gegen Wirtschaftssabotage vom 1. Dezember 1936 .....	197
[Nr. 22] Die Gesetzgebung des Jahres 1937, insbesondere das Gesetz gegen die Schwarzsender vom 24. November 1937 .....	198
[Nr. 23] Verordnung gegen die Unterstützung der Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe vom 22. April 1938.....	199
[Nr. 24] Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden vom 26. April 1938.....	200
[Nr. 25] Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 28. Juni 1938.....	200

C. <i>Die zweite Phase: 1939 bis 1945</i> .....	202
I. Zur formellen Seite der Gesetzgebung .....	203
1. Der Ministerrat für die Reichsverteidigung.....	204
2. Das "Dreierkollegium" .....	205
3. Direkte Führergesetzgebung .....	207
4. Zuständigkeiten durch besondere Führervollmachten (ab 1942), insbesondere für den Reichsjustizminister.....	207
5. Zuständigkeiten kraft Sub-Delegation.....	209
II. Die einzelnen Verordnungen und Gesetze .....	210
[Nr. 26] Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz (Kriegssonderstrafrechtsverordnung) vom 17. August 1938 / 26. August 1939...	210
1. Die Wehrkraftzersetzung (§ 5).....	210
2. Strafvorschrift und Zuständigkeit .....	212
3. Erste Ergänzungsverordnung vom 1. November 1939 .....	213
[Nr. 27] Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen vom 1. September 1939.....	214
1. Der Zweck der Verordnung.....	214
2. Die Strafvorschriften .....	216
a) Das Abhören ausländischer Sender (§ 1) .....	216
b) Das Verbreiten von Nachrichten ausländischer Sender (§ 2).....	217
3. Die Zuständigkeit der Sondergerichte (§ 4) .....	219
4. Die Einschaltung der Geheimen Staatspolizei (§ 5).....	219
[Nr. 28] Kriegswirtschaftsverordnung vom 4 September 1939 .....	220
1. Einführung .....	220
2. Die Voraussetzungen des § 1 I.....	222
a) Die Tatobjekte .....	223
b) Die Tathandlungen .....	223
c) Die Bedarfsgefährdung .....	224
d) Die subjektive Tatseite, insbesondere die "Böswilligkeit" .....	227
e) Strafzumessung, Verhältnis zu anderen Strafgesetzen.....	231
f) Zuständigkeit .....	232
3. Gesetz und Richter .....	232
[Nr. 29] Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. September 1939.....	233
1. Einführung .....	233

2. Die Zwecke der Verordnung.....	234
3. Die Deliktssystematik .....	237
4. Das "Verbrechen bei Fliegergefahr" (§ 2).....	242
a) Die Anknüpfungstat.....	242
b) Die Ausnutzung der Fliegerabwehrmaßnahmen.....	243
5. Das Tätertypenerfordernis als ungeschriebene Voraussetzung des § 2.....	244
a) Die Judikatur des Reichsgerichts.....	245
b) Deutungen der Rechtsprechung zum Tätertyp.....	249
aa) "Vikariieren" von Tat- und Tärelementen (Gallas, Schaffstein).....	249
bb) Die Verschmelzung von Tatbestand und Strafzumessung in der Strafwürdigkeit (Zawar).....	250
c) Die Ablehnung des Tätertypenerfordernisses .....	252
6. Die "Ausnutzung des Kriegszustandes als Strafschärfung" (§ 4).....	253
a) Die "sonstige Straftat" .....	253
b) Die "Ausnutzung der durch den Kriegszustand geschaffenen außerge- wöhnlichen Verhältnisse" .....	254
c) Die "Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens".....	256
d) Die Verwerflichkeitsklausel und das Tätertypenerfordernis .....	258
7. Die "Plünderung im freigemachten Gebiet" (§ 1).....	259
a) Die praktische Bedeutung der Vorschrift.....	259
b) Tatbestandsfragen .....	260
c) Tätertyp und Tatbestand.....	261
8. Strafzumessung.....	264
a) Grundsätze .....	264
b) Die "besondere Problematik" sehr langer Freiheitsstrafen: "Ausmerzung" statt "Konservierung" .....	266
9. Verfahren .....	268
10. Schlußbetrachtung: Gesetz und Richter .....	269
[Nr. 30] Gesetz zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmachtstrafverfahrens und des Strafgesetzbuchs vom 16. September 1939.....	272
[Nr. 31] Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher vom 4. Oktober 1933 .....	273
1. Einführung .....	273
2. Schutzstrafe.....	273

3. Die Zielgruppe: Der "jugendliche Schwerverbrecher" .....	274
4. Die Voraussetzungen der Erwachsenenstrafe für Jugendliche .....	276
a) Die Neuregelung als Ausdruck des Vorrangs "materieller Gerechtigkeit" ....	276
b) Die "Begehung einer Straftat" (§ 1 I).....	276
c) Die Frühreife (§ 1 II) .....	276
d) Das erhöhte Strafbedürfnis (§ 1 II) .....	277
e) Die Beschränkung auf "jugendliche Schwerverbrecher".....	278
5. Die prozessuale Anwendbarkeitsvoraussetzung .....	279
6. Gesetz und Richter .....	280
[Nr. 32] Verordnung zur Ergänzung der Strafvorschriften zum Schutz der Wehrkraft des Deutschen Volkes vom 25. November 1939.....	280
[Nr. 33] Verordnung gegen Gewaltverbrecher vom 5. Dezember 1939.....	284
1. Einführung .....	284
2. Die Zwecke der Gewaltverbrecherverordnung.....	285
a) Generalprävention .....	285
b) Sühne.....	286
c) Die "Gewaltverbrecher" als Zielgruppe - "Reinigung" und "Ausmerzungen" ....	286
d) Dauerrecht oder Kriegsrecht? .....	287
3. Die Voraussetzungen des § 1 I .....	287
a) Die "schwere Gewalttat".....	288
b) Die Modalitäten der Tatausführung.....	290
aa) Der "Waffen"-Begriff .....	290
bb) Die "gleich gefährlichen Mittel" .....	291
cc) Die "Anwendungs"-Alternative .....	294
dd) Die "Bedrohungs"-Alternative.....	294
c) Das Tätertypenerfordernis.....	295
aa) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	296
bb) Stellungnahme des Schrifttums .....	297
d) Tat, Täter und Todesstrafe.....	298
4. Die Voraussetzungen des § 1 II .....	299
5. Die Strafschärfung für Versuch und Beihilfe .....	300
6. Verfahren .....	301
7. Gesetz und Richter.....	302
[Nr. 34] Verordnung zum Schutze des Reichsarbeitsdienstes vom 12. März 1940 .....	302

[Nr. 35] Verordnung zum Schutz der Metallsammlung des Deutschen Volkes vom 29. März 1940.....	304
[Nr. 36] Verordnung zur Änderung der Strafvorschriften über fahrlässige Tötung, Körperverletzung und Flucht bei Verkehrsunfällen vom 2. April 1940.....	305
[Nr. 37] Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts vom 6. Mai 1940.....	308
1. Einführung.....	308
2. Der Personalgrundsatz (§ 3 RStGB n.F.).....	309
3. Die Regelungen im übrigen.....	311
4. Schlußbemerkung.....	312
[Nr. 38] Verordnung über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen wegen einer während des Krieges begangenen Tat vom 11. Juni 1940.....	313
[Nr. 39] Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 4. September 1941.....	314
1. Einführung.....	314
2. Die Todesstrafe für gefährliche Gewohnheitsverbrecher und Sittlichkeitsverbrecher (§ 1).....	315
a) Deutungsmöglichkeiten zum Verhältnis von Schutz und Sühne.....	316
b) Schutz und Sühne in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	320
aa) Die "Vereinigungsformel": Das Sittlichkeits- und Gerechtigkeitsempfinden der volkstumsbewußten Volksgemeinschaft.....	320
bb) Der "Wert oder Unwert der Täterpersönlichkeit" als Maßstab.....	322
cc) Die Gleichrichtung von Schutz und Sühne.....	324
c) Schutz und Sühne (§ 1) in den Richterbriefen.....	329
d) Die Tätertypenfrage.....	330
e) Zusammenfassung und Schlußbetrachtung.....	332
3. Mord und Totschlag (§§ 211, 212 RStGB n.F.).....	334
a) Einführung.....	334
b) Entstehungsgeschichte und Sinn des § 211: Der "Mord" und der "Mörder" ..	338
aa) Die Beratungen der amtlichen Strafrechtskommission 1934 /1935.....	338
bb) Der E 1936 (§ 405).....	339
cc) Das Änderungsgesetz 1941.....	341
c) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum neuen Mordtatbestand.....	343
d) Zusammenfassung und Schlußbetrachtung.....	345
4. Die Strafvorschriften im übrigen.....	346
5. Verfahren.....	347
a) Die Entlassungszuständigkeit bei freiheitsentziehenden Maßregeln (§ 8)....	347
b) Die Verwaltung der Rückwirkung.....	348

6. Die Delegationen.....	349
7. Zum kriminalpolitischen Gesamtergebnis.....	349
[Nr. 40] Das nationalsozialistische Polenstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten vom 4. Dezember 1941.....	351
1. Einführung.....	351
a) Polenstrafrechtsverordnung und Polenstrafrecht.....	351
b) Polenstrafrecht, Deutschenstrafrecht, nationalsozialistisches Strafrecht.....	352
2. Die erste Phase: Die "sinngemäße" Anwendung des Reichsstrafrechts.....	353
a) Die Geltung deutschen Strafrechts, insbesondere § 7 des Führererlasses vom 8. Oktober 1939.....	353
b) Das Sonderrechtsprinzip und seine "rechtlichen" Grundlagen.....	355
c) Die "rechtsschöpferische" Leistung der Strafrechtspraxis.....	360
aa) Das materielle Polenstrafrecht.....	360
bb) Sonderverfahrensrecht.....	363
3. Die Verordnung über die Einführung des deutschen Strafrechts in den eingegliederten Ostgebieten vom 6. Juni 1940.....	364
a) Die (rückwirkende)"Einführung" von Reichsstrafrecht (§§ 1 I, 7).....	364
b) Die "sinngemäße" Anwendung des Reichsstrafrechts.....	364
c) Die "besonderen Strafvorschriften für die eingegliederten Ostgebiete".....	366
d) Verfahrensrecht.....	368
aa) Das Opportunitätsprinzip.....	368
bb) Gesetzliches Sonderverfahrensrecht.....	370
e) Die Würdigung der Einführungsverordnung aus zeitgenössischer Sicht.....	370
4. Die Polenstrafrechtsverordnung.....	371
a) Das materielle Polenstrafrecht (Ziff. I bis III).....	372
aa) Die "Gehorsamspflicht" von Polen und Juden als Grundlage des Polenstrafrechts.....	372
[1] Der "Verhaltenskodex" (Ziff. I Abs.1) und seine Ausstrahlungen.....	372
[2] Das Polenstrafrecht als "autoritäres Tatstrafrecht".....	373
bb) Der Geltungsbereich.....	375
cc) Der Zentraltatbestand (Ziff.I Abs.3).....	377
dd) Die Einzelnormen.....	378
ee) Die ("sinngemäße") Anwendung deutscher Strafgesetze (Ziffer II).....	379
ff) Die Strafen.....	379
[1] Das Strafsystem.....	379

[2] Das Strafrahmensystem.....	380
gg) Delegation; Rückwirkung.....	382
hh) Zur Begriffsbildung im Polenstrafrecht .....	383
b) Das Strafverfahren.....	387
aa) Gerichtszuständigkeit .....	387
bb) Erkenntnisverfahren .....	388
cc) Das Richterbild.....	391
[1] Der "politisch denkende" Richter .....	391
[2] Richterbild und Lenkungsmaßnahmen .....	391
[3] Richterbild und Personalpolitik: Die Einheit von Partei und Staat .....	392
[4] Das Richterbild im Polenstrafrecht und im Deutschenstrafrecht .....	393
c) Zur empirischen Seite der Zuständigkeit und der Strafzumessung.....	393
d) Polizeiliche Straf Gewalt .....	395
aa) Standgerichtliche Verfahren (Ziff. XIII) .....	395
bb) Die polizeiliche Strafverfügung.....	396
5. Justiz und Polizei .....	397
6. Schlußbetrachtung .....	398
a) Die Grundbegriffe des Polenstrafrechts .....	398
aa) Recht, Politik, Gesetzesfunktion .....	398
bb) Materielles Strafrecht: "Aufbaunotwendigkeiten", Strafzwecke, "Polenunrecht".....	401
cc) Verfahrensrecht .....	401
dd) Justiz und Polizei.....	402
b) Bewertung der bisherigen Interpretationen zum Polenstrafrecht.....	402
aa) "Rechtssicherheit" durch justizielles Polenstrafrecht? .....	402
bb) Polenstrafrecht und Altreichsstrafrecht - Polenstrafrecht und Deutschenstrafrecht.....	404
cc) Exkurs: Polenstrafrecht und Strafrechtswissenschaft .....	410
[Nr. 41] Verordnung des Führers zum Schutz der Sammlung von Wintersachen für die Front vom 23. Dezember 1941.....	412
[Nr. 42] Verordnung des Führers zum Schutze der Rüstungswirtschaft vom 21. März 1942.....	413
[Nr. 43] Verordnung zur Ergänzung der Kriegswirtschaftsverordnung vom 25. März 1942.....	415
[Nr. 44] Verordnung zur Erweiterung und Verschärfung des strafrechtlichen Schutzes gegen Amtsanmaßung vom 9. April 1942.....	417
[Nr. 45] Paßstrafverordnung vom 27. Mai 1942 .....	418

[Nr. 46] Gesetz zur Ergänzung der Vorschriften gegen Landesverrat vom 22. November 1942 .....	418
[Nr. 47] Verordnung über die Änderung der Strafvorschrift gegen die Verletzung fremden Fischereirechts usw. vom 23. Januar 1943.....	419
[Nr. 48] Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 9. März 1943 nebst Durchführungsverordnung vom 18. März 1943 .....	419
1. Angriffe auf Ehe, Familie und Mutterschaft (Art.I) .....	420
2. Abtreibung, Zerstörung der Fortpflanzungsfähigkeit und Vertrieb von Mitteln gegen die Schwangerschaft (Art.II).....	421
a) Abtreibung.....	422
b) Zerstörung der Fortpflanzungsfähigkeit.....	423
c) Vertrieb von Abtreibungsmitteln .....	423
3. Der völkisch-rassische Grundgedanke der Ministerratsverordnung.....	424
4. Die Durchführungsverordnung .....	424
5. Zur Weitergeltung nach 1945 .....	425
[Nr. 49] Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue (Strafrechtsangleichungsverordnung) vom 29. Mai 1943 nebst Durchführungsverordnungen .....	426
1. Einführung .....	426
a) Ziel und Methode der Strafrechtsangleichungsverordnung.....	426
b) Die Bedeutung des "Willensstrafrechts".....	427
2. Bestrafung der erfolglosen Anstiftung und anderer Vorbereitungshandlungen bei Verbrechen (Art. 1, § 49a RStGB).....	430
a) Die erfolglose Anstiftung (§ 49a I) .....	431
b) Die erfolglose Beihilfe (§ 49a III).....	432
c) Sonstige Vorbereitungshandlungen (§ 49a II) .....	433
d) Rücktritt und tätige Reue (§ 49a IV) .....	433
e) Zur Fortgeltung des § 49a .....	433
3. Einstehen für eigene Schuld (Art. 2, § 50 RStGB).....	434
4. Teilbarkeit des Strafantrags (Art. 3; §§ 63, 64 RStGB) .....	436
5. Ausdehnung der Strafbarkeit des Versuchs (Art. 4) .....	436
6. Änderung der Verfolgungsverjährung (Art. 5; § 66 II RStGB).....	437
7. Vortäuschung einer Straftat (Art. 6; § 145d RStGB).....	437
8. Bestrafung der falschen uneidlichen Aussage (Art. 7; §§ 153 ff. RStGB).....	438

9. Unzucht unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses (Art. 8; § 174 RStGB) .....	439
10. Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (Art. 9; § 189 RStGB) .....	440
11. Nötigung (Art. 10; § 240 RStGB).....	441
12. Urkundenfälschung (Art. 11; § 267 RStGB).....	443
13. Die Durchführungsverordnung vom 29. Mai 1943.....	444
14. Die Durchführungsverordnung vom 20. Januar 1944 (Aussagedelikte) .....	446
15. Schlußbetrachtung .....	447
[Nr. 50] Das "Judenstrafrecht" der Dreizehnten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 1. Juli 1943 .....	449
1. Die Dreizehnte Verordnung zum Reichsbürgergesetz .....	449
2. Rückblick: Zur Entwicklung des "Judenstrafrechts" bis 1943 .....	451
3. Polenstrafrecht und "Judenstrafrecht" .....	454
[Nr. 51] Das Jugendstrafrecht auf dem Stand der Verordnung über die Vereinfachung und Vereinheitlichung des Jugendstrafrechts (Jugendstrafrechtsverordnung) vom 6. November 1943 (Reichsjugendgerichtsgesetz 1943).....	456
1. Einführung .....	456
a) Zur formellen Seite, insbesondere zum Verhältnis von Gesetz, Verord- nung und Verwaltungsvorschrift.....	456
b) Zur Bewertung des RJGG 1943 durch die Nachkriegsliteratur und den Bundesgesetzgeber .....	458
c) Drei Grundfragen .....	460
2. Der persönliche Geltungsbereich (§ 1 II RJGG).....	460
3. Strafe und Erziehung .....	463
a) Die Strafzwecke des RJGG, insbesondere der Schutzgedanke .....	463
b) Das Erziehungsziel im RJGG .....	464
c) Der außergesetzliche Sinnwandel von Strafe und Erziehung .....	465
4. Justizielles Jugendstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung.....	467
a) Die Polizei als Organ der Jugendstrafrechtspflege, insbesondere die polizeilichen Jugendschutzlager.....	468
b) Die Polizeierlasse zur Bekämpfung der Jugendkriminalität .....	469
aa) Der Runderlaß des Reichsministers des Inneren vom 30. März 1944 .....	470
bb) Die Einweisung in die polizeilichen Jugendschutzlager .....	472
5. Schlußbetrachtung .....	475

[Nr. 52] Verordnung zur Sicherung des totalen Kriegseinsatzes vom 25. August 1944 .....	476
[Nr. 53] Gesetz zur Änderung der Vorschriften gegen Landesverrat vom 20. September 1944.....	477
[Nr. 54] Verordnung des Führers zum Schutz der Sammlung von Kleidung und Ausrü- stungsgegenständen für die Wehrmacht und den Deutschen Volkssturm vom 10. Januar 1945 .....	478
[Nr. 55] Verordnung zur Sicherung des Fronteinsatzes vom 26. Januar 1945.....	478
[Nr. 56] Verordnung über das Strafrecht des Deutschen Volkssturms (Volkssturm- Strafrechtsverordnung VoStVO.) vom 24. Februar 1945 .....	479
<b>Dritter Teil: Polizeiliche Verbrechensbekämpfung .....</b>	<b>481</b>
<i>A. Die ausführenden Organe der polizeilichen Maßnahmen.....</i>	<i>483</i>
<b>I. Kriminalpolizei und Geheime Staatspolizei .....</b>	<b>483</b>
<b>II. Die Verschmelzung der Polizei mit der SS.....</b>	<b>485</b>
<i>B. Die vorbeugende Bekämpfung nicht-politischer Verbrechen .....</i>	<i>488</i>
<b>I. Die Entwicklung von planmäßiger Überwachung und Vorbeugungshaft bis 1937.....</b>	<b>488</b>
<b>II. "Grundlegender Erlass über die vorbeugende Verbrechensbekämpfung durch die Polizei" vom 14. Dezember 1937 nebst Richtlinien und Änderungen .....</b>	<b>489</b>
1. Setzungsakt, Bekanntgabe und Zweck.....	490
2. Rechtsgrundlage und Rechtsverbindlichkeit.....	491
<b>III. Die polizeiliche planmäßige Überwachung auf der Grundlage des Erlasses vom 14. Dezember 1937.....</b>	<b>492</b>
1. Materielle Voraussetzungen .....	492
a) Der Personenkreis .....	492
b) Die Auflagen .....	493
c) Die Dauer.....	494
2. Das Verfahren.....	495
3. Polizeiliche planmäßige Überwachung und Strafgerichtsbarkeit.....	496
a) Das Verhältnis zur Polizeiaufsicht (§§ 38, 39 RStGB).....	496
b) Das Verhältnis zur Sicherungsverwahrung (Anordnung und Entlassung) ....	497
c) Planmäßige Überwachung nach Strafverbüßung.....	498
<b>IV. Die Vorbeugungshaft .....</b>	<b>499</b>
1. Materielle Voraussetzungen .....	499
a) Die Subsidiarität gegenüber Überwachungsmaßnahmen .....	499
b) Der Personenkreis .....	500

aa)	Der Verstoß gegen Überwachungsauflagen und die Begehung von Straftaten während der Dauer der Überwachung .....	500
bb)	Die Berufs- und Gewohnheitsverbrecher .....	500
cc)	Die Gemeingefährlichen .....	501
dd)	Die Asozialen .....	501
[1]	Der Personenkreis .....	501
[2]	Asozialität und Kriminalität .....	502
[3]	Die Fortschreibung des Asozialenbegriffs .....	505
c)	Vollstreckung und Dauer .....	506
2.	Das Verfahren .....	507
3.	Vorbeugungshaft und Strafgerichtsbarkeit .....	508
a)	Vorbeugungshaft und Sicherungsverwahrung .....	509
aa)	Vergleich der Voraussetzungen und Anwendungshäufigkeit .....	509
bb)	Die Verfahrenseinleitung: Polizeiliches oder strafgerichtliches Verfahren? .....	511
cc)	Vorbeugungshaft nach Abschluß eines strafgerichtlichen Verfahrens ..	512
dd)	Die Reaktionen der Justiz .....	516
b)	Vorbeugungshaft und strafgerichtliche "Asozialenbekämpfung" (Arbeitshaus) .....	520
c)	Zur Anrechnung der Vorbeugungshaft auf eine gerichtliche Strafe .....	521
V.	Die Reinigungsaktionen der Polizei .....	521
1.	Einzelne Aktionen .....	522
a)	Die Sonderaktion vom 9. März 1937 ("Berufsverbrecherbekämpfung") .....	522
b)	Die Sonderaktion gegen "Arbeitsscheue" vom 21. April 1938 .....	522
c)	Sonderaktion gegen Asoziale und vorbestrafte Juden (13. bis 18.6.1938) .....	523
d)	Sonderaktionen gegen Zigeuner und Wehrunwürdige .....	524
e)	Regionale Sonderaktionen .....	524
2.	Die Würdigung der Sonderaktionen .....	524
a)	Arbeitskräftebeschaffung als eigentlicher Zweck? .....	525
b)	Die Sonderaktionen als "Verstöße" gegen Polizeierlasse? .....	526
VI.	Die Einbettung des Grundlegenden Erlasses und der Reinigungsaktionen in den Gesamtrahmen polizeilicher Verbrechensbekämpfung: Der "Führerauftrag" als Grundlage und Grenze .....	528
C.	<i>Die vorbeugende Bekämpfung politischer Verbrechen</i> .....	532
I.	Die Schutzhaft .....	533

1. Der Ausgangspunkt: Die Verordnung zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 .....	533
2. Der Schutzhafterlaß vom 12./26. April 1934 .....	537
a) Die Rechtsgrundlage .....	538
b) Die Zuständigkeit .....	538
c) Die materiellen Schutzhaftvoraussetzungen .....	539
d) Das Verfahren .....	541
3. Der Schutzhafterlaß vom 25. Januar 1938.....	542
a) Das Einführungsschreiben zum Erlaß ("Motive").....	542
b) Die Rechtsgrundlage: Der Auftrag der Politischen Polizei (zugleich: zum preußischen Gestapo-Gesetz 1936) .....	543
c) Die Schutzhaft .....	547
aa) Voraussetzungen.....	547
bb) Vollstreckung und Dauer .....	551
cc) Verfahren.....	551
[1] Zuständigkeit.....	551
[2] Anordnungsverfahren.....	551
[3] Haftprüfung, Entlassung .....	552
d) Die vorläufige Festnahme (§ 3).....	552
e) Änderungen des Schutzhafterlasses ab 1939 .....	553
II. Die Nachüberwachung: Erlaß über die "Nachüberwachung der aus Strafhaft wegen politischer Straftaten oder aus Schutzhaft entlassenen Personen" vom 17. Februar 1938 .....	555
1. Rechtsgrundlage.....	555
2. Regelungstechnik.....	555
3. Die (allgemeine) offene Nachüberwachung.....	556
a) Auflagen und Maßnahmen.....	556
b) Dauer.....	557
c) Verfahren .....	557
d) Politische Nachüberwachung und kriminalpolizeiliche planmäßige Überwachung.....	558
4. Die geheime Nachüberwachung.....	559
5. Die vollständige Freiheitsentziehung als Sonderform der offenen Nachüberwachung (insbesondere: Schutzhaft nach Strafhaft).....	559
a) Voraussetzungen .....	559
b) Verfahren .....	560

III. Weitere staatspolizeiliche Maßnahmen .....	560
1. Zwangsmittel .....	561
2. Fürsorgerische Maßnahmen .....	563
IV. Das Gesamtsystem vorbeugender staatspolizeilicher Maßnahmen - Zusammenfassung und Weiterungen .....	564
V. Staatspolizeiliche Vorbeugung und Strafgerichtsbarkeit .....	565
1. Das Grundverhältnis .....	565
2. Die Zuständigkeitsabgrenzung im einzelnen .....	566
a) Staatspolizeiliche "Warnung" und Strafgerichtsbarkeit .....	567
b) Schutzhaft und Strafgerichtsbarkeit .....	569
aa) Die Verfahrenseinleitung: Polizeiliches oder strafgerichtliches Verfahren? .....	569
bb) Schutzhaft nach Abschluß eines strafgerichtlichen Verfahrens .....	570
3. Die Reaktionen der Justiz .....	572
4. Schlußbetrachtung .....	575
D. "Todesurteile" außerhalb der Justiz: die Exekutionen .....	577
I. Der Führer als oberster Gerichtsherr - die Gestapo als Vollstreckungsorgan .....	577
II. Die Exekution auf Polizeibefehl ("Sonderbehandlung") .....	582
1. Der Ausgangspunkt: Himmler - Gerichtsherr kraft Führerdelegation .....	582
2. Die Erlasse .....	587
a) Überblick .....	587
b) Funktion und Stellenwert der Erlasse .....	588
c) Die Voraussetzungen der Sonderbehandlung .....	589
aa) Der Erlaß über die "Grundsätze der inneren Staatssicherung während des Krieges" vom 3. September 1939 .....	591
bb) Der (Ergänzungs-)Erlaß vom 20. September 1939 .....	591
d) Das Verfahren .....	592
aa) Die Vorbehandlung .....	592
bb) Zwischenbehandlung und Entscheidung .....	594
cc) Die Befehlsdurchgabe .....	594
dd) Die Exekution .....	594
ee) Die Nachbehandlung .....	596
e) Zusammenfassung und Verhältnis zum Justiz-Strafrecht .....	596
3. Fremdvölkische .....	598

III. Die sog. Urteilskorrekturen und die Vereinbarung zwischen Himmler und Thierack vom 18. September 1942: Das Gerichtsherren-Duumvirat als Super-Instanz.....	599
IV. Zusammenfassung: Führer - Polizei - Justiz .....	602
<i>E. Polizeiliche Strafmaßnahmen gegen ausländische Zivilarbeiter, insbesondere: Die polizeilichen "Fremdvolk"-Strafrechte .....</i>	<i>603</i>
I. Überblick .....	603
II. Die Ermächtigung: Görings Auftrag an Himmler.....	603
III. Die Gefahrenabwehr beim Ausländereinsatz und die Gruppenbildung nach politisch-volkspolitischer Betrachtung.....	604
IV. Die Fremdvolkstrafrechte .....	607
1. Überblick.....	607
2. Das Ostarbeiterstrafrecht.....	608
a) Die Disziplinwidrigkeit (Ziff. III) .....	609
b) Reichsfeindliche Bestrebungen (Ziff. IV) .....	609
c) Kriminelle Delikte (Ziff. V).....	610
d) Geschlechtsverkehr (Ziff. VI).....	610
e) (Annex-)Maßnahmen wegen verbotenen Umgangs gegen Deutsche und andere ausländische Arbeitskräfte.....	611
3. Das Strafrecht gegen Arbeitskräfte aus den Baltenländern und fremdvölkische Arbeitskräfte nicht-polnischen Volkstums aus dem Generalgouvernement und den eingegliederten Ostgebieten .....	612
4. Das Polenstrafrecht.....	613
5. Das polizeiliche Verfahren .....	614
V. Justiz und Polizei.....	614
1. Von der konkurrierenden zur ausschließlichen Polizeizuständigkeit .....	614
2. Polizeiliche und justizielle Fremdvolkstrafrechte .....	617
 <b>Vierter Teil: Zur Zukunft von Justiz-Strafrecht und polizeilicher Verbrechensbekämpfung. Die Entwürfe zum Gemeinschaftsfremdengesetz 1940 bis 1944 und der Entwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs 1944 (E RStGB 1944) .....</b>	 <b>619</b>
<i>A. Die Entwürfe zum Gemeinschaftsfremdengesetz .....</i>	<i>621</i>
I. Der Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten bis 1942.....	621
1. Die Initiative des Reichsinnenministeriums (Entwurf 1940).....	621
2. Stellungnahme des Reichsjustizministeriums .....	623

3. Die Verhandlungen zwischen Reichsjustizministerium und Reichsinnenministerium/Polizei.....	624
4. Der Entwurf 1941 .....	624
5. Das Scheitern des Entwurfs 1941.....	629
II. Positionen und Ziele von Reichsjustizministerium und Polizei vor und nach der Amtsübernahme Thieracks .....	630
1. Die Zeit bis 1942.....	630
2. Die Position Thieracks.....	632
III. Die Vereinbarung Himmler/Thierack und der Entwurf eines Gemeinschaftsfremdengesetzes 1943 .....	634
IV. Der Entwurf eines Gemeinschaftsfremdengesetzes 1944.....	636
1. Die Grundlagen des Entwurfs .....	637
a) Erblehre und Kriminalbiologie.....	637
b) Der Vorrang der Volksgemeinschaft.....	637
c) Die Schrittmacherfunktion der Polizei.....	638
2. Die Gemeinschaftsfremden .....	638
a) Die Versagergruppe .....	638
b) Die Arbeitsscheuen und Liederlichen.....	639
c) Die Verbrechergruppe .....	639
3. Die polizeilichen Maßnahmen (Art.II).....	640
4. Die strafrechtlichen Maßnahmen gegen Gemeinschaftsfremde.....	642
a) Die einzelnen Maßnahmen .....	642
aa) Die Maßnahmen gegen gemeinschaftsfeindliche Verbrecher (§ 6).....	643
bb) Die Maßnahmen gegen Neigungsverbrecher (§ 7).....	645
cc) Die Maßnahmen gegen die lästigen Gemeinschaftsfremden (§ 9) .....	646
dd) Die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher (§ 10).....	647
b) Die kriminalpolitische und strafrechtssystematische Konzeption des Gemeinschaftsfremdenstrafrechts .....	648
aa) Das kriminalbiologische Schema der Kriminalpolitik .....	648
bb) Grundbegriffe des Gemeinschaftsfremdenstrafrechts.....	650
[1] Die Weichenstellung: Die Zuweisung zur Sondergruppe .....	650
[2] Der Straf-(Sicherungs-)Zweck .....	651
[3] "Verbrechen" und "Tatbestand" - "Verbrecher" und "Täter-Typik" .....	653
[4] Der Richter als Volkshygieniker.....	653
c) Das Strafverfahren.....	656

d) Der Vollzug .....	658
e) Die Verpolizeilichung des Strafrechts .....	658
5. Die Unfruchtbarmachung Gemeinschaftsfremder (Art. 4) .....	659
6. Minderjährige Gemeinschaftsfremde (Art. V) .....	660
<i>B. Die Einarbeitung des Entwurfs eines Gemeinschaftsfremdengesetzes 1944 in den Allgemeinen Teil des Strafrechts durch den Entwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs 1944 .....</i>	<i>661</i>
I. Die einzelnen Änderungen .....	663
1. Das Herzstück: Die Strafen und Maßregeln gegen Gemeinschaftsfremde .....	663
2. Die Deliktseinteilung (§ 1) .....	663
a) Die konkrete Betrachtungsweise (§ 1 IV) .....	664
b) Die Deliktseinteilung bei Gemeinschaftsfremden (§ 1 V) .....	665
3. Die Rückwirkung des Gemeinschaftsfremdengesetzes (§ 5 IV) .....	666
4. Ehrenfolgen und Ehrenstrafen (§§ 31 ff.) .....	666
5. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 37, 38) .....	667
6. Wegfall der Polizeiaufsicht (§§ 38, 39 RStGB) .....	668
7. Die Versuchsstrafbarkeit bei Gemeinschaftsfremden (§ 44 IV) .....	668
8. Wegfall des Strafantrags bei Gemeinschaftsfremden (§ 61 II) .....	668
9. Die Verjährungsvorschriften (§§ 66 ff.) .....	669
10. Das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (§§ 73 ff.) .....	670
11. Exkurs: Die Änderungen zum Zwecke der Strafrechtsangleichung und Bereinigung .....	673
II. Die Umwertung des Allgemeinen Teils des Reichsstrafgesetzbuchs (Gestraucheltenstrafrecht) .....	675
<i>C. Das Scheitern der Entwürfe zum Gemeinschaftsfremdengesetz 1944 und zum RStGB 1944 .....</i>	<i>677</i>
<i>D. Schlußbetrachtung .....</i>	<i>678</i>
<b>Fünfter Teil: Ergebnisse. Nationalsozialistisches Verbrechensbekämpfungsrecht: Justiz-Strafrecht, Polizei-Strafrecht, polizeiliches Vorbeugungsrecht .....</b>	<b>681</b>
<i>A. Das Grundverhältnis von Justiz-Strafrecht und polizeilicher Verbrechensbekämpfung ...</i>	<i>681</i>
I. Der "Führerwille" als Ausgangspunkt des Verbrechensbekämpfungsrechts .....	681
II. Der Wechsel der Leitidee: Von der "Gesetzes"-Herrschaft zur "Führer"-Herrschaft .....	687

III. Die formale Scheidung von Strafrecht und Vorbeugungsrecht .....	689
<i>B. Justiz-Strafrecht</i> .....	690
I. Primat der politischen Führung.....	690
1. "Rechtsquelle" und "Gesetzgeber" .....	690
2. Der "Oberste Gerichtsherr" und die Unter-"Gerichtsherren" .....	691
3. "Führungsmittel" statt "Normenhierarchie".....	691
4. Richterliche Unabhängigkeit - politischer Richter - Justizlenkung .....	692
5. Behördliche Strafrechtsverwaltung.....	694
a) Blankettvorschriften .....	694
b) "Antrags"-, Anordnungs- und Zustimmungserfordernisse zur Einleitung der Strafverfolgung .....	695
c) Geltungsbereichsverwaltung.....	695
d) Rückwirkungsverwaltung.....	696
e) Staatsanwaltschaftliche Strafrechtsverwaltung .....	696
II. "Rasse" und Strafrechtskonstitution - "Deutschenstrafrecht" und "Fremdvolk- strafrechte" .....	698
III. Deutschenstrafrecht.....	700
1. Strafziel: "Schutz der Belange der volkstumsbewußten Volksgemeinschaft" .....	700
a) "Sühne" .....	702
b) Nationalsozialistische Spezialprävention: "Reinigung des Volkskörpers" .....	705
c) Generalprävention .....	707
d) Zusammenfassung.....	708
2. Strafvoraussetzungen: Zwischen Tat und Täter.....	708
3. Das "Gesetz" als Richtlinie.....	715
4. Verfahrensrecht .....	721
a) Erkenntnisverfahren.....	721
b) Gerichtsverfassung.....	722
IV. Fremdvolkstrafrecht .....	723
<i>C. Polizei-Strafrecht</i> .....	724
I. Die "Sonderbehandlung" auf Polizeibefehl.....	724
II. Strafmaßnahmen gegen ausländische Zivilarbeiter, insbesondere die "Fremdvolk- strafrechte" .....	725
<i>D. Polizeiliches Vorbeugungsrecht</i> .....	726

<i>E. Strafrecht und Vorbeugungsrecht - Justiz und Polizei</i> .....	730
<b>Ausblick</b> .....	733
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	737
<b>Verzeichnis unveröffentlichter Quellen</b> .....	765
<b>Entscheidungsregister</b> .....	766
<b>Personenregister</b> .....	770
<b>Sachregister</b> .....	777

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aaO	am angegebenen Ort
AAR	Allgemeine Anweisungen der Militärregierung an Richter, Nr. 1, abgedruckt bei <i>Göke</i> (1947), S. 317 ff.
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
ADR	Akademie für Deutsches Recht
a. E.	am Ende
AE RSHA	Allgemeine Erlaß-Sammlung des Reichssicherheitshauptamtes
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
allg.	allgemein
a. M.	anderer Meinung
Amtsbl. KR	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland
ÄndG	Änderungsgesetz
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AV	Allgemeinverfügung
Az.	Aktenzeichen
BA	Bundesarchiv Koblenz
Bad.	Badischer, Badische, Badisches
Bd.	Band
Begr.	Begründung
bes.	besonders
betr.	betrifft
BfdVj	Beauftragter für den Vierjahresplan
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
Bl.	Blatt
BS	Besonderer Strafsenat des Reichsgerichts
BT	Besonderer Teil

<b>BT-Dr</b>	<b>Bundestagsdrucksache</b>
<b>Buchst.</b>	<b>Buchstabe</b>
<b>BVerfG</b>	<b>Bundesverfassungsgericht</b>
<b>BVerfGE</b>	<b>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)</b>
<b>bzw.</b>	<b>beziehungsweise</b>
<b>ChdSP</b>	<b>Chef der Sicherheitspolizei</b>
<b>ChdSPudSD</b>	<b>Chef der Sicherheitspolizei und des Sicherheitsdienstes</b>
<b>DAR</b>	<b>Deutsches Autorecht (zitiert nach Jahr und Spalte)</b>
<b>ders.</b>	<b>derselbe</b>
<b>dies.</b>	<b>dieselbe</b>
<b>DJ</b>	<b>Deutsche Justiz (zitiert nach Jahr und Seite)</b>
<b>DjD</b>	<b>Das Junge Deutschland (zitiert nach Jahr und Seite)</b>
<b>DJR</b>	<b>Deutsches Jugendrecht (zitiert nach Heft, Jahr und Seite)</b>
<b>DJT</b>	<b>Deutscher Juristentag</b>
<b>DJZ</b>	<b>Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Spalte)</b>
<b>Dok.</b>	<b>Dokument, Dokumente</b>
<b>DR</b>	<b>Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite; Zitate aus der Ausgabe B sind besonders gekennzeichnet - "B" -)</b>
<b>DRiZ</b>	<b>Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)</b>
<b>DRWis</b>	<b>Deutsche Rechtswissenschaft (zitiert nach Jahr und Seite)</b>
<b>DStR</b>	<b>Deutsches Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)</b>
<b>DVO</b>	<b>Durchführungsverordnung</b>
<b>E</b>	<b>Entwurf</b>
<b>Einl.</b>	<b>Einleitung</b>
<b>EntschKG</b>	<b>Entscheidungen des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts München in Kosten-, Straf-, Miet- und Pachtschutzsachen (zitiert nach Band und Seite)</b>
<b>entspr.</b>	<b>entsprechend</b>
<b>Erlaßsg.</b>	<b>Erlaßsammlung</b>
<b>f.</b>	<b>folgende Seite</b>
<b>ff.</b>	<b>folgende Seiten</b>
<b>Fn.</b>	<b>Fußnote, Fußnoten</b>
<b>FS</b>	<b>Festschrift</b>
<b>FuRk</b>	<b>Führer und Reichskanzler</b>
<b>GA</b>	<b>Goldammer's Archiv für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)</b>
<b>GBI.</b>	<b>Gesetzblatt</b>
<b>GBV</b>	<b>Generalbevollmächtigter für die Reichsverwaltung</b>
<b>GBW</b>	<b>Generalbevollmächtigter für die Wirtschaft</b>
<b>GE</b>	<b>Gegenentwurf</b>
<b>Ges.</b>	<b>Gesetz</b>
<b>Gestapa</b>	<b>Geheimes Staatspolizeiamt</b>
<b>Gestapo</b>	<b>Geheime Staatspolizei</b>

GewVerbrG	Gewohnheitsverbrechergesetz
GFrG	Gemeinschaftsfremdengesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggfls.	gegebenenfalls
GS	Der Gerichtssaal (zitiert nach Band, Jahr und Seite); Großer Senat i. V. m. Zitaten von Entscheidungen des Reichsgerichts oder des Bundesgerichtshofs
GStA	Generalstaatsanwalt
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
h. L.	herrschende Lehre
HLR	Harvard Law Review (zitiert nach Jahr und Seite)
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg	Herausgeber
HSSPF	Höherer SS- und Polizeiführer
i. d. F.	in der Fassung
IMG	Internationaler Militärgerichtshof
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des (der)
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahr und Seite)
JakDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
JDR	Jahrbuch des Deutschen Rechts (zitiert nach Jahr und Seite)
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KE	Kommissionsentwurf
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KR	Kontrollrat
KRG	Kontrollratsgesetz
KStVO	KriegsstrafverfahrensordnungverfahrensO
krit.	kritisch
KRProkl.	Kontrollratsproklamation
KSStVO	Kriegssonderstrafrechtsverordnung
KWVO	Kriegswirtschaftsverordnung
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LR	Löwe/Rosenberg

Ls.	Leitsatz
MBliV	Ministerialblatt für die Preußische innere Verwaltung (bis 1935); Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Innern (ab 1936), zitiert nach Jahr und Spalte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MfdRV	Ministerrat für die Reichsverteidigung
MRG	Militärregierungsgesetz
MRG Nr. 1	Militärregierungsgesetz Nr. 1, Tag der ersten Verkündung 18. 9. 1944, abgedruckt bei <i>Göke</i> (1947), S. 313 ff.
MSchrKrimBio	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (zitiert nach Jahr und Seite)
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise, Nachweisen
NDok	Nürnberger Dokument
Ndschr.	Niederschriften
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
NMG	Nürnberger Militärgerichtshof
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
NSV	Nationalsozialistische Volkswohlfahrt
OGHSt.	Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
o. J.	ohne Jahr
OLG	Oberlandesgericht
öStG	österreichisches Strafgesetz
OKW	Oberkommando der Wehrmacht
PK	Partei-Kanzlei
Pr	Preußisch(e, er, es)
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
R	Rückseite (in Verbindung mit Blattzahlen)
RAD	Reichsarbeitsdienst
RArbBl.	Reichsarbeitsblatt
RE	Runderlaß
RFSSuChdDtPol	Reichsführer SS und Chef der Deutschen Polizei
RFVO	Rundfunkverordnung
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)

RiLi	Richtlinien
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz
RJM	Reichsjustizministerium
Rk	Reichskanzler
RKG	Entscheidungen des Reichskriegsgerichts und des Wehrmachtdienststrafhofs (zitiert nach Band und Seite)
RKPA	Reichskriminalpolizeiamt
RMdI	Reichsminister (Reichsministerium) des Innern
RMdJ	Reichsminister der Justiz
RMuChdRk	Reichsminister und Chef der Reichskanzlei
RSHA	Reichssicherheitshauptamt
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung
RuP	Recht und Politik
RuPrMdI	Reichs- und Preußischer Minister des Innern
RuPrVerwBl	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
RV	Rundverfügung
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
S.	Satz; Seite
s.	siehe
SA	Sturmabteilung der NSDAP
Sächs.	Sächsisch(e, er, es)
Schr.	Schreiben
SD	Sicherheitsdienst
SG	Sondergericht
Slg. Schumacher	Sammlung Schumacher
Sp.	Spalte
sog.	sogenannte; sogenannter
SP	Sicherheitspolizei
SS	Schutzstaffel der NSDAP
StA	Staatsanwaltschaft
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StS	Strafsenat
StVdF	Stellvertreter des Führers
StVollzO	Strafvollzugsordnung
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil

usw.	und so weiter
v.	vom
VB	Völkischer Beobachter
VGH	Volksgerichtshof
vgl.	vergleiche
VjZ	Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
Vorb.	Vorbemerkung
weit.	weitere; weiteren
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZfDKPh	Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZfNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (zitiert nach Jahr und Seite)
Ziff.	Ziffer; Ziffern
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)
ZStaatW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZSt. Ludwigsburg	Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen in Ludwigsburg
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
z. T.	zum Teil
zuf.	zusammenfassend
zust.	zustimmend

## EINLEITUNG

Welches sind die wirkungsmächtigen Züge der Strafrechtsentwicklung 1933 bis 1945? Gibt es Entwicklungsrichtungen und Entwicklungsziele? Und fügen sie sich zu einem Gesamtbild, in dem die Einzelercheinungen ihren Platz finden? Diese Fragen will die vorliegende Arbeit beantworten. Es geht um den Versuch einer übergreifenden Interpretation der Strafrechtsentwicklung 1933 bis 1945, um die Formulierung eines Bezugsrahmens, der die Einordnung und Bewertung von Einzelbefunden ermöglicht. Ein solcher Versuch erscheint gerade angesichts des wachsenden wissenschaftlichen Interesse am Strafrecht des Dritten Reiches und der sich anbahnenden Differenzierung und Spezialisierung der Forschung lohnend und notwendig. Eine "kühl distanzierte Behandlung" der Strafrechtsentwicklung im Dritten Reich mag "nach wie vor auf emotionale Abwehr stoßen ... als beunruhigend und vielleicht sogar als politisch unerträglich empfunden"<sup>1</sup> werden. Aber sie ist notwendig, weil man an den Tatsachen nicht vorbeikommt. Erst wenn die Eigenart des Gegenstandes erfaßt ist, sind die Fragen nach Ursachen, Konsequenzen und "Kontinuität" beantwortbar. Voraussetzung jeder "Bewältigung" ist die klare Kennzeichnung ihres Gegenstandes.

Ziel der Arbeit ist eine "möglichst umfassende, undogmatische und unparteiische Erhellung"<sup>2</sup> des Strafrechts 1933 bis 1945, der Versuch, dieses "durch Analyse und Erklärung ... aus sich selbst zu verstehen"<sup>3</sup>. Für ein solches explikatives Konzept<sup>4</sup> ist die Perspektive von Schuld oder Nicht-Schuld<sup>5</sup> - etwa der Justiz, der Strafrechtswissenschaft, des "Positivismus" usw. - ohne Belang; sie wird im analytischen Teil der Arbeit keine Rolle spielen. Aus der Zielsetzung ergibt sich ferner, daß ein unmittelbarer Beitrag zum geltenden Recht, etwa im Sinne eines Identifizierens rechtsstaatsunverträglicher Bestandteile des geltenden bundesdeutschen Strafrechts, nicht beabsichtigt ist: Das Erkenntnisziel schließt eine derartige Verwertungsorientierung aus<sup>6</sup>. Freilich wird der strafrechtlich und rechtspolitisch interessierte Leser an vielen Stellen eigenständige Folgerungen "zur Person" und "zur Sache" zu ziehen wissen. Insbesondere rückt das hier befolgte Vorgehen auch die umstrittene "Kontinuitäts"-Frage in ein neues Licht<sup>7</sup>.

---

1 Vgl. *Stolleis*, Vorurteile und Werturteile I (1981), S. 29, in der Auseinandersetzung mit Forderungen nach "parteilicher" oder "persönlicher" Stellungnahme, dazu aaO, S. 28 ff.

2 *Stolleis*, aaO, S 32.

3 *Simon*, Vorurteile und Werturteile (1981), S. 47.

4 Vgl. aaO.

5 Zu dieser Perspektive in der Bearbeitung des NS-Rechts und NS-Strafrechts eingehend *Stolleis*, Vorurteile und Werturteile (1981), S. 17 ff., 26. Die genannte Perspektive leitet etwa die Arbeit von *Schorn* (1959), S. 1 f. und öfters.

6 Vgl. etwa *Bader* (1951), S. 7: "Die Rechtsgeschichte ... hat keine Rezepte für den Gesetzgeber oder für den juristischen Dogmatiker herauszustellen, aus denen er sozusagen kalenderartig ablesen könnte, was jetzt in iuridicis zu geschehen habe".

7 Dazu den Ausblick.

*Gegenstand* der Untersuchung ist das Strafrecht 1933 bis 1945 in seinem umfassenden Sinne, in dem es materielles und formelles Strafrecht übergreift<sup>8</sup>. Den zeitlichen Rahmen bilden die nationalsozialistische Machtübernahme und das Kriegsende. Der Begriff des Strafrechts ist für den analytischen Teil dieser Arbeit nicht in einem rechtsphilosophischen oder strafrechtstheoretischen Sinne abschließend festzulegen: Strafrecht interessiert in seiner praktischen Erscheinungsweise als ein an eine bestimmte historische Situation gebundener Begriff. Einbezogen werden alle staatlichen Reaktionen auf strafbares *Verhalten* ("Straftaten"), seien sie als Strafen oder Maßregeln bezeichnet. Dabei ist daran zu erinnern, daß die Tat einen ganz unterschiedlichen Stellenwert für die Verhängung staatlicher Strafen und Maßregeln haben kann. Hier ist nur auf idealtypische Grundverhältnisse hinzuweisen, die den Rahmen abstecken: Ein "reines" Tatstrafrecht macht die Tat zum *Grund* und ihre Schwere zum ausschließlichen *Maß* einer Strafe, die rückwärtsblickend vergelten soll. Die Tat kann aber auch nur über das "Ob" der Strafe entscheiden, die Strafe ihr Maß und ihr Ziel allein aus dem Präventionsbedürfnis und den Eigenarten des Täters empfangen<sup>9</sup>; die Bedeutung des äußeren Verhaltens kann schließlich bis zu einem aus Zweckmäßigkeitsgründen geforderten Symptom für Gefährlichkeit oder Besserungsbedürftigkeit herabsinken<sup>10</sup>. Von diesem äußersten Punkt (noch) verhaltensgebundenen Strafrechts, in dem das Tatprinzip auf der Strafveraussetzungsseite erhalten bleibt, führt ein letzter Schritt zum Modell eines reinen "Täterstrafrechts". Dieses verbindet direkt Täter und Strafe ohne das Zwischenstück der Tat<sup>11</sup>. Ein solches Täterstrafrecht *kann* auf der Grundlage einer rein spezialpräventiven Zweckbetrachtung der Strafe gedacht werden. Diese allgemeinen Orientierungspunkte zu betonen ist wichtig, weil sich im Strafrecht 1933 bis 1945 ein starker Zug zum "Täter" hin geltend macht<sup>12</sup>.

Der Titel der Arbeit verweist auf ein grundlegendes Phänomen, mit dessen Einordnung jede Deutung des Strafrechts 1933 bis 1945 steht und fällt. Im Rechtsstaat ist Strafrechtsanwendung mit dem Justizprinzip verknüpft. Die Verhängung von Strafen ist grundsätzlich dem Richter vorbehalten; jede staatlich veranlaßte Freiheitsentziehung, sei sie präventiv oder reaktiv, setzt eine vorgängige oder, als Ausnahme, eine unverzüglich nachfolgende richterliche Entscheidung voraus. Zum Gesamtbild der Strafrechtspflege im Dritten Reich gehört dagegen, so eine Formulierung Eberhard Schmidts, "jene allertraurigste Begleiterscheinung, die der Entwicklung der eigentlichen justizförmigen Strafrechtspflege parallel gelaufen ist, aber als ganz besonders charakteristisch - schon wegen ihrer ungeheuren Auswirkung auf die Strafjustiz - in ständiger Verbindung zu ihr gesehen werden muß: die Entfesselung der Poli-

8 Vgl. nur *Jescheck*, AT<sup>3</sup> (1978), S. 13. Die dritte "Säule" (*Jescheck*, aaO, S. 13) des Strafrechts ist das Strafvollzugsrecht.

9 Vgl. v. *Liszt*, Zweckgedanke (1882), S. 152, 175: Entscheidend sei die Frage: Was hat *dieser* Täter verdient?: "Nicht der Begriff wird gestraft, sondern der Täter" (aaO, S. 175).

10 Zur symptomatischen Verbrechenslehre z.B. *Tesar* (1907), S. 197 ff.; zu den Konsequenzen für die Tatbestandsbildung aaO, S. 237 ff. *Tesar* hält hinsichtlich der Strafveraussetzungen an der Verhaltensbindung fest, freilich nur, weil "man nicht direkt die psychischen Defekte und quantitativen Unterschiede anzugeben imstande ist" (S. 237).

11 Zu Tat- und Täterstrafrecht etwa *Jescheck*, AT<sup>3</sup> (1978), S. 41 f.; *Marxen*, in: *Reifner/Sonnen* (1984), S. 82 f. Vgl. auch *Bockelmann*, Täterstrafrecht I, II (1939/40).

12 Zuf. 5. Teil B III 2.

zeigewalt<sup>13</sup>. Jeder Versuch, das Strafrecht 1933 bis 1945 zu interpretieren, muß die Entwicklung der polizeilichen Verbrechensbekämpfung ins Auge fassen und ihr Verhältnis zur justiziellen Strafrechtsanwendung klären<sup>14</sup>. Das justizförmige Strafrecht könnte sich als, vielleicht sogar untergeordneter, Teil eines nationalsozialistischen "Verbrechensbekämpfungsrechts" erweisen, die Polizei als ein der Justiz gleichgeordnetes oder sogar übergeordnetes Organ der Verbrechensbekämpfung.

Jede Untersuchung, die das Strafrecht 1933 bis 1945 "im ganzen" in den Blick nehmen will, steht vor einem grundlegenden *Methodenproblem*: Es ist unzulänglich, mit einer mehr oder weniger intuitiv gewählten Globalperspektive zu operieren und diese nur mit ausgewählten Materialbeispielen zu illustrieren. Auf der anderen Seite entzieht sich das Material schon aufgrund seiner außerordentlichen Komplexität einer gleichsam "abbildhaften" Darstellung. Jede Art von Strukturierung aber bedarf eines theoretischen Vorgriffs, der seinerseits am Material legitimiert und präzisiert werden muß. Ausgegangen wird bei diesem Vorgriff von dem methodischen Prinzip, eine Zeit müsse an ihren eigenen Prämissen gemessen werden, ihre Dokumente seien aus ihrem eigenen Kontext heraus verständlich zu machen<sup>15</sup>. Die Beschreibung der Strukturen des Strafrechts 1933 bis 1945 orientiert sich an der Binnenperspektive<sup>16</sup> des zeitgenössischen Kontextes. Die Bedeutung der Rechtsnormen wird aus ihrem Kontext heraus im Wege einer systemimmanenten Betrachtung entwickelt. Es wäre ein spezifischer - freilich nicht selten begangener - Fehler, Normtexte aus der Zeit von 1933 bis 1945 vom heutigen Auslegungshorizont zu verstehen, um ihre so ermittelte Bedeutung als historische Normeninhalte auszugeben. In dieser Arbeit geht es immer um den *damaligen* Sinn der Normtexte, nicht um den Sinn, den ein äußerlich identischer Normtext heute hat oder sonst vor 1933 oder nach 1945 in einem anderen Systemzusammenhang hatte. Die eingehende Beschreibung von "Vorgeschichte" und "Nachgeschichte" einschlägiger Normtexte und Auslegungsrichtungen war deshalb zur Erreichung des Ziels dieser Untersuchung nicht notwendig; entsprechende Hinweise werden freilich gegeben.

Die *Schlußfolgerungen* werden aus der Regelsetzung für Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung entwickelt; erfaßt ist der Zeitraum 1933 bis 1945. Darüber wie die obersten Instanzen die neuen Regeln verstanden und umgesetzt haben, gibt die Arbeit in zahlreichen Zusammenhängen exemplarische Auskünfte. Die Klärung, in welchem Umfang, mit welchem Tempo und mit welchen Abweichungen oder Differenzierungen diese Entwicklung von den einzelnen mittleren und unteren Instanzen des Justiz- und Polizeiapparats

13 1965, S. 439. Vgl. auch *Henkel* (1968), S. 60; *Rüping*, *Strafrechtsgeschichte* (1981), S. 101 f. und GA 1984, 287 ff.; *Kern* (1954), S. 277 ff.

14 Dazu 3. Teil, 5. Teil.

15 Vgl. *Stolleis*, *Vorurteile und Werturteile* (1981), S. 26.

16 Das Anknüpfen an die Binnenperspektive wird von verschiedenen wissenschaftlichen Positionen als notwendige Voraussetzung des Verstehens bezeichnet. In der Philosophie wäre etwa auf den Ansatz von *Winch* und die daran anschließende Diskussion zu verweisen, vgl. dazu *Wiggershaus*, in: *Wiggershaus* (1975), S. 7 ff. bes. S. 9, 15, 18, 20 und öfters; *Winch*, aaO, bes. S. 59 ff., 78 ff.; für die Sozialwissenschaften wären vor allem der symbolische Interaktionismus (vgl. etwa *Schütze/Meinefeld/Springer/Weymann*, in: *Arbeitsgruppe Bielefelder Soziologen*, 1975, S. 433 ff.) und die Ethnomethodologie (vgl. etwa *Psathas*, aaO, S. 263 ff.) zu nennen. Vgl. im hier interessierenden Kontext (rechts-)geschichtlichen Verstehens etwa *Kirschenmann* (1970), S. 19 ff.; *Majer* (1981), S. 35, beide jeweils im Anschluß an *Nolte*, vgl. *Nolte*<sup>5</sup> (1979), S. 48 ff., 53 ff.

vollzogen wurde, bleibt empirischen Einzeluntersuchungen vorbehalten. In dieser Arbeit geht es um den Bezugsrahmen, nämlich um die Beschreibung des Strafrechts eines bestimmten politischen Systems, des Dritten Reiches, und den Versuch, Entwicklungsrichtungen und Entwicklungsziele aus einer in die Zukunft gerichteten Immanenzperspektive zu erfassen. In Frage steht, ob sich eine Art "Soll-Zustand" abzeichnet, ob es Bilder eines "nationalsozialistischen Systems der Verbrechensbekämpfung" gibt, in denen sich die wirkungsmächtigen Tendenzen vereinen.

Für die Ermittlung von Entwicklungsrichtungen und Zielpunkten könnte die *Kriegszeit* in besonderem Maße aufschlußreich sein: Der Krieg muß nicht notwendig nur zeitbedingtes Notrecht und Notmaßnahmen hervorbringen. Die Ausnahmelage kann auch als Beschleuniger wirken, indem sie "von Rücksichten und Nebenerwägungen" befreit<sup>17</sup>. Vielleicht treten also gerade im Krieg die wirkungsmächtigen Tendenzen besonders klar hervor. Justiz-Strafrecht und Verbrechensbekämpfung im Krieg nehmen deshalb in dieser Untersuchung breiten Raum ein.

Der Stand der bisherigen Interpretationen zum Strafrecht und zur polizeilichen Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich (1. Teil) wird die Notwendigkeit einer übergreifenden Bestandsaufnahme belegen. Die Untersuchung erstreckt sich einmal auf die gesamte strafrechtliche Regelsetzung 1933 bis 1945 und bezieht die Rechtsprechung auf breiter Front ein (2. Teil). Zum anderen wird das wesentliche Material zur polizeilichen Verbrechensbekämpfung vorgeführt (3. Teil). Eine Darstellung des Verbundprojekts Gemeinschaftsfremdengesetz/E RStGB 1944 (4. Teil) schließt den Materialteil ab. Der 5. Teil enthält die zusammenfassende und systematisierende Interpretation; der Ausblick (6. Teil) greift die Kontinuitätsfrage auf.

Bei der Durchführung der Untersuchung war der Verfasser bestrebt, möglichst "dicht" am Material zu arbeiten. Der Leser soll in die Lage versetzt werden, die einzelnen Untersuchungsschritte und Interpretationen in weitem Umfang zu kontrollieren. Zusammenfassungen und Zwischenbilanzen sowie Register sollen den Zugriff erleichtern, die Teile 1 und 5 einen orientierenden Überblick vermitteln. Freilich liefert der 5. Teil eben nur Ergebnisse, für deren Verständnis und Kritik die Kenntnis der Teile 2 bis 4 notwendig ist.

---

<sup>17</sup> Vgl. *Dahm*, FS Siber (1941), S. 187 Fn. 4

*Erster Teil*  
**EINFÜHRUNG**

Der einführende 1. Teil stellt die bisherigen Deutungen der Strafrechtsentwicklung 1933 bis 1945 vor und legt das weitere Vorgehen fest. Behandelt werden zunächst diejenigen Interpretationen, die sich auf die Strafrechtsanwendung durch die Justiz beziehen, also auf die im Sinne Eberhard Schmidts "eigentliche justizförmige Strafrechtspflege"<sup>1</sup>. Zur Verdeutlichung des Gegenstands wird vom "Justiz-Strafrecht" gesprochen (dazu A). Zum anderen werden die Einordnungsalternativen zum Gesamtkomplex polizeiliche Verbrechensbekämpfung dargestellt (dazu B). Die Ansätze werden vorläufig gewürdigt (dazu C) und das weitere Vorgehen festgelegt (dazu D).

**A. DEUTUNGSMUSTER ZUM JUSTIZ-STRAFRECHT 1933 BIS 1945**

**I. Die Unterscheidung von nicht-nationalsozialistischem Strafrecht und nationalsozialistischem Straf(un)recht**

**1. Die "Perversion" des Strafrechts als übergreifender Gesichtspunkt**

Eine wesentliche und bis in die jüngste Zeit vorherrschende Tendenz bei der Deutung des Strafrechts 1933 bis 1945 ist die Unterscheidung von nicht-nationalsozialistischem Strafrecht und typisch nationalsozialistischen Regelungen, Gerichtsentscheidungen und Anordnungen, die von den staatlichen Instanzen als geltendes Strafrecht praktiziert wurden. Dabei sind zwei Hauptlinien zu beobachten. Eine erste Linie spricht bestimmten nationalsozialistischen Erscheinungen den Rechtscharakter ab (dazu 2, 4a), selbst wenn sie den innerstaatlich etablierten Geltungskriterien genügen. Eine zweite Linie unterscheidet - sei es nach einer ersten "Reinigung" des Gegenstandes, sei es unter Verzicht auf eine derartige Qualifikation bestimmter Erscheinungen als Nicht-Recht - innerhalb des positiv geltenden Strafrechts zwischen nationalsozialistischen und nicht-nationalsozialistischen Teilen (dazu 3, 4b). Gemeinsam ist beiden Ansätzen, daß die als positives Strafrecht praktizierten Normen, Gerichtsentscheidungen und Hoheitsakte in heterogene Bestände aufgeteilt werden, sei es in *Strafrecht* und "typisch nationalsozialistisches" *Straf(un)recht* im Sinne von Nicht-Recht<sup>1</sup>, sei es in nicht-nationalsozialistisches und "typisch nationalsozialistisches" Strafrecht.

---

<sup>1</sup> 1965, S. 439.

<sup>1</sup> Die Rede von "Unrecht" kann sprachlich auch als negative Bewertung des Grundbegriffs, also als "schlechtes Recht" im Gegensatz zu "Nicht-Recht" verstanden werden (vgl. *Hoerster*, JuS 1987, 184 f.), was aber die Vertreter jener ersten Linie gerade nicht meinen.

Die Bildung solch heterogener Bestände kommt in ihrer allgemeinen, das Recht 1933 bis 1945 insgesamt betreffenden Form in den oft gebrauchten Bildern von der "Perversion" des Rechts durch die Nationalsozialisten<sup>2</sup> oder der "nationalsozialistischen Rechtsverwüstung"<sup>3</sup> zum Ausdruck: Die "Perversion", die krankhafte Abweichung vom Normalen, die "widernatürliche Entartung", setzt als Gegenbild das Normale, Natürliche voraus, also eine "gesunde" Rechtsordnung; ähnlich ist die Rede von der "Rechtsverwüstung" auf ein intaktes Recht als Gegenbild bezogen<sup>4</sup>. Beide Formulierungen besagen, daß der Nationalsozialismus auf dem Gebiete des Rechts eine krankhafte, zerstörerische Entwicklung eingeleitet hat, die anhand eines Vergleichs mit dem Normalzustand in ihrem genauen Ausmaß diagnostiziert werden kann<sup>5</sup>. Der Gedanke der "Perversion" kann dabei einmal zur Entgegensetzung von nicht-pervertiertem Recht und perverssem Nicht-Recht führen, zum anderen, ohne "Reinigung" des Rechtsbegriffs selbst, in die Gegenüberstellung von nicht-pervertiertem "gesunden" und pervertiertem "kranken" Recht münden.

Über die Inhalte "normalen" und "verkehrten" Rechts geben die Bilder von "Perversion" und "Verwüstung", von "Gesundheit" und "Unversehrtheit" noch keine Auskunft<sup>6</sup>. Von Hippel, der ein exemplarisches Programm zur Entlarvung von Rechtsperversionen formuliert hat, setzt die Existenz von unbezweifelbaren "Rechtssätzen der verschiedensten Art", von "Rechtswahrheiten"<sup>7</sup>, voraus und beruft sich damit auf einen überzeitlichen *naturrechtlichen Maßstab* (dazu 2); andere Autoren verwenden *rechtsstaatliche Prinzipien* als Bewertungsgrundlage (dazu 3). Hält man spezifisch nationalsozialistische Vorstellungen schlechthin für "entartet", liegt es schließlich nahe, die "Perversion" der Rechtsordnung durch die Verwirklichung *nationalsozialistischen Gedankenguts* zu charakterisieren (dazu 4).

In ihren konkreten Erscheinungsformen setzen die Unterscheidungen von nicht-pervertiertem Strafrecht und perverssem Straf(un)recht einen bestimmten gemeinsamen Bezugsrahmen voraus: "Gesundes" und "entartetes" Strafrecht werden nicht abstrakt-definitiv bestimmt, vielmehr gelten die Jahre 1933 und 1945 als historische Wendemarken für Beginn und Ende von Entartungen und von Eingriffen in ein im Kern "gesundes" Strafrecht. So läßt sich etwa folgendes Verlaufsschema formulieren: Es gibt ein im wesentlichen intaktes (naturrechtskonformes/rechtsstaatliches) Strafrechtssystem der Weimarer Zeit, das vom National-

2 Vgl. namentlich *F. v. Hippel* (1955).

3 *Laufs*<sup>3</sup> (1984), S. 308, Kapitelüberschrift; vgl. etwa auch *Weinkauff*, Justiz und Nationalsozialismus (1968): "Kopernikianischer Umsturz aller Rechtswerte", "Verkehrung" der Rechtswerte (S. 27); *Broszat*, VjZ 1958, 390 ff.: "Zur Perversion der Strafjustiz im Dritten Reich"; *Gribbohm*, in: Justiz im Dritten Reich (1984), S. 16 zu "normaler" und "nicht-normaler" Strafrechtspflege.

4 Krit. zum Begriff "Perversion" etwa *Naucke*, Analogieverbot (1981), S. 105 Fn. 30; *Stolleis*, RuP 1983, 1.

5 Exemplarisch vgl. *F. v. Hippel* (1955), S. V, 14 f.

6 Vgl. die Kritik von *Stolleis*, der im übrigen den Begriff Perversion als "Vokabular der Pathologie" bezeichnet, das vom "Nachdenken über die Ursachen" entlasten solle und "so auch als "Technik der Abschiebung" diene: "Man konnte so über den Nationalsozialismus reden wie über eine Krankheit, der man glücklich und endgültig entronnen sei", RuP 1983, 1.

7 *F. v. Hippel* (1955), S. 14 f., zur exemplarischen Durchführung des Programms vgl. S. 39 ff., 65. Es gelte, die "Schutzhülle einer raffinierten Tarnungstechnik" wegzuräumen, das "Vorhandensein und Wirksamwerden pervertierter Rechtssätze zu erkennen und auch anderen deutlich zu machen" (S. 14 f.).

sozialismus, der sich des Strafrechts für seine Zwecke zu bemächtigen sucht, teilweise pervertiert wird, teilweise aber auch unversehrt bleibt. Nach 1945 wird das Strafrechtssystem durch Ausscheiden der pervertierten (naturrechtswidrigen/rechtsstaatswidrigen/nationalsozialistisch-weltanschaulich infizierten) Teile gereinigt, seine zerstörten Elemente werden wiederhergestellt, und es erscheint von neuem als intaktes Ganzes. Für die Zwischenphase 1933 bis 1945 ergibt sich das bemerkenswerte Phänomen, daß innerhalb derselben politischen Einheit Deutsches Reich heterogene Sphären "normalen" nicht-nationalsozialistischen und "pervertierten" nationalsozialistischen Strafrechts existieren. Diesem Phänomen wollen wir uns im folgenden nähern und eine Beschreibung der möglichen Konstruktionselemente versuchen. Die Maßstäbe Naturrecht (2), rechtsstaatliches Strafrecht (3) und nationalsozialistische Weltanschauung (4) sind in ihrer Anwendung auf die Strafrechtsentwicklung 1933 bis 1945 zu beschreiben.

## 2. Das Naturrecht als Maßstab

Die Bewertung von strafrechtlichen Regeln, Gerichtsurteilen und Hoheitsakten aus der Zeit von 1933 bis 1945 anhand eines *naturrechtlichen* Maßstabs hat in der Rechtsphilosophie, der Rechtsdogmatik und der Rechtspraxis der Nachkriegszeit eine erhebliche Bedeutung. Die sog. Naturrechtsrenaissance der Nachkriegszeit steht in einem allseits anerkannten engen Zusammenhang mit den Erfahrungen des Nationalsozialismus. So hat Eberhard Schmidt 1961 bemerkt, die "Wiederbelebung naturrechtlicher Institutionen nach 1945" sei "als notwendiger Rückschlag gegen die verheerende Wirkung ungerechter, ja jedem Rechtsempfinden hohnsprechender Gesetze aus dem Dritten Reich sehr begreiflich gewesen"<sup>8</sup>. Es versteht sich, daß die Naturrechtsdiskussion hier nicht im einzelnen entfaltet werden kann. Die *Struktur* der Argumentation und ihre praktischen Auswirkungen seien exemplarisch zunächst am Beispiel Gustav Radbruchs verdeutlicht, dessen Stellungnahmen - auch angesichts der von ihm vollzogenen "Wende" - stark beachtet wurden und erheblichen Einfluß ausübten; sodann wird der Naturrechtsgedanke in der Nachkriegsrechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, skizziert, um die praktische Relevanz des naturrechtlichen Maßstabs zu demonstrieren.

### a) Gustav Radbruch: *Übergesetzliches Recht und gesetzliches Unrecht*

In seiner "Rechtsphilosophie" hatte Radbruch 1932 die Unmöglichkeit eines natürlichen Rechts und die uneingeschränkte Geltung des positiven Rechts behauptet, die Herstellung von Rechtssicherheit als primäre Aufgabe des Rechts angesehen<sup>9</sup>. "Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, und niemals, ob es auch gerecht sei"<sup>10</sup>. In seinen "Fünf Minuten Rechtsphilosophie" rückte Radbruch 1945 in

<sup>8</sup> *Eb. Schmidt* (1951), S. 42; vgl. auch *Welzel* (1962), S. 219 ff., wonach die Zeit von 1933 bis 1944 eine "tiefe Zäsur" in der Rechtsphilosophie gebracht und eine Wiederbelebung des Naturrechts bewirkt habe; *Weinkauff*, NJW 1961, 1691; *Langner* (1959), S. 9, 91.

<sup>9</sup> *Radbruch*<sup>3/8</sup> (1932/1973), S. 177 f.

<sup>10</sup> AaO, S. 178.

eindrucksvollen Formulierungen von dieser "Auffassung vom Gesetz und seiner Geltung (wir nennen sie die positivistische Lehre)" ab. Sie habe "die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen noch so willkürliche, noch so grausame, noch so verbrecherische Gesetze", sie setze "letzten Endes das Recht der Macht gleich". Radbruch anerkennt jetzt "Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist. Man nennt diese Grundsätze das Naturrecht oder das Vernunftrecht". Es müsse sich dem "Bewußtsein des Volkes und der Juristen tief einprägen: es *kann* Gesetze mit einem solchen Maß von Ungerechtigkeit und Gemeinschaftlichkeit geben, daß ihnen die Geltung, ja der Rechtscharakter abgesprochen werden muß". Recht sei, "Wille zur Gerechtigkeit", Gerechtigkeit bedeute, "ohne Ansehen der Person richten, an gleichem Maß alle messen". Daraus leitet Radbruch die Folgerung ab: "Wenn Gesetze den Willen zur Gerechtigkeit bewußt verleugnen, z. B. Menschenrechte Menschen nach Willkür gewähren und versagen, dann fehlt diesen Gesetzen die Geltung, dann schuldet das Volk ihnen keinen Gehorsam, dann müssen auch die Juristen den Mut finden, ihnen den Rechtscharakter abzusprechen"<sup>11</sup>.

Seinen Standpunkt hat Radbruch 1946 präzisiert: Zu regeln sei einerseits der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Dieser sei "dahin zu lösen ..., daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat". Es gebe aber auch "eine andere Grenzziehung", die nicht jene vergleichsweise unscharfe Grenze zwischen richtigem und unrichtigem Recht betreffe, sondern die Recht von Nicht-Recht scheide und die "mit aller Schärfe vorgenommen werden" könne:  
Wo

"... die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur 'unrichtiges Recht', vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt... Das gilt insbesondere von den Bestimmungen, durch welche die nationalsozialistische Partei entgegen dem Teilcharakter jeder Partei die Totalität des Staates für sich beanspruchte. Der Rechtscharakter fehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten. Ohne Rechtscharakter sind auch alle jene Strafdrohungen, die ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur geleitet von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedenster Schwere mit der gleichen Strafe, häufig mit der Todesstrafe, bedrohten. Alles das sind nur Beispiele gesetzlichen Unrechts"<sup>12</sup>.

Die aufgrund solcher ungerechten Gesetze ergangenen Gerichtsurteile seien "nicht Rechtsprechung ... vielmehr Unrecht"<sup>13</sup>, also unwirksam und "objektiv Rechtsbeugung".

Radbruchs entscheidender Schritt ist die Anerkennung eines gegenüber dem Gesetz höherrangigen Rechts, das er als "Naturrecht", "Gottesrecht" oder "Vernunftrecht" bezeichnet,

11 Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: Rechtsphilosophie (1973), S. 327 f., Hervorhebung aaO.

12 SJZ 1946, 107.

13 Radbruch, Die Erneuerung des Rechts (1947), in: *Maihofer* (Hrsg., 1962), S. 3.

das den Maßstab für die *Rechtsqualität* gesetzter Bestimmungen bildet, "an dem gemessen das Unrecht Unrecht bleibt"<sup>14</sup>.

Sachlich ausschlaggebend ist dabei für Radbruch der *Wille* des Gesetzgebers zur *Gleichbehandlung*, die den Kern der Gerechtigkeit bilde. Daneben betont Radbruch nach wie vor den hohen Wert der Rechtssicherheit: Er beschränkt im Hinblick auf die drohenden "furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit"<sup>15</sup> die naturrechtlich begründete Unwirksamkeit von Gesetzen auf "außergewöhnliche, das Rechtsgefühl empörende, geradezu verbrecherische Gesetze"; "geringere Widersprüche zwischen Gesetz und Gerechtigkeit" seien im Interesse der Rechtssicherheit zu ertragen<sup>16</sup>. Dabei hofft Radbruch, daß das gesetzliche Unrecht der nationalsozialistischen Zeit "eine einmalige Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes bleiben werde"; nur "für alle möglichen Fälle" müsse man sich "durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus ... gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtsstaates ... wappenen"<sup>17</sup>.

Im Schrifttum der Nachkriegszeit hat man sich bemüht, den Naturrechtsgedanken von verschiedenen Ausgangspunkten zu begründen und auszufüllen<sup>18</sup>. Der *Inhalt* vorausgesetzten Naturrechts ist dabei entsprechend der Eigenart naturrechtlicher Argumentation unterschiedlich; besondere Bedeutung hat das christlich geprägte, namentlich das katholische Naturrecht erlangt<sup>19</sup>. Überwiegend hat man in der Literatur in Übereinstimmung mit Radbruchs Auffassung die Naturrechtswidrigkeit nationalsozialistischer Normen und aufgrund dieser Normen ergangener Entscheidungen auf extrem ungerechte Regelungen beschränkt, so daß keineswegs allen als "ungerecht", "nationalsozialistisch" oder rechtsstaatswidrig anzusehenden Erscheinungen der Rechtscharakter abgesprochen wurde<sup>20</sup>. Teilweise geht die Konkretisierung der naturrechtlichen Grundsätze allerdings sehr weit und nähert sich einer Deckungsgleichheit mit Prinzipien einer rechtsstaatlichen Verfassung: So werden etwa bei Coing neben Frei-

---

14 AaO, S. 2.

15 SJZ 1946, 107.

16 Wie Fn. 13.

17 SJZ 1946, S. 107. - Zur Naturrechtslehre *Radbruchs* vgl. namentlich die Kritik bei *Hart*, in: *Recht und Moral* (1971): Was Recht sei, ergebe sich aus den in einer Rechtsordnung etablierten Geltungskriterien. Man müsse das Recht, wie es ist, unterscheiden von dem Recht, wie es sein solle. Indem *Radbruch* den Protest gegen verwerfliche Gesetze in die Behauptung kleide, daß "gewisse Normen wegen ihrer moralischen Unhaltbarkeit nicht Recht" sein könnten, bringe er "Verwirrung in eine der stärksten, weil einfachsten Formen moralischer Kritik" (S. 45 f.; s. auch S. 42 f.). *Fuller* wirft *Hart* vor, die interne Moralität des Rechts, nämlich Orientierungssicherheit und Anwendungssicherheit, zu verkennen und zu unterstellen, der nationalsozialistische Staat habe eine Rechtsordnung neben vielen anderen geschaffen, vgl. *Fuller*, HLR 1958, 630 ff.; s. auch 1964, S. 33 ff., 40. Zur Kontroverse *Hart/Fuller* vgl. *Rottleuthner*, RuP 1983, 195 ff.

18 Vgl. dazu *Welzel* (1962), S. 219 ff. und die Beiträge bei *Maihofer* (Hrsg, 1962); s. auch *Bock*, ZfNR 1984, 132.

19 Dazu *Welzel* (1962), S. 223 ff.

20 Dazu die Kritik *Grünwalds* an der Lehre vom überpositiven Recht: Indem man Gesetzen nur in extremen Ausnahmefällen die verpflichtende Kraft abspreche, werte man das NS-Recht im übrigen als Teil einer objektiven Sollensordnung auf und ignoriere damit die Kluft, die unsere Rechtsordnung von der des Nationalsozialismus trenne (S. 10, 13, 25).

heit, Leben, Gesundheit und Eigentum<sup>21</sup> die Rechte auf freie Meinungsäußerung, auf Erziehung und Bildung, freie wissenschaftliche, künstlerische und religiöse Betätigung<sup>22</sup> als notwendige Bestandteile jeder Rechtsordnung angesehen, ebenso das Recht auf Schutz der privaten Geheimsphäre in den Einzelausprägungen des Briefgeheimnisses und der Verschwiegenheitspflicht der Ärzte, Anwälte und Geistlichen<sup>23</sup>. Stets hängt es vom vorausgesetzten Inhalt des Naturrechts ab, in welchem Umfang positives "Recht" und damit nationalsozialistische Gesetze und Hoheitsakte als "naturrechtswidrig" ihres Rechtscharakters entkleidet werden.

*b) Die strafrechtspraktische Bedeutung des naturrechtlichen Maßstabs: Der "Kernbereich des Rechts" in der Nachkriegsrechtsprechung*

Für die Verfolgung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen existierten nach 1945 zwei grundlegend verschiedene Regelungsmodelle: Für das erste Regelungsmodell, auf dem das Gesetz Nr. 10 des alliierten Kontrollrats beruhte, bedurfte es keines Rückgriffs auf naturrechtliche Argumentation. Das Kontrollratsgesetz stellte Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe<sup>24</sup>, gleichgültig, ob die für strafbar erklärten Handlungen die innerstaatlichen Gesetze des Landes, in dem sie begangen wurden, verletzt oder nicht. Ebenso wenig konnte der Befehl einer Regierung oder eines Vorgesetzten eine Bestrafung wegen eines Menschlichkeitsverbrechens ausschließen<sup>25</sup>. Verbrechen gegen die Menschlichkeit waren danach unabhängig von ihrer Rechtswidrigkeit nach innerstaatlichem nationalsozialistischem Recht zu ahnden. Da die "Teilnahme von seiten der Regierung" als ungeschriebenes materielles Tatbestandsmerkmal angesehen wurde<sup>26</sup>, war umgekehrt die Begehung von Menschlichkeitsverbrechen gerade durch gewisse nationale Gesetze oder durch Teilnahme an ihrer Durchführung eine charakteristische Form der Tatbestandsverwirklichung<sup>27</sup>. Im Nürnberger Juristenurteil von 1947 heißt es zur Verfolgung von Menschlichkeitsverbrechen:

"Das Argument, daß eine Befolgung der deutschen Gesetze eine Verteidigung gegen die Beschuldigung darstellt, beruht auf einer irrigen Auffassung von der grundlegenden Theorie, die unserem ge-

21 Coing (1947), S. 64 f.

22 AaO, S. 68 f.

23 Krit. Welzel (1953), in: Maihofer (Hrsg, 1962), S. 324 f.

24 Art. II 1c KRG Nr. 10. Die Vorschrift lautete: "Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Gewalttaten und Vergehen, einschließlich der folgenden, den obigen Tatbestand jedoch nicht erschöpfenden Beispiele: Mord, Ausrottung, Versklavung, Zwangsverschleppung, Freiheitsberaubung, Folterung, Vergewaltigung oder andere an der Zivilbevölkerung begangene unmenschliche Handlungen; Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen, ohne Rücksicht darauf, ob sie das nationale Recht des Landes, in welchem die Handlung begangen worden ist, verletzen". Näher zur Handhabung des KRG Nr. 10 Schwarz<sup>17</sup> (1954) Anhang M3; zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Teil eines internationalen materiellen Strafrechts (Völkerstrafrecht) Oehler (1983), S. 606 f. mit Nachw. Zur Diskussion um Menschlichkeitsverbrechen und Rückwirkung auf dem Stand von 1947 vgl. Radbruch, SJZ 1947, Sp. 131 ff.; Wimmer, SJZ 1947, Sp. 123 ff.

25 Art. II 4b KRG Nr. 10. Vorgesehen war die Möglichkeit der Strafmilderung.

26 Vgl. das Nürnberger Juristenurteil (1947) bei Friedrich (1983), S. 24; Ostendorf/ter Veen (1985), S. 139.

27 Dazu die Beispiele bei Schwarz<sup>17</sup> (1954), Anhang M3, Anm. 5 zu Art. II c.

samen Verfahren zugrunde liegt... Es ist wohl richtig, wie die Angeklagten behaupten, daß die deutschen Gerichte im Dritten Reich dem deutschen Recht Folge leisten mußten (das heißt, dem Ausdruck des Willens von Hitler), selbst wenn es dem Völkerrecht widersprach. Aber eine derartige Beschränkung kann für diesen Gerichtshof nicht gelten. Wir haben hier das oberste materielle Recht und dazu einen Gerichtshof, der ermächtigt und verpflichtet ist, es ungeachtet der damit unvereinbaren Bestimmungen innerstaatlicher deutscher Gesetze anzuwenden. Der Kern der Anklage in diesem Fall besteht ja gerade darin, daß die Gesetze, die Hitler-Erlasse und das drakonische, korrupte und verderbte nationalsozialistische Rechtssystem als solche in sich selbst Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellen und daß eine Teilnahme an dem Erlaß und der Durchführung dieser Gesetze verbrecherische Mittäterschaft bedeutet"<sup>28</sup>.

Als wesentlich ist für den hier interessierenden Zusammenhang festzuhalten, daß die Inhaltsbestimmung nationalsozialistischen "Rechts" für die objektive Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nach dem vorrangigen Artikel II 1c Kontrollratsgesetz Nr. 10 belanglos war. Eines Rückgriffs auf naturrechtliche Argumentationsmuster bedurfte es nicht, weil das "höhere Recht" positiv geworden war.

Die deutschen Gerichte befanden sich in einer anderen rechtlichen Ausgangslage als die alliierte Gerichtsbarkeit: Sie konnten das Kontrollratsgesetz Nr. 10 bei Verbrechen von Deutschen gegen deutsche Staatsangehörige nur beim Vorliegen einer besonderen Zuständigkeitsklärung durch die Besatzungsbehörde anwenden<sup>29</sup>. Neben dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 blieb deutsches Strafrecht anwendbar<sup>30</sup> und wurde nach der 1951 erfolgten Aufhebung der deutschen Gerichtsbarkeit für Menschlichkeitsverbrechen<sup>31</sup> zur alleinigen Grundlage für Bestrafungen durch bundesdeutsche Gerichte. Für die Anwendung deutschen Strafrechts ergab sich eine völlig andersartige rechtliche Ausgangslage: Das Rückwirkungsverbot wurde durch die alliierte Gesetzgebung<sup>32</sup> und später durch Artikel 103 II GG ausdrücklich für verbindlich erklärt. Die Rechtsprechung folgerte daraus, auch die Strafbarkeit von Verbrechen in der nationalsozialistischen Zeit hänge davon ab, was "damals geltendes Recht"<sup>33</sup> war. Damit wurde die Inhaltsbestimmung des "damals geltenden Rechts" entscheidungserheblich: Die Verteidigung von Angeklagten, sie hätten ihre Taten in der Annahme begangen, im Rahmen des "damals geltenden Rechts" zu handeln, war beachtlich. Unvermeidlich mußten sich verwickelte Fragestellungen und bizarre Begründungslagen ergeben, wenn es beispielsweise - etwa bei der Rechtsbeugung - galt, nach der damals (!) "noch vertretbaren" Auslegung von Tatbeständen zu suchen, die, wie beispielsweise das Blutschutzgesetz oder das Heimtückege-

<sup>28</sup> Bei *Friedrich* (1983), S. 23 f. und *Ostendorf/ter Veen* (1985), S. 139.

<sup>29</sup> Art. III 1d KRG Nr. 10. Die Ermächtigung wurde für die Britische Zone schon 1946 allgemein erteilt, vgl. *Schwarz*<sup>17</sup> (1954), Anhang M3, Art. III Anm. 1 und dort die weiteren Ausführungen für die französische und sowjetische Zone; s. auch *Friedrich* (1983), S. 103 ff. - Zu den zahlreichen Entscheidungen des OGH für die Britische Zone zu Art. II 1c KRG Nr. 10 vgl. etwa OGHSt. 1, 1, 6, 11, 19, 36, 39, 42, 43, 45 sowie die weit. Nachw. in BGHSt., Generalregister zu Bd. 1 bis 10, S. 631.

<sup>30</sup> Vgl. nur OGHSt. 1, 4 (Idealkonkurrenz); zum Verhältnis des Art. II 1c KRG Nr. 10 zum deutschen Strafrecht zusf. *Schwarz*<sup>17</sup> (1954), Anhang M3, Vorb. 2.

<sup>31</sup> Dazu *Schwarz*<sup>17</sup> (1954), Anhang N5, Anm. 2 mit Nachw.

<sup>32</sup> Vgl. Art. II Nr. 2 KRProkl Nr. 3; Art. IV Nr. 7 MRG Nr. 1: Strafbarkeit ist nur zu bejahen, "falls ein zur Zeit der Begehung der Handlung in Kraft befindliches Gesetz diese Handlung ausdrücklich für strafbar erklärt".

<sup>33</sup> Vgl. nur BGHSt. 3, 110, 116 (Denunziantenfall) und OGHSt. 1, 6, 19, 45.

setz<sup>34</sup>, spezifisch nationalsozialistische Züge trugen und auf eine Ausfüllung durch Vorstellungen der nationalsozialistischen Führung angelegt waren.

In verschiedenen Zusammenhängen ergaben sich insbesondere Rechtfertigungsprobleme: Bei den sog. *Denunziationsfällen* war beispielsweise die Rechtfertigung des Täterverhaltens durch Gerichtsurteile problematisch. Nach einem 1946 von einem thüringischen Schwurgericht entschiedenen Sachverhalt hatte der Angeklagte wegen einer in einer Toilette hinterlassenen Inschrift mit dem Wortlaut: "Hitler ist ein Massenmörder und schuld am Kriege" Anzeige erstattet. Der von der Anzeige Betroffene wurde während des Krieges wegen Vorbereitung zum Hochverrat zum Tode verurteilt. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob eine den damaligen Gesetzen entsprechende Verhängung der Todesstrafe die Bestrafung des Angeklagten, der wegen Beihilfe zum Mord verurteilt wurde, ausschließen konnte<sup>35</sup>. Bei der *Verschleppung von Juden* wurde die Frage nach einer Rechtfertigung der tatbestandsmäßigen Freiheitsberaubung durch Erlasse der Gestapo oder durch Führerweisungen aufgeworfen<sup>36</sup>, bei der Tötung von Geisteskranken setzte eine Bestrafung der Täter die Rechtswidrigkeit von Hitlers Euthanasiebefehl voraus, auf den sich die Angeklagten beriefen<sup>37</sup>. Entsprechend war im Zusammenhang der Judenvernichtung die juristische Bedeutung des von Hitler

34 Zu diesen Gesetzen 2. Teil [Nrn. 15, 17]. Schon diese Ausgangslage dokumentiert ein Dilemma der Nachkriegsrechtsprechung: Die wirklichkeitsnahe Betrachtung nationalsozialistischen Rechts konnte Strafbarkeitslücken aufreißen, das Strafbedürfnis geradewegs zu innerlich unwahren Begründungen führen. In zugespitzter Form präsentierte sich das Problem bei der Rechtsbeugung; zur Rechtsbeugung vgl. *Spendel* (1984); s. auch *Friedrich* (1983); *I. Müller* (1987), S. 270 ff.

35 Zum Fall: *Radbruch*, SJZ 1946, 105 ff.; zu weiteren Denunziationsfällen z. B. OGHSt. 1, 6, 19, 45; BGHSt. 3, 110. In der BGH-Entscheidung wird ausdrücklich anerkannt, die Bestrafung hänge davon ab, ob das Urteil rechtswidrig sei, wobei die Rechtswidrigkeit für den Urteilszeitpunkt festgestellt werden müsse. Sei die "ausgesprochene Todesstrafe vom Standpunkt der Richter ... eine rechtmäßige Maßnahme gewesen", sei das Verhalten des Denunzianten objektiv gerechtfertigt (aaO, 116). - Zur Naturrechtsfrage stößt die Entscheidung nicht vor, weil sie eine "Vermeidungsstrategie" befolgt: Der BGH prüft, ob die Entscheidung "selbstverständliche Grundsätze jeder noch vertretbaren Gesetzesauslegung" verletze (aaO, 118) und legt den einschlägigen § 5 KStVO (dazu 2. Teil [Nr. 26]) auf dieser Basis aus. Ergebnis: (Damalige) Verurteilung wie Strafhöhe sind rechtswidrig und mißbräuchlich. Das Rückwirkungsverbot ist ohne Naturrecht neutralisiert (aaO, 116 ff.). Ebenso BGHSt. 4, 66, 68 f. (ebenfalls zu § 5 KStVO); BGHSt. 9, 302, 305 (zu § 91b RStGB). Zur Kritik ("geräuschloses Aussteigen aus der NS-Verfassung") *Kirm* (1972), S. 71; vgl. auch *Jakobs*, AT (1983), S. 56 f. Fn. 23: Das Rückwirkungsverbot passe nur bei einer "kontinuierlichen Ordnung".

36 Vgl. BGHSt. 2, 234, 238; 3, 357, 363.

37 Vgl. OGHSt. 2, 117. Nach OGHSt. 1, 321, 324 (Urt. v. 5. 3. 1949) bestand über die Rechtswidrigkeit "in der Rechtspraxis und im Schrifttum so völlige Einhelligkeit, daß diese objektive Rechtswidrigkeit heute keiner Begründung mehr bedarf". Die Rechtswidrigkeit wurde teilweise auch schon aus formellen Gründen und nicht erst wegen eines Naturrechtsverstosbes bejaht, vgl. z. B. OLG Frankfurt, HEST. 1, 67, 71. Zur Naturrechtswidrigkeit im Anschluß an BGHSt. 2, 234, 237 f. (Kernbereich des Rechts) BGH 1 StR 55/55 und 4 StR 359/56 (bei *Jäger*, 1967/1982, S. 179 Fn. 57). Zur Diskussion über die geheimen Führerbefehle im Zusammenhang der SS-Einsatzgruppenprozesse vgl. *Roesen*, NJW 1964, 133 ff. und 1111 f., der die h. M. kritisiert; gegen *Roesen* etwa *Arnold*, NJW 1964, 486 ff.; *Welzel*, NJW 1964, 521 ff.; *Baumann*, NJW 1964, 1398 ff.; *Redeker*, NJW 1964, 1097 ff.; *Lewald*, NJW 1964, 1658 ff. Der Rechtscharakter der geheimen Führerbefehle wird überwiegend schon "aus der Sicht der damaligen Zeit" wegen der fehlenden Verkündung verneint, hilfsweise wird ein Verstoß gegen den "Kernbereich des Rechts" angenommen, so etwa *Welzel*, aaO. *Zusf. Jäger*, aaO.

erteilten Vernichtungsbefehls nach Maßgabe innerstaatlichen nationalsozialistischen Rechts zu würdigen<sup>38</sup>.

Der naturrechtliche Maßstab zur Bewertung positiven nationalsozialistischen "Rechts" konnte in solchen Zusammenhängen gewundene Begründungen erübrigen und Friktionen zwischen dem als gerecht empfundenen Ergebnis, Untaten zu bestrafen, und dem Rückwirkungsverbot vermeiden helfen: Gesetze wie Hoheitsakte, die als in höchstem Maße unsittlich und terroristisch angesehen wurden, verstießen gegen "höheres Recht" und waren damit für die Strafrechtsanwendung jedenfalls auf der Ebene der objektiven Rechtswidrigkeit unbeachtlich.

Die Rechtsprechung hat sich in den ersten Nachkriegsjahren in erheblichem Umfang auf die Naturrechtswidrigkeit nationalsozialistischer Gesetze und Hoheitsakte berufen<sup>39</sup>. Der *Bundesgerichtshof* hat die Bedeutung des Naturrechts auch für das Strafrecht im Zusammenhang der Verfolgung nationalsozialistischer Gewalttaten ausdrücklich anerkannt: "Die Freiheit eines Staates, für seinen Bereich darüber zu bestimmen, was Recht und was Unrecht sein soll, mag noch so weit bemessen werden, sie ist doch nicht unbeschränkt". Es bestehe "ein gewisser Kernbereich des Rechts, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner anderen obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden darf. Er umfaßt bestimmte als unantastbar angesehene Grundsätze des menschlichen Verhaltens, die sich bei allen Kulturvölkern auf dem Boden übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der Zeit herausgebildet haben und die als rechtlich verbindlich gelten, gleichgültig, ob einzelne Vorschriften nationaler Rechtsordnungen es zu gestatten *scheinen*, sie zu mißachten"<sup>40</sup>. Der Bundesgerichtshof hat deshalb beispielsweise die Tragweite der Verordnung zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933<sup>41</sup> nicht abschließend erörtert und festgestellt, sie habe der Gestapo jedenfalls "keinen Freibrief zur Verletzung jenes Kernbereichs des Rechts geben" können, den "kein Gesetz und kein anderer obrigkeitlicher Akt antasten" dürfe<sup>42</sup>. Dieser Kernbereich ergebe sich aus dem "Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit, wie er im Bewußtsein der Allgemeinheit" lebe, mit ihm sei der "Gedanke der Gleichheit untrennbar verbunden". Zusammenfassend heißt es dann in deutlicher Anlehnung an die Radbruchsche Formel: "Anordnungen, die die Gerechtigkeit nicht einmal anstreben, den Gedanken der Gleichheit bewußt verleugnen und die allen Kulturvölkern gemeinsame Rechtsüberzeugungen, die sich auf den Wert und die Würde der menschlichen Persönlichkeit beziehen, deutlich mißachten, schaffen kein Recht, und ein ihnen entsprechendes Verhalten bleibt Unrecht"<sup>43</sup>.

Die Berufung der Täter auf einen *Irrtum* über die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens konnte auf der Basis einer solchen naturrechtlichen Argumentation häufig abgeschnitten werden: Die Vorstellung allein, das eigene Verhalten sei auf der Grundlage der damals gel-

38 Die Rechtsqualität wurde häufig schon wegen der fehlenden Verkündung verneint, nicht erst mit Rücksicht auf die Naturrechtswidrigkeit des Vernichtungsbefehls, vgl. soeben Fn. 37.

39 Vgl. *Jäger* (1967/1982), S. 177 ff.; *Langner* (1959), S. 91 ff. jeweils mit Nachw.

40 BGHSt. 2, 230, 237 (Hervorhebung *G. W.*); ebenso BGHSt. 3, 357, 363.

41 RGBl. I, S. 83; vgl. 2. Teil [Nr. 2].

42 BGHSt. 2, 234, 238 f.; vgl. auch BGHSt. 2, 173, 177; 3, 357, 362. Zur Vorbeugungs- und Schutzhaft 3. Teil B IV, C I.

43 BGHSt. 2, 234, 239; vgl. *Radbruch*, SJZ 1946, 107 und oben bei Fn. 12.

tenden Gesetze rechtmäßig gewesen, schloß das Unrechtsbewußtsein nicht aus, wenn sich diese Gesetze oder die auf ihrer Basis ergangenen Hoheitsakte bei naturrechtlicher Betrachtung als "Unrecht" und damit als unverbindlich erwiesen. Vielmehr konnte es allein darauf ankommen, ob sich die Angeklagten des Widerspruchs zwischen erlassenen Vorschriften und Anordnungen und höherem (Natur-)Recht bewußt waren, ob sie die "nichtrechtsstaatliche Willkür"<sup>44</sup> ihres, sei es auch gesetzeskonformen, Verhaltens erkannten oder doch mit dieser Möglichkeit rechneten<sup>45</sup>. Da die Naturrechtswidrigkeit von Gesetzen und Hoheitsakten gerade aus ihrer "schränkenlosen Willkür"<sup>46</sup>, ihrem Verstoß gegen "im Bewußtsein der Allgemeinheit" - auch in der nationalsozialistischen Zeit - lebendige überpositive Rechtsgrundsätze abgeleitet wurde, mußte die Naturrechtswidrigkeit als solche ein wesentliches, schwer zu entkräftendes Indiz für das Vorhandensein eines entsprechenden Unrechtsbewußtseins bilden<sup>47</sup>: "Bei ganz offensichtlich groben Verstößen gegen den Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit ist nicht nur die Rechtmäßigkeit einer staatlichen Maßnahme zu verneinen; die Gröblichkeit und Offensichtlichkeit der Verletzung wird regelmäßig auch ein sicheres Anzeichen dafür sein, ob diejenigen, die die Maßnahmen anordneten, durchführten oder förderten, im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit handelten"<sup>48</sup>. Auf diese Weise war auch eine Berufung auf die naturrechtswidrigen Inhalte der nationalsozialistischen Weltanschauung abgeschnitten, ein "Rückgriff auf diese Ideologie"<sup>49</sup> strafrechtlich bedeutungslos. Seit BGHSt. 2, 194 waren entsprechende Fehlvorstellungen ohnehin nicht mehr als Vorsatzproblem, sondern als Verbotsirrtum zu behandeln, so daß die Möglichkeit einer differenzierenden Betrachtung unter Schuldgesichtspunkten eröffnet wurde. Der Verstoß gegen den "Kernbereich des Rechts" sprach dann, wenn man einen Verbotsirrtum bejahte, gegen dessen Unvermeidbarkeit. Die naturrechtliche Betrachtung vermochte also in der Praxis den Weg zum gerechten Ergebnis in den Fällen freizuräumen, in denen das Zusammenwirken von positivem nationalsozialistischem Recht und Rückwirkungsverbot ein Hindernis zu bilden drohte<sup>50</sup>.

### c) Zusammenfassung und Kritik

Der Verstoß gegen Naturrecht hat die rechtliche Unwirksamkeit der entsprechenden Gesetze, Urteile oder Hoheitsakte zur Folge, sei es, daß diese bestimmte Handlungen für strafbar erklären, sei es, daß die Strafbarkeit bestimmter Handlungen oder Personenkreise eingeschränkt wird. Dieser naturrechtliche überpositive Rechtsbegriff begrenzt den Inhalt nationalsozialistischen Strafrechts auf die naturrechtskonformen Teile. Besonders anstößige Regelungen, wie etwa das Blutschutzgesetz oder die Polenstrafrechtsverordnung, sind danach nicht Teile des Strafrechts, bestimmten Urteilen, insbesondere solchen des Volksgerichtshofs oder

44 OGHSt. 1, 67, 70.

45 Dazu *Jäger* (1967/1982), S. 177 ff.

46 BGHSt. 2, 173, 179.

47 Vgl. aaO.

48 BGHSt. 2, 234, 239.

49 Vgl. schon OGHSt. 1, 1, 9, wo dieser Rückgriff nach Sinn und Zweck des KRG Nr. 10 für unzulässig erklärt wurde.

50 Zur Problematik des Unrechtsbewußtseins bei "Verbrechen unter totalitärer Herrschaft" *Jäger* (1967/1982), S. 166 ff. mit ausf. Nachw. zu Rspr. und Lit.

der Sondergerichte, kann der Charakter der Strafrechtsanwendung abgesprochen werden, bestimmte hoheitliche Anordnungen werden ungeachtet ihrer damaligen Einschätzung als verbindlich ihres Rechtscharakters entkleidet. Daraus ergibt sich eine auf die nicht naturrechtswidrigen Erscheinungen der Praxis staatlicher Gesetzgebung und Strafverfolgung begrenzte Strafrechtsordnung, welche zwar die - unterhalb der Schwelle zur Naturrechtswidrigkeit liegende - Illegitimität und Unrichtigkeit einzelner Elemente nicht ausschließt, die aber jedenfalls von den extremen Auswüchsen nationalsozialistischer Straf"rechts"praxis gereinigt ist: "Recht" sind die im Nationalsozialismus in Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Gültigkeitskriterien gesetzten Vorschriften und erlassenen Entscheidungen, korrigiert durch die Normen des überpositiven (Natur)Rechts<sup>51</sup>. Eine solche, in ihrem Kernbereich als kontinuierlich gedachte - weil objektiv unverrückbare - Strafrechtsordnung wird in der naturrechtlichen Betrachtung von bestimmten realen Erscheinungsbildern angeblichen Strafrechts und angeblicher Strafrechtsanwendung in der nationalsozialistischen Zeit unterschieden. Dieses Bewertungsmuster muß einen festen Begriff von Naturrecht voraussetzen, anhand dieses Begriffs den Inhalt des Strafrechts im Nationalsozialismus bestimmen und hiervon die sich unter dem Namen "Recht" oder "Strafrecht" tarnenden Erscheinungen der Willkür zu unterscheiden.

Der erste Kritikpunkt gegenüber einem solchen Programm betrifft die Maßstabbildung. Was als Strafrechtsordnung anzusehen ist, hängt vom vorauszusetzenden Inhalt überzeitlichen Naturrechts ab. Die Schwierigkeiten, das "wahre Naturrecht" zu formulieren, sind offenkundig; eine von der Rechtsphilosophie allgemein anerkannte "Lösung" gibt es nicht. Hinzu kommt, daß Naturrecht im vorliegenden Zusammenhang in seiner Wendung gegen positives Recht interessiert. In dieser praktischen Erscheinungsweise verläßt Naturrecht die rechtsphilosophische Sphäre und ist an bestimmte politische Positionen und Kampfpläne gebunden. Die Berufung auf Naturrecht soll gerade positives Recht beiseite schieben und ist in dieser praktischen Funktion wechselnden Inhalten zugänglich. Bezeichnenderweise werden selbst - und gerade! - menschenrechtswidrigen nationalsozialistischen Vorstellungen ab 1933 naturrechtliche Weihnen beigelegt<sup>52</sup>. Ab 1945 wird ein christlich geprägtes Naturrecht in den Händen der Justiz zum Instrument der "Rechts"-Bereinigung, die freilich erst ex post erfolgt, nachdem die ungleich brisantere unmittelbare Konfrontation von Naturrecht und Anwendung menschenrechtswidriger Strafgesetze durch die Justiz entfallen ist.

Die Berechtigung der angesprochenen Einwände gegen den naturrechtlichen Maßstab muß hier nicht abschließend geklärt werden. Selbst wenn man wertoptimistisch die Existenz und Formulierbarkeit eines "wahren Naturrechts" unterstellt, ist dieses zur Erhellung historischer Normstrukturen ungeeignet: Das Strafrecht 1933 bis 1945 interessiert als ein an eine

51 Vgl. Grünwald (1971), S. 14.

52 Vgl. namentlich Dietze (1936), S. 109 ff. zur "Gestalt des heutigen Naturrechts", das sich als Naturrecht der Gemeinschaft (S. 52 f.) vom Naturrecht der Gesellschaft (S. 54 f.) abheben soll; u. a. heißt es: "Das Naturrecht der deutschen Gemeinschaft verbietet die Ehe zwischen Deutschblütigen und Juden. Die Reinerhaltung der Rasse ist ein Gebot des heutigen Naturrechts, weil jede Rasse im Plan der natürlichen Ordnung vorgesehen ist und nach dem Willen der Vorsehung und Natur als solche erhalten werden muß" (S. 270). Vgl. auch Erik Wolf, ARSP 28 (1934/35), 348 ff. und 1934, S. 3 ff.; H. Lange (1934), S. 20 ff. ("Recht ohne Sittlichkeit ist Unrecht", S. 26); ferner Schild, FS Marcic (1983), S. 437 ff.; Gernhuber, FS Kern (1968), S. 193; B. Koch (1985), S. 110 ff.; Bock, ZfNR 1984, 133 ff.

53 Dazu oben I.

bestimmte historische Situation gebundener Begriff, dessen Konturen zu bestimmen sind. Das Naturrecht führt gerade zur ahistorischen "Bereinigung" und damit zur Verengung des Gegenstandes: Die Naturrechtswidrigkeit des Blutschutzgesetzes etwa ändert nichts daran, daß dieses als nach innerstaatlichen Regeln gültiges Strafgesetz angewendet wurde, also Teil der empirischen Strafrechtsordnung war. Der naturrechtliche Maßstab, wie er in der Nachkriegszeit verwendet wurde, hat *normativen* Charakter und trägt zur Beantwortung der auf die historische Rechtsordnung zielenden Frage "wie es gewesen" nichts bei. Mit Hilfe eines naturrechtlichen Maßstabs wird in der Rechtsprechung in einer verwickelten rechtlichen Ausgangslage die Frage "Was tun?" beantwortet, wenn die Gültigkeit evident rechtsstaats- und menschenrechtswidriger staatlicher Gesetze oder Anordnungen den Weg zum gerechten Ergebnis zu versperren scheint. Leitend sind Bedürfnisse der Strafrechtsanwendung, nicht das Ziel einer Erhellung der historischen Strafrechtsordnung 1933 bis 1945.

### 3. Das rechtsstaatliche Strafrecht als Maßstab

Das Strafrecht im Nationalsozialismus wird vielfach anhand seiner Abweichung von einem *rechtsstaatlichen* Maßstab in rechtsstaatswidrige (typisch nationalsozialistische) und rechtsstaatskonforme (nicht-nationalsozialistische) Bereiche unterteilt. Die Jahre 1933 und 1945 erscheinen dabei regelmäßig, entsprechend dem oben formulierten Modell<sup>53</sup>, als Zäsuren in der Entwicklung des Justiz-Strafrechts, das, soweit es nicht überhaupt verdrängt wurde<sup>54</sup>, in diesem Zeitraum durch inneren Zwiespalt gekennzeichnet war: Soweit überkommene Gesetze und dogmatische Prinzipien erhalten blieben, bewahrte das Strafrecht seinen rechtsstaatlichen Charakter. Bei Änderungen auf den Gebieten der Strafgesetzgebung, der Strafrechtsspraxis oder der Strafrechtswissenschaft wird zwischen zwei Entwicklungsreihen unterschieden. Die eine ist - so Eberhard Schmidt und Welzel im Hinblick auf die Strafgesetzgebung - durch "sachlich brauchbare Arbeit"<sup>55</sup>, nämlich im wesentlichen durch unpolitische Rechtsfortbildung gekennzeichnet<sup>56</sup>, die u. a. bereits angelegte Reformpläne oder -tendenzen aufgreift und verwirklicht. Die andere, die nationalsozialistische Tendenz, bewirkt eine Politisierung der Strafrechtspflege im Dienste der nationalsozialistischen Ziele, bedeutet hemmungslosen "Mißbrauch der herkömmlichen Formen des Strafgesetzes zur terroristischen Durchsetzung der politischen Ziele der Nationalsozialisten", "Kulturrückschritt" und "Pervertierung"<sup>57</sup>.

#### a) Materielles Strafrecht

Für das materielle Strafrecht werden im Hinblick auf den allgemeinen Teil als typisch rechtsstaatswidrig und nationalsozialistisch vor allem "tiefgreifende Einschränkungen"<sup>58</sup> des Satzes *nulla poena sine lege* genannt<sup>59</sup>. Besonders hervorgehoben wird dabei die 1935 erfolgte

<sup>54</sup> Dazu unten B und 3. Teil; zuzf. 5. Teil bes. D.

<sup>55</sup> *Eb. Schmidt* (1965), S. 430.

<sup>56</sup> *Welzel*<sup>11</sup> (1969), S. 13.

<sup>57</sup> *Schmidhäuser*, AT<sup>2</sup> (1975), 4/14.

<sup>58</sup> Vgl. *Schreiber* (1976), S. 191.

<sup>59</sup> Vgl. *Baumann/Weber*, AT<sup>9</sup> (1985), S. 57; *Jescheck*, AT<sup>3</sup> (1978), S. 104; *Schmidhäuser*, AT<sup>2</sup> (1975), 4/14; *Tröndle*, LK<sup>10</sup> (1978 ff.), § 1 Rdn. 5-8; *Schreiber* (1976), S. 191 ff.; *Eb. Schmidt* (1965), S. 434.

Aufhebung des Analogieverbots und die Bestrafung "nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden"<sup>60</sup>. Diese Novellierung habe den "ersten Schritt zu einem Bruch mit der kontinentaleuropäischen Tradition" gemacht<sup>61</sup>. Verwiesen wird weiter auf die "Durchbrechung" des Rückwirkungsverbots durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber<sup>62</sup>, die erstmals schon 1933 durch das Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe erfolgt sei<sup>63</sup>. Bezeichnend für nationalsozialistische Regelsetzung sei weiter die Aufweichung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch "unbestimmt gefaßte Gesetze und Verordnungen"<sup>64</sup>, in denen "die Generalklauseln, die ausfüllungsbedürftigen Wertformeln ... die Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem, Straflosem und Strafbarem" verwischten<sup>65</sup>. Das gelte beispielsweise für Merkmale wie die Schädigung der Widerstandskraft des deutschen Volkes<sup>66</sup> oder gar die Eignung, die Widerstandskraft des deutschen Volkes zu gefährden<sup>67</sup>. Konturlosigkeit kennzeichne auch das Autofallengesetz, wonach mit dem Tode bestraft wurde, "wer in räuberischer Absicht eine Autofalle stellt"<sup>68</sup> oder den "furchtbaren Abschnitt II der ... Verordnung gegen Polen und Juden", der eine Bestrafung von Polen und Juden u. a. vorsah, wenn sie "eine Tat begehen, die gemäß dem Grundgedanken eines deutschen Strafgesetzes nach den in den eingegliederten Ostgebieten bestehenden Staatsnotwendigkeiten Strafe verdient"<sup>69</sup>. In diesen Zusammenhang wäre auch die in der Literatur zu wenig beachtete Ausweitung der Strafraumen zu stellen, die im Kriegsstrafrecht unter Einbeziehung minder und besonders schwerer Fälle von Geldstrafe bis zur Todesstrafe reichen<sup>70</sup>.

Als charakteristisches Mittel nationalsozialistischer Strafrechtspolitik gelten die Schaffung neuer und die Verschärfung vorhandener Straftatbestände; besondere Bedeutung hat in der nationalsozialistischen Regelsetzung der forcierte Einsatz der Todesstrafe. Als Beispiele rechtsstaatswidriger Verwendung des Strafrechts werden die wegen ihrer Willkürlichkeit und Brutalität besonders einprägsamen strafrechtlichen Gesetze und Verordnungen genannt. In

---

453; *Kohlmann* (1969), S. 207 ff.; *Rüping*, Strafrechtsgeschichte (1981), S. 97. Weit. Nachw. bei *Naucke*, Analogieverbot (1981), S. 73.

60 Zur Analogienovelle 2. Teil [Nr. 16], zu § 2 n. F. aaO, 4.

61 *Welzel*<sup>11</sup> (1969), S. 21.

62 Vgl. *Schreiber* (1976), S. 199 und die weit. Nachw. zur Perspektive "Durchbrechung" bei *Naucke*, FS Coing (1982), S. 225.

63 Dazu 2. Teil [Nr. 5], Beispiel bei *Eb. Schmidt* (1965), S. 436; *Schreiber* (1976), S. 199. - Krit. zur Perspektive "Durchbrechung" *Naucke*, FS Coing (1982), der angesichts der von ihm festgestellten Häufigkeit der Nichtbeachtung des Rückwirkungsverbots (aaO, S. 227 ff.) das allgemein benutzte Schema "unhaltbare Durchbrechung rechtsstaatlicher Prinzipien 1933-1945" für nicht ausreichend erachtet (S. 226) und statt dessen von der *Wirkungslosigkeit* des Rückwirkungsverbots in der nationalsozialistischen Regelsetzung ausgeht (S. 236). Zum Rückwirkungsverbot zusef. 5. Teil B III 3.

64 *Welzel*<sup>11</sup> (1969), S. 13.

65 *Eb. Schmidt* (1965), S. 435 f.

66 Vgl. § 3 VolksschädlingsVO, 2. Teil [Nr. 29].

67 Vgl. § 2 RundfunkVO und dazu 2. Teil [Nr. 27] 2b.

68 Vgl. 2. Teil [Nr. 25].

69 Zur PolenstrafrechtsVO 2. Teil [Nr. 40] 4a. Alle Beispiele bei *Eb. Schmidt* (1965), S. 437. S. auch weit. Beispiele bei *Clafß*, FS *Eb. Schmidt* (1961), S. 125, 130 f.; *Naucke* (1973), S. 9 f. Zum Ganzen vgl. den 2. Teil dieser Arbeit; zusef. 5. Teil B III 3.

70 Dazu zusef. 5. Teil B III 3.

diesen sollen sich typisch rechtsstaatswidrige Tendenzen wechselseitig verstärken, etwa wenn in der VolksschädlingsVO, der RundfunkVO oder der PolenstrafrechtsVO unbestimmte Tatbestandsvoraussetzungen in Verbindung mit der Androhung der Todesstrafe "das endgültige Grab des nulla poena sine lege" würden<sup>71</sup>.

Zum rechtsstaatskonformen Teil des 1933 bis 1945 geltenden Strafrechts werden einmal all diejenigen Bestimmungen des RStGB und der strafrechtlichen Nebengesetze gerechnet, die aus vornationalsozialistischer Zeit stammen und vom nationalsozialistischen Gesetzgeber nicht geändert wurden. Dazu gehört die Mehrzahl der Vorschriften des RStGB. Aber auch "zahlreiche Vorschriften" des nationalsozialistischen Gesetzgebers, "insbesondere solche, für welche die Vorarbeiten schon geleistet waren, haben in dieser oder jener Form die Zeiten überdauert"<sup>72</sup>. Diese zweite, rechtsstaatskonforme Linie soll die gesamte nationalsozialistische Regelsetzung durchziehen. Danach enthalten nicht wenige Strafgesetze rechtsstaatswidrige und rechtsstaatskonforme Elemente nebeneinander, nicht selten sogar innerhalb derselben Vorschriften<sup>73</sup>. Im Ergebnis werden dem rechtsstaatskonformen Teil des materiellen nationalsozialistischen Strafrechts namentlich solche Vorschriften zugerechnet, die im Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland beibehalten wurden: Sie hat der bundesdeutsche Gesetzgeber trotz ihrer Entstehung in der Zeit des Nationalsozialismus als rechtsstaatlich vertretbar qualifiziert und deshalb übernommen. Als herausragendes Beispiel rechtsstaatskonformer gesetzgeberischer Entwicklung nennt Eberhard Schmidt das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933; er weist u. a. auch auf Änderungen im Bereich der Teilnahme und des Versuchs hin, die erst im Krieg erfolgten<sup>74</sup>. Welche neuen Vorschriften im einzelnen als rechtsstaatswidrig oder rechtsstaatsverträglich erachtet wurden, ist aus den Hinweisen im 2. Teil der Untersuchung ersichtlich.

### b) Anwendung auf das Strafverfahrensrecht

Für das Strafverfahrensrecht wird ebenfalls zwischen rechtsstaatlich vertretbaren und rechtsstaatswidrigen, typisch nationalsozialistischen Vorschriften und Einrichtungen unterschieden<sup>75</sup>. Albrecht Wagner hat 1968 in seiner Untersuchung über die "Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat"

71 So *Eb. Schmidt* (1965), S. 435. Zu den Beispielen vgl. 2. Teil [Nrn. 29, 27], [Nr. 40] 4a.

72 Vgl. *Heimann-Trosien*, LK<sup>9</sup> (1970 ff.), Einl. Rdn. 24 mit Übersicht (Rdn. 24 ff.). - Über 240 Vorschriften blieben unverändert (ohne Übertretungen). Geändert wurden vom nationalsozialistischen Gesetzgeber 92 Vorschriften des RStGB, neu eingefügt 50 Vorschriften, u. a. das gesamte Maßregelrecht, aufgehoben 16 Paragraphen. Vgl. im einzelnen die tabellarischen Übersichten bei *Dreher/Tröndle*<sup>43</sup> (1986), S. LV ff.; *Lackner*<sup>17</sup> (1987), S. XLIX ff. sowie die Darstellung der Änderungen im 2. Teil bes. [Nrn. 8, 12, 13, 16, 19, 20, 25, 30, 32, 36, 37, 39, 44, 46-49, 53].

73 Vgl. etwa 2. Teil [Nr. 13] 1b; [Nr. 16] 4, 8; [Nr. 39] 2, 3, 4; [Nr. 48] 1, 2; [Nr. 49]; [Nr. 51].

74 *Eb. Schmidt* (1965), S. 430 ff.

75 Vgl. *Henkel*<sup>2</sup> (1968), S. 59; *Peters*<sup>3</sup> (1981), S. 69; *Schäfer*, LR<sup>23</sup> (1976) Einl. Kap. 3 Rdn. 21, 45; *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 192. *Eb. Schmidt* (1965) stellt hier, anders als zum materiellen Strafrecht, ausschließlich die in seinen Augen negativen Erscheinungen in den Vordergrund (S. 440 ff.). Krit. insoweit *Henkel*, aaO, S. 60, der zwar die Bewertungen *Eb. Schmidts* teilt, ihm aber "Einseitigkeit" und Vernachlässigung der positiven Errungenschaften vorwirft.

festgestellt, es sei im Verfahrensrecht ein "bestürzendes Nebeneinander der Reste des Rechtsstaats und eines zunächst heimlich, dann immer offener ausgebauten Polizei-Staats entstanden", ein "schwer durchschaubares Gemenge von Legalität, Scheinlegalität und gesetzlosem Unrecht"<sup>76</sup>. Im Umfeld des Terrors seien "gerichtliche Zuständigkeiten und Verfahrensbestimmungen aus der Zeit vor 1933 inselgleich bestehen" geblieben<sup>77</sup>.

Aber auch bei den "ebenso zahlreichen wie tief einschneidenden *Neuerungen seit 1933* lassen sich", so Henkel 1968, "zwei Gruppen unterscheiden: Zum Teil dienen sie, vielfach unter Verwertung seit langem erwogener Reformpläne, einer gesunden Fortentwicklung des Strafverfahrensrechts; sie entspringen insoweit einem rein sachlichen Bestreben". Ein "anderer Teil der Reformen dagegen verfolgt in ungesunder und verwerflicher Weise sachwidrige machtpolitische Zwecke"<sup>78</sup>. Für eine an rechtsstaatlichen Maßstäben orientierte Betrachtung ist die Entwicklung des Verfahrensrechts von 1933 bis 1945 nach der negativen Seite durch einen zunehmenden Abbau rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze gekennzeichnet, die nach Eberhard Schmidt insgesamt ein "Bild der Auflösung und des Niedergangs der Strafjustiz" ergeben<sup>79</sup>. Exemplarisch für eine am Zerfall des Rechtsstaats orientierte Darstellungsperspektive ist die bereits erwähnte Arbeit Wagners, der dokumentiert hat, wie "im Laufe der Jahre ... rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze konsequent Stück um Stück abgebaut" wurden<sup>80</sup>. Wagner ist dabei vom Stand der nationalsozialistischen Machtergreifung ausgegangen und hat die Umgestaltung von Gerichtsverfassungs- und Strafprozeßrecht im nationalsozialistischen rechtsstaatswidrigen Sinne<sup>81</sup> im einzelnen beschrieben. Als wesentliche rechtsstaatswidrige Zerfallserscheinungen werden namentlich folgende Entwicklungen herausgestellt: Die Inanspruchnahme der obersten Gerichtsherrschaft durch Hitler wird als "Durchbrechung" des *Grundsatzes der Gewaltenteilung* gewürdigt<sup>82</sup>. Unter dem Gesichtspunkt der "Durchbrechung" des Grundsatzes *vom gesetzlichen Richter* tritt die Ausschaltung der Justiz durch polizeiliche Freiheitsentziehungen<sup>83</sup> sowie durch Tötungsbefehle Hitlers oder Himmlers<sup>84</sup> ins Blickfeld: Hitler gegenüber habe der Grundsatz infolge seiner angemessenen Gerichtsherrschaft und seines Niederschlagungsrechts "überhaupt nicht gegolten"<sup>85</sup>. Polizeiliche Urteilskorrekturen<sup>86</sup> werden ebenso in diesen Zusammenhang gestellt wie die seit 1940 etablierte Gerichtswahl der Staatsanwaltschaft bei der Anklageerhebung<sup>87</sup>: Mit der in staatsanwaltschaftli-

76 S. 191, 193.

77 AaO, S. 192. Vgl. auch *Weinkauff*, Justiz und Nationalsozialismus (1968), S. 195.

78 *Henkel*<sup>2</sup> (1968), S. 59., Hervorhebung aaO.

79 Vgl. *Eb. Schmidt* (1965), S. 440.

80 *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 192, s. auch S. 194.

81 "Rechtsstaatswidrig" und "nationalsozialistisch" werden identifiziert, vgl. aaO, S. 194, wo es heißt, die Darstellung beschränke sich im wesentlichen auf "Änderungen, die nationalsozialistisches Gedankengut enthalten".

82 *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 205; anders etwa *Kern* (1954): Aufhebung des Grundsatzes, Einheit der Führungsgewalt als neue staatsrechtliche Grundlage (S. 197 ff.).

83 Näher 3. Teil B, C, E.

84 Näher 3. Teil D.

85 Vgl. *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 206.

86 Näher 3. Teil B IV 3, C V 2, D III.

87 Vgl. VO v. 21. 2. 1940, RGBl. I, S. 405, §§ 4 I (Wahl zwischen Amtsrichter und Strafkammer je nach Höhe der zu erwartenden Strafe) und 14 I (Begründung der Sondergerichtszuständigkeit durch die

ches Ermessen gestellten Anklage vor dem Amtsgericht, der Strafkammer oder dem Sondergericht habe die Staatsanwaltschaft "praktisch von vornherein über die Höhe des Strafrahmens und die Zulässigkeit eines Rechtsmittels" entschieden<sup>88</sup>. Als rechtsstaatswidrig und typisch nationalsozialistisch gilt "die zielbewußte Unterminierung, schließlich Zerstörung der richterlichen Unabhängigkeit"<sup>89</sup>. Die *sachliche Unabhängigkeit* sei u. a. durch den behaupteten Inhaltswandel der richterlichen Unabhängigkeit angegriffen worden, nämlich durch die Bindung an die nationalsozialistische Weltanschauung und den Führerwillen<sup>90</sup>. In diesen Zusammenhang werden namentlich die sog. Lenkungsmaßnahmen eingeordnet<sup>91</sup>. Diese erfolgten einmal mittelbar über Richtlinien und Weisungen des Reichsjustizministers an die ihm - nach Verreichlichung der Justiz<sup>92</sup> - unmittelbar unterstellten Generalstaatsanwälte und Oberlandesgerichtspräsidenten oder bei sog. Chefbesprechungen im Reichsjustizministerium. Unmittelbarer Einwirkung auf die Richter dienten die Überwachung der Rechtsprechung durch die Oberlandes- und Landgerichtspräsidenten und Besprechungen mit den beteiligten Richtern<sup>93</sup>. Ab 1942 wurden alle als bedeutsam erachteten Fälle "zum Gegenstand einer vertrauensvollen Aussprache" mit den Gerichtspräsidenten gemacht ("Vor- und Nachschau")<sup>94</sup> und die Richterbriefe<sup>95</sup> herausgegeben, die eine einheitliche Ausrichtung der gesamten Richterschaft bezweckten.

Die *persönliche Unabhängigkeit* der Richter sei schon 1933 durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums angegriffen worden, indem dieses unter Ausschluß des Rechtsweges die Entlassung politisch unzuverlässiger Richter ermöglicht habe<sup>96</sup>. Nach der Zwischenstation des Beamtengesetzes von 1937<sup>97</sup> sei die persönliche Unabhängigkeit der

---

Anklagebehörde, wenn nach deren Auffassung "die sofortige Aburteilung durch das Sondergericht mit Rücksicht auf die Schwere oder die Verwerflichkeit der Tat wegen der in der Öffentlichkeit hervorgerufenen Erregung oder wegen ernster Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit geboten ist").

88 A. Wagner, Umgestaltung (1968), S. 207.

89 Eb. Schmidt (1965), S. 440.

90 Vgl. etwa Carl Schmitt, JW 1933, 2793 f. (u. a.: Handhabung der Generalklauseln nach den Grundsätzen des Nationalsozialismus); Frank, DJZ 1936, 176, 179 (Bindung an die nationalsozialistische Weltanschauung in ihrer Konkretisierung durch den Führer) oder Dahm u. a., DRWis 1936, 123 f. Dazu 2. Teil [Nr. 16] und öfters; zusef. 5. Teil A II, B I 4, B III 3.

91 A. Wagner, Umgestaltung (1968), S. 210 ff.; zur "illegalen Verwendung der Staatsanwaltschaft zur Beeinflussung des Gerichts" Weinkauff, Justiz und Nationalsozialismus (1968), S. 146. Vgl. auch das Material bei Johe (1967), S. 117 ff. (für Hamburg); Boberach (1975), S. XI ff.

92 Zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich, die im wesentlichen 1937 abgeschlossen war, und zur 1937 im wesentlichen vollzogenen Aufhebung der gerichtlichen Selbstverwaltung Kern (1954), S. 214 ff., 221 ff.; zusef. Claussen, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh, Bd. 4 (1985), S. 1048 ff.

93 Dazu für Hamburg Johe (1967), S. 127 f.

94 Vgl. dazu Johe (1967), S. 179 ff. (für Hamburg); allg. Weinkauff, Justiz und Nationalsozialismus (1968), S. 148 f. Vgl. auch 3. Teil D I bei Fn. 37 (Freisler).

95 Dazu Boberach (1975), S. XI ff. und Wahl (1981). Vgl. auch 2. Teil [Nr. 29] 10; [Nr. 39] 2c.

96 Vgl. § 4 Ges. v. 7. 4. 1933, RGBL. I, S. 175.

97 Vgl. §§ 71 I, 171 Ges. v. 27. 1. 1939, RGBL. I, S. 39. Zur vorzeitigen Ruhestandsversetzung, wenn "der Beamte nicht mehr die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für den nationalsozialistischen Staat eintreten wird" vgl. § 71 I. - Zu den Gesetzen von 1933 und 1937 vgl. die Darstellung bei Kern (1954), S. 219.

Richter durch den Beschluß des Großdeutschen Reichstages vom 26. April 1942 auch "offiziell beseitigt"<sup>98</sup> worden, indem der Beschluß Hitlers Befugnis anerkannt habe, jeden Richter ohne besonderes Verfahren aus seinem Amt zu entfernen<sup>99</sup>.

Zu den rechtsstaatswidrigen Erscheinungen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung wird ferner die Einrichtung und fortschreitende Ausdehnung und Differenzierung der Sondergerichtsbarkeiten auf Kosten der ordentlichen Gerichte gerechnet<sup>100</sup>. Namentlich der Volksgerichtshof<sup>101</sup> und die Sondergerichte<sup>102</sup> gelten als rechtsstaatswidrige Institutionen. Auch die Stärkung der Stellung der Staatsanwaltschaften gegenüber den Gerichten wird im engen Zusammenhang mit den für die Änderungen des Gerichtsverfassungsrechts kennzeichnenden Bestrebungen gesehen, die "Justiz in weitgehende Abhängigkeit von der Verwaltung", d. h. der politischen Führung, zu bringen<sup>103</sup>.

Das von den Sondergerichtsbarkeiten anzuwendende Strafprozeßrecht gilt als eindeutig rechtsstaatswidrig<sup>104</sup>. Für die Sondergerichte wird schon 1933 ein Sonderverfahrensrecht eingeführt<sup>105</sup>: Der Wegfall von Rechtsmitteln setzt das richterliche Ermessen in der Verhandlungsführung frei<sup>106</sup>, die Ladungsfrist beträgt drei Tage und kann bis auf 24 Stunden verkürzt werden<sup>107</sup>, 1940 wird die Ladungsfrist allgemein auf 24 Stunden verkürzt und kann auch ganz entfallen<sup>108</sup>; gerichtliche Voruntersuchung, Eröffnungsbeschluß und mündliche Haftprüfung

98 *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 219. Vgl. auch *Weinkauff*, Justiz und Nationalsozialismus (1968), S. 147: "Völlige Vernichtung der letzten Reste der Garantien der richterlichen Unabhängigkeit, so daß künftig jeder Richter rechtlich vogelfrei war"; *Eb. Schmidt* (1965): "Der letzte und schwerste Schlag gegen die Justiz" (S. 446).

99 Vgl. RGBl. I, S. 247 und dazu auch 3. Teil D I.

100 Eingehend *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 242 ff. Vgl. ferner *Henkel*<sup>2</sup> (1968), S. 59; *Eb. Schmidt* (1965), S. 447.

101 Zur Errichtung des Volksgerichtshofs 2. Teil [Nr. 13] 5a; eingehend *W. Wagner* (1974), der zum Ergebnis gelangt, der Volksgerichtshof sei kein "eigentliches Justizorgan" gewesen, sondern als "Schöpfung des nationalsozialistischen Systems ... viel eher ein politisches Werkzeug, das in einer justizförmigen Prozedur politische Funktionen ausübte"; ähnlich, aber zeitlich differenzierend, *Gerhard Meyer* bei *Hillermeier* (1981), S. 115 ("Aufgabe ... nicht ... rechtzusprechen, sondern die Gegner des Nationalsozialismus zu vernichten"); dezidiert für eine differenzierte Betrachtung *Rüping*, NSZ 1984, 815 ff. mwN. Im Ergebnis wie *W. Wagner* Beschluß des Bundestages BT-Dr 10/2368, S. 3.

102 Zu den Sondergerichten vgl. VO v. 21. 3. 1933, RGBl. I, S. 136 und die alle vorausgegangenen Verordnungen zusammenfassende VO v. 21. 2. 1940, RGBl. I, S. 405. Vor einer Gleichsetzung der Sondergerichte mit dem Volksgerichtshof warnt *Rüping*: Die Sondergerichte hätten sich im ganzen zu "Spezialstrafkammern für gravierende Delikte" entwickelt, nähere Aussagen setzten "detaillierte tatsächliche Untersuchungen" voraus (JZ 1984, 820 f.).

103 Vgl. *Eb. Schmidt* (1965), S. 441. Näher etwa *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 281 ff.; *Claussen*, in: *Jeserich/Pohl/v. Unruh*, Bd. 4 (1985), S. 1045 ff.; *Schumacher* (1985), S. 53 ff., 202.

104 Vgl. *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 257 ff. sowie *Schom* (1963), S. 81; *Eb. Schmidt* (1965), S. 447 f.; *Henkel*<sup>2</sup> (1968), S. 59. VO v. 21. 3. 1933.

105 Dazu RGBl. I, S. 136 ff.; s. auch das Material bei *I. Müller* (1980), S. 85 f.

106 § 16 I VO 1933 (Fn. 105).

107 § 12 IV VO 1933 (Fn. 105).

108 § 23 II VO v. 21. 2. 1940, RGBl. I, S. 405 sah allgemein eine 24-stündige Ladungsfrist vor. Die Aburteilung mußte "sofort ohne Einhaltung von Fristen erfolgen, wenn der Täter auf frischer Tat betroffen wird oder sonst seine Schuld offen zutage liegt" (§ 23 I).

werden beseitigt<sup>109</sup>; das Sondergericht kann eine Beweiserhebung ablehnen, wenn "es die Überzeugung gewonnen hat, daß die Beweiserhebung für die Aufklärung der Sache nicht erforderlich ist"<sup>110</sup>. Dieses Strafprozeßrecht ermöglicht "blitzartiges Zugreifen" der Sondergerichte<sup>111</sup>. Das Erkenntnisverfahren des Volksgerichtshofs ist eng an dieses Modell angelehnt<sup>112</sup>.

Das Strafprozeßrecht des Normalverfahrens wird mit zeitlicher Verzögerung gegenüber dem modellhaften Erkenntnisverfahren der Sondergerichte ebenfalls im rechtsstaatswidrigen Sinne umgestaltet<sup>113</sup>. Hierher gehört etwa die entschiedene Verschärfung des Untersuchungshaftrechts durch die Einführung einer "Untersuchungshaft zur Sicherung vor Verbrechen", die bei Rückfallgefahr oder "öffentlicher Erregung über eine schwere Straftat" zulässig ist<sup>114</sup>; das Schnellverfahren vor dem Amtsrichter wird ausgedehnt<sup>115</sup>, Ladungsfristen können in allen Verfahren bis auf 24 Stunden verkürzt werden<sup>116</sup>. Der Beweiserhebungsanspruch des Angeklagten wird 1939 nach dem Modell der sondergerichtlichen Verfahren beseitigt: Das Gericht kann jetzt einen Beweisantrag ablehnen, wenn es die Beweiserhebung zur Wahrheitserforschung "nach seinem freien Ermessen ... nicht für erforderlich hält"<sup>117</sup>. Dieser "Einbruch in das Gefüge der beweisrechtlichen Bestimmungen"<sup>118</sup> verabschiedet, so das Bild, das rechtsstaatliche Beweisrecht<sup>119</sup>.

Zur rechtsstaatswidrigen Verschlechterung der Beschuldigtenrechte gehört auch der Abbau von Rechtsmitteln<sup>120</sup>, der 1944 bei der Zulassungsrevision endet, die vom Trichter nur

<sup>109</sup> Vgl. §§ 11 S. 1, 12 II, 9 I VO 1933 (Fn. 105).

<sup>110</sup> § 13 VO 1933 (Fn. 105). In der VO 1940 (Fn. 108) fehlt eine solche Regelung. Inzwischen sind die allgemeinen Verfahrensvorschriften, auf die verwiesen wird, angepaßt (§ 17 VO 1940 und bei Fn. 117).

<sup>111</sup> Vgl. *Freisler*, DJ 1938, 1859.

<sup>112</sup> Dazu Ges. v. 24. 4. 1934, RGBl. I, S. 341, Art. IV §§ 4, 5. Zum Strafprozeßrecht des Volksgerichtshofs *W. Wagner* (1974), S. 29 ff.

<sup>113</sup> Vgl. *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 256 f.: Die Änderungen durchziehe "wie ein roter Faden ... das nationalsozialistische Bestreben, den Rechtsschutz vor den Strafgerichten möglichst zu verkürzen"; übereinstimmend *Eb. Schmidt* (1965), S. 441. Vgl. auch *I. Müller*, in: *Reifner/Sonnen* (1984), S. 74: "Entformalisierung des Strafverfahrens, Einschränkung der Justizförmigkeit und Schmälerung der Verteidigungsrechte bis schließlich das Strafprozeßrecht vollends aufgelöst war". Das "deutschkonservative Rechtsverständnis", "das heute so verbreitet ist, wie es 1920 und 1935 war", führte danach - anders wohl als "1920 und heute" - zur "Rechtsauflösung". - Nähere Einzelheiten zu den Änderungen bei *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 261 ff.; *I. Müller*, aaO, S. 59 ff. sowie 1981, S. 86 ff.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 5 Ges. v. 28. 6. 1935, RGBl. I, S. 844.

<sup>115</sup> Vgl. schon § 24 VO zum Schutze des deutschen Volkes v. 28. 2. 1933, RGBl. I, S. 35 und dann die generelle Zulässigkeit des Schnellverfahrens vor dem Amtsrichter auf Antrag der Staatsanwaltschaft, Art. III § 28 VO 1940 (Fn. 108) mit einer Ladungsfrist von 24 Stunden (§ 28 III).

<sup>116</sup> Beim Vorliegen "wichtiger Gründe", vgl. VO v. 29. 5. 1943, RGBl. I, S. 342, Art. 3 zu § 217 I S. 2 RStPO.

<sup>117</sup> § 24 VO v. 1. 9. 1939, RGBl. I, S. 1658.

<sup>118</sup> *Eb. Schmidt* (1965), S. 444.

<sup>119</sup> Die Beseitigung des Beweisvorführungsrechts des Angeklagten bildete nach *M. Köhler* (1979), S. 23 den ersten Schritt zur Beseitigung des rechtsstaatlichen Beweisrechts (im allgemeinen Strafverfahren).

<sup>120</sup> Dazu *A. Wagner*, Umgestaltung (1968), S. 266 ff. mit Nachw. .

zu gewähren ist, wenn ihre Versagung "unbillig" wäre; die Versagung ist unanfechtbar<sup>121</sup>. So wird eine fast vollständige Übereinstimmung mit dem Erkenntnisverfahrensrecht der Sondergerichte erreicht. Umgekehrt werden die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft vermehrt, wodurch die "Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen - die in einem Rechtsstaat eine wesentliche Garantie der Rechtssicherheit ist - in zunehmendem Maße durchbrochen und ausgehöhlt wurde"<sup>122</sup>. Mit dem außerordentlichen Einspruch<sup>123</sup> und der Nichtigkeitsbeschwerde<sup>124</sup> kann im Ergebnis jedes der politischen Führung mißliebige Urteil über eine Weisung an die Oberreichsanwälte zu Fall gebracht werden. Schließlich wäre die Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zu Zwecke der Verurteilung eines Freigesprochenen oder strengerer Ahndung<sup>125</sup> zu nennen.

Das Strafverfahrensrecht 1933 bis 1945 soll sich in diesen rechtsstaatswidrigen Umgestaltungen, so gravierend sie sein mögen, indes nicht erschöpfen: Einmal bleibt der nicht geänderte Restbestand an überkommenem, rechtsstaatskonformem Strafverfahrensrecht; hinzu kommt der rechtsstaatlich "brauchbare" Teil der Neuerungen. Diejenigen Autoren, die nicht von vornherein ausschließlich auf die Erfassung der rechtsstaatswidrigen Eingriffe abzielen<sup>126</sup>, nennen zahlreiche Vorschriften und Neuerungen von bleibendem Wert, die sich als "rechtstechnische Neuerungen ohne eine besondere kriminalpolitische Grundtendenz" oder als "echte Reformvorschläge" erwiesen hätten<sup>127</sup>. Zu den rechtsstaatskonformen Neuerungen werden diejenigen Vorschriften gezählt, die eine prozessuale Ergänzung zur Einführung der Maßregeln der Sicherung und Besserung durch das Gewohnheitsverbrechergesetz bedeuten, etwa das selbständige richterliche Sicherungsverfahren gegen geisteskranke Rechtsbrecher<sup>128</sup>. Auch wesentliche Teile der Neuregelung des Jugendstrafverfahrens wären in diesem Zusammenhang zu nennen<sup>129</sup>. In die gleiche Linie fügt sich das politisch "neutrale" Adhäsionsverfahren, das unter bestimmten Voraussetzungen die Entscheidung über zivilrechtliche Ersatzansprüche des Verletzten im Strafverfahren ermöglichte<sup>130</sup>.

Hierher gehören aber auch Änderungen in Bereichen, die ansonsten durch rechtsstaatswidrige Tendenzen gekennzeichnet werden. So war es nach Schäfer auf dem Gebiete des Beweisrechts ein "Schritt von bleibender Bedeutung", daß § 245 II RStPO das Beweisantragsrecht des Beschuldigten gesetzlich regelte<sup>131</sup>. Henkel würdigt ferner das "Bestreben nach Auf-

121 § 13 I, III VO v. 13. 12. 1944, RGBl. I, S. 339 ff.

122 A. Wagner, Umgestaltung (1968), S. 268. Vgl. auch Eb. Schmidt (1965), S. 442 ("... höchst bezeichnen-des Mittel im Kampf Hitlers gegen die Idee des Rechtsstaates ...") und Rüping, Strafrechtsgeschichte (1981), S. 99 ("Die in der Rechtskraft liegende Rechtssicherheit wird beseitigt").

123 Ges. v. 16. 9. 1939, RGBl. I, S. 1841, Art. 2, § 3; näher Schumacher (1985), S. 170 ff. S. auch unten 3. Teil D I.

124 VO v. 21. 2. 1940, RGBl. I, S. 405, Art. V, § 35 I, IV. Näher Schumacher (1985), S. 187 ff.

125 Art. 6 VO v. 29. 5. 1943, RGBl. I, S. 342.

126 So aber A. Wagner, Umgestaltung (1968), S. 194.

127 Vgl. Schäfer, LR<sup>23</sup> (1976), Einl. Kap. 3, Rdn. 21 und dessen Auflistung; ferner Henkel<sup>2</sup> (1968), S. 59; Peters<sup>3</sup> (1981), S. 69.

128 Abschn. 3a Gewohnheitsverbrecherges. (2. Teil [Nr. 12]), §§ 429a ff. RStPO, vgl. Henkel, aaO; Schäfer, aaO.

129 Zum RJGG 1943 2. Teil [Nr. 51].

130 VO v. 29. 5. 1943, RGBl. I, S. 342, §§ 403 ff. RStPO, Beispiel bei Peters<sup>3</sup> (1981), S. 69.

131 Beispiel bei Schäfer, LR<sup>23</sup> (1976), Einl. Kap. 3, Rdn. 27.

lockerung zu starrer und umständlicher Verfahrensregeln" positiv, soweit es sachlich berechtigt geblieben und nicht in einen "Zerfall des Rechtsstaats" durch Zerstörung "schützender Verfahrensformen" umgeschlagen sei<sup>132</sup>. Als einzelne Beispiele nennt er die Einschränkung des "übertriebenen Zwanges zur Zeugenvereidigung", durch das Gesetz vom 24. November 1933, das u. a. dem Gericht in zahlreichen Fällen die Befugnis einräumte, abweichend vom bis dahin geltenden Recht von einer Zeugenvereidigung abzusehen<sup>133</sup> und die "maßvolle weitere Auflockerung des Verfolgungszwanges der Staatsanwaltschaft"<sup>134</sup>. Gegenüber der Einordnung dieser letzteren "Auflockerungstendenz" in die allgemeine - rechtsstaatswidrige - Linie einer Stärkung der Staatsanwaltschaft gegenüber Gericht und Beschuldigten kann Henkel immerhin darauf verweisen, daß das heute geltende Recht die ab 1933 erlassenen entsprechenden Vorschriften teilweise übernommen und teilweise die Einstellungsmöglichkeiten darüber hinaus noch erheblich erweitert hat<sup>135</sup>.

### c) Weitere Anwendungsmöglichkeiten

Der Maßstab "rechtsstaatliches Strafrecht" erlaubt eine Einteilung sämtlicher strafrechtlicher Entwicklungen in zwei heterogene Bereiche: So werden in Reformvorhaben wie dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1936 rechtsstaatswidrige und rechtsstaatskonforme Linien herausgearbeitet<sup>136</sup>, die zu unterschiedlichen Gesamtbewertungen als "im Kern" rechtsstaatlich oder nicht-rechtsstaatlich führen<sup>137</sup>. Die Rechtsprechung kann gleichfalls anhand des rechtsstaatlichen Maßstabs unterteilt werden: Man kann etwa fragen, ob und in welchem Umfang einzelne Entscheidungen "unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ... bedenklich"<sup>138</sup> sind und solche Prüfung auf bestimmte einzelne Gerichte oder auf ganze Gerichtsbarkeiten erstrecken<sup>139</sup>. In ähnlicher Weise kann versucht werden, die Entwicklung der Strafrechtswissenschaft zu beschreiben: Die Angriffe auf den Grundsatz *nulla poena sine lege* etwa wären als

132 Henkel<sup>2</sup> (1968), S. 59.

133 RGBl. I, S. 308, §§ 57 ff., 61 RStPO.

134 Henkel<sup>2</sup> (1968), S. 59.

135 Zur Ausdehnung des Opportunitätsprinzips vgl. nur Meyer-Göfner, LR<sup>23</sup> (1978), § 152 Rdn. 25 ff.

136 Vgl. etwa Jescheck, AT<sup>2</sup> (1972), S. 82; Eb. Schmidt (1965), S. 451; Begr. E 1962, S. 94. - Zum E StVO 1939 vgl. entsprechend Schäfer, LR<sup>23</sup> (1976), Einl. Kap. 3, Rdn. 21 ("echte Reformvorschläge").

137 Vgl. im ersteren Sinne Jescheck, aaO und LK<sup>10</sup> (1978 ff.), Einl. Rdn. 70; ähnlich Eb. Schmidt, aaO, der die nicht erfolgte Verabschiedung des Entwurfs als Beweis dafür ansieht, wie stark "Kohlrausch die Arbeiten der Kommission im rechtsstaatlichen Sinne gelenkt" habe. Anders die Einschätzung des E 1962, aaO: Der E 1936 habe sich "weitgehend von der liberalen und rechtsstaatlichen Haltung seiner Vorgänger" gelöst; s. auch Maurach/Zipf<sup>7</sup>, AT 1 (1987), S. 52.

138 Vgl. etwa Sonnen, in: Reifner/Sonnen (1984), S. 52.

139 Vgl. etwa zur Militärgerichtsbarkeit Schweling (1977), der zum Ergebnis gelangt: "Alles in allem kann man den deutschen Kriegsgerichten nicht den Vorwurf machen, daß sie den Boden der Rechtsstaatlichkeit verlassen hätten" (S. 379). Zum Ansatz Schwelings mit Recht krit. Stolleis, GWU 1978, S. 650 ff. Zur Rspr. des RG einerseits Lengemann (1974), andererseits I. Müller (1987), S. 135 ff. und Kaul (1971). S. auch oben Fn. 101.

Teil einer rechtsstaatswidrigen Entwicklung zu charakterisieren und wirklichen rechtsstaatlichen Fortschritten strafrechtlicher Dogmatik gegenüberzustellen<sup>140</sup>.

Die Liste der Beispiele ließe sich beliebig verlängern: Der Maßstab "rechtsstaatliches Strafrecht" kann zur Gruppierung sämtlicher strafrechtlicher Erscheinungen herangezogen werden.

#### d) Praktische Bedeutung des Maßstabs: Rechtsbereinigung nach 1945

Der Einteilungsmaßstab "rechtsstaatliches Strafrecht" hat nach 1945 eine herausragende rechtspraktische Bedeutung erlangt: Die Nachkriegsgesetzgeber mußten entscheiden, ob und inwieweit Vorschriften aus der Zeit von 1933 bis 1945 zu übernehmen oder für ungültig zu erklären seien. Die alliierte Gesetzgebung hatte ab 1945 zahlreiche Vorschriften aus der nationalsozialistischen Zeit aufgehoben oder in ihrer Anwendbarkeit eingeschränkt<sup>141</sup>. Dem Bundesgesetzgeber stand nach der Verabschiedung des Grundgesetzes ein konkreter rechtsstaatlicher Maßstab zur Verfügung, an dessen Elle sämtliche in Kraft gebliebenen Vorschriften aus der nationalsozialistischen Zeit zu messen waren. Das gleiche galt für Regelungen, die durch die alliierte Gesetzgebung aufgehoben waren, aber - in Anlehnung an Vorgänger aus der Zeit von 1933 bis 1945 - wieder eingeführt werden sollten<sup>142</sup>: Die "Bereinigung" der gesamten Gesetzgebung von rechtsstaatswidrigen nationalsozialistischen Bestandteilen war eine vordringliche Aufgabe<sup>143</sup>.

Ein bereits 1950 verabschiedetes Änderungsgesetz<sup>144</sup> diente der Befreiung des Strafverfahrensrechts von rechtsstaatswidrigen Bestandteilen<sup>145</sup>. Für das materielle Strafrecht bedeutete das 3. Strafrechtsänderungsgesetz 1953 ("Bereinigungsgesetz") die gesetzgeberische Lösung: Das Gesetz brachte "mit der Bereinigung des Strafgesetzbuches ... zum Ausdruck ..., daß, soweit der Entwurf nicht eingreift, Änderungen des Strafgesetzbuches durch die Gesetzgebung der nationalsozialistischen Zeit ... vorbehaltlich einer eigentlichen Reform vom Gesetzgeber anerkannt werden"<sup>146</sup>. Dem Richter sollte "wieder ein voll funktionsfähiges, in seiner Gültigkeit vom Gesetzgeber bestätigtes Instrument an die Hand" gegeben werden<sup>147</sup>. Schließlich be-

140 Zur "Dogmatik als festes Bollwerk gegen ideologische Einbrüche" *Welzel*, FS Maurach (1972), S. 4; vgl. dagegen aber die eingehende Materialaufbereitung unter der Perspektive "Antiliberalismus" bei *Marxen* (1975), S. 167 ff.

141 Zur alliierten Gesetzgebung vgl. *Göke* (1948), S. 1 ff. mit Wiedergabe der einschlägigen Vorschriften S. 299 ff.; *Stolleis*, FS Coing (1982), S. 387 ff.; *Diestelkamp*, JuS 1980, 405.

142 Zur Aufhebung des Staatsschutzstrafrechts vgl. KRG Nr. 11, zur Wiedereinführung zahlreicher Vorschriften aus der Verratsnovelle durch das StÄG 1951 vgl. 2. Teil [Nr. 13], bes. 1, 5a.

143 Vgl. für das materielle Strafrecht *Dreher*, JZ 1953, 421; Begr. zum RegE eines 3. StÄG (Strafrechtsbereinigungsgesetz) BT-Dr 1/3713, S. 19.

144 Ges. v. 12. 9. 1950, BGBl. I, S. 455.

145 Zum Gesetz vgl. *Niethammer*, LR<sup>20</sup> (1958), Einl. S. 21; *Nüse*, JR 1950, 516 ff., 553 ff.

146 Begr. zum RegE BT-Dr 1/3713, S. 19.

147 *Dreher*, JZ 1953, 421; vgl. auch *Lackner*, JZ 1953, 428. Das Gesetz brachte auch wieder den maßgeblichen einheitlichen Gesetzestext, neu bekanntgemacht unter dem 25. 8. 1953, BGBl. I, S. 1083 ff., berichtet S. 1954.

reinjigte der Bundesgesetzgeber, ebenfalls 1953, das Reichsjugendgerichtsgesetz 1943<sup>148</sup>, die Neukodifikation des Jugendstrafrechts durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber: Der fortschrittliche Kern des Gesetzes, so die Sichtweise, wurde bewahrt, rechtsstaatswidrige nationalsozialistische Elemente wurden beseitigt<sup>149</sup>.

Auch die Nachkriegsrechtsprechung war mit der Frage der Fortgeltung von Rechtsänderungen aus der Zeit von 1933 bis 1945 befaßt: Die ausdrückliche Aufhebung von nationalsozialistischen Vorschriften durch die alliierte Gesetzgebung wurde als nicht abschließend angesehen<sup>150</sup>. Namentlich das Militärregierungsgesetz Nr. 1<sup>151</sup> enthielt allgemeine Regeln, an denen nicht ausdrücklich aufgehobene Gesetze zu messen waren. Das Militärregierungsgesetz verbot u. a. die Auslegung oder Anwendung deutschen Rechts nach nationalsozialistischen Lehren (Art. III Ziff. 3), die Bestrafung nach "Analogie oder nach angeblichem gesunden Volksempfinden" (Art. IV Ziff. 7) und grausame oder übermäßig hohe Strafen (Art. IV Ziff. 8). Ergänzende allgemeine Anweisungen an Richter untersagten ferner - grundsätzlich, aber nicht ausnahmslos - die Überschreitung der vor dem 30. Januar 1933 geltenden Höchststrafen bei Verschärfung der Strafrahmen in der nationalsozialistischen Zeit<sup>152</sup>. Rechtsstaatsverträglichkeit der Vorschriften führte in diesem Zusammenhang ohne weiteres zur Fortgeltung - eben weil, so die Annahme, solche Vorschriften gerade nicht "nationalsozialistischem Gedankengut entsprossen" waren<sup>153</sup>. Der Bundesgerichtshof hat beispielsweise die Gültigkeit der §§ 240<sup>154</sup>, 253<sup>155</sup> RStGB ungeachtet ihres Wortlauts bejaht: Daß der Richter bei der Abgrenzung strafwürdigen Unrechts nach dem Verhältnis des Mittels zum Zweck auf das Rechtsempfinden des Volkes zu achten habe, sei ein "alter Grundsatz rechtsstaatlichen Strafans". Unter rechtsstaatlichen Verhältnissen gelte der Begriff des "gesunden Volksempfindens" wieder "mit seinem wirklichen, unverfälschten Inhalt", also ohne jede nationalsozialistische Einfärbung. Überprüft wurden die Vorschriften auf ihre substantielle Rechtsstaatsverträglichkeit, mit der man zugleich ihren nicht-nationalsozialistischen Charakter begründet sah<sup>156</sup>.

Aus der Sicht des Nachkriegsgesetzgebers war die Betrachtung der 1933 bis 1945 geltenden Vorschriften nach dem Schema rechtsstaatsverträglich/rechtsstaatswidrig unverzichtbar. Die Dringlichkeit des Anliegens, eine einheitliche Rechtsordnung wiederherzustellen, schuf Entscheidungszwänge. Jede Sofortlösung mußte auf eine bahnbrechende Gesamtreform verzichten und an ein bereits existierendes rechtsstaatliches Strafrechtsmodell anknüpfen. Als ein solches rechtsstaatliches Strafrechtssystem wurde das der Weimarer Republik angesehen;

148 Dazu 2. Teil [Nr. 51].

149 Dazu eingehend *Dallinger/Lackner*, JGG (1955), Einf. Rdn. 44 ff.; vgl. auch *Schaffstein/Beulke*<sup>9</sup> (1987), S. 31.

150 Vgl. *Stolleis*, FS Coing (1982), S. 402; *Göke* (1948), S. 2 ff.

151 Mit dem ersten Tag der Besetzung deutschen Gebietes in Kraft getreten, vgl. *Göke* (1948), S. 316.

152 Dazu Ziff. 8b "Allgemeine Anweisungen an Richter Nr. 1" der Militärregierung bei *Göke* (1948), S. 317.

153 Dazu *Göke* (1948), S. 3 mit Nachw.

154 Dazu 2. Teil [Nr. 49] 11 und BGHSt. 1, 84.

155 Dazu 2. Teil [Nr. 49] 13 und dazu BGHSt. 1, 13.

156 BGHSt. 1, 13, 19; 84, 87 und soeben Fn. 154 f.; zu § 49a RStGB 1943 (2. Teil [Nr. 49] 2) vgl. BGHSt. 1, 59, 60 f. (kein "nationalsozialistisches Gedankengut, das der heutigen Rechtsauffassung" widerspreche); BGHSt. 1, 80 (zu § 175 RStGB 1935, vgl. 2. Teil [Nr. 16] 8) und 1, 124 (§ 330a RStGB 1933, dazu 2. Teil [Nr. 12] 5b) mit dem Hinweis auf Übereinstimmung mit früheren Reformvorschlägen.

gangbare Wege einer Fortbildung dieses Systems waren in den Entwürfen der Weimarer Zeit vorgezeichnet. Vor diesem Hintergrund bewertete man die ab 1933 erfolgten Änderungen unter dem Gesichtspunkt ihrer Rechtsstaatsverträglichkeit und eliminierte, was in Verruf geraten war. Beibehalten wurden namentlich solche Neuerungen, die sich an frühere Entwürfe anlehnten. Aus dem rechtsstaatlichen Kontext ergab sich zudem die Möglichkeit, auch solche Begriffe, die dem Transport nationalsozialistischer Vorstellungen gedient hatten, in den veränderten Auslegungshorizont zu übernehmen, gegebenenfalls mit symbolischen sprachlichen Korrekturen (z. B. "Verwerflichkeit" statt "gesundes Volksempfinden").

Ob der Bundesgesetzgeber im ganzen die richtigen Konsequenzen gezogen hat und ob alle übernommenen Vorschriften tatsächlich rechtsstaatlich unbedenklich waren, ist eine hier nicht zu beantwortende Frage.

#### e) Zusammenfassung und Kritik

Eine an der Perspektive rechtsstaatskonformes/rechtsstaatswidriges Strafrecht orientierte Betrachtung setzt feststehende Anforderungen an rechtsstaatliches Strafrecht voraus und gruppiert nach diesem Maßstab Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft. Ein solches Verfahren entsprach insbesondere den Bedürfnissen der bundesdeutschen Nachkriegsgesetzgebung.

Angesichts der rechtspraktischen Bedeutung des Maßstabs liegt ein möglicher Einwand auf der Hand: Es handle sich, ähnlich wie bei der Anwendung eines naturrechtlichen Maßstabs, um eine an den Bedürfnissen der Praxis orientierte normative Betrachtung des Strafrechts 1933 bis 1945 anhand systemfremder Maßstäbe: Das rechtsstaatliche Strafrecht sei nicht die Elle, an der man die Strafrechtsentwicklung 1933 bis 1945 sinnvoll messen könne<sup>157</sup>.

Der Maßstab "rechtsstaatliches Strafrecht" ist freilich nicht ohne weiteres als "normativ" und "ahistorisch" zu erweisen. Die grundlegende These lautet, es gebe innerhalb des geltenden und praktizierten Strafrechts 1933 bis 1945 rechtsstaatskonforme und rechtsstaatswidrige Teile. Die Herausbildung heterogener Bereiche wird als Beschreibung der tatsächlichen strafrechtlichen Entwicklung im nationalsozialistischen Staat begriffen. Zwiespältigkeit soll real in der historischen Situation bestehen, nicht erst nach Maßgabe einer ex-post erfolgenden Deutung im Rahmen eines andersartigen Bezugssystems. Die Anhänger dieser These können beispielsweise auf das äußere Erscheinungsbild der strafrechtlichen Regelsetzung 1933 bis 1945 verweisen: Die bis 1933 entwickelte Strafgesetzgebung wird nach 1933 niemals im ganzen formell suspendiert. Eine vollständige gesetzliche Neuordnung des materiellen oder formellen Strafrechts erfolgt nicht, entsprechende Entwürfe zum RStGB und zur RStPO werden zumindest nicht im ganzen verabschiedet. Der nationalsozialistische Gesetzgeber begnügt sich jedenfalls äußerlich mit Änderungen des überkommenen Gesetzesgebäudes, ohne dieses im ganzen formell zu ersetzen. Die Neuerungen selbst gehen ihrerseits teilweise eindeutig auf frühere, vornationalsozialistische Entwürfe zurück. Die Interpretation anhand des Maßstabes "rechtsstaatliches Strafrecht" erhebt also (auch) einen explikativen Anspruch und kann sich u. a. auf die äußere Entwicklung der gesetzgeberischen Lage stützen.

Für die *immanente Kritik* dieses Ansatzes sind drei Gesichtspunkte wesentlich.

---

<sup>157</sup> Vgl. Stolleis, Vorurteile und Werturteile I (1981), S. 26.

Erstens: Die Wahl der Perspektive "rechtsstaatliches Strafrecht" begrenzt notwendig den Blickwinkel und damit den Erklärungshorizont. Nationalsozialistisches Strafrecht kann bei ausschließlichem Messen am Rechtsstaat nur negativ als Abweichung von rechtsstaatlichen Grundsätzen, als "Willkür" gekennzeichnet werden. Eine eigenständige inhaltliche Bestimmung nationalsozialistischen Strafrechts wird nicht ins Auge gefaßt. Allerdings ist die Richtigkeit einer solchen Deutung nicht von vornherein auszuschließen: Wer den Nationalsozialismus durch "nihilistische Rechtsfeindschaft" gekennzeichnet sieht, kann nationalsozialistisches Strafrecht in Ermangelung anderer positiver Bestimmungsgründe nur negativ als Abkehr von rechtsstaatlichen Prinzipien beschreiben<sup>158</sup>.

Zweitens: Das Gliederungsschema rechtsstaatswidrig/rechtsstaatskonform ermöglicht nur scheinbar eine durchgängig klare Zuordnung. Einteilungsprobleme werden unvermeidlich, wenn strafrechtliche Begriffe in hohem Maße kontextabhängig sind wie etwa die "guten Sitten"<sup>159</sup> oder das "gesunde Volksempfinden"<sup>160</sup>. Der Maßstab der inhaltlichen Ausfüllung ist dem jeweiligen Tatbestand nicht zu entnehmen, der gerade auf allgemeinere Prinzipien der Strafrechts- oder Gesamtrechtsordnung oder des "Sittlichkeitsempfindens" verweist. Im Schrifttum ab 1933 werden solche Generalklauseln oder andere, die in dem schon vor 1933 geltenden Recht enthalten sind, als "Einbruchstellen" für das neue Rechtsdenken gefeiert, die Notwendigkeit einer Auslegung alter wie neuer Generalklauseln nach nationalsozialistischen Grundsätzen hervorgehoben<sup>161</sup>. Die damit (möglicherweise) verbundenen Konsequenzen für den Inhalt "nationalsozialistischen Strafrechts" illustriert eine Stellungnahme Dahms: Alle Wertbegriffe des Strafrechts seien, so Dahm 1934, im Einklang mit der neuen Wertordnung auszulegen, enthielten eine "doppelte Verweisung auf Volksanschauung, nationalsozialistische Rechtsidee und den Willen der politischen Führung", in dem sich der Volkswille authentisch darstelle<sup>162</sup>. Was beispielsweise gute Sitten seien, bemesse sich "nach den strengen Anforderungen der nationalsozialistischen Weltanschauung"<sup>163</sup>, als "gesund" könne nur die Volksanschauung gelten, die der "deutschen und nationalsozialistischen Rechtsidee" entspreche<sup>164</sup>. Von diesem Ausgangspunkt hätte auch die Ersetzung des Maßstabs "gesundes Volksempfinden" durch Begriffe wie "verwerflich"<sup>165</sup> oder "zumutbar"<sup>166</sup> keine sachliche Änderung bewirkt. Zur etwaigen künftigen Verwendung des Merkmals "Zumutbarkeit" durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber bemerkt Dahm, ein solcher oder ein entsprechender Begriff sei nach Maßgabe der neuen nationalsozialistischen Wertungen auszulegen, jede andere inhaltliche Ausfüllung sei juristisch falsch<sup>167</sup>. Umgekehrt sind die Generalklauseln selbstverständlich

158 Vgl. in diesem Zusammenhang unten A II 2b.

159 Vgl. § 226a RStGB 1933 (2. Teil [Nr. 8]).

160 Vgl. §§ 2, 330c RStGB 1935, §§ 240 II, 253 II RStGB 1943 und dazu 2. Teil [Nr. 16] 4, 8; [Nr. 49] 11, 13.

161 Vgl. aus dem fast unübersichtlichen Schrifttum nur *Carl Schmitt*, JW 1933, 2793 f. (Leitsatz 4); JW 1934, 713, 717; Staat, Bewegung, Volk (1933), S. 43 f.; Über die drei Arten (1934), S. 59; *Larenz* (1938), S. 10 ff., 14. *Zusf. Rütters* (1968), bes. S. 213 ff.

162 *Dahm*, DStR 1934, 87, 90 f.

163 AaO, 93.

164 AaO, 91.

165 §§ 240 II, 253 II i. d. F. des 3. StÄG.

166 § 330c i. d. F. des 3. StÄG.

167 DStR 1934, 93.

auch für andere als nationalsozialistische Inhalte offen, wie etwa der Bundesgerichtshof<sup>168</sup> für das Maßprinzip des "gesunden Volksempfinden" angenommen hat: Die Substanz der Generalklauseln hängt von den Wertmaßstäben ab, die praktische Strafrechtsanwendung leiten. Die Beurteilung des Sachgehalts der 1933 bis 1945 geltenden strafrechtlichen Regeln kann also in diesem Bereich nicht allein anhand der tatbestandlichen Textfassung erfolgen, sondern setzt nähere Bestimmungen der relevanten Maßstäbe voraus<sup>169</sup>. Eine vergleichbare Problematik ergibt sich bei allen Gesetzen, die Gesinnungsmerkmale wie "böswillig", "gewissenlos", "aus niedrigen Beweggründen" oder überhaupt wertausfüllungsbedürftige Begriffe verwenden. Mit der Wertausfüllungsbedürftigkeit wächst die Kontextabhängigkeit der strafrechtlichen Regeln.

Die Frage, ob und inwieweit der stille Inhaltswandel<sup>170</sup> ohne Gesetzesänderung zu einer Umwertung von Strafgesetzen aus der Zeit vor 1933 führt, wird bei den Anwendern eines rechtsstaatlichen Maßstabs weder gestellt noch beantwortet. Das gleiche gilt im Hinblick auf die umfängliche Gesetzgebung ab 1933: In dem Maße, in dem die neuen Strafvorschriften Anwendungsspielräume eröffnen, verweisen sie aus sich heraus auf den Kontext, in dem sie stehen und der die materialen Auslegungskriterien festlegt. Dieser Kontext wird nicht problematisiert, vielmehr ein fortbestehender rechtsstaatlicher Bezugsrahmen unterstellt.

Drittens: Die an einem rechtsstaatlichen Maßstab orientierte Trennungsthese setzt eine nicht näher problematisierte Gültigkeit des Gesetzesbindungspostulats im Sinne einer Gesetzesherrschaft voraus. Neben dem Inhaltswandel gesetzlicher Begriffe ist jedoch auch der Stellenwert des Gesetzes selbst ins Auge zu fassen, der den Angelpunkt rechtsstaatlicher deutscher Strafrechtstradition bildet: Falls das Strafgesetz nicht nur an innerer Erosion leidet, sondern, wie etwa Naucke behauptet<sup>171</sup>, seine Grenzfunktion verliert - müßte das nicht eine Trennung rechtsstaatskonformer und rechtsstaatswidriger Systemteile ausschließen? Kann vom Fortbestand rechtsstaatlichen Strafrechts ausgegangen werden, falls sein zentrales Bauelement zerstört ist?

Die dritte Überlegung führt geradewegs zum gemeinsamen Kern der angesprochenen Einwände: Die Interpretationsleitlinie "rechtsstaatliches/nichtrechtsstaatliches Strafrecht" setzt die Fortexistenz rechtsstaatlichen Strafrechts im Strafrecht 1933 bis 1945 stillschweigend voraus. Die Weitergeltung bestimmter strafrechtlicher Vorschriften nach 1933 und nach 1945 beweist diese Fortexistenz noch nicht: Neues Strafrecht kann auf dem Wege einer inneren Umwertung der Strafgesetze und insbesondere eines Funktionswandels der Strafgesetze auch ohne ein neues Strafgesetzbuch entstanden sein<sup>172</sup>. Es gibt 1933 bis 1945 möglicherweise nur eine Teilidentität von strafrechtlichen Normtextmassen, aber keine Kontinuität rechtsstaatskonformer Strafrechtsteile, die sich von rechtsstaatswidrigen Teilen abheben. Die in der Sache unumgängliche Auseinandersetzung mit den angeführten Gesichtspunkten, insbesondere

168 Vgl. BGH wie Fn. 154 f.

169 Zum Verhältnis Normtext/Norminhalt etwa 2. Teil [Nr. 13] 5; [Nr. 16] 5; [Nr. 51] 3 und öfters sowie den Ausblick.

170 Dazu für das Zivilrecht *Rüthers* (1968).

171 Dazu unten II 1.

172 Zu diesen Erwägungen *Carl Schmitt*, DJZ 1935, Sp. 923, näher 2. Teil [Nr. 16] 10.

mit der Frage der Fortgeltung rechtsstaatlichen Strafrechts, erfolgt bei der beschriebenen Variante der "Trennungsthese" nicht, die insofern an einer empfindlichen Begründungslücke leidet.

#### 4. Die nationalsozialistische Weltanschauung als Maßstab

Eine dritte Variante der Trennungsthese will im Unterschied zu den beiden skizzierten Ansätzen unmittelbar an ein spezifisch nationalsozialistisches Kriterium anknüpfen: Die nationalsozialistische Weltanschauung, zur Kennzeichnung ihrer Unwahrheit vielfach Ideologie genannt, dient als Gradmesser für den nationalsozialistischen oder nicht-nationalsozialistischen Charakter strafrechtlicher Phänomene. Bei der Verwendung dieses Gruppierungsprinzips lassen sich zwei Linien unterscheiden: Eine erste Linie stellt Recht und Ideologie als Gegenwelten einander gegenüber, so daß, ähnlich wie bei dem naturrechtlichen Ansatz, Sphären von Recht und Nicht-Recht entstehen (dazu a). Eine zweite Linie setzt, ähnlich wie der Maßstab Rechtsstaatswidrigkeit, eine Stufe tiefer an und begnügt sich mit der Markierung ideologischer nationalsozialistischer und ideologiefreier, nicht-nationalsozialistischer Zonen des Strafrechts (dazu b).

##### a) (Straf-)Recht und Ideologie - zwei Welten

Die These von den zwei Welten Recht und Ideologie hat Buchheim in zwei für den Frankfurter Auschwitz-Prozeß 1964 erstellten Gutachten besonders klar und pointiert formuliert<sup>173</sup>. Er unterscheidet eine Sphäre der "Normativität" und eine Sphäre, die nicht "normiert" sei, sondern in der ausschließlich ideologische Prinzipien vorherrschten. Dieses Modell entwickelt Buchheim anhand des Unterschieds von Befehlen in "Dienstsachen" und "Weltanschauungssachen". Befehle in Dienstsachen würden, so Buchheim, durch behördliche Organe ausgeführt, Befehle in Weltanschauungssachen im Rahmen der (außernormativen) Führergewalt erteilt und von deren Organen ausgeführt. Diese Führergewalt steht für Buchheim grundsätzlich außerhalb der "normativen Ordnung" und ist daher prinzipiell ungesetzlich:

"Legitimiert wurde die Befehlsgewalt des Führers letztlich aus der geschichtlichen Sendung, die er für sich in Anspruch nahm ... Alle Bindungen gesetzlicher, sittlicher oder sachlicher Art besaßen dem 'Gesetz der Geschichte', dem 'Lebensrecht des Volkes' gegenüber nur noch relative Geltung. Sie konnten beachtet werden und wurden tatsächlich weitgehend beachtet. Wo sie aber dem angeblichen geschichtlichen Auftrag bzw. den tatsächlichen politischen Zwecken Hitlers im Wege standen, wurden sie suspendiert. Dann galt der Femord als rechtmäßiger Vollzug und die Tötung politischer Gegner nicht als Mord, sondern als Tötung des Feindes im Kampf um das Reich ... Der Führerbefehl ... war aus jeder normativen Bindung herausgenommen und setzte gewissermaßen die Entschlüsse der Geschichte in die Tat um"<sup>174</sup>.

173 Die SS - Das Herrschaftsinstrument (1964/1982), S. 15 ff.; Befehl und Gehorsam (1964/1982), S. 216 ff. Die Verwendung des Terminus "Staat" lehnt Buchheim im Hinblick auf die von Fraenkel mit "Maßnahmestaat" bezeichneten Erscheinungsweisen der Führergewalt (dazu unten B I) ab, vgl. Die SS - Das Herrschaftsinstrument (1964/1982), S. 21 f. Krit. zum Ansatz Buchheims Kirschenmann (1970), S. 133 f. Fn. 160; B. Koch (1985), S. 45 f.; Schünemann, FS Bruns (1978), S. 230 ff. (" ... ein die wirkliche Sachlage verzerrendes, nachträgliches Konstrukt ... ", S. 230).

174 Befehl und Gehorsam (1982), S. 219 f.

Dem Vollzug von Befehlen in Weltanschauungssachen diene nach Buchheim die nationalsozialistische Bewegung, namentlich die SS. Übergreifende Bedeutung erlangt Buchheims These dadurch, daß er die Verschmelzung von SS und Polizei<sup>175</sup> als Herauslösung der Polizei aus dem staatlich-normativen Bereich ansieht: Die Polizei wird für Buchheim "als ein in sich normativ funktionierender Apparat in toto zum Instrument nicht-normativer bzw. anti-normativer Maßnahmen, also zum ausführenden Organ von Befehlen in Weltanschauungssachen"<sup>176</sup>. In der Politischen Polizei (Gestapo) sieht Buchheim den "Aufbau der Führerexekutive" am ehesten begonnen und am konsequentesten verwirklicht: Die Politische Polizei des Dritten Reiches ist zuerst, nämlich "vom ersten Tage an", kein "defensives Instrument" des Staatsschutzes, sondern ein "offensives Instrument der Führergewalt gegen alles, was dem Führerwillen nicht konform war", weshalb die Bezeichnung *Staatspolizei* falsch sei<sup>177</sup>. In den Bereich der "Weltanschauungssachen" im Sinne Buchheims fallen damit nicht nur die Tötungsbefehle Hitlers, sondern alle polizeilichen Maßnahmen, die sich "nicht aus einzelnen Gesetzen oder Verordnungen herleiten", sondern aus ihrem "politischen Gesamtauftrag"<sup>178</sup>.

In innerer Verwandtschaft mit dem Ansatz Buchheims betont auch Jäger in seiner strafrechtlich-kriminologischen Untersuchung über "Verbrechen unter totalitärer Herrschaft" im Sachzusammenhang des Unrechtsbewußtseins totalitärer Täter den "Dualismus" von Recht und Ideologie: "Zwei verschiedene Normbereiche standen sich gegenüber: Staat und Bewegung, Gesetzesordnung und politische Doktrin ... Rechtsbefolgung und ideologische Linientreue"<sup>179</sup>. Jäger gelangt auf dieser Grundlage zu Ergebnissen, die denen Buchheims vergleichbar sind und die für ihn eine geeignete Ausgangslage schaffen, das Unrechtsbewußtsein nationalsozialistischer Gewaltverbrecher ohne Rückgriff auf naturrechtliche Konstruktionen zu bejahren<sup>180</sup>.

Kennzeichnend für diese Deutungen ist die strikte Trennung ideologischer und gesetzlicher Wertungen. Auf dieser Basis können Recht und Strafrecht als von der nationalsozialistischen Ideologie völlig unabhängig gedacht werden: Gerade das spezifisch "Juristische" erscheint als ideologisch neutral, ja ideologiefreudlich. Der Schritt zur Annahme, daß sich Dogmatik "als festes Bollwerk gegen ideologische Einbrüche" erweist, "in einem optimalen Maße den ideologisch sehr anfälligen Bereich des Rechts, speziell des Strafrechts, zu neutralisieren" vermag<sup>181</sup>, ist von diesem Ausgangspunkt nicht weit.

Freilich hat die Zwei-Welten-Theorie ihre Schwierigkeiten mit den Übergangszonen, in denen Recht und Ideologie miteinander Verbindungen eingehen: Buchheim, der normative und nicht-normative Sphären gegenüberstellt, beobachtet in der nach seiner Auffassung eigentlich ja "normativen" Gesetzeswelt einen "Prozeß der Relativierung und allmählichen Auflösung von Normen", etwa in Gestalt einer Gesetzesauslegung nach "weltanschaulich-na-

---

175 Dazu 3. Teil A.

176 Befehl und Gehorsam (1982), S. 226.

177 Die SS - Das Herrschaftsinstrument (1982), S. 33, 100 f.

178 Befehl und Gehorsam (1982), S. 272; vgl. auch Die SS - das Herrschaftsinstrument (1982), S. 97 ff. Zu den Tötungsbefehlen z. B. Befehl und Gehorsam (1982), S. 227; Jäger (1982), S. 179 f. mit Nachw. Zu Exekutionsbefehlen Hitlers in seiner Eigenschaft als "Oberster Gerichtsherr" vgl. 3. Teil D I.

179 Jäger (1982), S. 197.

180 AaO, S. 201 ("... Terrorapparat ... aus der Gesamtordnung herausgelöst ..."), 199, 325.

181 Welzel, FS Maurach (1972), S. 4 f.

tionalsozialistischen Gesichtspunkten" oder Generalklauseln in neuen Gesetzen u. a. m. Umgekehrt konstatiert Buchheim "mannigfache normative Regelungen" im eigentlich "nicht-normativen Bereich", denen er eine tendenzielle Zunahme bescheinigt<sup>182</sup>. Angesprochen sind mit dieser eigentümlichen Tendenz zur Normativierung eines eigentlich nicht-normativen Bereichs die polizeiinternen Erlasse, die in der Tat anschwellen<sup>183</sup>. Buchheim ist nun allerdings nicht der Auffassung, daß in den von ihm beobachteten Entwicklungen die tendenzielle Einheit von "normativem" und "nicht-normativem" Bereich angelegt sein könnte. Buchheim sieht vielmehr einen Konflikt, den er durch eine materielle Interpretation löst: Nicht-normatives Denken habe sich häufig normativ "drapiert", entscheidend sei darauf abzuheben, ob "die nicht-normative Komponente letztlich die primäre und maßgebende" war<sup>184</sup>, d. h. ob "ideologisch-politische Argumente" letztlich im Vordergrund gestanden hätten oder nicht<sup>185</sup>.

In die gleiche Richtung argumentiert Jäger. Er räumt zunächst ein - ohne das Gegensatzpaar normativ/nicht-normativ zu gebrauchen -, daß die Bereiche von Recht und Ideologie "oft unlöslich miteinander verflochten waren, und zwar vor allem dort, wo dem Regime die Legalisierung seiner zumeist nicht ganz extremen ideologischen Absichten gelang". Indes dürfte "die Rechtsordnung nicht insgesamt als ideologisch pervertiert" betrachtet werden; zwar sei die Situation oft nicht eindeutig, doch trete der "Dualismus von Ideologie und Recht ... immer wieder zutage"<sup>186</sup>. Die Pole Recht und Ideologie seien, so die Quintessenz, zum Verständnis des nationalsozialistischen Systems unerlässlich<sup>187</sup>, wenn auch nicht in jedem Einzelfall klar zu unterscheiden.

Die Zwei-Welten-These nimmt für sich in Anspruch, historische Realität zu beschreiben und meint, "Recht" und "Ideologie" als real existierende Gegenwelten abgrenzen zu können. Für den Bereich des Strafrechts ist, wie die Anhänger jener These selbst einräumen, eine solche Abgrenzung "nicht immer" durchführbar, wenn nämlich Recht und Ideologie unlösliche Verbindungen eingehen. Wie häufig und wie typisch solche Verbindungen sind, ist die entscheidende Frage, die nicht ausreichend problematisiert wird: Die Interpretationen werden auf Erscheinungen wie Hitlers Tötungsbefehle zugespitzt, das "normale" Strafrecht gerät kaum in den Blickpunkt. Schon dadurch hat die Zwei-Welten-These im Hinblick auf das justizielle Strafrecht einen schwachen Unterbau. Die Fragen nach der Kontextabhängigkeit strafrechtlicher Begriffe und nach einem Funktionswandel des "Gesetzes" werden nicht gestellt; insoweit ist auf die bereits zu 3 e offengelegten Schwachstellen der Begründungen zu verweisen. Auch die weitere zentrale These vom "außernormativen" Charakter der Führergewalt und dem daraus abgeleiteten "außernormativen" Charakter polizeilicher Maßnahmen wird näherer Prüfung bedürfen<sup>188</sup>. Klärungsbedürftig ist, ob es sich um eine Beschreibung anhand von ex-post Kriterien handelt, oder, wie Buchheim selbst behauptet, eine mit den innerstaat-

182 Befehl und Gehorsam (1982), S. 263 f.

183 Dazu das Material 3. Teil B-E.

184 Befehl und Gehorsam (1982), S. 271.

185 AaO, S. 273.

186 Jäger (1982), S. 198.

187 Vgl. Jäger (1982), S. 197: Anders sei beispielsweise die "rechtspsychologische Situation" der Reichskristallnacht-Täter unerklärlich.

188 Dazu sogleich B.

lich etablierten Geltungskriterien für Recht übereinstimmende Beschreibung des zeitgenössischen (Straf-)Rechtssystems.

### b) Ideologisierte und neutrale Zonen des Strafrechts

Die Darstellung der These von den Gegenwelten Recht und Ideologie hat bereits gezeigt, daß auch ihre Vertreter die Existenz von Bereichen anerkennen müssen, in denen Strafrecht und Ideologie ineinander übergehen: Daß etwa das Blutschutzgesetz<sup>189</sup> spezifischer Ausdruck nationalsozialistischer Vorstellungen ist, bedarf keiner näheren Diskussion. Nationalsozialistisches Gedankengut dringt insoweit offenkundig in die - in der Terminologie Buchheims - "normative" Sphäre des Gesetzesrechts ein, die Vollzugszuständigkeit liegt unbestreitbar nicht bei einer "außernormativen Führerexekutive", sondern bei "ordentlichen" Gerichten<sup>190</sup>, also bei Organen des "Normenstaates". Die Perspektive "Verwirklichung nationalsozialistischer Weltanschauung" führt also *auch* in die Welt des Rechts: Sie kann dort zur Scheidung weltanschaulich "infizierter" und neutraler Bereiche dienen. Die Struktur einer derartigen Argumentation und ihrer systematischen Konsequenzen seien exemplarisch am Beispiel eines Beitrags von Peters verdeutlicht.

Peters hat unter Anwendung des Maßstabs "politische und weltanschauliche Ideologie" die "Gestaltung des Strafrechts in der nationalsozialistischen Zeit" mit Blick auf die Gesetzgebung zum materiellen Strafrecht folgendermaßen umschrieben: Diese Gesetzgebung habe "auf der einen Seite echte strafrechtliche und soziale Fortschritte gebracht" und "Vorstellungen verwirklicht, die wenigstens im Sinn einer alten Tradition verstanden werden konnten"<sup>191</sup> ..., andererseits aber auch ihre politische und weltanschauliche Ideologie zur Grundlage des Strafrechts gemacht<sup>192</sup>. Der Gehalt dieser Ideologie wird bei Peters nicht explizit und zusammenhängend beschrieben; aus seinen Darlegungen geht allerdings hervor, daß er jedenfalls den "Rassengedanken" zum Kernbestand nationalsozialistischer Ideologie rechnet<sup>193</sup>.

Viele Entwicklungen, namentlich in der Anfangsphase, hätten "allgemeinen Strafreformvorstellungen" entsprochen, wie etwa das Gewohnheitsverbrechergesetz. Aber auch in der Folgezeit habe sich noch vielfach Fortschrittliches gezeigt, wie beispielsweise das RJGG 1943 und "viele Änderungen", die "heute noch" Gültigkeit hätten<sup>194</sup>. Den Gegenpol zu diesem nicht-nationalsozialistischen "fortschrittlichen" Strafrecht bildet für Peters das Sonderstraf-

189 Dazu 2. Teil [Nr. 17].

190 Zur Bildung von Blutschutzkammern aaO, Fn. 102.

191 Damit deutet *Peters* die Kontextabhängigkeit strafrechtlicher Begriffe an.

192 *Peters*, Umgestaltung (1965), S. 163.

193 Über weitere Inhalte der nationalsozialistischen Ideologie spricht sich *Peters* nicht aus, so daß er den Rassengedanken möglicherweise als erschöpfende Charakterisierung ansieht. Einleitend nimmt *Peters* auf eine programmatische Äußerung *Gleispachs* zur Strafrechtsreform im nationalsozialistischen Sinne Bezug ("... Strafrecht nur Mittel zur Förderung und Hochzüchtung der deutschen Volksgemeinschaft ...", aaO, S. 160). Ferner wird auf die Schrift von *Dahm/Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht, 1933 (aaO, S. 161) verwiesen, die wohl aber "unmittelbar mit nationalsozialistischem Denken noch nichts zu tun" haben soll (aaO, S. 163).

194 AaO, S. 166. - Damit nimmt *Peters* die Rechtsstaatsverträglichkeit nationalsozialistischer Gesetzgebung als Beweis ihres nicht-nationalsozialistischen Charakters und verbindet die Maßstäbe rechtsstaatliches Strafrecht/weltanschaulich-nationalsozialistisches Strafrecht.

recht, d. h. "das Strafrecht, das der Festigung und Erhaltung des politischen Systems, der Durchsetzung der ideologischen Grundlagen mit den Mitteln des Strafrechts und der Vernichtung der Systemgegner galt"<sup>195</sup>. Peters führt in diesem Zusammenhang die "lange Reihe der politischen Straftatbestände" auf, u. a. das Heimtückegesetz und die Verratsnovelle<sup>196</sup> und nennt ferner mehrere Kriegsverordnungen, die dem "politischen oder kriegswirtschaftlichen Schutz" gedient hätten<sup>197</sup>. Die herausragenden Beispiele sind für Peters die "Rassengesetzgebung und die Polengesetzgebung", die für ihn den Inbegriff typisch nationalsozialistischen, nämlich "politisch und weltanschaulich terrorisierenden" Strafrechts bilden<sup>198</sup>.

Zwischen diesen Polen fortschrittlicher und nationalsozialistischer Strafgesetzgebung ordnet Peters einen 1933 einsetzenden, in seinen Augen "neuen Zug" ein, der "durch einen gewissen Ambivalenzcharakter" gekennzeichnet sei, nämlich die Auflockerung der Tatbestandsmäßigkeit durch Generalklauseln und die Ausweitung der Strafrahmen: Dieser Entwicklungszug könne einerseits als "Überwindung des Formalismus" und "Fortschritt zu einem gerechten Strafrecht" gewürdigt und als Ausdruck vornationalsozialistischer Gerechtigkeitsbestrebungen begriffen werden. Auf der anderen Seite habe diese Tendenz eine Öffnung des Strafrechts für nationalsozialistische Bestrebungen bewirkt. Die Subjektivierung und Auflockerung der Tatbestände habe, so Peters, also "zum Guten wie zum Schlechten" wirken können<sup>199</sup>. Die "politischen Stellen" seien indes mit dem Ziel einer "offiziellen Einflußnahme auf die Praxis" auf den Plan getreten<sup>200</sup>; entscheidend für die praktischen Auswirkungen sei letztlich "das Verantwortungsbewußtsein der Wissenschaftler und der Praktiker" gewesen<sup>201</sup>.

Peters gelangt damit bei der Betrachtung der Gesetzgebung zum materiellen Strafrecht zur Bildung ideologisch geprägter und ideologiefreier Zonen. In einem Zwischenbereich entzieht sich die Gesetzgebung als solche einer eindeutigen Zuordnung, weil die praktische Handhabung für entscheidend erklärt wird.

Die von Peters exemplarisch formulierte Perspektive "ideologisiertes/ideologiefreies Strafrecht"<sup>202</sup> erlaubt, entsprechend ihrem übergreifenden Charakter, eine Einordnung sämtlicher Entwicklungen im Bereich von Gesetzgebung<sup>203</sup>, Rechtsprechung<sup>204</sup> und Strafrechtswis-

---

195 AaO, S. 169.

196 Dazu 2. Teil [Nrn. 13, 15]; weit. Beispiele aaO, S. 169 f.

197 AaO, S. 169 mit den Beispielen KStVO, RundfunkVO, KWVO, dazu 2. Teil [Nrn. 26-28].

198 AaO, S. 170, 172.

199 AaO, S. 166 f.

200 AaO, S. 168 f. mit Bezug auf die Lenkungsmaßnahmen.

201 AaO, S. 168: Unbestimmte Gesetze ermöglichten "Ausweichen ... aber auch ... rigorose Handhabung".

202 Zu ähnlichen Konsequenzen wie *Peters* gelangt *Majer* (1981, 1987) von anderen Ausgangspunkten. Den nationalsozialistischen Rechtsprinzipien (Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei) stellt sie "aus der rechtsstaatlichen Zeit stammende Begriffe und Einrichtungen" gegenüber, die man "beibehalten und mit demselben Inhalt fortgeführt" habe, so zuletzt *Majer* (1987), S. 23; s. schon 1981 und dazu unten 2. Teil [Nr. 40] 6b bb.

203 Zu spezifisch nationalsozialistischen Entwicklungen etwa *Schom* (1963), Kap. IX (Gesetzgebung und Judentum), Kap. XI (Rassengesetzgebung). Zu den Entwürfen einer StVO unter der Perspektive der Verwirklichung nationalsozialistischer Ideologie *Sellert*, in: *Justiz und Nationalsozialismus* (1985), S. 61 ff.; *W. P. Koch* (1972), S. 3, 245.

senschaft<sup>205</sup>. Die Ergebnisse solcher Zuordnung fallen bereichsspezifisch ganz unterschiedlich aus: Für das Strafprozeßrecht 1933 bis 1945 reichen sie etwa von der erstaunlichen Behauptung, dieses sei überhaupt nicht "nationalsozialistisch" gewesen, sondern lediglich "extrem autoritär" und vollständig illiberal<sup>206</sup>, bis hin zur These, der Nationalsozialismus habe ein "neues Modell des Strafverfahrens" entsprechend ideologischen Prinzipien geschaffen<sup>207</sup>.

Das Deutungsmuster "Verwirklichung nationalsozialistischer Weltanschauung" wird charakteristischerweise mit den bereits besprochenen Maßstäben Naturrecht oder/und rechtsstaatliches Strafrecht verbunden<sup>208</sup>. Naturrechtswidrige Erscheinungen in Gesetzgebung oder Rechtsprechung werden als Ausprägungen typisch nationalsozialistischen Gedankenguts begriffen, wie etwa die Rassengesetzgebung. Von besonderer Bedeutung ist die Kombination mit dem Maßstab "rechtsstaatliches Strafrecht": Werden vor einer Hintergrundfolie fortexistierenden rechtsstaatlichen Strafrechts die ideologisch infizierten strafrechtlichen Systemteile oder Teilsysteme identifiziert, ergeben sich innerhalb des 1933 bis 1945 geltenden Strafrechts heterogene Sphären. Dabei kann auch der Inhalt rechtsstaatswidrigen nationalsozialistischen Strafrechts nicht nur negativ durch die Abweichung von rechtsstaatlichen Prinzipien beschrieben, sondern positiv als Verwirklichung nationalsozialistischer Ideologie charakterisiert werden.

204 Zur Alternative Urteilen "im Sinne des NS-Geistes" oder "streng nach dem Recht" etwa *Spandel*, FS Jescheck (1985), S. 181 und ff.; vgl. auch die Nachw. bei Fn. 139.

205 Zur Strafrechtsdogmatik als "festes Bollwerk gegen ideologische Einbrüche" *Welzel*, FS Maurach (1972), S. 4 f.

206 Vgl. *I. Müller*, in: *Reifner/Sonnen* (1984), S. 74, 63. Die Schwierigkeit einer Klassifizierung als "nationalsozialistisch" liegt für *Müller* auf dem "Gebiet des Strafprozeßrechts" darin begründet, daß "dieses im Gegensatz zu anderen [Rechtsgebieten?], z. B. dem materiellen Strafrecht, so unpräzise und technizistisch ist und sich damit scheinbar gegen jeden ideologischen Einfluß sperrt. Im einzelnen strafprozessualen Detail sind Rassendenken und Führerwahn nur schwer unterzubringen" (S. 59). zu *Müllers* Gleichung "konsequent autoritäres Strafprozeßrecht = Abschaffung des Strafprozeßrechts" *Meinck*, ZfNR 1986, 104). - *Sellert* ist in seiner Untersuchung zum Zusammenhang von nationalsozialistischer Ideologie und dem Versuch zu einer Reform des Strafprozeßrechts im Dritten Reich zum Ergebnis gelangt, die in den Reformplänen "auszumachenden Niederschläge typisch nationalsozialistischen Gedankenguts" seien "relativ begrenzt und so eigentlich mehr Farbtupfer" gewesen, vgl. in: *Justiz und Nationalsozialismus* (1985), S. 74. Vgl. auch *W. P. Koch* (1972), S. 245.

207 Vgl. *Rüping*, ARSP Beiheft 18 (1983), S. 66.

208 Exemplarisch für ein solches Vorgehen ist die Untersuchung *Schorns* (1963). *Schorn* will die typisch nationalsozialistischen Vorschriften aufzählen, nämlich jene Gesetzgebung, welche dazu bestimmt war, "den Staat in allen seinen Bereichen nach nationalsozialistischen Vorstellungen auszurichten und den Zielen der Partei zu unterwerfen" (S. 171). Er weist darauf hin, viele Gesetze, "wenn nicht die meisten" seien naturrechtswidrig (S. 17), diese Gesetze werden vor dem Hintergrund eines rechtsstaatlichen Maßstabs (vgl. S. 21, 72, 75, 121, 131) - vielfach unter dem Aspekt "Zerfall der Rechtsidee" - als Verwirklichung nationalsozialistischen Gedankenguts charakterisiert (S. 65 f., 68, 76 f., 113). Vgl. auch *Eb. Schmidt* (1965), S. 430 (Gesetzgebung habe "aus spezifischen nationalsozialistischen Machtinteressen heraus der Strafrechtspflege ihren Stempel aufgedrückt", wobei sich das "politische Wollen des Nationalsozialismus ... vielfach in brutalster Offenheit" gezeigt habe); *Weinkauff*, *Justiz und Nationalsozialismus* (1968): Die nationalsozialistische Rechtslehre war "im Grunde" auf Rechtsabbau gerichtet (S. 39); soweit dieser Abbau nicht erfolgte, blieben "Inseln des Rechtsstaats" erhalten, vgl. *A. Wagner*, *Umgestaltung* (1968), S. 192.

Diese Kombinationsmethode muß sich, was die Fortexistenz rechtsstaatlichen Strafrechts angeht, die schon angesprochenen Einwände gefallen lassen<sup>209</sup>. Sie sind bislang nicht ausgeräumt.

Ein Vorzug der Kombinationsmethode scheint darin zu liegen, daß sie eine positive inhaltliche Beschreibung der nationalsozialistischen Strafrechtsteile erlaubt. Damit wird aber in Wahrheit eine neue, grundlegende und schwierige Frage aufgeworfen, nämlich die nach dem Inhalt spezifisch nationalsozialistischer Weltanschauung. Von der Antwort auf diese Frage hängt alles ab: Als "spezifisch nationalsozialistisch" kann nur erfaßt werden, was als solches definiert wird. Ist die "Weltanschauung" des Nationalsozialismus ein zusammenhangloses Konglomerat von inhaltsleeren Schlagworten, wird "spezifisch nationalsozialistisches" Strafrecht anders zu bestimmen sein, als bei Existenz eines in sich zusammenhängenden weltanschaulichen Programms. Auf diese Schwierigkeiten ist zurückzukommen: Mit ihnen wird verschärft konfrontiert, wer das Strafrecht 1933 bis 1945 im ganzen als Verwirklichung nationalsozialistischen Gedankenguts zu begreifen sucht<sup>210</sup>.

## II. Das Strafrecht 1933 bis 1945 als Einheit

Die vorstehend beschriebenen Deutungsmuster unterscheiden innerhalb des Strafrechts 1933 bis 1945 heterogene Teile. Die Fortexistenz eines "normalen" (rechtsstaatlichen) Strafrechts wird vorausgesetzt, dessen Durchbrechung und stückweiser Abbau beschrieben. Diese "Aufspaltungsmodelle" haben namentlich in jüngerer Zeit entschiedenen Widerspruch gefunden. Im folgenden sollen Deutungsmuster vorgestellt werden, die in bewußtem Gegensatz zu den verschiedenen Varianten der "Aufspaltungs-" oder "Trennungsthese" das Strafrecht 1933 bis 1945 als innere Einheit begreifen. Naucke hat die Einheitsthese besonders pointiert vorge tragen und die *strukturelle* "politische Gleichstimmigkeit" des Strafrechts 1933 bis 1945 behauptet (dazu 1). Die *politisch-substantielle* Einheit des Strafrechts wird namentlich in der Ausrichtung auf nationalsozialistische Vorstellungen gesucht (dazu 2).

### 1. Die "politische Gleichstimmigkeit" des Strafrechts 1933 bis 1945 (Naucke)

"Die Aufhebung des Analogieverbots 1935" - unter dieser zurückhaltenden Ankündigung hat Naucke einen richtungweisenden Beitrag zur Interpretation des Strafjustizsystems 1933 bis 1945 geleistet<sup>1</sup>. Naucke unternimmt in seinem Aufsatz einen Zugriff auf das gesamte Strafrechtssystem 1933 bis 1945 und zugleich den Versuch, die Grundlage für eine Einordnung in den strafrechtshistorischen Zusammenhang zu schaffen.

Naucke hat der Unterscheidung von nationalsozialistischem und nicht-nationalsozialistischem Strafrecht die These von der politischen Einheit des Strafrechtssystems 1933 bis 1945 entgegengesetzt. Naucke geht davon aus, "daß es von 1933-1945 ein einheitliches Strafjustizsystem oder Strafrechtssystem gegeben hat" und versucht, "unter Vermeidung der Einteilung

---

209 Dazu 3e.

210 Dazu unten II 2b.

1 Vgl. auch die Würdigung bei Schubert, ADR-Protokolle (1986), S. XVIII; Hattenhauer, Jura 1984, 281.

nationalsozialistisches/nicht-nationalsozialistisches Strafrecht, das rechtspolitische Ziel dieses Systems einheitlich zu kennzeichnen", seine "Neigung zur politischen Gleichstimmigkeit" zu verdeutlichen<sup>2</sup>. Dieses einheitliche rechtspolitische Ziel sieht Naucke in der Umformung der Strafrechtspflege "in eine Bürokratie, die eine unabgeleitete, ständig wandelbare Sozialmoral übersetzt". Ziel strafrechtlicher Regelsetzung sei es, "das schnelle und unmittelbare Durchschlagen politischen Wandels in das Alltagsleben möglich zu machen", der "politische Wandel wird zur Rechtsquelle, die Bestrafungen werden ununterscheidbarer Teil einer erfolgsorientierten Staatsverwaltung mit schnell wechselnden Zielen". Das "Strafgesetz, die strafrechtliche Regel überhaupt, sei nur noch Informationsmittel; nicht das einzige und nicht das wichtigste über Recht, das anderswo unendlich entstanden ist". Sinn der gesamten Entwicklung sei es, "den absoluten Vorrang des sozialen Wandels vor dem Strafgesetz zu organisieren"<sup>3</sup>.

Mit dieser Interpretation faßt Naucke seine Skizze der "tragenden Teile des Strafjustizsystems 1933-1945" zusammen. Die Überlegungen Nauckes zu den tragenden Systemteilen, in denen jene Entwicklungen des Strafrechtssystems zum Ausdruck kommen, haben im wesentlichen folgenden Inhalt:

Die *strafrechtliche Regelsetzung* selbst sei unklar organisiert, verschiedene Instanzen hätten Zugriff, die Form der Gesetzgebung folge keinen einheitlichen Regeln. Die in Gesetzen, Verordnungen oder Erlassen enthaltenen Regeln seien "vage, meist generalklauselartig"; abwertende politisierende Regelüberschriften und politisierende Beschreibungen der zu bestrafenden Personen seien mit Lesen und Interpretieren allein - also ohne Rückgriff auf jene zu übersetzende Sozialmoral - nicht handhabbar gewesen<sup>4</sup>. Als Beispiele werden u. a. die "Verordnung gegen Volksschädlinge", die "Verordnung gegen Gewaltverbrecher"<sup>5</sup> und die Polenstrafrechtsverordnung genannt<sup>6</sup>. Gezielt werde "auf das Akzeptieren und Umsetzen einer verachtenden Gefühlswelt, auf die die zitierten Vorschriften sich zurückführen"<sup>7</sup>. Der Richter sei in einem solchen System nicht mehr "Ausleger oder allenfalls analoger Anwender strafrechtlicher Regeln"<sup>8</sup>, er werde vielmehr "der verständnisvolle Verbündete des Gesetzgebers"<sup>9</sup>. In dieser Entwicklung habe die Aufhebung des Analogieverbots "nichts Auffälliges"<sup>10</sup>, sie sei "eine mühelos gezogene Konsequenz in der politischen Gleichstimmung des praktizierten Bestrafungssystems der Zeit", dem entgegen einer verbreiteten Einschätzung "keine hervorragende Bedeutung für die Entwicklung des Strafrechts 1933-1945 zukomme"<sup>11</sup>.

2 Vgl. Naucke, Analogieverbot (1981), S. 76.

3 AaO, S. 92. - Zum Abbau formaler Grenzen des Strafrechtssystems in den im Dritten Reich vertretenen Straftatlehren zugunsten einer "Öffnung für politische Zwecke" Marxen, ARSP Beiheft 18 (1983), 62 f.; zur Auflösung des Tatprinzips - und damit der vertatbestandlichen Handlungsbeschreibungen - zugunsten einer direkten Verkoppelung von Täter und Strafe ders., in: Reifner/Sonnen (1984), S. 79 f. Zur Orientierung der Strafjustiz auf die Zurechnung von Tätern zu - nach Maßgabe innerstaatlicher Feinderklärungen - feindlichen Gruppen an Stelle von Tatzurechnungen Meinck, ZfNR 1981, 40, 43.

4 Naucke, Analogieverbot (1981), S. 80 f.

5 AaO, S. 81 vgl. die weit. Beispiele S. 81 f.

6 AaO, S. 83.

7 AaO, S. 84.

8 AaO, S. 83.

9 Zitat aaO aus der Amtlichen Begründung zum Ges. v. 28. 6. 1935 (dazu 2. Teil [Nr. 16]).

10 AaO, S. 82.

11 AaO, S. 91.

Das *Rückwirkungsverbot* sei nicht "durchbrochen", sondern gegenstandslos geworden. Es sei zwar im Text des RStGB und der Weimarer Reichsverfassung erhalten geblieben, "aber wohl nur, weil man es nicht der Mühe wert findet, die einschlägigen Texte förmlich zu streichen"<sup>12</sup>. Naucke kann dabei auf die von ihm im einzelnen aufgelisteten offenen Mißachtungen des Rückwirkungsverbots durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber verweisen<sup>13</sup>. Dieser habe die Rückwirkung ausschließlich "nach Opportunität bei prinzipieller Gleichgültigkeit gegenüber dem Rückwirkungsverbot eingesetzt"<sup>14</sup>. Auch diese Entwicklung zur Verwaltung der Rückwirkung ordne sich zwanglos in das Gesamtbild ein, sei doch das "Rückwirkungsverbot eines jener Institute, die sich spürbar zwischen Bestrafungswünsche und Bestrafung" stellen<sup>15</sup>.

Wandlungen des Gerichtsverfassungsrechts, die vor einer rechtsstaatlichen Hintergrundfolie als "Durchbrechungen" rechtsstaatlicher Grundsätze begriffen werden, ordnet Naucke gleichfalls in den von ihm behaupteten Kontext ein: Die Richterbriefe etwa zögen "nur selbstverständliche Folgerungen aus abgelaufenen Entwicklungen". Die im einschlägigen Einführungserlaß verwendete Formulierung, die Richterbriefe sollten "dem Richter die innere Sicherheit und Freiheit geben, die richtige Entscheidung zu finden", sei "von Ironie oder Zynismus weit entfernt". Sie ziehe "bieder die Folgerungen aus den Begründungen, die die 'Aufhebung des Analogieverbots' tragen"<sup>16</sup>, wolle also, so die Sicht Nauckes, den Richter als "verständnisvollen Verbündeten des Gesetzgebers"<sup>17</sup> über dessen Absichten unterrichten. Dem gleichen Zweck, wandelbare Sozialmoral umzusetzen, dienten die bereits angesprochenen weiteren Lenkungsmaßnahmen, z. B. Vor- und Nachschau, ebenso wie die Nichtigkeitsbeschwerde oder (Auslegungs-)Richtlinien zur Bestimmung von Einzelergebnissen<sup>18</sup>.

Die Prinzipien der richterlichen Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit und des gesetzlichen Richters<sup>19</sup> würden behandelt wie das Rückwirkungsverbot: "Die einschlägigen Gesetzestexte (§§ 1, 8, 16 GVG) bleiben erhalten, die juristische Sache verschwindet"<sup>20</sup>. Der durchgängigen Verfügbarkeit des Strafrechts hätten ferner der Abbau und schließlich die förmliche Streichung des Legalitätsprinzips gedient<sup>21</sup>. Schließlich trage auch das Strafprozeßrecht die Züge einer Entwicklung zum "Recht zur Verwaltung von Kriminalität", wenn es parallel zum materiellen Strafrecht entformalisiert werde<sup>22</sup>.

Kristallisationspunkt aller von ihm beschriebenen Entwicklungen ist für Naucke die Wendung "gegen das überkommene Verständnis vom Strafgesetz, von der strafrechtlichen Regel überhaupt ... gegen ein Strafgesetz als eigenständigen Faktor im Verhältnis Bürger - Justiz - Staat". Diese Auffassung vom Gesetz entziehe den zusammengestellten "Grundbegriffen ... gleichmäßig ihren Inhalt. Analogieverbot, Rückwirkungsverbot, Legalitätsprinzip usw. verste-

12 AaO, S. 86.

13 AaO, S. 87 und eingehend Naucke, FS Coing (1982), S. 225 ff.

14 FS Coing (1982), S. 237.

15 Naucke, Analogieverbot (1981), S. 86.

16 AaO, S. 84 f. und Zitat aaO aus dem Erlaß v. 7. 9. 1942, bei Boberach (1975), S. 2.

17 Wie Fn. 9.

18 Naucke, Analogieverbot (1981), S. 84.

19 Dazu oben I 3b.

20 Naucke, Analogieverbot (1981), S. 88

21 AaO, S. 89 f. mit Nachw.

22 AaO, mit Nachw. Beachte die Hinweise oben I 3b.

hen sich von einem klugen, grenzziehenden Strafgesetz her. Diese Grundbegriffe fallen stützenlos in sich zusammen, sobald jener Gesetzesbegriff aufgegeben wird<sup>23</sup>.

Naucke formuliert eine klare Alternative zu den Deutungsmustern, die nationalsozialistisches Strafrecht in heterogene Bereiche aufteilen wollen: Die Hintergrundfolie rechtsstaatliches Strafrecht wird für untauglich erklärt, weil der Maßstab Rechtsstaat "nach 1933 überhaupt nicht vorhanden" ist und der "Bau des Rechtsstaats ... durch einen Neubau 'zweckmäßige Strafrechtspflege ...' ersetzt" wird<sup>24</sup>.

Die von Naucke behauptete Einheit des Strafrechts 1933 bis 1945 ist eine *strukturelle*. Kennzeichnend sollen die durchgehende Anbindung des Strafrechts an politischen Wandel und eine entsprechende Ausformung der strafrechtlichen Grundbegriffe sein. Nauckes Thesen sind in sich schlüssig. Sein Vorgehen, die Entwicklung bestimmter strafrechtlicher Grundbegriffe zu beschreiben und daraus ein Systemziel zu entwickeln, ist richtungweisend.

Vorbehalte ergeben sich zunächst in dreifacher Hinsicht: Naucke hat erstens seine Thesen jeweils nur stichprobenhaft abgestützt, was freilich im Rahmen seines hier referierten Beitrags nicht gut anders möglich war. Zweitens kommen bei Naucke die von anderer Seite als "rechtsstaatskonform" behaupteten Strafrechtsteile nicht ins Blickfeld; herangezogen wird nur das Material, das unmittelbar zum Beleg für die aufgestellten Thesen dienen kann. Schließlich bezieht Naucke die polizeiliche Verbrechensbekämpfung in seine Interpretationen nicht ein. Um Nauckes These von der strukturellen Einheit des Strafrechtssystems 1933 bis 1945 zu bestätigen, müßten diese Lücken geschlossen werden.

Ein grundlegender Vorbehalt ergibt sich aus Nauckes Abstinenz gegenüber einer Beschreibung der politischen Substanz des Strafrechts 1933 bis 1945, die mit der strukturellen Betrachtung einhergeht.

Sollte es sich bei dem Strafrecht 1933 bis 1945 tatsächlich, wie Naucke meint, um einen "Neubau 'zweckmäßige Strafrechtspflege'" handeln, müßten Zwecke und Baupläne vorhanden sein und genannt werden können. Naucke entwickelt jedoch nur eine - in sich überzeugende - Zerfallslogik rechtsstaatlicher Grundbegriffe. Die *neuen* Strukturen werden nur angedeutet, die spezifischen Zwecke und Inhalte des Strafrechtssystem 1933 bis 1945 überhaupt nicht mehr behandelt. Naucke äußert sich nicht zum Inhalt der das Strafrecht 1933 bis 1945 nach seiner Meinung durchgängig prägenden rechtspolitischen Ziele. Er verweist nur allgemein auf eine "ständig wandelbare Sozialmoral"<sup>25</sup>, eine "mediokre kleinbürgerliche Moral"<sup>26</sup>, eine "verachtende Gefühlswelt"<sup>27</sup>, das vorherrschende "politische Klima"<sup>28</sup>. Von welcher Art und Bekömmlichkeit das politische Klima ist, ob es eine spezifisch nationalsozialistische Variante kleinbürgerlicher Mediokrität gibt, ob im Wandel der Sozialmoral konstante inhaltliche Züge auszumachen sind, teilt Naucke nicht mit. Er entwickelt allein die durchgehende Ausrichtung des Strafrechts auf die Verwirklichung politischer Zwecke, nicht aber deren - durch Bestra-

---

23 AaO, S. 92.

24 FS Coing (1982), S. 238, dort mit Begrenzung der Aussage auf die Gültigkeit des Rückwirkungsverbots. Die Verallgemeinerung drängt sich freilich auf.

25 So Naucke, Analogieverbot (1981), S. 93.

26 AaO, S. 93 Fn. 98.

27 AaO, S. 84.

28 AaO, S. 76.

fungen verwirklichte - Substanz. Naucke beschreibt also nicht *substantielle* "politische Gleichstimmigkeit"<sup>29</sup>, sondern die gleichstimmige Politisierung der Strafrechtssubstanz. Die politischen Inhalte selbst werden nicht benannt.

Naucke ist sich seiner Abstinenz bewußt. Ihm geht es darum, die Mechanismen zu kennzeichnen, die eine Anbindung des Strafrechtssystems an politische Bedürfnisse und damit an politischen Wandel bewirken. Auf dieser Basis wird nach Kontinuitätslinien zum Strafrecht vor 1933 und nach 1945 gefragt<sup>30</sup>. Naucke sieht dabei durchaus, daß es möglich sein könnte, "bei der Formulierung einer durchgehenden Entwicklung der Hauptbegriffe des Strafjustizsystems Unterschiede im Inhalt der an einem Strafzweck orientierten Parteilichkeit" zu machen, "also zwischen einer Benutzung des Strafrechts zu nationalsozialistischen und zu demokratischen Zwecken" zu unterscheiden. Er ist indes skeptisch, daß "es gelänge, die Zielsetzungen des Nationalsozialismus als schlechte Ideologie, der das Strafrecht niemals dienen dürfe, zu beschreiben, und andere Zielsetzungen als nicht-ideologische Erkenntnisse, die das Strafrecht abrufen dürfe, dageganzusetzen": Selbst wenn es "gute" Motive gäbe, könnten diese - wie nach Nauckes Ansicht geschehen - "allemaal den 'schlechten' Motiven in die Hände arbeiten (Übergang 1933) oder aber jenen 'schlechten' Motiven für die Vorarbeit sich verbunden fühlen müssen (Übergang 1945/49)"<sup>31</sup>.

Nauckes Gründe verdienen Respekt. Aber sie ändern nichts daran, daß nur *eine* Seite der Entwicklung ins Auge gefaßt wird: Falls ein etwaiger "Neubau zweckmäßige Strafrechtspflege"<sup>32</sup> existieren sollte, dann hat er nicht nur Strukturen, sondern möglicherweise auch eine unverwechselbare Gestalt, die durch seine politische Substanz geprägt ist. Es mag zutreffen, daß gerade (vielleicht auch: *nur*) eine strukturelle Analyse des Strafrechtssystems 1933 bis 1945 Kontinuitätslinien sichtbar macht, und es mag auch richtig sein, daß eine inhaltliche Betrachtung diese Kontinuitäten eher verdecken könnte. Dadurch werden die historischen Norminhalte aber nicht eliminiert: Sie sind Teil der Strafrechtsrealität 1933 bis 1945. Eine vollständige Beschreibung dieser Realität muß auf Strukturen *und* Substanzen zielen, d. h. auch den besonderen Charakter der 1933 bis 1945 maßgeblichen "Parteilichkeit" im Sinne Nauckes<sup>33</sup> zu ermitteln suchen. Bezieht man die Art der "Parteilichkeit" nicht ein, werden die konkreten Strafrechtinhalte zur marginalen Größe: Die Strukturen verschlingen gewissermaßen die Substanz und eliminieren damit ein Stück historische Realität.

## 2. Strafrecht als Verwirklichung "nationalsozialistischer Weltanschauung"

Die nationalsozialistische Weltanschauung wurde unter A I 4 in ihrer Funktion im Kontext eines Aufspaltungsmodells angesprochen. In nationalsozialistischen Gesetzen und im damaligen Schrifttum wird die nationalsozialistische Weltanschauung als Leitlinie der Gesetzesauslegung bezeichnet<sup>34</sup>; weitergehend ist von der Identität von Recht und Weltanschauung die

---

29 AaO.

30 AaO, S. 96 ff.

31 AaO, S. 105 f.

32 Wie Fn. 24.

33 Naucke, Analogieverbot (1981), S. 106.

34 Vgl. nur die Nachw. bei A I Fn. 161.

Rede<sup>35</sup>. An diesen Zusammenhang können Deutungen anknüpfen, die nationalsozialistisches Strafrecht im ganzen als Verwirklichung nationalsozialistischer Weltanschauung, zur Kennzeichnung ihrer inneren Unwahrheit auch als nationalsozialistische Ideologie bezeichnet, zu begreifen suchen. Im folgenden ist exemplarisch die Interpretation Rüpings zu skizzieren, der in verschiedenen Beiträgen die hier interessierende Einheitsthese vertreten hat (dazu a). Anschließend sind die Schwierigkeiten der Grundfrage zu erörtern: Was ist "nationalsozialistische Weltanschauung"? (dazu b).

*a) Das Strafrecht "im Bann der neuen Ideologie" (Rüping)*

Naucke beschreibt eindringlich den Zerfallsprozeß des Gesetzes "im überkommenen Sinne", liefert aber nur eine Beschreibung der Struktur des von ihm behaupteten "Neubaus". Rüping hat dagegen eine These aufgestellt, die erwarten läßt, er habe eine genaue Rekonstruktion des Neubaus anhand der von ihm aufgefundenen Baupläne erstellt: Die Grundlagen der "Strafjustiz im Führerstaat" sind für Rüping geklärt, wie die einleitende Bemerkung seines Beitrags zu diesem Thema dokumentiert: "Die inzwischen weitgehend aufgearbeitete Theorie zeigt, wie Recht und Rechtsanwendung im Bann der neuen Ideologie stehen und sich dadurch auch die methodische Grundlegung entscheidend verändert"<sup>36</sup>.

Den Grundriß des nationalsozialistischen Strafrechtssystems liefert nach Rüping die "'völkische' Ideologie". Der Nationalsozialismus, so Rüping, "unternimmt bewußt, von einer gezielt antiliberalistischen 'völkischen' Ideologie aus, das gesamte Rechtswesen neu zu ordnen"<sup>37</sup>. In der Praxis der Strafjustiz erkennt Rüping eine "in Schüben" erfolgende Umsetzung der "neuen Inhalte" wie der veränderten Methode<sup>38</sup>. Er beschreibt schon in seinem "Grundriß der Strafrechtsgeschichte" die "Auswirkungen" der neuen Vorstellungen im Strafrecht und im Strafverfahren<sup>39</sup>, charakterisiert die "Durchsetzung der neuen Ideen"<sup>40</sup> über Personalpolitik, Kompetenzverlagerungen und Rechtsprechunglenkung, betrachtet die Sondergerichtsbarkeiten als modellhafte Verwirklichung der "neuen Vorstellungen"<sup>41</sup>. In späteren Beiträgen Rüpings wird die Umsetzung nationalsozialistischer Vorstellungen teils im wesentlichen wiederholend, teils für bestimmte Bereiche vertiefend umschrieben<sup>42</sup>.

---

35 Dazu 2. Teil [Nr. 16] 2.

36 GA 1984, 297.

37 ARSP Beiheft 18 (1983), 73.

38 GA 1984, 298.

39 Überschrift Kap. 2, aaO, S. 96 ff. Vgl. auch GA 1984, 299 zu den "normativen Grundlagen" von Strafrecht und Strafprozeßrecht; zur Aufhebung des Analogieverbots FS Oehler (1985), S. 27 ff.; zum Strafprozeßrecht den Beitrag in: ARSP Beiheft 18 (1983), S. 65 ff.

40 Überschrift Kap. 3, aaO, S. 100 ff. Vgl. auch GA 1984, 299 (Lenkung), 301 (Kompetenzverlagerungen zugunsten der Polizei).

41 Dazu Kap. 4, aaO, S. 103 ff. Vgl. auch GA 1984, 303 (Modellcharakter der Sondergerichte), 304 f. (Volksgerichtshof), 306 (SS- und Polizeigerichte, Parteigerichte); zum ausgeprägtesten Modell SS- und Polizeigerichte NStZ 1983, 112 ff.; zum Volksgerichtshof JZ 1984, 815 ff.

42 Vgl. Fn. 39-41.

Rüpings Einheitsthese setzt zweierlei voraus:

*Erstens:* Es gibt ein nationalsozialistisches "theoretisches Programm"<sup>43</sup> der Strafrechtsumwandlung, also innerlich zusammenhängende "neue Vorstellungen", die mehr sind als nur "Schlagworte oder politische Rhetorik"<sup>44</sup>.

*Zweitens:* Dieses Programm wird in die Praxis umgesetzt und führt zur gleichgerichteten Neuordnung des Strafrechts in allen Bereichen.

Von grundlegender Bedeutung ist zunächst die Prämissenbildung. Die gesamte Interpretation hängt an der Frage, *was* als spezifisch nationalsozialistisches Programm anzusehen ist. 1981 spricht Rüping insoweit von "Grundlagen", zu denen er die "Rassenlehre, die von *Hegel* beeinflusste Staatsphilosophie und die neue 'ganzheitliche' Methode der Rechtsfindung" rechnet<sup>45</sup>. In einem späteren Beitrag wird ausdrücklich der Zusammenhang "Recht und völkische Ideologie" beschrieben<sup>46</sup>. Diese fortgeschrittenere Fassung diene als Grundlage einer näheren Betrachtung.

Der einleitende Kernsatz Rüpings lautet: "Nationalsozialistisches Denken kreist um den zentralen Begriff der 'organischen Volksgemeinschaft'. Dessen "vielfältige Erscheinungsformen" erschöpfen sich nach Rüping "nicht in unverbindlichen Programmsätzen", sondern "schaffen grundsätzliche inhaltliche Veränderungen". Diese betreffen "einmal 'intern' die völlige Instrumentalisierung des Rechts, d. h. die Ausrichtung des Rechts wie der Rechtsprechung am Nutzen für die Gemeinschaft Artgleicher". Zweck der Justiz sei es, nach einem Hitler-Ausspruch, das "im Sinne der nationalsozialistischen Idee sich vollziehende Gemeinschaftsleben unseres Volkes vor ... destruktiven Erscheinungen zu schützen". Der Gedanke des Vorrangs der Volksgemeinschaft werde, so Rüping, "häufig variiert", doch "ohne den Gehalt zu ändern". Zum anderen verweist Rüping darauf, da nur Artgleiche gemeinsames Recht hätten, habe für Artungleiche, wie Polen und Juden, "besonderes Recht" zu gelten; die Gleichheit vor dem Gesetz habe man zugunsten eines Rechtsdualismus aufgegeben. Letzteres gelte "in einer zweiten, bisher kaum in diesem Zusammenhang gewürdigten, aber ebenfalls verhängnisvollen Bedeutung" auch innerhalb der artgleichen Volksgemeinschaft für den, der sich durch Verrat lossage: Hier heiße "Strafe 'einfach Aussonderung fremder Typen und artfremden Wesens'"<sup>47</sup>.

Der von Rüping präsentierte Zusammenhang von Recht und völkischer Ideologie wurde hier nahezu vollständig zitiert. Von den "vielfältigen Erscheinungsformen" der organischen Volksgemeinschaft nennt Rüping zwei: den Nutzen für die Volksgemeinschaft Artgleicher (Instrumentalisierung) und die Art(un)gleichheit als Ausgangspunkt eines Rechtsdualismus. Rüping spricht sich zum ersten Gesichtspunkt nicht darüber aus, ob denn die abstrakte Kategorie "Nutzen" mit inhaltlichen Zielen ausgefüllt war und bejahendenfalls mit welchen. So bleiben mögliche praktische Implikationen offen; ein inhaltliches "Programm" bedeutet eine solche Bestimmung jedenfalls nicht. Konkreter ist der zweite Gesichtspunkt. Er soll Sonder-

43 Vgl. *Rüping*, ARSP Beiheft 18 (1983), S. 73.

44 Vgl. *Rüping*, FS Oehler (1985), S. 27.

45 *Strafrechtsgeschichte* (1981), S. 94 ff., Hervorhebung aaO.

46 GA 1984, 297.

47 Alle Zitate aaO, 297 f.

recht für Artungleiche und Ausscheidung wesensfremder "Volksgenossen" als Strafzweck implizieren.

Ergänzt werden die Ausführungen Rüpings zu Recht und Ideologie durch eine Beschreibung eines "Systems des Dezisionismus": Die "aus Instrumentalisierung und Dualismus des Rechts folgenden [?]"<sup>48</sup> Inhalte" seien nämlich in einem solchen System verwirklicht worden: "Völkisches Rechtsdenken" befreie den Richter zwar von "formallogischen Fesseln der Subsumtion", berufe ihn "stattdessen dazu ... durch Konkretisierung des Gemeinschaftswillens das Recht schöpferisch zu gestalten", gebe ihm aber "nur scheinbar größere Macht". In Wirklichkeit werde der Richter zum "Werkzeug der politischen Führung", denn der "Wille der Volksgemeinschaft" erschöpfe sich in "mythischer Beschwörung". Er bezeichne nämlich keinen "soziologisch bestimmbareren realen Willen der Mehrheit", sondern offenbare sich "fortgesetzt im Willen des Führers", dessen "historische Größe" die Garantie bilden solle, "den 'wirklichen' Willen des Volkes zu finden"<sup>49</sup>.

Rüping stellt dieses System des Dezisionismus unverbunden neben den Zusammenhang von Recht und Ideologie. Die Frage, wie sich die Maßgeblichkeit des Führerwillens, auf die jenes dezisionistische System wohl hinauslaufen soll, zur Ideologie verhält, wird nicht gestellt. Das erstaunt, wird doch das Führerprinzip zum Inventar nationalsozialistischer Weltanschauung gerechnet<sup>50</sup>. Rüping meint aber offenbar, der "Wille der Volksgemeinschaft" löse sich durch die Maßgeblichkeit eines dezisionistischen Systems auf. Solche Auflösung müßte dann wohl auch den "Nutzen für die Volksgemeinschaft", der ebenfalls im dezisionistischen System im Sinne Rüpings verwirklicht wird, erfassen. Vom ideologischen Programm bleibt, wenn man alles zusammennimmt, als inhaltlich bestimmter Kern nur die Verwirklichung der Art(un)gleichheit übrig.

Rüpings Prämissen sind somit in sich alles andere als klar: Sie lassen schon kein "Programm" erkennen. Vor allem aber legt Rüping mit keinem Wort dar, was er unter "der" nationalsozialistischen Ideologie versteht. Angesichts der zeitgeschichtlichen Kontroversen um Inhalt und Bedeutung der nationalsozialistischen Weltanschauung<sup>51</sup> besteht hier für den Strafrechtshistoriker die Notwendigkeit einer näheren Begründung, welche mit der unbefangenen Rede von "der" nationalsozialistischen Ideologie und der Benennung einiger allgemeiner Gesichtspunkte nicht eingelöst wird. So hängen Rüpings Interpretationen, soweit sie Programmverwirklichung behaupten, gewissermaßen in der Luft: Rüping bewegt sich auf einer zweiten Etage, deren Unterbau fehlt.

Läßt man diesen grundlegenden Einwand beiseite und blickt man auf die Durchführung des Rüpingschen Ansatzes, so ist auch diese in sich nicht überzeugend und teilweise widersprüchlich.

Für das materielle Strafrecht ist die Materialbasis überaus schmal. Rüping verweist auf die Aufhebung des Analogieverbots und den neuen Satz "nullum crimen sine lege", der dem totalen Staat gemäß gewesen sei. Er spricht die Rückwirkung an, vermerkt mit Blick auf das Ge-

48 Im ersten längeren Zitat (GA 1984, 297 f.) erscheinen Instrumentalisierung und Rechtsdualismus als Konsequenzen der neuen Inhalte; jetzt (aaO, 298) wird ein umgekehrter Zusammenhang nahegelegt.

49 AaO, 298.

50 Vgl. nur *Anderbrügge* (1977), S. 58 ff.

51 Dazu sogleich 2b.

setz über Staatsnotwehr, der "Inhalt der Norm" unterliege "keinen Schranken", und behauptet, "am Ende dieser Entwicklung" (welcher?) stehe die Polenstrafrechtsverordnung mit ihren unbestimmten Strafbarkeitsvoraussetzungen. Schließlich gibt Rüping Hinweise auf das "täterorientierte Willensstrafrecht", auf die in der Literatur geforderte "ganzheitliche Gesetzesauslegung" und ein Reformprojekt von Goebbels<sup>52</sup>. Alle diese Gesichtspunkte mögen mit der "neuen Ideologie" im Zusammenhang stehen: Sie ergeben aber noch kein geschlossenes Bild von einem neuen Strafrecht. Rüping greift auffällige Entwicklungen heraus, die natürlich auch von denjenigen gesehen und negativ bewertet werden, die den Maßstab rechtsstaatliches Strafrecht verwenden. Auf alle diejenigen Phänomene, die aus jener Perspektive der Trennungsthese als rechtsstaatskonform beurteilt werden - Fortgeltung von Strafrecht vor 1933, Fortführung rechtsstaatskonformer Linien in der Regelsetzung - geht Rüping gar nicht erst ein. So ist, jedenfalls für das materielle Strafrecht, die Einheitsthese Rüplings schon aufgrund der Materialarmut nicht abgesichert.

In den verschiedenen Beiträgen Rüplings lassen sich ferner Widersprüche ausmachen, die möglicherweise auf einer inneren Unklarheit der Prämissenbildung beruhen. Wenn man, wie Rüping, davon ausgeht, das Recht werde für die nationalsozialistische Weltanschauung umfassend geöffnet, liegt es auf der Hand, daß die Stellung des Richters zum Gesetz nach nationalsozialistischer Auffassung eine andere werden muß als im Rechtsstaat. Modellhaft erscheinen Rüping insoweit die SS- und Polizeigerichte, weil sich dort, was einleuchtet, das "neue Denken" ungehindert von überkommenen Organisationsstrukturen habe entfalten können<sup>53</sup>. Rüping führt aus, die Rechtsprechung sei dort "nur im Rahmen der alles beherrschenden Weltanschauung unabhängig" gewesen. Der dem Führerstaat "inhärente Dezisionismus" führe aber zu folgenden Grundsätzen:

"Die Rechtsprechung ist nur im Rahmen der alles beherrschenden Weltanschauung unabhängig. Doch bleibt die Interpretation ideologischer Programme und die Scheidung des wirklichen Volksgeistes vom irrenden nicht dem Ermessen des einzelnen Rechtsanwenders überlassen. Der dem Führerstaat inhärente Dezisionismus ist für die SS in selten klarer Form ausgesprochen: 'Der SS-Richter dient der Gerechtigkeit. Gerecht ist allein diejenige Entscheidung, die den Willen der völkischen Gemeinschaft entspricht. Der Wille der Volksgemeinschaft aber ist der Wille [ihres] besten Mannes, des Führers'<sup>54</sup>.

Nimmt man den Modellcharakter dieser Grundsätze ernst, ist der Grad ihrer Verwirklichung in anderen Gerichtsbarkeiten Indiz für die fortschreitende Umsetzung nationalsozialistischer Vorstellungen. Wenn also Freisler bei seinem Amtsantritt als Präsident des Volksgerichtshofs Hitler in einer Ergebnissadresse versichert, sein Bestreben sei es, so zu richten, "wie Sie, mein Führer, den Fall selbst beurteilen würden"<sup>55</sup>, ist das folgerichtige Modellverwirklichung. Wenn dann Freisler später über Leben und Tod danach entscheidet, ob dem Angeklagten nach seiner Persönlichkeit die Tat "zuzutrauen"<sup>56</sup> ist, entspricht dies durchaus dem

52 Vgl. die ausführlichste Darstellung in Strafrechtsgeschichte (1981), S. 97 f. S. auch GA 1984, 299 mit Kurzversion; zur Aufhebung des Analogieverbots FS Oehler (1985), S. 27 ff.

53 Dazu NStZ 1983, 112 und schon Strafrechtsgeschichte (1981), S. 106 ("... verwirklichen das Charakteristische nationalsozialistischer Rechtsfindung am deutlichsten ...") und wieder GA 1984, 306 f.

54 NStZ 1983, 114 mit Zitat aus den Hinweisen für SS-Richter.

55 Vgl. die Hitler erstattete Meldung des Dienstantritts durch Freisler bei Buchheit (1968), S. 108 f. (= N-Dok NG-176).

56 Vgl. Rüping, GA 1984, 305.

von Rüping selbst genannten "Strafziel" der "Aussonderung artfremder Typen": Der aussondernde Typ kann unabhängig vom Vorliegen einer Straftat bestimmt werden; "Artfremdheit" ist nicht an Straftatbestandsverwirklichung gebunden<sup>57</sup>.

Die hier angesprochenen Folgerungen aus den von Rüping behaupteten Prämissen gehören also, wenn die Prämissen stimmen, zur Essenz nationalsozialistischen Strafrechts: Was aus rechtsstaatlicher Sicht brutaler Exzeß ist, enthüllt dann das Wesen nationalsozialistischen Strafrechts. Anders Rüping: Freislers erwähntes Bekenntnis soll - auch nach damaligen Maßstäben! - die fehlende Gerichtsqualität des Volksgerichtshofs indizieren<sup>58</sup>, der Durchgriff auf den "Täter" mit "Rechtsfindung nichts mehr zu tun" haben<sup>59</sup>. Nun sind diese Bewertungen aus rechtsstaatlicher Sicht selbstverständlich: Das "Essentiale ... richterlicher Tätigkeit, ... im Rahmen der gesetzlichen Normen und nach dem Ergebnis eines justizförmigen Verfahrens über Schuld- und Strafrage zu entscheiden"<sup>60</sup>, wird offenkundig verlassen. Aber Rüping will doch gerade nationalsozialistisches Recht als Verwirklichung nationalsozialistischer Programmatik beschreiben: Wenn die SS- und Polizeigerichte "Modellcharakter" haben, wenn der Richter an den Führerwillen gebunden ist, wenn Strafe Aussonderung Artfremder heißt, dann zeigt dies nur, daß nationalsozialistische Programmverwirklichung ein anderes Essentiale richterlicher Tätigkeit produzieren muß, das mit rechtsstaatlichem Richten nur noch den Namen gemein hat. Hier liegen dann in der Tat "Ansätze zu einer gänzlichen Veränderung von Rechtspflege"<sup>61</sup>, die gerade im menschenrechtswidrigen Exzeß verkörpert sind: Was gemessen an Menschenrechten und rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen Justizmord ist, erscheint als konsequente Programmverwirklichung mit Mitteln spezifisch nationalsozialistischen "Rechts" und "Richtertums". Die Frage lautet dann, ob konsequent weltanschauliche Ausrichtung nicht Rechtsauflösung impliziert. Wird die Frage bejaht, hebt sich der Ansatz: "Nationalsozialistisches Recht ist Verwirklichung eines ideologischen Programms" von selbst auf.

Im Ergebnis werden die von Rüping erhobenen Ansprüche - ganz unabhängig von solchen Widersprüchen - nicht eingelöst. Der Ansatz selbst ist damit nicht widerlegt: Er bedarf freilich zu seiner Durchführung einer gründlicheren und präziseren Formulierung als sie bei Rüping erfolgt. Der vielleicht neuralgischste Punkt, der Inhalt "nationalsozialistischer Weltanschauung" und die Möglichkeit einer Ableitung der "nationalsozialistischen Rechtsauffassung" aus dieser Weltanschauung ist jetzt näher zu betrachten.

### *b) Was ist "nationalsozialistische Weltanschauung"?*

Wer wie Rüping das Strafrecht 1933 bis 1945 als Verwirklichung eines weltanschaulichen Programms beschreiben will, muß dieses formulieren und mit der Strafrechtsentwicklung verbinden. Schon der erste Schritt eines solchen Unterfangens ist außerordentlich schwierig: Die Existenz einer inhaltlich bestimmbareren "nationalsozialistischen Weltanschauung" wird nach-

57 Zu entsprechenden Tenorierungsschemata das Beispiel bei *Hillermeier* (1981), S. 103 f. und 2. Teil [Nr. 13] Fn. 206.

58 JZ 1984, 819, 818.

59 GA 1984, 306.

60 JZ 1984, 820.

61 NSStZ 1983, 114.

haltig in Frage gestellt. Für Broszat etwa hat man "mit Recht ... von einem Mischkessel, einem Konglomerat, einem Ideenbrei gesprochen". Mit den "üblichen geistesgeschichtlichen Maßstäben an die nationalsozialistische Ideologie heranzugehen", sei "nur unter großen Vorbehalten" möglich<sup>62</sup>. Noch schärfer wird von Autoren so unterschiedlicher Provenienz wie Franz Neumann oder Rauschning der nationalsozialistischen Weltanschauung jede innere Konsistenz abgesprochen: Ihre Konstruktionen seien "wirr, eine Konsistenz ... nicht vorhanden", jede Äußerung entspringe einer "unmittelbaren Situation" und werde "verworfen, sobald die Situation sich ändert"<sup>63</sup>; der Nationalsozialismus habe eine "doktrinlose oder nihilistische Revolution" gemacht<sup>64</sup>. Von solchen Ausgangspunkten ist "nationalsozialistisches Rechtsdenken" als inhaltlich zusammenhängender Entwurf schwerlich aus der Weltanschauung ableitbar. Nationalsozialistische Rechtslehre muß dann mit Notwendigkeit "unbestimmt und unklar" bleiben<sup>65</sup>. Nimmt man hinzu, daß, dem Zeitgeist entsprechend, vielfältige und heterogene Reformvorstellungen ab 1933 unter der Flagge "nationalsozialistische Auffassung" segeln, wird die Lage noch weiter kompliziert. Das Bemühen, Leitprinzipien einer nationalsozialistischen Rechtslehre herauszuarbeiten, hat Stolleis deshalb nicht von ungefähr als "außerordentlich schwierig" bezeichnet. Die Menge des Materials sei "erdrückend", schon weil sich "besonders viele Autoren zur Niederschrift 'grundlegenden' Tiefsinns berufen" gefühlt hätten; die Gleichförmigkeit des "irrationalen Jargons" mache Differenzierungen schwierig, "Dynamik und Intensität des Bekenntnisses" hätten vor der "Rationalität und logischen Kontingenz der Aussagen" rangiert. So sei "der heutige Betrachter in der Lage des Fotografen, der einen Nebel auf die Platte bannen will"<sup>66</sup>, um anschließend - so wäre mit Blick auf den hier interessierenden Gegenstand hinzuzufügen - Strafrechtsentwicklung als Entsprechung dieses Nebelbildes zu interpretieren.

Die Schwierigkeiten sind offenbar: Wenn die Inhalte "nationalsozialistischer Weltanschauung" und eines daraus abgeleiteten Rechtsprogramms verwickelte Probleme aufwerfen, wie sehen dann "die" nationalsozialistischen Strafrechtsvorstellungen aus, und wer hat sie formuliert? Soll man auf die Beiträge von Strafrechtswissenschaftlern abstellen und etwa die Schrift von Gemmingens "Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers"<sup>67</sup> zugrunde legen? Sind die Vorstellungen eines Freisler<sup>68</sup> oder Nicolai<sup>69</sup> repräsentativ? Wird das Modell nationalsozialistischen Strafrechts in der Denkschrift des preußischen Justizministers Hanns Kerrl sichtbar, in den von Hans Frank (Reichsrechtsamt der NSDAP) herausgegebenen "Nationalsozialistischen Leitsätzen" oder ist der Entwurf 1936 der amtlichen Strafrechtskommission richtungweisend

62 Broszat (1960), S. 16.

63 Franz Neumann (1944/1977), S. 65.

64 Rauschning (1938), S. 87; vgl. auch Laufs<sup>3</sup> (1984), S. 326: "nihilistische Rechtsfeindschaft".

65 Weinkauff, Justiz und Nationalsozialismus (1968), S. 39.

66 Stolleis, ZfNR 1979, 100.

67 Erschienen 1933. Die dort mitgeteilten "Richtlinien" werden aus der "Grundhaltung" der nationalsozialistischen Bewegung "im Zusammenhalt mit dem Willen ihres Führers" destilliert (aaO, S. 25).

68 Vgl. das Schriftenverzeichnis. Zur Forderung nach einem Zentraltatbestand mit dem Inhalt, daß "der Strafwürdige strafbar" sei, als Bekenntnis zur "völkischen Sittlichkeit als der Grundlage des Rechts" DStR 1935, 29.

69 Vgl. Nicolais "Rasse und Recht" (1933) und dort S. 56 ff. zum "Segen eines strengen Auslesestrafrechts" mit dem Ziel einer volksbiologischen Rassenverbesserung; s. auch DR 1933, 4 zur "Ausmerzung" von Schädlingen und Die rassengesetzliche Rechtslehre (1932).

usw.? Wer "das" nationalsozialistische Strafrechtsprogramm ausmachen und seine Leitprinzipien aus der nationalsozialistischen Weltanschauung herleiten will, tappt im Nebel, verliert im "Dampf der Phrasen"<sup>70</sup> die Orientierung, solange nicht feststeht, ob eine nationalsozialistische Weltanschauung mit bestimmten Inhalten existiert.

Nun wird aber auch behauptet, daß es einen festen Kernbestand nationalsozialistischer Weltanschauung und nationalsozialistischen Rechtsdenkens gebe<sup>71</sup>. Vor allem wird die These vertreten, jedenfalls die Weltanschauung Hitlers bilde "zur Ganzheit zusammengefaßt ... ein Ideengebäude, dessen Folgerichtigkeit und Konsistenz den Atem verschlägt"<sup>72</sup>. Was Hitler als seine Weltanschauung ausgibt, ist leicht zugänglich und, so jedenfalls Hitlers Anspruch, in "Mein Kampf" zusammengefaßt<sup>73</sup>. Mit der Orientierung an Hitler würde das Problem der Zuständigkeit für authentische Weltanschauungsformulierung eliminiert. Es wäre immerhin denkbar, den Extrakt Hitlerscher Weltanschauung versuchsweise zu formulieren mit dem Ziel, daraus Grundlinien eines Strafrechtsprogramms zu entwickeln, die mit der Strafrechtsentwicklung zu konfrontieren wären. Ein solcher Versuch wurde bislang nicht unternommen. Er müßte wiederum in äußerst unsicheres Gelände vorstoßen. Ob sich aus Hitlers "Mein Kampf" wirklich ein konsistentes Gedankengebäude entwickeln läßt, ist umstritten<sup>74</sup>, so daß auch der Versuch, daraus Leitprinzipien nationalsozialistischen Strafrechts herzuleiten, von vornherein mit erheblichen Schwierigkeiten belastet wäre: Vielleicht handelt es sich ja auch und gerade bei Hitlers Weltanschauung um Äußerungen eines "Fanatismus purer Aggressivität", der sich in zusammenhanglosen "kläglichen Phrasen" erschöpft<sup>75</sup>. Und selbst wenn eine einheitliche Weltanschauung in Grundzügen ausgemacht werden könnte, wäre sie für die rechtspolitischen Leitlinien vielleicht ohne jede Bedeutung. Diese Auffassung hat etwa Majer vertreten. Bei ihr wird "mit Absicht kaum je vom Willen Hitlers gesprochen, da dieser ... für Rechts- und Verwaltungsfragen überhaupt kein Interesse hatte und sich daher hierzu nur selten und dann nur beiläufig äußerte"<sup>76</sup>.

Die angesprochenen Fragen führen geradewegs in das Problemzentrum der Hitler-Interpretation: Verfügte Hitler über eine in sich schlüssige "Weltanschauung" *und* war seine Politik Programmverwirklichung? Oder war seine "Weltanschauung" Phraseologie, bestenfalls Metaphorik, und Hitler ein prinzipienfreier Gelegenheitspolitiker? War Hitler die planvoll vorgehende beherrschende Figur, die alle wesentlichen Entscheidungen traf? Ergaben sich Hitlers Entscheidungen aus den Bedingungen oder wurden sie ihm sogar von diesen aufgezwungen? War Hitler vielleicht nur ein Notar, der die Kompromisse einer Vielzahl von konkurrierenden

70 Weinkauff, *Justiz und Nationalsozialismus* (1968), S. 39.

71 Vgl. etwa *Anderbrügge* (1977), bes. S. 58 ff.; *B. Koch* (1985), S. 80 ff.; *Schild*, *GedSchr für Marcic* (1983), S. 437 ff. Die jeweiligen Auswahlkriterien werden nicht klar: zu *Anderbrügge* vgl. *Stolleis*, *ZfNR* 1979, 99 ff.; *Schild* zieht für die "Philosophie des NS" ... seine 'besten' Vertreter" heran, nämlich "die vielen Wissenschaftler, Philosophen und Theologen, die in ihren Schriften Baustein um Baustein für das System dieser Ideologie legten", Einzelbelege fehlen.

72 *Nolte*<sup>5</sup> (1979), S. 55; vgl. namentlich auch *Jäckel*<sup>2</sup> (1983).

73 Dazu *Jäckel*<sup>2</sup> (1983), S. 11 ff.

74 Zusf. zu den Hitler-Interpretationen 1923-1983 *G. Schreiber* (1984), S. 17 ff. und S. 264 ff. zu den "Aspekten einer Herrschaft".

75 Vgl. *Broszat* (1960), S. 27, 29.

76 *Majer* (1981), S. 23.