

Schwerpunktbereichsklausur Rechtsgeschichte: Nationalsozialistisches Strafrecht*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Joachim Kummer**, Berlin**

Sachverhalt

Erste Quelle

„Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

Art. 1. Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze

Die §§ 2 [...] des Strafgesetzbuchs erhalten folgende Fassung:

§ 2

Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft. [...]“¹

Zweite Quelle

„Der Ministerrat für die Reichsverteidigung verordnet mit Gesetzeskraft:

1. Sachliches Strafrecht

(1) Polen und Juden haben sich in den eingegliederten Ostgebieten entsprechend den deutschen Gesetzen und den für sie ergangenen Anordnungen der deutschen Behörden zu verhalten. Sie haben alles zu unterlassen, was der Hoheit des Deutschen Reiches und dem Ansehen des deutschen Volkes abträglich ist.

(2) Sie werden mit dem Tode bestraft, wenn sie gegen einen Deutschen wegen seiner Zugehörigkeit zum deutschen Volkstum eine Gewalttat begehen.

(3) Sie werden mit dem Tode, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bestraft, wenn sie durch gehässige oder hetzerische Betätigung eine deutschfeindliche Gesinnung bekunden, insbesondere deutschfeindliche Äußerungen machen oder öffentliche Anschläge deutscher Behörden oder Dienststellen abreißen oder beschädigen, oder wenn sie durch ihr sonstiges Verhalten das Ansehen oder das Wohl des Deutschen Reiches oder des deutschen Volkes herabsetzen oder schädigen. [...]“²

* Bei der Klausur handelt es sich um eine (mittelschwere) Abschlussprüfung im universitären Schwerpunktbereich „Deutsche Rechtsgeschichte“. Das Thema ist die nationalsozialistische Strafgesetzgebung. Die Fragestellung konzentriert sich auf die typischen Eigenschaften der nationalsozialistischen Strafgesetze sowie ihren politischen Zweck.

** *Kummer* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische sowie Vergleichende Rechtsgeschichte an der Freien Universität Berlin.

¹ Abgedr. in: v. *Münch*, Gesetze des NS-Staates, 1994, S. 93 f.

² Abgedr. in: Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1941 Teil I, Nr. 140, S. 759 ff.

Dritte Quelle

„[...]“

Artikel III. Strafrechtliche Maßnahmen gegen Gemeinschaftsfremde

§ 6

(1) Wer durch wiederholte verbrecherische Betätigung sowie nach seiner sonstigen Lebensführung und nach seiner Persönlichkeit einen eingewurzelten Hang zu ernsthaften Straftaten erkennen läßt, wird als gemeinschaftsfeindlicher Verbrecher zu Zuchthaus von unbestimmter Dauer verurteilt, sofern nicht aus Anlaß der Tat auf eine schwerere Strafe zu erkennen oder der Täter als unverbesserlich der Polizei zu überweisen ist. Der Richter setzt im Urteil das Mindestmaß der Zuchthausstrafe fest; es darf nicht weniger als 5 Jahre betragen.

(2) Der gemeinschaftsfeindliche Verbrecher verfällt der Todesstrafe, wenn der Schutz der Volksgemeinschaft oder das Bedürfnis nach gerechter Sühne es erfordert.

(3) Erlangt der Richter die Überzeugung, daß ein gemeinschaftsfeindlicher Verbrecher die Einordnung in die Volksgemeinschaft nicht mehr erwarten läßt, so überweist er ihn als unverbesserlich der Polizei, sofern nicht auf Todesstrafe zu erkennen ist. [...]“³

Aufgabe

Fertigen Sie eine rechtsgeschichtliche Exegese zu den drei Quellen an: Fassen Sie ihren wesentlichen Inhalt zusammen, stellen Sie die formellen Gesichtspunkte (Quellengattung, Verfasser, Adressatenkreis sowie sprachliche Besonderheiten) dar und benennen Sie kurz die Titel, die Zeitpunkte des Inkrafttretens sowie die historische Relevanz der Quellen. Beantworten Sie zudem folgende Fragen:

1. Welche historischen Hintergründe haben zur Entstehung dieser Quellen beigetragen?

2. Welche typischen Eigenschaften der nationalsozialistischen Strafrechtgesetzgebung kommen in diesen Quellen zum Ausdruck? Welcher Zweck wurde damit verfolgt?

3. Wie hat sich (in groben Zügen) das Strafrecht nach 1945 diesbezüglich weiterentwickelt? Ist die nach 1945 anzutreffende Behauptung, der Rechtspositivismus sei für das NS-Unrecht (mit-)verantwortlich, zutreffend?

³ Abgedr. in: *Ayaß*, „Gemeinschaftsfremde“ – Quellen zur Verfolgung von „Asozialen“ 1933–1945, 1998, S. 715 f.

Lösungsvorschlag**I. Inhaltsangabe**

Die erste Quelle enthält eine Änderung des Strafgesetzbuches. Gem. § 2 S. 1 ist jemand nicht nur nach dem Gesetzestext zu bestrafen, sondern auch dann, wenn es dem „gesunden Volksempfinden“ und dem „Grundgedanken“ eines Strafgesetzes entspricht. Sofern keine unmittelbare Anwendung eines Strafgesetzes möglich ist, erlaubt § 2 S. 2 die entsprechende Anwendung von Strafvorschriften, deren „Grundgedanke“ auf die Straftat am besten anwendbar ist.

Die zweite Quelle bildet einen Ausschnitt aus einer Verordnung des Ministerrates für die Reichsverteidigung ab. Danach haben sich „Juden“ und „Polen“ in den besetzten Gebieten den Anordnungen und Gesetzen des Deutschen Reiches unterzuordnen. Alles dem „Ansehen des Deutschen Volkes“ und der „Hoheit des Deutschen Reiches“ Abträgliche, ist zu unterlassen. Auf Gewalttaten gegen Deutsche als „Angehörige des Deutschen Volkstums“ steht die Todesstrafe. Die Bekundung einer „deutschfeindlichen Gesinnung“, etwa durch „deutschfeindliche Äußerungen“, dem Beschädigen und Zerstören öffentlicher Kundmachungen oder sonstige, das Ansehen des „Deutschen Volkes“ schädigende Taten werden mit dem Tod oder einer Freiheitsstrafe bestraft.

In der dritten Quelle wird gem. § 6 Abs. 1 wegen gemeinschaftsschädlicher Verbrechen mit unbestimmter Freiheitsstrafe bestraft bzw. der Polizei überwiesen, wer durch wiederholte verbrecherische Betätigung sowie aufgrund seines Lebenswandels und seiner Persönlichkeit einen Hang zu weiteren „ernsten Straftaten“ zeigt. Sofern es die „gerechte Sühne“ oder der „Schutz der Volksgemeinschaft“ erfordert, wird gem. § 6 Abs. 2 die Todesstrafe verhängt. „Unverbesserliche“, deren Einordnung in die „Volksgemeinschaft“ nicht möglich erscheint, sollen gem. § 6 Abs. 3 vom erkennenden Richter entweder mit dem Tode bestraft oder der Polizei übergeben werden.

II. Formelle Gesichtspunkte

Bei allen drei Quellen handelt es sich um Ausschnitte aus Gesetzestexten, Gesetzesänderungen sowie Gesetzesentwürfen. Sie sind Teil der nationalsozialistischen Strafgesetzgebung. Verfasser der ersten Quelle ist die Reichsregierung, die zweite Quelle wurde vom Ministerrat für Reichsverteidigung erlassen. Dabei handelte es sich um einen Ausschuss aus dem Reichsverteidigungsrat, der wiederum einen Zusammenschluss aus mehreren Reichministerien zum Zweck der Kriegsplanung darstellte. Die dritte Quelle ist im Entwurfsstadium geblieben, ihre Autoren waren hauptsächlich die Strafrechtswissenschaftler *Edmund Mezger* (1883–1962) sowie *Franz Exner* (1881–1947). Adressaten der ersten Quelle sind alle unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallende, also hauptsächlich Deutsche, die zweite Quelle richtet sich an Polen und Juden in den besetzten Ostgebieten. Die dritte Quelle richtet sich an sog. „Gemeinschaftsfremde“ sowie die Rechtsprechung und die Polizei.

Nach außen wird die Gesetzesform gewahrt, wobei die zweite Quelle nicht nach Paragrafen, sondern nur nach Nummern gegliedert ist. Auf einer rein sprachlichen Ebene, d.h.

unabhängig von der inhaltlichen Einordnung (V.), fallen die zahlreichen kurzen und unklaren Begriffe auf. Hierzu zählen bspw. das in der ersten Quelle genannte „gesunde Volksempfinden“ sowie der Verweis auf die „Grundgedanken eines Strafgesetzes“. In der zweiten Quelle finden sich z.B. Wendungen wie das „Ansehen des deutschen Volkes“ und die „deutschfeindliche Gesinnung“. Die dritte Quelle knüpft an die „Persönlichkeit“ und „Lebensführung“ an. Sie enthält im Übrigen sehr vage Rechtsfolgenanordnungen, da unklar bleibt, was mit der „Überweisung“ an die „Polizei“ gemeint ist.

III. Historische Verortung

Die erste Quelle ist ein Teil aus dem „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches“ vom 28.6.1935 (sog. „Analogiennovelle“). Die zweite Quelle gibt die „Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten“ vom 4.12.1941, (sog. „Polenstrafrechtsverordnung“) teilweise wieder. Die dritte Quelle ist der „Entwurf für ein Gemeinschaftsfremdengesetz“ vom 17.3.1944. Sie alle waren Teil der nationalsozialistischen Strafgesetzgebung. Als solche zielten sie darauf ab, nationalsozialistisches Strafrecht neu zu schaffen oder bestehendes Strafrecht im nationalsozialistischen Sinne umzuformen.

IV. Erste Frage: Historische Hintergründe*1. Sog. „Machtergreifung“ bzw. „Machtübernahme“*

Die politische Grundlage für die nationalsozialistische Strafgesetzgebung bildete die sog. „Machtergreifung“ bzw. „Machtübernahme“. Ihre wesentlichen Schritte waren die Ernennung *Hitlers* zum Reichskanzler am 30.1.1933 sowie die Reichstagsbrandnotverordnung am 27./28.2.1933 als Folge des Reichstagsbrandes. Mithilfe des kurz darauffolgenden sog. „Ermächtigungsgesetzes“ (24.3.1933), des „Gesetzes zur Gleichschaltung von Reich und Ländern“ (31.3.1933) und des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamten-tums“ (7.4.1933) zerstörte das NS-Regime rechts- und bundesstaatliche Prinzipien und vertrieb jüdische sowie politisch unliebsame Beamte aus den Behörden. Andere politische Parteien wurden entweder schon früh in die Illegalität gedrängt, zur Selbstauflösung gezwungen oder durch das „Gesetz gegen die Neubildung von Parteien“ (14.7.1933) endgültig verboten. Die politischen Morde im Rahmen des sog. „Röhm-Putsches“ (30.6.1934) beseitigten die innerparteilichen Differenzen in der NSDAP. Den vorläufigen Abschluss der „Machtergreifung“ bzw. „Machtübernahme“ bildete die Zusammenlegung der Ämter des Reichspräsidenten und des Reichskanzlers in der Person *Adolf Hitlers*, welche am 19.8.1934 per Volksabstimmung „legitimiert“ wurde.

2. Nationalsozialistische Ideologie

Die NS-Ideologie verfügte über kein geschlossenes oder systematisches Weltbild, stattdessen bestand ein in sich widersprüchliches Nebeneinander von mehreren radikalisierten Ideen, Autoritäten und Inhalten.⁴ Allerdings lassen sich Kern-

⁴ *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2021, § 16 Rn. 828;

elemente der nationalsozialistischen Ideologie ausmachen. Zu Ihnen gehörte die Demokratiefeindlichkeit und der extreme Antiliberalismus der nationalsozialistischen Herrschaft. Sie ging von einem „Führerprinzip“ bzw. „Führerkult“ aus und wies dem „Führer“ die höchste Autorität im NS-Staat zu. Gleichzeitig galt aber auch die NSDAP und ihr Parteiprogramm als maßgebliche Autorität und Quelle nationalsozialistischer Ideologie bzw. ihrer Interpretation und Weiterentwicklung.⁵ Daneben trat ein extremer Antisemitismus und eine völkische Rassenideologie: Sie zeichnete sich durch ein totalitäres Gemeinschaftsdenken aus, d.h. der „Schutz“ der „Volksgemeinschaft“ war vorrangig gegenüber dem Schutz des Einzelnen. Wer zur „Volksgemeinschaft“ gehörte und wer demgegenüber zu den „Gemeinschaftsfremden“ zählte, entschied sich nach sozialdarwinistischen, rassistischen und antisemitischen „Kriterien“. Die völkische Rassenideologie diente damit der Ausgrenzung und Vernichtung aller „Gemeinschaftsfremden“, insbesondere der jüdischen Bevölkerung, „Asozialer“, politisch Andersdenkender und der Bevölkerung in den Besatzungsgebieten.⁶

3. Strafrecht der Weimarer Republik und Strafgesetzgebung im „Dritten Reich“

In der Weimarer Republik galt das Strafrecht des Kaiserreichs, insbesondere das RStGB von 1871. Rechtsstaatliche Prinzipien wie z.B. das Analogieverbot und die Bindung der Justiz an das Strafgesetz waren einfachgesetzlich (§ 2 RStGB) und verfassungsrechtlich (Art. 116 WRV) verankert. Das Strafgesetz knüpfte an die Tat und nicht an den Täter an, war also Tatstrafrecht.

Diese Prinzipien verloren jedoch zunehmend an Bedeutung: Der bereits Ende des 19. Jahrhunderts kritisierte Rechtspositivismus war in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik bestenfalls umstritten.⁷ Auch die Justiz löste sich zunehmend von der Bindung an das Strafgesetz.⁸ Parallel hierzu nahm die praktische Bedeutung des Analogieverbotes ab und die Anzahl von unbestimmten Begriffen und Generalklauseln in Strafgesetzen zu, beispielsweise in den ab 1921 erlassenen Republiksschutzgesetzen.⁹ Vertreter der Strafrechts-

lehre forderten derweil ein autoritäreres Strafrecht, eine Materialisierung des Verbrechensbegriffs sowie eine stärkere Orientierung der Straftat am Willen und der Persönlichkeit des Täters.¹⁰

Zu Beginn des NS-Regimes bestand das Strafrecht der Weimarer Republik zunächst fort. Eine umfassende Strafrechtskodifikation im nationalsozialistischen Sinne wurde zwar angestrebt, kam jedoch nie zur Vollendung. Die NS-Strafgesetzgebung bestand daher größtenteils aus Gesetzesänderungen und Einzelgesetzen im Nebenstrafrecht.¹¹ Hierzu gehörten z.B. das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung“ (1933), das sog. „Heimtückegesetz“ (1934) oder das sog. „Blutschutzgesetz“ (1935). Zu dieser Einzelgesetzgebung gehört auch die vorliegende „Analogienovelle“, welche ursprünglich die Gesamtreform des Strafrechts vorwegnehmen sollte.¹² Sie konnte hierbei an die Strafrechtslehre anknüpfen, die das Analogieverbot bereits vor 1933 relativiert hatte.¹³ Die NS-Gesetzgebung radikalisierte also die bereits in der Weimarer Republik vorhandene Entwicklung des Strafrechts.¹⁴ Ab 1939 mehrte sich die Gesetzgebung zum Kriegsstrafrecht. Es diente als Terrorinstrument gegenüber der Bevölkerung der besetzten Gebiete, zu dem auch die „Polenstrafrechtsverordnung“ gehörte. Die Arbeiten in der Strafgesetzgebung wurden bis zum Kriegsende fortgesetzt wie der in der dritten Quelle abgebildete Entwurf des Gemeinschaftsfremdengesetzes vom 17.3.1944 zeigt. Er sollte den Kreis der „Gemeinschaftsfremden“ endgültig gesetzlich bestimmen.¹⁵ Der Quellenausschnitt ist der letzte veröffentlichte Entwurf des 1940 begonnenen und unvollendet gebliebenen Gesetzgebungsprojektes.¹⁶

V. Zweite Frage: Eigenschaften und Zweck der NS-Strafgesetzgebung

1. Typische Eigenschaften der NS-Strafgesetzgebung

Die vorliegenden Gesetzestexte und -entwürfe drücken wesentliche Gedanken des nationalsozialistischen Strafrechtsverständnisses exemplarisch aus. Hierzu gehören die Durchsetzung eines materiellen Verbrechensbegriffs und die Auflösung gesetzlicher Bindungen, die Etablierung eines Willens- und Gesinnungsstrafrechts, des Täterstrafrechts bzw. der Ge-

Werle, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 45 f. m.w.N.

⁵ Grawert, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 6 Rn. 36.

⁶ Vordenker der Rassenideologie waren u.a. Arthur Gobineau und Houston Stewart Chamberlain, hierzu Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, S. 97; Schlinker, Rechtsgeschichte, 2021, § 49 Rn. 1.

⁷ Foljanty, Recht oder Gesetz, 2013, S. 21 f.; Frommel, in: Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, 1983, S. 45 (45); Hähnchen (Fn. 4), § 16 Rn. 828; Maus, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, 2018, S. 104 ff.

⁸ Vogel, ZStW 115 (2004), 638 (650) mit Beispielen aus der Rspr. des RG.

⁹ Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975,

S. 192 f.; Neumann, Behemoth, 2018, S. 516 f.; Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, S. 160 ff.

¹⁰ Foljanty (Fn. 7), S. 139; Marxen (Fn. 9), S. 190; Vogel, ZStW 115 (2004), 638 (651, 658); Frommel (Fn. 7), S. 46 ff.; Zabel, in: Koch/Kubiciel/Löhnig (Hrsg.), Strafrecht zwischen Novemberrevolution und Weimarer Republik, 2020, S. 255 (261 ff.).

¹¹ Marxen (Fn. 9), S. 202.

¹² Werle (Fn. 4), S. 141 f.

¹³ Vormbaum (Fn. 9), S. 192.

¹⁴ Vogel, ZStW 115 (2004), 638 (655).

¹⁵ Werle (Fn. 4), S. 619.

¹⁶ Ausführlich hierzu Werle (Fn. 4), S. 621 ff.

meinschaftsschädlichkeit von Verbrechen sowie das drakonische und willkürliche Strafmaß. Derartige Strafrechtsverständnisse gab es, wie oben erwähnt, zwar schon vor 1933. Sie kamen jedoch im „Dritten Reich“ in besonders radikalisierte Form zur Geltung.

a) Materieller Verbrechensbegriff und Auflösung gesetzlicher Bindungen

Um die NS-Ideologie im Strafrecht durchzusetzen, stützte sich die Gesetzgebung in extremer Weise auf einen materiellen Verbrechensbegriff.¹⁷ Bestraft werden sollte nicht die gesetzlich (möglichst präzise) festgelegte Straftat, sondern jede Handlung, welche die NS-Ideologie als strafwürdig ansah. Diese Verlagerung auf den materiellen Verbrechensbegriff kam besonders in den zahlreichen unbestimmten Begriffen und Generalklauseln zum Ausdruck, welche das gesamte NS-Strafrecht durchzogen.¹⁸ Anstelle der Begrenzung des Strafrechts durch den Wortlaut des Tatbestandes verwiesen die oft kurzen und unklaren Strafnormen daher fast ausschließlich auf „höhere Prinzipien“ oder nationalsozialistische „Rechtsquellen“.¹⁹ Beispiele in den vorliegenden Quellen sind etwa der „Grundgedanke“ eines Strafgesetzes, das „gesunde Volksempfinden“, das „Ansehen des deutschen Volkes“, die „gehässige oder hetzerische Betätigung“ und die „gerechte Sühne“. Derartige Begriffe änderten die Funktion des Strafgesetzes grundlegend: Es war nicht (mehr) der letztverbindliche Maßstab der Strafbarkeit, die Frage der Strafbarkeit ließ sich also nicht aus dem Wortlaut des Tatbestandes herleiten. Stattdessen erfolgte die Bestimmung der Strafbarkeit allein durch den Rückgriff auf die NS-Ideologie, welche sich in den unbestimmten Begriffen und Generalklauseln verbarg. Das Strafgesetz bot damit wenig mehr als eine Richtlinie, welche für die nach ideologischen Kriterien bestimmte Strafwürdigkeit herangezogen wurde.²⁰

Eine ähnliche Wirkung hatte die Beseitigung des Analogieverbotes durch § 2 der „Analogienovelle“. Die Gesetzesänderung vermengte das Verhältnis von Recht, Weltanschauung und politischer Führung und verhalf so dem materiellen Verbrechensbegriff zum Durchbruch.²¹ Die „Analogienovelle“ gestattete zwar „nur“ eine Gesetzes- und keine Rechtsanalogie zu Lasten des Angeklagten. Damit ließ sie theoretisch Reste einer Gesetzesbindung übrig, da der Grundgedanke des Gesetzes in der „Analogienovelle“ eine Grenze zog.²² Zu bedenken ist aber, dass die Aufhebung des Analogieverbotes wegen der erwähnten generalklauselartigen Ausweitung der

Straftatbestände kaum noch praktische Bedeutung hatte. Da die unbestimmten Begriffe eine nahezu schrankenlose Auslegung ermöglichten, war eine Überschreitung des Wortlautes und eine entsprechende Anwendung von Gesetzen oft gar nicht nötig.²³

b) Tatbezogene Subjektivierung – Gesinnungs- und Willensstrafrecht

Die Lösung der Gesetzesbindung wurde begleitet durch eine sich oft überschneidende tat- und täterorientierte Subjektivierung des Strafrechts.²⁴ Beide führten zu einer starken Vorverlagerung und Ausweitung des strafrechtlichen Anwendungsbereiches. Die tatbezogene Subjektivierung kam vor allem im sog. „Willensstrafrecht“ zum Ausdruck.²⁵ Es bezeichnete die Ausrichtung des Strafrechts an dem „bösen“ Willen und an dem Verhalten des Täters.²⁶ Auf den objektiven Eintritt des Erfolges sollte es im NS-Strafrecht nicht mehr so sehr ankommen, sodass z.B. Versuch und Vollendung dogmatisch gleichgestellt werden konnten.²⁷ Faktisch wurde das Willensstrafrecht damit an ein Gesinnungsstrafrecht angenähert.²⁸ Das Verbrechen drückte demnach die „niedere Gesinnung“ aus, so etwa in der „Polenstrafrechtsverordnung“, welche die Bekundung einer „deutschfeindlichen Gesinnung“ mit dem Tod bestrafte. Zwar verblieben auch hier noch Reste der Täterorientierung übrig, da gem. Nr. 2 eine Gewalttat begangen oder gem. Nr. 3 die Gesinnung nach außen (Sachbeschädigungen oder Äußerungen) bekundet werden musste. Die Anforderungen an diese Handlungen waren aber allein schon wegen ihrer Unbestimmtheit marginal, sodass sie den Straftatbestand nicht begrenzten.

c) Täterbezogene Subjektivierung – Tätertypus, Gemeinschaftsschädlichkeit

Die täterbezogene Subjektivierung stellte die Tat und ihren Erfolg in den Hintergrund und zog (daneben oder stattdessen) den „Tätertyp“ oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe zur Bewertung der Strafwürdigkeit heran. Hiernach sollte nicht (allein) die Tat, sondern seine Persönlichkeit, insbesondere seine „Gemeinschaftsschädlichkeit“, der Anknüpfungspunkt der Strafe sein.²⁹ Strafrechtspolitisch funktionierte diese Typologisierung im „Dritten Reich“ als Ausgrenzungsinstrument, das den Täter als „gemeinschaftsschädlich“ brandmarkte, außerhalb der „Volksgemeinschaft“ stellte und

¹⁷ Zum materiellen Verbrechensbegriff in der Strafrechtslehre *Werle* (Fn. 4), S. 145 f.

¹⁸ *Naucke*, in: Institut für Zeitgeschichte, NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, S. 72 (80 f.) m.w.N.

¹⁹ *Maus* (Fn. 7), S. 112 ff.; *Rüthers*, Entartetes Recht, 2. Aufl. 1989, S. 27 f.

²⁰ Differenzierend *Marxen* (Fn. 9), S. 202 f.; *Werle* (Fn. 4), S. 400; *ders.*, JZ 1992, 221 (225).

²¹ *Vormbaum* (Fn. 9), S. 191; *Werle* (Fn. 4), S. 407.

²² *Vormbaum* (Fn. 9), S. 191 f.

²³ *Naucke* (Fn. 18), S. 72, 91 f.; *Rüping/Jerouschek* (Fn. 6), S. 99.

²⁴ Vgl. hierzu *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (658 ff.); zum Verhältnis von Willensstrafrecht und Täterstrafrecht: *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (86).

²⁵ *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (659).

²⁶ *Marxen*, KritV 73 (1990), 287 (292).

²⁷ *Marxen*, KritV 73 (1990), 287 (292); *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (88).

²⁸ *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (86 f.).

²⁹ Beispiele aus der NS-Gesetzgebung bei *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (660).

damit die Anwendung eines Sonderstrafrechts ermöglichte. Im Sinne der völkischen Ideologie zielte diese Typisierung daher immer auf eine Trennung der „feindlichen“ oder „schädlichen“ von den „nützlichen“ Mitgliedern der „Volksgemeinschaft“ ab.³⁰ Die Straftat selbst fand demgegenüber zwar Beachtung, war aber nur ein Merkmal von mehreren.³¹ Die Zuweisung der Gemeinschaftsschädlichkeit konnte anhand der „Lebensführung“ des vermeintlichen Täters erfolgen wie im Entwurf des Gemeinschaftsfremdengesetzes, dessen § 6 den „gemeinschaftsfeindlichen Verbrecher“ zum Gegenstand hat und beim Strafmaß zwischen „unverbesserlichen“ und „verbesserlichen“ Tätern unterschied.³² Möglich war aber auch eine nach rassistischen Kriterien bestimmte Typologisierung von Bevölkerungsgruppen wie in der „Polenstrafrechtsverordnung“.³³

d) Strafmaß sowie Verknüpfung von Polizei und Justiz

Die Unbestimmtheit der Strafgesetze galt auch für das Strafmaß. Die Obergrenze war stets die Todesstrafe, welche in der NS-Gesetzgebung stark ausgeweitet und schon bei kleinsten Vergehen verhängt wurde wie Nr. 1 Abs. 3 der „Polenstrafrechtsverordnung“ zeigt. Typisch war zudem eine Parallelität von polizeilicher und justizieller Verbrechensbekämpfung. Diese wurde zwischen der Polizei und Justiz aufgeteilt, oft zugunsten ersterer.³⁴ Die Polizei betrieb daher eine eigenständige, der Strafjustiz oft vor- und nachgelagerte Verbrechensbekämpfung. Sie war unabhängig von der gerichtlichen Entscheidung, konnte also bei Bedarf auch nach einem Freispruch oder verbüßter Strafe stattfinden.³⁵ Ebendiese Verknüpfung findet sich auch im Gesetzesentwurf zum Gemeinschaftsfremdengesetz, welcher sowohl strafrechtliche als auch polizeiliche Instrumente kombinierte.³⁶ Gem. § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 waren sowohl Freiheits- und Todesstrafen als auch die völlig unbestimmte „Überweisung“ an die Polizei möglich, sofern der Täter als „unverbesserlich“ galt. Letzteres bedeutete oft die Verschleppung und die „Vernichtung durch Arbeit“.³⁷

2. Zweck der NS-Strafgesetze

Der Abbau von Gesetzesbindungen, die Subjektivierung des Strafrechts und das drakonische Strafmaß erfüllten mehrere Zwecke: Erstens stellten sie einen propagandistischen Bruch mit dem „verweichlichten“, „positivistischen“ und „wertfreien“ liberalen Strafrecht der Weimarer Republik dar. Die Auflösung formeller Gesetzesbindungen war zweitens teil-

weise eine Form der Ersatzgesetzgebung. Das Strafgesetz diente drittens als Instrument für den unbeschränkten Zugriff auf die Bevölkerung sowie der Ausgrenzung und Vernichtung aller verfolgten Personen und Personengruppen. Viertens ermöglichte die NS-Gesetzgebung die ideologische Steuerung der Strafjustiz.

a) Propagandistische Abgrenzung vom Liberalismus, Positivismus und der Weimarer Republik

Die NS-Gesetzgebung wollte sich bewusst vom vermeintlich „positivistischen“, „materialistischen“, „liberalistischen“ und „individualistischen“ Strafrecht der verhassten Weimarer Republik abgrenzen.³⁸ Dies geschah vor allem durch den Einbau politisch aufgeladener Begriffe und das stark erhöhte Strafmaß. Eine besondere Bedeutung für die NS-Gesetzgebung hatte in diesem Zusammenhang auch die Beseitigung des Analogieverbotes, nicht zuletzt, weil es in der Weimarer Verfassung (Art. 116 WRV) verankert war.³⁹ Für die nationalsozialistische Ideologie war das Verbot daher eine „Trophäe“ liberaler Strafgesetzgebung, die es zu erobern galt.⁴⁰ Zu betonen ist aber, dass diese scharfe Abgrenzung vom vor 1933 existierenden Strafrecht ahistorisch und konstruiert war. Liberale Strafrechtsgrundsätze waren während der Weimarer Republik höchst umstritten. Zudem existierten bereits vor 1933 zahlreiche unbestimmte Strafrechtsbegriffe oder moralische Prinzipien, der Rechtspositivismus war vor 1933 keine herrschende Theorie mehr und auch das Analogieverbot wurde vor 1933 zunehmend eingeschränkt (s.o.). Ein starres System des liberalen Strafrechts existierte gerade nicht.⁴¹ Der behauptete Bruch mit dem liberalen Strafrecht stellte also keine historisch zutreffende Beschreibung des früheren Strafrechts dar, vielmehr war es ein Negativ- bzw. Feindbild, dem man das völkische Rechtsdenken zwecks propagandistischer Selbstdarstellung entgegensetzte.⁴²

b) Ersatzgesetzgebung

Zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft galt das ursprüngliche Strafgesetzbuch fort (s.o.). Weil dieses Recht den politischen Zielen nicht entsprach, musste es durch ein nationalsozialistisches Strafrecht abgelöst werden. Da aber eine vollständig neue Kodifizierung des nationalsozialistischen Strafrechts nicht sofort möglich war und letztlich scheiterte, war die NS-Gesetzgebung gezwungen, auch das vorhandene Recht ihrer Ideologie anzupassen.⁴³ Die Materialisierung bestehender Normen durch Generalklauseln und wertaufgeladene Begriffe konnte hierbei helfen. Ihre Auslegung bot ein Einfallstor für die Anwendung der nationalsozialistischen Ideologie, ohne vollständig neue Gesetze zu schaffen. Das

³⁰ Schlosser, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2021, 13. Kap. Rn. 71; Werle (Fn. 4), S. 637 f.

³¹ Schlosser (Fn. 30), 13. Kap. Rn. 71.

³² Werle (Fn. 4), S. 643 f.

³³ Vogel, ZStW 115 (2004), 638 (660).

³⁴ Hierzu ausführlich Werle (Fn. 4), passim.

³⁵ Hähnchen (Fn. 4), § 16 Rn. 864; Werle (Fn. 4), S. 730 ff.; ders., JZ 1992, 221 (225 f.).

³⁶ Vormbaum (Fn. 9), S. 197.

³⁷ Werle (Fn. 4), S. 644.

³⁸ Frommel (Fn. 7), S. 45; Schlosser (Fn. 30), 13. Kap. Rn. 70; Wrobel, GRZ 2019, 83 (83).

³⁹ Ähnlich Marxen (Fn. 9), S. 193 f.

⁴⁰ Vgl. Werle (Fn. 4), S. 143.

⁴¹ Marxen (Fn. 9), S. 25.

⁴² Marxen (Fn. 9), S. 27.

⁴³ Marxen (Fn. 9), S. 202; Rütters (Fn. 19), S. 22 f.

Fehlen einer eigenständigen und geschlossenen nationalsozialistischen Strafrechtskodifikation wurde so teilweise kompensiert.

c) Strafgesetze als totalitäres Instrument

Das Strafgesetz hatte nach nationalsozialistischem Verständnis einen rein instrumentellen Zweck. Es diente allein der Verfolgung, Unterdrückung und Vernichtung aller missliebigen Personen und Personengruppen.⁴⁴ Keine Bedeutung hatte hingegen der rechtsstaatliche Zweck des Strafgesetzes, nach welchem die staatliche Strafgewalt durch das Gesetz nicht nur ermöglicht, sondern auch begrenzt werden sollte. Strafgesetze wie die „Analogiennovelle“ oder die „Polenstrafrechtsverordnung“ stellten daher zu keinem Zeitpunkt eine Schranke bzw. Freiheitssicherung vor der staatlichen Strafgewalt dar.⁴⁵ Im Gegenteil war eine Sicherheit durch Strafgesetze hinderlich, wenn und soweit sie dem jeweiligen Strafbedürfnis entgegenstand.⁴⁶

Diese Instrumentalisierung des Strafgesetzes zeigt sich besonders deutlich anhand der Generalklauseln, der Aufhebung des Analogieverbotes und beim Willensstrafrecht. Sie gestatteten einen nahezu uneingeschränkten Zugriff, da sie je nach Bedarf eine Ausweitung und Vorverlagerung des Strafrechts ermöglichten. Nichts Anderes gilt im Ergebnis auch für die Tätertypenlehre. Zwar stellte sie an die Strafbarkeit theoretisch zusätzliche Voraussetzungen, da sie das Erfordernis der Tathandlung ergänzte und nicht vollständig ersetzte. Sie war also bestimmter als die inhaltlich beliebigen Generalklauseln oder das Willensstrafrecht. Zudem gab es (halbherzige) Versuche der Strafrechtslehre in der Spätphase des „Dritten Reiches“, den Tätertypus als begrenzendes Merkmal heranzuziehen.⁴⁷ Sie blieben aber weitgehend wirkungslos und entfalteten keine praktische Bedeutung.⁴⁸

d) Ideologische Steuerung der Justiz

Die NS-Gesetzgebung sollte zuletzt auch die politische Steuerung der Strafjustiz im Sinne der NS-Ideologie ermöglichen.⁴⁹ Eine solche Steuerung war nur durch einen Abbau der Gesetzesbindung, etwa mithilfe von Generalklauseln bzw. der Abschaffung des Analogieverbotes möglich, da eine Bindung an das formelle Gesetz den willkürlichen, unbestimmten und wechselhaften Vorgaben der NS-Ideologie im Weg stand. Anstelle der (möglichst) präzisen Straftatbestände trat daher eine Bindung der Justiz an die politischen Vorgaben des NS-Staates, d.h. an den „Führerwillen“, die „völkische Gesamtordnung“ usw.⁵⁰ Es ging also im Kern allein um eine ideolo-

gisch „korrekte“ Rechtsprechung im Sinne der NS-Ideologie.⁵¹ Die konkreten Mittel für diese politische Steuerung waren meist informeller oder administrativer Natur, wie z.B. die vom Reichsjustizministerium herausgegebenen sog. „Richterbriefe“.⁵²

Der Vorrang der ideologischen gegenüber der gesetzlichen Steuerung galt zunächst für die vor 1933 erlassenen Gesetze.⁵³ Ein Beispiel für erstere bietet die „Analogiennovelle“, welche die Gesetzesbindung des RStGB von 1871 faktisch auflöste. Die eigenständige NS-Gesetzgebung nach 1933 unterschied sich hiervon nicht: Zwar betonte die Rechtslehre die Bindung des Richters an diese Gesetze.⁵⁴ Begrifflich unklare und wert aufgeladene Tatbestände enthielten aber auch diese Gesetze wie die „Polenstrafrechtsverordnung“ und der Entwurf des Gemeinschaftsfremdengesetzes deutlich zeigen. Insofern ging es hier ebenfalls allein um die politische Steuerung. Eine richterliche Bindung an das Gesetz konnte im Ergebnis nur insoweit fortbestehen, als die Gesetze die Durchsetzung nationalsozialistischer Ideologie gestatteten und absicherten.

VI. Dritte Frage: Weiterentwicklung und Rolle des Rechtspositivismus

1. Entnazifizierung und Kontinuität

Unmittelbar nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges hoben die alliierten Besatzungsmächte im Rahmen der rechtlichen Entnazifizierung zahlreiche Vorschriften der NS-Zeit auf. Hierzu gehörte u.a. das in der „Analogiennovelle“ (1935) beseitigte Analogieverbot, welches mit dem Alliierten Kontrollratsgesetz Nr. 11 (1946) wieder in Kraft trat. Seine praktische Bedeutung wird aber durch Methoden wie die objektive Auslegung relativiert.⁵⁵ Auch die Strafrechtslehre entfernte sich inhaltlich deutlich vom nationalsozialistischen Strafrecht. Bei den Denkfiguren und Methoden sind jedoch, trotz anderen Inhalts, noch Kontinuitäten und fließende Übergänge nach 1945 sichtbar: So kam es zwar zu einem Bruch mit der täterorientierten Subjektivierung, die tatorientierte Subjektivierung wurde aber fortgeführt.⁵⁶ Zu nennen ist hier die finale Handlungslehre *Hans Welzels*, welche Anleihen beim Willensstrafrecht nimmt, ohne direkten Anschluss an diesen Begriff zu suchen.⁵⁷ Ähnliches gilt für die Vorverlagerung der Strafbarkeitsschwelle durch die Terrorismusbekämpfung.⁵⁸ Ein an der Gemeinschaftsschädlichkeit orientiertes Strafrecht findet sich ferner bei dem Konzept des „Feindstrafrechts“, welches *Günther Jakobs* ab 1985 entwickelte.⁵⁹

⁵¹ *Werle* (Fn. 4), S. 400.

⁵² *Naucke* (Fn. 18), S. 72, 84 f.

⁵³ *Maus* (Fn. 7), S. 128 ff.; *Werle* (Fn. 4), S. 400.

⁵⁴ *Marxen* (Fn. 9), S. 75, 212.

⁵⁵ *Naucke* (Fn. 18), S. 72, 103.

⁵⁶ *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (660 f.).

⁵⁷ *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (661); *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (92).

⁵⁸ *Wrobel*, GRZ 2019, 83 (93).

⁵⁹ Hierzu *Asholt*, ZIS 2011, 180 ff.; *Sinn*, ZIS 2006, 107 ff.

⁴⁴ *Vogel*, ZStW 115 (2004), 638 (662 f.).

⁴⁵ Vgl. hierzu *Werle* (Fn. 4), S. 177, 403 f.; *ders.*, JZ 1992, 221 (225).

⁴⁶ *Werle* (Fn. 4), S. 403.

⁴⁷ Vgl. hierzu *Marxen* (Fn. 9), S. 211.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ *Werle* (Fn. 4), S. 149, 165 f., 177, 400.

⁵⁰ Zum „Führerwillen“ *Werle* (Fn. 4), S. 146 ff., 399 f.

2. *Positivismuslegende*

Nach 1945 herrschte die Auffassung vor, dass der Rechtspositivismus für die Durchsetzung von NS-Unrecht verantwortlich sei. Das zentrale, z.B. von *Gustav Radbruch* vertretene, Argument lautete, dass die strenge Normativität des Gesetzgebungspositivismus den Rechtsanwender wehrlos gegenüber dem Gesetzesbefehl und damit dem NS-Unrecht gemacht habe.⁶⁰ Wie die hier behandelten Quellen zeigen, war diese These falsch. Zu Recht gilt sie heute als widerlegt.⁶¹ Die NS-Strafgesetzgebung löste die Gesetzesbindung zugunsten der NS-Ideologie gerade auf. Das nationalsozialistische Rechtsverständnis orientierte sich also nicht an den Maßstäben des positiven Rechts, sondern war im hohen Maße antipositivistisch.⁶²

⁶⁰ Vgl. hierzu *Foljanty* (Fn. 7), S. 19 ff.

⁶¹ *Foljanty* (Fn. 7), S. 23.

⁶² *Foljanty* (Fn. 7), S. 22 m.w.N.