

NATIONALSOZIALISTISCHES STRAFRECHT

PHILIPP-ALEXANDER HIRSCH

Neu über Recht und Unrecht nachdenken - Nationalsozialistisches Strafrecht in der juristischen Ausbildung und die Novelle des § 5a DRiG

TRISTAN WISSGOTT

»Wir denken die Rechtsbegriffe um« - Kontext und Kritik des bürgerlichen Rechtsstaats im Spiegel der Lehren Carl Schmitts

MERET UNRUH

Nationalsozialistisches Willenstrafrecht und die Debatte um Moral Luck

JOHANNES STEFAN WEIGEL

Lebensführungsschuld und Lebensleistung: Die Persönlichkeit vor Gericht

KARL KALTENBORN

Der Kampf gegen das alte Recht: Die juristische Ausbildung im Nationalsozialismus



GRZ | Göttinger
Rechtszeitschrift

Impressum



Göttinger
Rechtszeitschrift e. V.

Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen
Registernummer: VR 201862

Vorstandsvorsitzende: Jennifer Reh
Schriftführer: Jakob Schünemann
Kassenwartin: Carlotta Schümann

Mail: kontakt@g-rz.de
Web: <https://www.goettinger-rechtszeitschrift.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie.
Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<https://portal.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Seine Nutzung
ist im Rahmen der Creative Commons Lizenz "CC BY-ND
3.0 DE" gestattet. Das Werk darf daher unter angemessener
Namensnennung und ohne Bearbeitung oder Veränderung
zu beliebigen Zwecken in jedwedem Format oder Medium
verbreitet oder vervielfältigt werden. Weitere Informationen:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/d>

Sonderausgabe 2023, Nationalsozialistisches Strafrecht,
1. Auflage, Juli 2023
Herausgegeben von Dr. phil. Dr. iur. Philipp-Alexander
Hirsch

© 2023 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Satz Nils Kretzmer
Druck esf-print Friedrichs, Berlin
Schrift Equity und Concourse von MB Type

ISSN 2627-3721
Printed in Germany

Informationen

Herausgeberschaft

Die Sonderausgabe »Nationalsozialistisches Strafrecht«
wird von Dr. phil. Dr. iur. Philipp-Alexander Hirsch heraus-
gegeben. Die Beiträge sind in einem Studienprojekt im
Sommersemester 2021 an der Georg-August-Universität
Göttingen entstanden. Der Göttinger Rechtszeitschrift e.V.
bietet für diese Sonderausgabe die Publikationsplattform.

Zitiervorschlag

Autor:in, Titel, in: Hirsch (Hrsg.), Nationalsozialistisches
Strafrecht, 2023, Seite

Mitwirkende

Redaktionell Mitwirkende

Jonas Backhaus, Mattis Bieberle-Aumann, Anna Peuser,
Jennifer Reh, Katharina Reisch, Jakob Schünemann, Carlotta
Schümann, Hendrik Uken

Öffentlichkeitsarbeit

Fides Lisei Richter

Publikationsdirektor

Nils Kretzmer

Vorwort des Herausgebers

Das vorliegende *special issue* der Göttinger Rechtszeitschrift versammelt neben einem Beitrag zur zurückliegenden Novelle des § 5a DRiG, der nunmehr die Auseinandersetzung mit dem (Un-)Recht des Nationalsozialismus im Jurastudium vorschreibt, Essays von *Karl Kaltenborn*, *Meret Unruh*, *Johannes Weigel* und *Tristan Wißgott*, die sich auf je eigene Art kritisch mit dem nationalsozialistischem Strafrecht auseinandersetzen und hierbei die Gegenwartsrelevanz einer solchen Auseinandersetzung herausstreichen. Hervorgegangen sind diese Beiträge aus einem Studienprojekt zum »Nationalsozialistischen Strafrecht«, das ich im Sommersemester 2021 an der Georg-August-Universität Göttingen angeboten habe. Die Studenten und Studentinnen, die hieran teilgenommen haben, wurden bei der Ausarbeitung ihre Beiträge von einigen Mitgliedern der Juristischen Fakultät als Mentoren mit hilfreicher Kritik unterstützt. Besonderer Dank gebührt daher Prof. Dr. Dr. h.c. *Kai Ambos*, Prof. Dr. *Katrin Höffler*, Prof. Dr. *Florian Meinel*, Prof. Dr. *Uwe Murmann* und Prof. Dr. *Eva Schumann*. Außerdem gilt ein besonderer Dank der Göttinger Vereinigung zur Pflege der Rechtsgeschichte e.V. für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Freiburg i.Br., *Philipp-Alexander Hirsch*

Vorwort des Vorstandes

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Studierende,

wir freuen uns, Ihnen die erste Sonderausgabe der Göttinger Rechtszeitschrift zum Schwerpunktthema „Nationalsozialistisches Strafrecht“, herausgegeben von Dr. *Philipp-Alexander Hirsch*, zu präsentieren.

Das Interesse der Redaktion war sofort geweckt als *Philipp-Alexander Hirsch* zu Beginn des Wintersemesters 2022/23 mit seiner Anfrage zur gesammelten Veröffentlichung mehrerer studentischer Essays und eines eigenen themenleitenden Beitrags an uns herangetreten ist. Neben der besonderen (Studien-)Relevanz des gewählten Themas vor dem Hintergrund der Novellierung des § 5a DRiG, zeichnet sich diese Sonderausgabe durch die Beitragsform aus: Zwischen Belletristik und Fachbeitrag schulen Essays die juristische Argumentationsfähigkeit in einem besonderen Maße. Unser Anliegen, ein Publikationsformat für Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler zu sein, konnte durch diese Sonderausgabe einmal mehr erfüllt werden. Wir blicken gespannt auf die Zukunft, in der vielleicht weitere universitäre Kooperationsprojekte realisiert werden können.

Bei allen Mitwirkenden dieser Sonderausgabe bedanken wir uns sehr herzlich.

Vorstand des Göttinger Rechtszeitschrift e.V.

Jennifer Reh *Jakob Schünemann* *Carlotta Schümann*

Inhaltsverzeichnis

Dr. phil. Dr. iur. Philipp-Alexander Hirsch
**Neu über Recht und Unrecht nachdenken -
Nationalsozialistisches Strafrecht in der juristischen
Ausbildung und die Novelle des § 5a DRiG → 1**

Tristan Wißgott
**»Wir denken die Rechtsbegriffe um« - Kontext
und Kritik des bürgerlichen Rechtsstaats im
Spiegel der Lehren Carl Schmitts → 11**

Meret Unruh
**Nationalsozialistisches Willenstrafrecht und
die Debatte um Moral Luck → 16**

Johannes Stefan Weigel
**Lebensführungsschuld und Lebensleistung:
Die Persönlichkeit vor Gericht → 24**

Karl Kaltenborn
**Der Kampf gegen das alte Recht: Die juristische
Ausbildung im Nationalsozialismus → 30**

Dr. phil. Dr. iur. Philipp-Alexander Hirsch*

Neu über Recht und Unrecht nachdenken

Nationalsozialistisches Strafrecht in der juristischen Ausbildung und die Novelle des § 5a DRiG

I. Von der Rosenberg auf den Katheder

»Als ich studierte, ging es im Fach Rechtsgeschichte oft mehr um Römisches Recht als um das 20. Jahrhundert. Alle angehenden Juristinnen und Juristen sollten aber um das Unrecht wissen, an dem die deutsche Justiz einst beteiligt gewesen ist. Und sie sollten auch um die wenigen Juristen wissen, die sich dem Unrecht damals entgegengestellt haben. Aus diesem Grund arbeiten wir an einem Vorschlag, das Deutsche Richtergesetz zu ergänzen: Das Justizunrecht im Nationalsozialismus und die Folgerungen daraus für das Juristenethos von heute sollen ein fester Bestandteil der Juristenausbildung werden.«¹

Mit diesen Worten kündigte der damalige Justizminister, *Heiko Maas*, im Sommer 2017 als Folge des damals gerade abgeschlossenen »Rosenburg-Projektes«² eine Reform der juristischen Ausbildung in den Medien an, die mittlerweile mit der Neufassung des § 5a DRiG (Deutsches Richtergesetz) Gestalt und Geltung angenommen hat. Dessen Absatz 2 Satz 3 schreibt nun vor, dass die »Vermittlung der Pflichtfächer [...] auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur« zu erfolgen hat, und ergänzt in Abs. 3 Satz 1 i. HS, dass die Inhalte des Studiums dabei auch »die ethischen Grundlagen des Rechts [berücksichtigen] und [...] die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts [fördern] [...]«.³

* Dr. Dr. *Philipp-Alexander Hirsch* ist Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg i.Br.

1 Pressemitteilung des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz vom 4.7.2017.

2 Im Rahmen des sog. Rosenberg-Projektes wurden die personellen Kontinuitäten im Bundesjustizministerium nach Ende der NS-Herrschaft in den 1950er und 1960er Jahren untersucht, vgl. *Görtemaker/Safferling*, Die Akte Rosenberg (2016), vgl. mit Blick auf die Reform der juristischen Ausbildung auch *Safferling*, Lex Rosenberg: Überfällig oder überflüssig?, ZDRW 2019, 62 ff. und *Nettersheim*, Lex Rosenberg und Juristenausbildung, NJW 2022, 1075 ff.

3 Hierin liegen die beiden wesentlichen Neuerungen durch Art. 4, 25 des Gesetzes zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.6.2021 (BGBl. 2021 I, S. 2154, S. 2172, S. 2195). Der Regierungsentwurf 2021, dem zuvor ein in den Medien kontrovers diskutierter Diskussionsentwurf vorangegangen war (vgl. dazu konzis und m.w.N. *Kiehnle/Klinck*, Seminar »Recht im Nationalsozialismus« – Ein Werkstattbericht aus dem Sommersemester 2017, ZDRW 2019, 114), hatte lediglich eine Befassung mit dem NS-Unrecht vorgesehen. Nach Kritik hieran wurde dann auch die Auseinandersetzung mit dem DDR-Systemunrecht in die letztlich Gesetz gewordene Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drs. 19/30503) aufgenommen, vgl. dazu m.w.N. *Werle/Vormbaum*, Nationalsozialistisches Unrecht, SED-Unrecht und juristische Ausbildung – Zur Reform von § 5a DRiG, JZ 2021, 1163.

Dass die Juristenausbildung auch die Grundlagen des Rechts, insbesondere die Rechtsgeschichte und die Rechtsethik als Teil der Rechtsphilosophie, beinhaltet, ist natürlich nichts grundstürzend Neues.⁴ Wirklich neu an der Novelle des § 5a DRiG ist, dass das (Un)Recht des Nationalsozialismus und der SED-Herrschaft als rechtshistorisches und rechtsphilosophisches Sujet herausgegriffen und hervorgehoben wird, dass dies Gegenstand der Vermittlung der Pflichtfächer ist und dass – in Zusammenschau von § 5a II und III DRiG – all dies darauf abzielt, die Studentinnen und Studenten zur kritischen Reflexion des Rechts zu befähigen. Dahinter verbirgt sich die Intention des Gesetzgebers, dass das Jura-Studium nicht bloß versierte Rechtstechniker hervorbringen möge, sondern Juristinnen und Juristen, die Recht kritisch vor dem Hintergrund der »Wertordnung des Grundgesetzes« reflektieren können und über ein rechtsstaatliches Rückgrat verfügen, sich entsprechend zu positionieren. So heißt es ausweislich der Begründung der letztlich Gesetz gewordenen Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses:

»Die Herrschaft des Rechts setzt voraus, dass die zentralen hoheitlichen Aufgaben von Organen der Rechtspflege und Amtsträgerinnen und Amtsträgern wahrgenommen werden, die sich nicht nur in der Rechtsordnung auskennen und Recht und Gesetz fachmännisch anzuwenden wissen, sondern auch über ein rechtsstaatliches Bewusstsein verfügen und den Werten unserer Verfassung verpflichtet sind.«⁵

Wolle man solche Juristen hervorbringen, sei die »Auseinandersetzung gerade jedoch mit dem NS-Unrecht [...] im besonderen Maße geeignet, eine kritische Reflexion des Rechts [...] herbeizuführen«. Juristinnen und Juristen seien – »an welcher Stelle sie auch immer tätig sind« – gefordert, »ihre rechtsstaatliche Haltung und das Einstehen für die Grundwerte unserer Verfassung« zu beweisen; »hierzu gehören insbesondere Mut und Bereitschaft zur Gegenrede«.⁶

Als Dozent an einer rechtswissenschaftlichen Fakultät in Deutschland mag man diesem juristischen Ausbildungs-

4 Bereits die vor dem 1.1.2022 geltende Fassung des § 5a DRiG hatte u.a. eine Befassung mit den »philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen« des Rechts vorgesehen. Gleiches gilt für die landesrechtlichen Bestimmungen zur Juristenausbildung, vgl. beispielhaft nur § 2 Nds. JAG oder § 18 I Satz 1 Bay. JAPO und zur Rechtslage in Berlin *Heintzen*, Das Berufsethos von Juristen als Thema der Juristenausbildung, in: *Kiesel/Nettersheim* (Hrsg.), Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit (2021), S. 275 (277 ff.). Auf eine umfangreiche Auswertung aller landesrechtlichen Vorgaben zur Juristenausbildung wird im Folgenden verzichtet und allenfalls beispielhaft auf einzelne landesgesetzliche Regelungen verwiesen.

5 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 19/30503, S. 21.

6 Ebd.

ideal von Herzen beipflichten,⁷ um sogleich zu fragen, wie diese Ziele in Zeiten der Massenuniversität und angesichts des ohnehin umfangreichen Pflichtfachstoffs innerhalb der knapp bemessenen Zeit eines Jurastudiums erreicht und in gute universitäre Lehre übersetzt werden sollen. Es nimmt daher nicht Wunder, dass die Gesetzesnovelle seit ihrer Ankündigung im Jahr 2017 bis heute zahlreiche Stellungnahmen herausgefordert hat, die von fundamentaler Kritik bis zu fast vorbehaltloser Begeisterung reichen.⁸ Man mag jedoch zur Neufassung des § 5a DRiG und den Spätfolgen, die sie in den Juristenausbildungsordnungen der Bundesländer auslöst,⁹ stehen wie man will: Wir haben uns als Dozentinnen und Dozenten nun dieser Herausforderung zu stellen und Lehrformate zu entwickeln, die ihrer Zielsetzung Rechnung tragen. Wie also nationalsozialistisches Strafrecht im Jurastudium gewinnbringend behandelt werden kann (und vielleicht auch sollte), ist Gegenstand nicht nur dieses Beitrages, sondern letztlich der gesamten Sonderausgabe dieser Zeitschrift, die neben mir als Dozenten auch Studentinnen und Studenten der Rechtswissenschaft zu Wort kommen lässt.

Bevor ich auf diese studentischen Beiträge – die ein eindrucksvolles Beispiel davon geben, wie produktiv die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus sein kann – näher eingehe (V.), möchte ich jedoch zunächst das Anforderungsprofil, das die Neufassung von § 5a DRiG für universitäre Lehre formuliert, etwas genauer skizzieren (II.). Sodann werde ich als ein Lehrformat, welches diesem An-

forderungsprofil Rechnung trägt, den von mir im Sommersemester 2021 angebotenen »Lektürekurs im Strafrecht« sowie das aus ihm hervorgegangene »Essayprojekt: Nationalsozialistisches Strafrecht« vorstellen (III.). Die Erfahrungen, die ich hiermit machen konnte, zeigen, dass der jüngst ergangenen Gesetzesänderung des § 5a DRiG nicht nur durch eigenständige Lehrformate in den Pflichtfächern, sondern vor allem auch mit einer gleichzeitigen generellen Aufwertung der Grundlagenfächer Rechnung getragen werden muss (IV.). Bei all dem wird freilich »nur« ein Blick auf das Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus geworfen. Andere juristische Teildisziplinen wie das Zivil- oder das Öffentliche Recht und andere Themengebiete wie das SED-Unrecht werfen sicherlich Fragen und Probleme eigener Art auf, die womöglich Antworten und Lösungen eigener Art erfordern. Gleichwohl mögen auch hierfür die Erfahrungen mit der Behandlung des nationalsozialistischen Strafrechts im Jurastudium hilfreich sein.

II. Das neue Leitbild und Anforderungsprofil des § 5a DRiG

Mit der Novelle des § 5a DRiG will der Gesetzgeber im Jurastudium die künftigen juristischen Funktionsträger (z.B. Richterinnen, Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Beamtinnen) durch die Beschäftigung mit dem NS-Unrecht für die Ideologieanfälligkeit des Rechts und sein Missbrauchspotenzial sensibilisieren. Sie sollen dazu befähigt werden, das geltende Recht kritisch zu reflektieren und mit Mut zum Widerspruch in ihrer Praxis Verantwortung für den demokratischen Rechtsstaat zu übernehmen. Doch wie lässt sich dies in konkreter Lehrpraxis umsetzen? Welche Lehr- und Lernformen sind gefragt?

Ist Ziel die Befähigung künftiger Juristen und Juristinnen zu gleichermaßen informierter, reflektierter wie auch selbstbewusster Stellungnahme zum Recht, dann kann es nicht um ein Lehren und Lernen gehen, das sich in einer kritischen Darstellung des NS-Unrechts sowie in einem Demonstrieren, Übernehmen und Imitieren eines rechtsstaatlichen Wertkanons erschöpft. Was am nationalsozialistischen Strafrecht problematisch ist und was das für Studentinnen und Studenten in unserer heutigen Zeit heißt, lässt sich nicht auf die gleiche Weise unterrichten und lernen wie der Streitstand zur Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums im Strafrecht. Gleiches gilt für eine Lernzielkontrolle: Während sich strafrechtsdogmatische Kenntnisse und methodengerechte Rechtsanwendung in einer Klausur abprüfen lassen, gilt dies nicht für das Verständnis der Funktionsweise des NS-Unrechts und dessen Übersetzung in ein rechtsstaatliches Verantwortungsbewusstsein. Sensibilität für das Missbrauchspotenzial muss entwickelt, Selbstbewusstsein muss gewonnen, eine kritische Haltung muss bewiesen werden. Mehr noch: Die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des geltenden Rechts und ein rechtsstaatliches Verantwortungsbewusstsein werden erst dort nachhaltig entwickelt, wo sie Studenten nicht lediglich für eine Prüfung an den Tag legen, sondern als für sich wertvoll anerkennen und in ihr professionelles Selbstverständnis integrieren.

⁷ Es fehlte jedoch auch schon lange vor der Novelle des § 5a DRiG nicht an gesetzgeberischen Bekenntnissen zur Befähigung zum rechtsstaatlich-kritischen Denken als juristisches Ausbildungsideal. Vgl. etwa die Präambel des hessischen Juristenausbildungsgesetzes (JAG): »Ziel der juristischen Ausbildungsreform ist der kritische, aufgeklärt rational handelnde Jurist, der sich seiner Verpflichtung als Wahrer des freiheitlich demokratischen und sozialen Rechtsstaats bewusst ist und der in der Lage ist, die Aufgaben der Rechtsfortbildung zu erkennen.« Vgl. ähnlich auch § 1 JAG Mecklenburg-Vorpommern oder § 1 II und III JAPG Bremen.

⁸ Vgl. beispielhaft mit (teils deutlicher) Kritik *Funke*, Haltung zeigen oder Haltung einnehmen? – Justizunrecht des 20. Jahrhunderts in der Juristenausbildung, NJW 2018, 1930 ff.; *Lege*, Wenn der Teufel wiederkommt, FAZ vom 7.6.2018, S. 10; *Lahusen*, Furchtlose Juristen, myops 2018, 41 ff.; *Ludyga*, Das NS-Justizunrecht als Prüfungstoff in den staatlichen und universitären juristischen Prüfungen, ZDRW 2019, 16 ff.; demgegenüber grundsätzlich befürwortend *Foljanty*, Das Justizunrecht des 20. Jahrhunderts als Gegenstand der juristischen Ausbildung, AnwBl 2017, 1158 ff.; *Duwe*, Der Blick auf das Ganze, FAZ vom 7.6.2018, S. 10; *Bleckmann*, Das Justizunrecht des 20. Jahrhunderts gehört in die juristische Ausbildung!, ZDRW 2019, 76 ff.; *Safferling* (Fn. 2), ZDRW 2019, 62 ff.; vgl. auch die Nachweise bei *Kiehle/Klinck* (Fn. 3), ZDRW 2019, 114.

⁹ Bspw. die Neufassung von § 3 des Nds. JAG vom 22.9.2022 (GVBl. Nds. 2022, S. 568), wonach laut Abs. 2 »die Vermittlung der Pflichtfächer [...] auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur [erfolgt]« und nach Abs. 3 »[d]ie Inhalte des Studiums [...] die ethischen Grundlagen des Rechts [berücksichtigen] und [...] die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts [fördern]«. Den Fragen, ob und inwieweit der Bund überhaupt die Gesetzgebungskompetenz hat, über das DRiG Vorgaben für den Lehr- und Prüfungstoff in der juristischen Ausbildung zu machen und welche Gesetzgebungskompetenz den Ländern insoweit verbleibt, kann hier nicht nachgegangen werden. Vgl. dazu m.w.N. *Heintzen* (Fn. 4), S. 275 (281 ff.).

Diese Einsichten in gute universitäre Lehre zu übersetzen, ist freilich nicht einfach. Und da sich die Novelle des § 5a DRiG auf die Formulierung eines Leitbildes (§ 5a III Satz 1 1. HS) und die Vorgabe eines Probersteins (Abs. 2 Satz 3 a.E.) beschränkt, ist der didaktische Umsetzungsspielraum natürlich groß.¹⁰ Gleichwohl lassen sich meines Erachtens immerhin einige Eckpfeiler für universitäre¹¹ Lehrveranstaltungen¹² formulieren, um dem geänderten Leitbild des § 5a II und III DRiG Rechnung zu tragen:

1. Pflichtfachbezug

Ausweislich des Gesetzes bezweckt die Novelle nicht eine Neuausrichtung der juristischen Grundlagenausbildung, sondern formuliert qualifizierte Anforderungen an die Vermittlung der Pflichtfächer.¹³ Dem müssen Lehrveranstaltungen dadurch Rechnung tragen, dass sie auch Inhalte des klassischen Pflichtfachstoffes adressieren.¹⁴

2. Auseinandersetzung mit den Primärquellen

Will man erkennen und verstehen, wann und wie Recht zu Unrecht wird, so kommt man nicht umhin, die Rechtsperversion »am lebenden Objekt« zu untersuchen. Studentinnen und Studenten müssen sich also direkt mit Primärquellen auseinandersetzen, beispielsweise wissenschaftlichen Originaltexten der NS-Zeit, Gerichtsurteilen oder nationalsozialistischer Gesetzgebung. Nur so entstehen produktive Irritationen dadurch, dass Studentinnen und Studenten aus eigener Anschauung erfahren, wie Recht und

¹⁰ Dies erklärt auch die Vielzahl an Vorschlägen, durch welche Lehrkonzepte und Lehrinhalte der Novelle des § 5a DRiG Rechnung zu tragen sei. Vgl. bspw. *Foljanty* (Fn. 8), *AnwBl* 2017, 1158 (1161 ff.); *Gusy*, Aus der Geschichte lernen: NS-Unrecht im Jurastudium – Einige Vorüberlegungen und 10 Thesen, *ZDRW* 2019, 1 ff.; *Safferling* (Fn. 2), *ZDRW* 2019, 62 (72 f.); *Kiehle/Klinck* (Fn. 3), *ZDRW* 2019, 114 ff.; *Werle/Vormbaum* (Fn. 3), *JZ* 2021, 1163 (1164 ff.) oder *Kuhli*, Vergangenes Unrecht und geltendes Strafrecht, in: *Festschrift Trute* (2023), S. 265 ff.

¹¹ Ich beschränke mich im Folgenden auf die Auswirkungen, die die Novellierung von § 5a DRiG auf die universitäre Juristenausbildung hat. Hierbei blende ich die sich natürlich ebenfalls stellenden Fragen nach möglichen Konsequenzen für den juristischen Vorbereitungsdienst aus. Dies betrifft insbesondere die von der Gesetzesänderung ebenfalls intendierte Auseinandersetzung mit berufsethischen Fragen, da diese – von universitären Praktika abgesehen (vgl. zu deren Potenzial aber *Foljanty* (Fn. 8), *AnwBl* 2017, 1158 (1163)) – meines Erachtens vor allem im Referendariat stattzufinden hat, vgl. so auch *Funke* (Fn. 8), *NJW* 2018, 1930 (1931 f.)

¹² Einzelne Lehrveranstaltungen können freilich nicht isoliert betrachtet werden, sondern sind immer in der Gesamtschau des Lehrangebotes einer Fakultät zu betrachten. Es ist gerade auch vom Gesetzgeber intendiert, verschiedene Aspekte des durch die Novelle des § 5a DRiG neu hinzugekommenen Anforderungsprofils auch in bzw. durch verschiedene Lehrveranstaltungen zu adressieren, die für sich genommen nur Teilaspekte abdecken – etwa indem man in einer Vorlesung zum Strafrecht auch auf die historische Kontextualisierung der Pflichtfachinhalte achtet (vgl. dazu *Werle/Vormbaum* (Fn. 3), *JZ* 2021, 1163 (1165 f.)).

¹³ Vgl. § 5a DRiG II Satz 3 a.E.: »die Vermittlung der Pflichtfächer erfolgt auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht« (meine Herv.).

¹⁴ Vgl. im Ergebnis ebenso *Foljanty* (Fn. 8), *AnwBl* 2017, 1158 (1162); *Werle/Vormbaum* (Fn. 3), *JZ* 2021, 1163 (1164).

Rechtsanwendung im Nationalsozialismus mit dem brechen, was sie selbst gerade lernen.¹⁵

3. Keine Historisierung, sondern Brennglas für aktuelle Fragen

Eng mit dem Vorigen verknüpft, ist die Anforderung, dass die Beschäftigung mit dem NS-Unrecht nicht historisierend erfolgen darf. Denn die Novelle des § 5a DRiG zielt – plakativ gesprochen – darauf ab, dass Studentinnen und Studenten »aus der Geschichte lernen«. Zweifelsohne bedarf es hierfür der Vermittlung historischen Wissens um das NS-Unrecht, insb. seiner Ursprünge¹⁶ und seiner Funktionsweise.¹⁷ Bleibt es jedoch dabei, so besteht angesichts der Ausmaße des NS-Unrechts die Gefahr einer allzu leichten Distanzierung der Nachgeborenen. Will man dies vermeiden, so muss der Nationalsozialismus als Brennglas herangezogen werden, um die eigene Lebenswirklichkeit zu betrachten: etwa um Defizite und Positives des aktuellen Rechtszustandes sichtbar zu machen, um auch heute bestehende strukturelle Zusammenhänge von Recht und Politik zu analysieren und Einfallstore für Ideologie im Recht zu identifizieren, um grundsätzliche Fragen zum Geltungsvorbehalt des Rechts und das Verhältnis von Recht und Moral zu diskutieren.¹⁸

4. Eigenbetroffenheit und Selbstwirksamkeit

Sollen Studenten und Studentinnen durch die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht mündig werden, Recht kritisch reflektieren und aktiv in ihrer späteren Berufspraxis wie auch in rechtspolitischen Debatten Stellung nehmen zu können, so müssen sie Eigenbetroffenheit und Selbstwirksamkeit erfahren. Lehrformate und Formen der Leistungskontrolle müssen also den Studenten zum einen ermöglichen, das Erlernte auf sich selbst zu beziehen und die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus an die Fragen, die sie beschäftigen, heranzutragen. Zum anderen muss ihnen hiervon ausgehend Raum und Gelegenheit geboten werden, einen eigenen rechtlichen Standpunkt zu entwickeln, gegenüber anderen zu verteidigen und damit Einfluss zu nehmen.

¹⁵ So auch *Foljanty* (Fn. 8), *AnwBl* 2017, 1158 (1162) und *Safferling* (Fn. 2), *ZDRW* 2019, 62 (73).

¹⁶ Gemeint sind gerade in der Strafrecht die Entwicklungslinien, die von der Kaiserzeit und der Weimarer Republik zum NS-Unrecht führen, vgl. zur sog. »Kontinuitätsthese« nur *Naucke*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts (2000), S. 324 ff., 361 ff.; *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht (2019); *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht (1975), und *Marxen*, Das Problem der Kontinuität in der neueren deutschen Strafrechtsgeschichte, *KritV* 1990, 287 ff.

¹⁷ Im Strafrecht sind dies die Politisierung und Ethisierung des Strafrechts; Einschwören auf völkisches Denken, Kollektivismus und das Führerprinzip; der Kampf gegen das Analogieverbot und die Erneuerung der strafrechtlichen Auslegungsmethoden im Sinne des Nationalsozialismus; die antiliberalen Verformung des materiellen Verbrechensbegriffs und die Forderung nach einer ganzheitlichen, wesenhaften Betrachtung des Unrechts. Vgl. dazu m.w.N. nur *Marxen* (Fn. 16), S. 76 ff. und 167 ff. sowie zuletzt *Ambos* (Fn. 16), S. 26 ff.

¹⁸ Vgl. ebenso *Foljanty* (Fn. 8), *AnwBl* 2017, 1158 (1162) und allgemein aus Perspektive einer auf *critical thinking* ausgerichteten Rechtsdidaktik *Bleckmann*, Grundlagen und Themen einer kritischen Rechtsdidaktik, *KJ* 2016, 305 (311).

Nur so kann ein rechtsstaatliches Verantwortungsbewusstsein Teil des sich ausbildenden, eigenen professionellen Selbstverständnisses werden.¹⁹

Man muss jedoch kein Didaktiker sein, um zu sehen, dass das juristische Studium derzeit wenig Raum für eine solche Auseinandersetzung mit dem Recht lässt. Weder befördern die klassischen Formate der Vermittlung des Pflichtfachstoffes (zum Teil aber auch der Grundlagen des Rechts), also Vorlesungen und Übungen, ein eigenständiges Nachdenken über Recht; noch erlauben und honorieren die üblichen Prüfungsformen, also Falllösungen in Klausur- oder Hausarbeitsform, ein ebensolches.²⁰ Die Seminare als traditionelle Orte, in denen dieses möglich und gefordert ist, fristen heutzutage ein Schattendasein, da sie schon lange nicht mehr Teil der Pflichtfachprüfung sind und selbst in der universitären Schwerpunktprüfung zunehmend marginalisiert werden.²¹ Juristische Lehre wie juristisches Lernen sind im Wesentlichen darauf ausgelegt, die Studenten und Studentinnen dogmatisch wie methodisch²² sattelfest zu machen, damit sie Rechtsfälle überzeugend und gut begründet lösen können. Es müssen also neue Lehr- und Lernformen erprobt werden, die dem soeben skizzierten Anforderungsprofil gerecht werden.

III. Lektürekurs und Essayprojekt zum nationalsozialistischen Strafrecht – Ein Werkstattbericht

Ein solches Format, das meines Erachtens diese Aspekte in die Lehre integriert und daher eine mögliche Antwort auf das neue Anforderungsprofil des § 5a DRiG sein könnte,²³

¹⁹ So auch *Foljanty* (Fn. 8), AnwBl 2017, 1158 (1161 f.); *Ludyga* (Fn. 8), ZDRW 2019, 16 (20) und in der Sache ebenso *Gusy* (Fn. 10), ZDRW 2019, 1 (5, 13); *Rüthers*, Verfälschte Geschichtsbilder deutscher Juristen? Zu den »Erinnerungskulturen« in Jurisprudenz und Justiz, NJW 2016, 1068 (1074) und *Bleckmann*, Grundlagen und Themen einer kritischen Rechtsdidaktik, KJ 2016, 305 (315).

²⁰ Zurecht stellt *Foljanty* (Fn. 8), AnwBl 2017, 1158 (1160) fest, dass Klausuren »oft so konzipiert [sind], dass sie nur unter starkem Zeitdruck vollumfänglich bearbeitet werden können. Zeitdruck verlangt, sich darauf zu konzentrieren, Gelerntes zu reproduzieren. Für eigenständige Lösungen wäre Zeit zu Nachdenken nötig, die oft nicht gegeben ist.« Bei einer Hausarbeit mag es sich mit dem Zeitdruck anders verhalten, doch auch hier ist die Seitenbegrenzung ein limitierender Faktor. Außerdem steht bei beiden Prüfungsformen die gut begründete, methodengerechte Rechtsanwendung im Vordergrund, nicht jedoch die Reflexion der Rechtsinhalte und Methoden unter ethischen, politischen oder anderen wertenden Aspekten.

²¹ Die meisten landesgesetzlichen Bestimmungen erfordern für den universitären Teil der ersten juristischen Staatsprüfung zwingend lediglich eine Seminararbeit bzw. wissenschaftliche Hausarbeit, wovon durch die Ausgestaltung der universitären Studienordnungen freilich nach oben abgewichen werden kann (vgl. bspw. § 4a II und III Nds. JAG i.V.m. §§ 9, 11 der Schwerpunktbereichsprüfungsordnung der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen, die eine vorbereitende Leistung, eine Seminararbeit sowie eine Studienarbeit verlangt).

²² Dies meint häufig zudem nur die prüfungssichere Anwendung der juristischen Auslegungsregeln und Argumentationsformen, ohne dass die rechtsstaatlichen Implikationen dieser Methoden nachvollzogen werden müssten; vgl. so auch die Kritik von *Foljanty* (Fn. 8), AnwBl 2017, 1158 (1159).

²³ Viele Wege führen nach Rom: Wenn ich daher den »Lektürekurs zu den Grundlagen des Strafrechts« als einen dieser Wege vorstelle, so ist das kein

ist ein »Lektürekurs zu den Grundlagen des Strafrechts«, wie ich ihn im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen zum Thema »Nationalsozialistisches Strafrecht« angeboten habe. Es handelte sich um ein wöchentlich stattfindendes, textbasiertes Kolloquium, das als freiwillige Ergänzungsveranstaltung in den universitären Schwerpunktbereichen »Kriminalwissenschaften« sowie »Historische und philosophische Grundlagen des Rechts« angeboten wurde, jedoch Studenten aller Fachsemester offenstand. Es war eine wiederkehrende Veranstaltung, die sich jedes Semester wechselnden Themen (bspw. im WS 2020/21 der Strafrechtstheorie der Aufklärung oder WS 2021/22 der Strafrechtskritik) widmete. Stets ging es jedoch darum, die Grundlagen des Strafrechts anhand mitunter viel diskutierter und beforschter, aber im Studium nur selten gelesener Texte zu erschließen, wobei insbesondere die geschichtliche Entwicklung des Strafrechts, aber auch seine ethischen sowie sozio-ökonomischen Bezüge in den Blick genommen wurden. Dabei sollte Studenten der Rechtswissenschaften nicht nur ein diverses wie theoretisch fundiertes Verständnis strafrechtlicher Probleme und Themenfelder vermittelt werden, sondern vor allem auch Freiräume für eine eigenständige, analytisch-kritische Reflexion des Strafrechts geboten werden.

Der Lektürekurs »Nationalsozialistisches Strafrecht« sollte die Studenten zunächst durch Lektüre von zeitgenössischen Texten mit den Ursprüngen des nationalsozialistischen Strafrechts, den Inhalten des Strafrechts während der NS-Zeit sowie den unmittelbaren Absetzbewegungen nach Ende der NS-Herrschaft vertraut machen. Hiervon waren sowohl der Aufbau, als auch die Auswahl der Texte geleitet:²⁴ Im ersten Teil des Lektürekurses wurde anhand von Texten von *Franz von Liszt*²⁵ sowie von *Karl Binding*²⁶, welche die deutsche Strafrechtsdiskussion im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert nachhaltig prägten, schlaglichtartig beleuchtet, wie bereits in der Kaiserzeit entscheidende Fundamente gelegt wurden, auf die das nationalsozialistische Strafrecht aufbauen konnte, von denen es sich aber zum Teil auch distanzierte. Hieran anschließend widmete sich der Kurs den zentralen Grundpfeilern des Nationalsozialistischen Strafrechts: 1) der Aufgabe rechtsstaatlicher Grundsätze zugunsten des Führerprinzips und dem rassistisch verstandenen Konzept der Volksgemeinschaft,²⁷ 2) der damit einhergehenden Lockerung der

Patentrezept, sondern versteht sich als einer der vielen Vorschläge (vgl. oben Fn. 10), durch welche Lehrkonzepte und Lehrinhalte die Novelle des § 5a DRiG umzusetzen ist.

²⁴ Allerdings wurde bei der Schwerpunktsetzung in der Lektüreauswahl auch auf Interessen der Studentinnen und Studenten Rücksicht genommen. Ziel war es, die Studenten inhaltlich dort abzuholen, wo ihre Bezugspunkte zum nationalsozialistischen Strafrecht lagen.

²⁵ *Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 1883, 1 ff.

²⁶ *Binding*, Grundriß des Deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil (1907) sowie *Binding*, Handbuch des Strafrechts: Erster Band (1855).

²⁷ *Schmitt*, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, DV 1934, 713 ff.; *Freisler*, Ergebnisse der Beratungen des Zentrallausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht, in: Denkschrift des Zentrallausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht (1934), S. 7 ff.

Gesetzesbindung und Ausweitung der Richtermacht,²⁸ 3) der Entformalisierung und Politisierung des Strafrechts²⁹ sowie 4) der Etablierung eines zugleich sühnenden wie generalpräventiv ausgerichteten Willensstrafrechts.³⁰ Gleichzeitig wurden hierbei die Kontinuitäten aber auch Brüche im Vergleich zum vorherigen (Straf)Rechtsdenken herausgestellt. Darauf aufbauend wurde untersucht, wie sich die »allgemeine nationalsozialistische Programmatik« konkret in Strafrechtsdogmatik übersetzte. Im Zentrum stand dabei das kriminalpolitische Programm der sog. »Kieler Schule«,³¹ die ihre strafrechtsdogmatische Fortsetzung unter anderem in der sog. »Pflichtverletzungslehre«,³² in einem völkisch-materiellen Unrechtsbegriff³³ sowie in einer nationalsozialistischen Tätertypenlehre³⁴ fand. Abschließend wurde noch einmal schlaglichtartig auf die Absetzbewegungen eingegangen, die unmittelbar nach Ende des »Dritten Reiches« einsetzten. Dabei ging es insbesondere zum einen darum, ein besseres Verständnis dafür zu entwickeln, ob und wie Strafrechtsdenker, die sich – anders als die »Kieler Schule« – nicht explizit der nationalsozialistischen Programmatik verschrieben hatten, dieser gleichwohl Vorschub leisteten.³⁵ Zum anderen ging es auch um die Frage, ob das »Unrecht« des nationalsozialistischen Strafrechts in diesen Absetzbewegungen immer zutreffend identifiziert wurde.³⁶

Jenseits dieser inhaltlichen Befassung mit dem nationalsozialistischen Strafrecht war es ein Hauptanliegen des Kurses, die Studenten generell darin zu schulen, das Strafrecht in seiner Ideologiefähigkeit und seinem Missbrauchspotential zu verstehen und kritisch hinterfragen zu können. Sie sollten befähigt werden, sich inhaltlich zum nationalsozialistischen Strafrecht zu positionieren und die Gegenwartsrelevanz einer solchen Auseinandersetzung für sich zu definieren. Dies fand zum einen in der allgemeinen Diskussion der von den Studenten zuvor gelesenen Texte statt, beispielsweise indem die Studenten eigene Fragen und Stellungnahmen zum Text formulierten, aber auch durch

klassische Instrumente, wie Impulsreferate oder Gruppenarbeiten. Zum anderen ermutigte ich die Studenten, eigene Wege für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht zu suchen. Der Rahmen hierfür war ein von mir betreutes Studienprojekt »Nationalsozialistisches Strafrecht«. Es setzte sich zum Ziel, Studenten eine eigene und gleichzeitig wissenschaftlich begleitete Auseinandersetzung mit dem NS-Strafrecht zu ermöglichen und diese einer studentischen, aber auch breiteren Leserschaft zugänglich zu machen.

Ziel war das selbstständige Verfassen eines Essays, der sich mit einem Text beschäftigt, der für das NS-Strafrecht, seine Entstehung oder auch seine Fortwirkung bedeutsam ist. Dabei ging es im Kern nicht darum, einen hochwissenschaftlichen Beitrag mit neuen Forschungsfragen anzufertigen, sondern einen eigenen Zugang zu einer für die rechtswissenschaftliche Ausbildung entscheidenden Thematik zu finden. Der Essay sollte – anders als eine Haus- oder Seminararbeit – kein Fachproblem erörtern, sondern den Text unter einer für die öffentliche Diskussion bereichernden Fragestellung erschließen. Fragen, die im Mittelpunkt stehen, konnten etwa sein: *Warum beschäftigt mich dieser Text und welchen Standpunkt vertrete ich dazu? Was lerne ich daraus, insbesondere für meinen Umgang mit Recht? Warum ist das Thema (noch heute) wichtig? Was macht den Text für heutige Diskussionen relevant?* Kurz: Aus der individuellen studentischen Sicht sollten die eigenen Ideen, Überlegungen und Ergebnisse einer interessierten Öffentlichkeit dargestellt werden. Ziel war es auch, einen Diskussionsbeitrag zu leisten, der andere Studentinnen und Studenten anspricht. Hierfür und zur Ergebnissicherung sollten daher – und diesem Umstand verdankt dieser Band seine Existenz –³⁷ die Essays später veröffentlicht werden.

Die inhaltliche Grundlage für diese Essays wurde vor allem im Lektürekurs gelegt, der das »größere Bild« des NS-Strafrechts zeichnete und hierbei auch thematisch besonders geeignete Bezugstexte auswies. Neben diesen Texten konnte aber auch andere Literatur, die thematisch einschlägig war, zum Gegenstand der Essays gemacht werden. Die Auseinandersetzung mit den Texten und die Erstellung der Essays erfolgte auf verschiedenen Ebenen: Die Studenten sollten sich individuell in die Thematik ihres Textes einarbeiten und den Essay verfassen. Dies wurde zum einen von regelmäßigen Peer-Feedbacks der Studenten begleitet, in denen sie sich untereinander über ihre Themen und Texte austauschen konnten. Zum anderen konnten für die inhaltliche Begleitung aus dem Lehrkörper der Fakultät Mentoren gewonnen werden, die als Gesprächspartner über die Texte und auch die eigenen Essays zur Verfügung standen.

Sowohl der Lektürekurs als auch das Essayprojekt wurden – obwohl gar kein Leistungsnachweis erworben werden konnte – von den Studenten gut angenommen,³⁸ was dafür

und Lange, Generalklauseln und neues Recht, JW 1933, 2858 f.

28 Dahm, Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht, DStR 1934, 87; Dahm, Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht (1931) und Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 1938, 225 ff.

29 Schaffstein, Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStW 1934, 603 ff.

30 Freisler, Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht (1934), S. 9 ff.

31 Dahm/Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht? (1933).

32 Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Dahm et al. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), S. 108 ff.

33 Dahm, Verbrechen und Tatbestand, in: Dahm et al. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), S. 62 ff.

34 Wolf, Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze, ZStW 1935, 544 ff.

35 Welzel, Über den substantiellen Wert des Strafrechts, in: Festschrift Kohlrausch (1944), S. 101 ff. und Welzel, Anmerkung zu einer Entscheidung des OGH vom 5.3.1949, MDR 1949, 373 ff.

36 Radbruch, 5 Minuten Rechtsphilosophie, in: Dreier (Hrsg.), Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (Studienausgabe) (2003), S. 209 ff.; Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 ff. sowie Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, 1689 ff.

37 In welcher Form das geschieht, entschieden die Studenten selbst. In Betracht kamen neben einer Zeitschriftenveröffentlichung etwa auch ein Blog oder ein Sammelband. Freilich bestand kein Zwang zur Veröffentlichung.

38 Am wöchentlich stattfindenden Lektürekurs haben durchschnittlich 18 Studenten teilgenommen, am Essayprojekt, das keine festen Veranstaltungs-

spricht, dass auf studentischer Seite durchaus ein großes Interesse an der Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus besteht.³⁹ Dies zeigte auch die Evaluation der Lehrveranstaltung, bei der insbesondere hervorgehoben wurde, dass sowohl das Format des Lektürekurses als auch der Inhalt eine wichtige Bereicherung des Lehrangebotes darstellten. Besonders erfreulich war, dass den Studenten die intensive, analytisch-kritische Auseinandersetzung mit Originaltexten sehr gut gefallen hat, gerade auch weil sie im übrigen Studium zu kurz komme. Gleichzeitig wurde der zeitliche Aufwand für die umfangreiche Lektüre beklagt, für die das Pflichtcurriculum nur wenig Ressourcen lasse. Dies war auch ein Grund, warum einige Studenten im Laufe des Semesters den Lektürekurs verließen. Gleichwohl legen auch die in diesem Band veröffentlichten Essays ein berechtigtes Zeugnis davon, mit welchem Eifer und mit welcher Produktivität sich Studenten auch außerhalb von Pflichtveranstaltungen mit dem nationalsozialistischen Strafrecht kritisch auseinandersetzen können.

Aus Dozentensicht stellt sich das Bild gleichwohl differenziert dar: Auch wenn das Thema »Nationalsozialistisches Strafrecht« durchaus einen Nerv bei den Studenten traf und sie auch bereit waren, sich zeitlich und inhaltlich intensiv damit auseinanderzusetzen, waren Lektürekurs und Essayprojekt sehr arbeitsintensiv und erforderten ein gewisses Fingerspitzengefühl: Ersteres war insbesondere dem Umstand geschuldet, dass Studentinnen und Studenten der Rechtswissenschaften (wenn sie nicht ohnehin ein Faible für Rechtsgeschichte oder Rechtsphilosophie haben) in der Regel weder mit der geschilderten lektüreintensiven und textnahen Analyse von Primärquellen vertraut waren, noch die Textform eines Essays kannten, bei dem eine kurze Abhandlung zu einer in der Regel selbst gewählten Problemstellung erwartet wird, in der Studentinnen und Studenten ihre eigenen Gedanken äußern und ihren persönlichen Standpunkt argumentativ darstellen. Letzteres – das Fingerspitzengefühl – war in der Lehre gerade mit Blick auf das Thema »Nationalsozialismus« gefordert. Zum einen war das Vorwissen zum Nationalsozialismus unterschiedlich groß, sodass stets Sorge getragen werden musste, dass eine hinreichend belastbare gemeinsame Diskussionsgrundlage bestand. Zum anderen war es für Studenten oftmals nicht einfach, sich mit einer analytischen Distanz den Primärquellen der NS-Zeit zu nähern.⁴⁰ Dies betraf insbesondere den Umgang mit nationalsozialistischer Ideologie, bei der mitunter die Gefahr bestand, dass Studenten sie trivialisierten oder aber in Empörungsrhetorik verfielen. Beides war einer Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Strafrecht, die für heutigen Gefährdungen des Strafrechts sensibilisiert, die aus einer *strukturellen* Anfälligkeit von Recht und juristischer Methodenlehre für politische Instrumentalisierung und Ideologisierung resultieren, abträglich.

termine hatte, haben 11 Studenten teilgenommen.

³⁹ Diesen Befund teilen auch *Kiehnle/Klinck* (Fn. 3), ZDRW 2019, 114 (115, 121).

⁴⁰ Dies beklagen auch *Kiehnle/Klinck* (Fn. 3), ZDRW 2019, 114 (117).

IV. Und nun? Ein kritischer Blick auf die Reform des § 5a DRiG

Gleichwohl bestätigen die Erfahrungen, die ich mit dem Lektürekurs und dem Essayprojekt zum nationalsozialistischen Strafrecht machen konnte, dass sich der Aufwand für ein derart intensives Lehr- und Lernformat sowohl für Dozenten als auch Studenten lohnt: Ersteren erlaubt es, den wissenschaftlichen Anspruch rechtswissenschaftlicher Lehre dahingehend einzulösen, strukturelles und analytisches Wissen über die Funktionsweise des Rechts (und damit auch über sein Missbrauchspotenzial) zu vermitteln. Letztere erhalten die Gelegenheit, jenseits des Hamsterrades der Examensvorbereitung neu über Recht und Unrecht nachzudenken und zugleich einen eigenen Standpunkt in rechtswissenschaftlichen wie rechtspolitischen Debatten zu entwickeln. Für all dies ist gerade die Beschäftigung mit dem nationalsozialistischen Strafrecht ertragreich, da es zum einen zentrale rechtswissenschaftliche Fragen aufwirft: etwa zum Gerechtigkeitsbezug des Rechts, zum Verhältnis von Recht und Politik oder zu den rechtsstaatlichen Implikationen eines verantwortungsvollen Umgangs mit juristischen Methoden. Zum anderen hält es uns einen Spiegel vor und fragt, wo die heutigen Gefährdungen des Rechts liegen und was dies für unsere Praxis heißt.

Angesichts dessen ist die Novelle des § 5a DRiG zu begrüßen, weil sie die juristische Ausbildung darauf verpflichtet, grundlegende Fragen zur Funktionsweise des Rechts, zu juristischen Methoden und Arbeitsweisen sowie zum juristischen Selbstverständnis am Beispiel des Nationalsozialismus zu adressieren. Allerdings soll hier keinesfalls der Eindruck vermittelt werden, die Neuregelung des § 5a DRiG verdiene uneingeschränkten Beifall. Meine Skepsis betrifft weniger den Optimismus des Gesetzgebers, durch Vermittlung einer rechtsstaatlichen und demokratischen Werthaltung künftigen Gefährdungen des Rechts entgegenwirken zu können,⁴¹ als dessen Vorstellung von dem, was Juristen ehemals im Nationalsozialismus gegenüber solchen Gefährdungen wehrlos gemacht haben soll. Denn in der Gesetzesbegründung klingt eine zweifelhafte Kausalität zwischen Rechtspositivismus und NS-Unrecht an, wenn sich die Novelle als Gegenentwurf zu einer Juristenausbildung versteht, wonach sich Juristen und Juristinnen »nur in der Rechtsordnung auskennen und Recht und Gesetz fachmännisch anzuwenden wissen«⁴² müssen bzw. »nur das positive Recht handwerklich korrekt umsetzen können«⁴³

⁴¹ Skeptisch hierzu äußern sich bspw. *Lege* (Fn. 8), FAZ vom 7.6.2018, S. 10; *Lahusen* (Fn. 8), *myops* 2018, 41 (48 f.); *Funke* (Fn. 8), NJW 2018, 1930 (1933). Vgl. jedoch zurecht die praktische Bedeutung der Wertüberzeugung des Rechtsanwenders und damit auch der Wertvermittlung – selbst angesichts der Zwänge und Besonderheiten der Rechtsanwendung in einer Diktatur – herausstellend *Foljanty* (Fn. 8), AnwBl 2017, 1158 (1159 ff.); *Bleckmann* (Fn. 8), ZDRW 2019, 76 (79); und *Kuhli* (Fn. 10), in: Festschrift Trute (2023), S. 271 f.

⁴² Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT Drucks. 19/30503, S. 21.

⁴³ Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drs. 20/21) zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des notariellen Berufrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften, S. 15.

müssen.⁴⁴ Das erinnert mit Blick auf das NS-Unrecht an die Radbruchsche sog. »Wehrlosigkeitsthese«,⁴⁵ nach der der juristische Positivismus die deutschen Juristen gegenüber dem NS-Unrecht wehrlos gemacht hat,⁴⁶ die jedoch in dieser Form unhaltbar ist.⁴⁷ Das Gegenteil ist vielmehr der Fall: Nationalsozialistisches Unrecht vollzog sich – und das konnten auch die Studentinnen und Studenten meines Lektürekurses schnell herausarbeiten – gerade durch die Abwendung »vom juristischen Handwerkzeug«: durch Aufgabe der tradierten Standards methodengerechter Rechtsanwendung,⁴⁸ durch Abkehr vom Bestimmtheitsgrundsatz und den inflationären Gebrauch von Generalklauseln,⁴⁹ durch Entformalisierung des Rechts und Rückkehr zu naturrechtlichen Argumentationsmustern unter Bezugnahme auf vorpositive Werte und Prinzipien.⁵⁰

Letzteres zeigt zugleich, dass die Novelle in ihrer Fokussierung auf die kritische Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht zu kurz greift: Denn die Wege, auf denen sich das nationalsozialistische Unrecht bahnte und die damit zusammenhängenden Fragen⁵¹ betreffen klassische Themen der juristischen Grundlagenforschung und Lehre in Fächern wie etwa Rechtsphilosophie, juristischer Methodenlehre oder Rechtsgeschichte. Der Sache nach verweist § 5a DRiG also auf diese Disziplinen, indem sie das Leitbild

44 Das Bild vom »wertfreien Rechtspositivismus« scheint dann auch wieder in den Stellungnahmen zum Gesetzentwurf durch, vgl. etwa die Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Änderung des § 5a Deutsches Richtergesetz (DRiG), S. 2 f., wonach sich die »Juristen mit NS-Belastung [...] als reine juristische Handwerker verstanden haben«, was darauf zurückgeführt wird, dass diese »Juristen eine Ausbildung erhalten hatten, die sie – im Geiste eines vermeintlich wertfreien Rechtspositivismus – zum reinen ‚Rechtstechniker‘ erzogen hat. Ihre rechtsethische Verantwortung sei ihnen nie bewusst gewesen.«

45 Vgl. mit dieser Kritik auch *Funke* (Fn. 8), NJW 2018, 1930 (1932); *Kuhli* (Fn. 10).

46 Vgl. *Radbruch* (Fn. 40), Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 (107): »Der Positivismus hat [...] mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts.« Vgl. dazu konzipiert auch *Walther*, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?, KJ 1988, 263 (263 f.).

47 Vgl. statt vieler *Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis? in: Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch (2015), S. 1 (10 ff.); *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht (2008), S. 1 ff.; *Walther*, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im »Dritten Reich« wehrlos gemacht? in: Recht und Justiz im »Dritten Reich« (1989), S. 323 ff., jeweils m.w.N. Das gilt gerade auch für das Strafrecht, vgl. nur *Marxen* (Fn. 16), S. 251 f. und *Ambos* (Fn. 16), S. 42 f.

48 Vgl. grundlegend nur *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung (2017), S. 175 ff. und mit Blick auf das Strafrecht *Marxen* (Fn. 16), S. 196 ff.

49 Vgl. nur *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (1974), sowie *Rüthers* (Fn. 48), S. 210 ff. und mit Blick auf das Strafrecht *Schreiber*, in: Recht und Justiz im »Dritten Reich« (1989), S. 151 ff.; *Rüping*, in: Recht und Justiz im »Dritten Reich« (1989), S. 180 ff.

50 Vgl. *Wittreck* (Fn. 47), S. 43 ff.; *Ambos* (Fn. 16), S. 38 ff.; *Marxen* (Fn. 16), S. 71 ff. und 172 ff. sowie *Bock*, Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus, ZNR 1984, 132 ff.

51 Worin genau besteht das Un-Recht des Nationalsozialismus? Wie ist hiervon ausgehend das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit zu bestimmen? Wie kam es zum nationalsozialistischen Recht und warum ist unser Recht heute anders?

des reflektiert-kritischen Juristen (Abs. 3 Satz 1 1. HS) und den Nationalsozialismus als Proberstein (Abs. 2 Satz 3 a.E.) vorgibt. So sehr auch die besondere Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht aus deutscher Sicht historisch verständlich ist:⁵² Wenn die Befähigung zum reflektierten, kritischen Denken und die Vermittlung einer rechtsstaatlichen Werthaltung Ausbildungsziele des Jurastudiums sein sollen, dann muss angesichts der Novelle des § 5a DRiG auch endlich der bereits seit 2012 bestehende Vorschlag des Wissenschaftsrates aufgegriffen werden, die allgemeinen Grundlagenfächer in der universitären Ausbildung zu stärken.⁵³ Deren Bedeutung »[f]ür die Rechtswissenschaft« müsse »hoch veranschlagt werden«, da sie zum einen »zu einem besseren Verständnis des geltenden Rechts führen. Zum anderen stellen sie Referenzräume dar, in denen das positive Recht kontinuierlich der kritischen Reflexion unterzogen werden kann. Sie dienen als kritischer Maßstab und Richtschnur, mit denen positive Rechtsbestände mit Blick auf übergeordnete Kriterien wie Gerechtigkeit reflektiert und auf innere Widerspruchsfreiheit geprüft werden.«⁵⁴

Hintergrund war auch beim Wissenschaftsrat das Ideal einer »breit angelegte[n] und umfassend verstandene[n] ‚Juristische[n] Bildung‘«, für die »die Vermittlung von Kontext- und Grundlagenwissen systematisch gestärkt, die Methodenkompetenz zur Erfassung von strukturellen und systemischen Zusammenhängen gefördert und zum Ausgleich das Studium von Detailwissen entlastet [werden soll]. Dazu sollten die Studierenden verstärkt in Seminaren und kolloquialen Kleingruppen studieren können, damit die Eigeninitiative und das aktive, reflexive Lernen gefördert werden.«⁵⁵

Es bedarf daher nicht nur in den Pflichtfächern der bereits von mir geschilderten, eigenständigen Lehrformate

52 Zwar wird der Sache nach zurecht moniert, dass die Novelle des § 5a DRiG (das SED-Unrecht ausgenommen) andere »Unrechtsepochen«, wie beispielsweise die Kolonialzeit, ausblendet (so etwa *Kuhli* (Fn. 10), in: Festschrift-Trute (2023), S. 276). Allerdings gebietet »[d]ie deutsche Geschichte [...], dass angehende Juristinnen und Juristen über das NS-Unrecht reflektieren« (so zurecht *Ludyga* (Fn. 8), ZDRW 2019, 16 (17)). Auch wenn meines Erachtens die Rechtsgeschichte als Grundlagenfach in ihrer gesamten Breite zu stärken ist, lässt sich eine besondere Hervorhebung des Nationalsozialismus (aber auch der SED-Herrschaft) gerade aus deutscher Perspektive rechtfertigen.

53 Vgl. Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, November 2012, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.html>, zuletzt abgerufen am 30.1.2023. Vgl. zur dort geforderten Stärkung der Grundlagenfächer nur die Beiträge von *Gutmann*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, JZ 2013, 697 ff.; *Hillgruber*, Mehr Rechtswissenschaften wagen!, JZ 2013, 700 (701 f.); *Lorenz*, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats, JZ 2013, 704 ff.; *Rixen*, Juristische Bildung nicht leicht gemacht, JZ 2013, 708 (709 ff.); *Stolleis*, Stärkung der Grundlagenfächer, JZ 2013, 712 ff. Vgl. zur Bedeutung der Ausbildung in den Grundlagenfächern auch *Baldus*, Grenzbestimmung und Methodenfindung: Grundlagenfächer in der Juristenausbildung und Aufgaben der juristischen Dogmengeschichte, StudZR 2015, 179 ff. und *Möllers*, Grundlagenfächer in der Reform der Juristenausbildung, AnwBl 2016, 713 ff.

54 Wissenschaftsrat (Fn. 53), S. 32.

55 Wissenschaftsrat (Fn. 53), S. 8.

zum nationalsozialistischen Recht, sondern vor allem auch einer gleichzeitigen generellen Aufwertung der allgemeinen Grundlagenfächer⁵⁶ – *idealiter* in Verzahnung mit der dogmatischen Pflichtfachlehre.⁵⁷ Was jedenfalls nicht passieren darf, ist, dass durch die Einführung neuer Lehrveranstaltungen zum NS-Unrecht der Lehre in den Grundlagenfächern – in der wie gezeigt die eigentlich entscheidenden Fragen zur Bewertung auch des NS-Unrechts gestellt werden – in Zeiten eines immer voller werdenden Lehrplanes das Wasser abgegraben wird. Dies droht insbesondere dann, wenn angesichts einer bereits jetzt befürchteten Überfrachtung der Pflichtfächer⁵⁸ die Studienordnungen die Veranstaltungen zum NS-Unrecht als Grundlagenchein anerkennen⁵⁹ und so den (nicht intrinsisch motivierten) Studenten letztlich den Anreiz nehmen, weitere Grundlagenveranstaltungen zu besuchen.⁶⁰

Soll die angesichts der Neufassung von § 5a DRiG notwendige Berücksichtigung historischer Bezüge in der Pflichtfachlehre nicht zulasten der Ausbildung in den Grundlagenfächern gehen, muss also grundsätzlich über Inhalt und Ausrichtung der juristischen Ausbildung nachgedacht werden: Das Primat des Jurastudiums hat dabei selbstredend der Vermittlung des Inhalts des geltenden Rechts, dessen Systematik und dessen methodengerechter Anwendung zu gelten. Dies entspricht nicht nur den Bedürfnissen der Praxis, sondern eine solche fachliche Exzellenz der juristischen Funktionsträger ist seinerseits ein rechtsstaatliches Bedürfnis.⁶¹ Wie hierzu die durch die Novelle des

§ 5a DRiG hinzugetretenen Anforderungen, aber auch die Ausbildung in den juristischen Grundlagenfächern überhaupt in Verhältnis zu setzen ist, steht allerdings auf einem anderen Blatt. Hier zeigt sich, dass es mit der Neuregelung des § 5a DRiG nicht getan ist: Lediglich neue Anforderungen an die juristische Ausbildung zu formulieren, führt zwangsläufig zu einer Überfrachtung des Curriculums. Die von § 5a DRiG geforderte Berücksichtigung historischer Bezüge in der Pflichtfachlehre kann nur gelingen, wenn die übrige Stofffülle reduziert wird und so die Studenten entlastet werden. Dies gilt ebenso für die Stärkung der juristischen Grundlagenausbildung: Ohne Reduzierung des Prüfungsdrucks in der Pflichtfachausbildung bleibt für Jurastudentinnen und -studenten schlichtweg kein Freiraum für nichtdogmatische Reflexion über Recht. Im Strafrecht bietet hier meines Erachtens insbesondere der Besondere Teil Möglichkeiten, den Pflichtfachstoff zu beschränken. Eine Neugewichtung der Ausbildungsinhalte bliebe jedoch praktisch folgenlos, wenn nicht auch entsprechende Lernanreize durch eine angepasste Studien- und Prüfungsordnung gesetzt werden. Reflexion über Recht muss sich in der Prüfungsrealität abbilden, will man vermeiden, dass zweckrational agierende Studenten die Rechtsdogmatik einseitig priorisieren und unkritisch hinnehmen.⁶² Hier muss das Rad nicht neu erfunden werden; es reichte schon, in der universitären Schwerpunktprüfung Seminare und Kolloquia aufzuwerten und überdies die Studienordnungen so auszugestalten, dass eine kontinuierliche Beschäftigung mit den Grundlagen des Rechts gleichermaßen gefordert wie honoriert wird.⁶³

⁵⁶ So mit Blick auf die Novelle von § 5a DRiG ebenfalls *Funke* (Fn. 8), NJW 2018, 1930 (1931); *Lege* (Fn. 8), FAZ vom 7.6.2018, S. 10; *Duwe* (Fn. 8), FAZ vom 7.6.2018, S. 10; *Ludyga* (Fn. 8), ZDRW 2019, 16 (22 ff.); wohl auch *Harbarth*, Besser als Medizin – Wie die Juristenausbildung den Rechtsstaat stärken kann, FAZ vom 27.1.2022, S. 6.

⁵⁷ So auch die Empfehlung des Wissenschaftsrats (Fn. 53), S. 60 f.

⁵⁸ So mit Blick auf die Novelle von § 5a DRiG etwa Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Gesetzentwurf zur Änderung des § 5a Deutsches Richterrecht (DRiG) – Implementierung des Themas NS-Unrecht in die juristische Ausbildung; *Werle/Vormbaum* (Fn. 3), JZ 2021, 1163 (1164) und *Kuhli* (Fn. 10).

⁵⁹ Es bleibt abzuwarten, ob dies der Fall sein wird. Entsprechende Forderungen wurden jedoch schon formuliert, vgl. etwa die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Gesetzentwurf zur Änderung des § 5a Deutsches Richterrecht (DRiG) – Implementierung des Themas NS-Unrecht in die juristische Ausbildung, S. 1: »Nach Ansicht des Deutschen Richterbundes könnte die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht als (weiteres) Grundlagenfach in den Pflichtfachstoff aufgenommen, als Teil der Methodenlehre – welche ebenfalls zu den Grundlagen des Rechts gehört – vermittelt oder im Hinblick auf die Nähe der Thematik zum Verfassungsrecht verstärkt im öffentlichen Recht behandelt werden.«

⁶⁰ Zumeist wird der Grundlagenchein in den ersten Semestern »abgehakt«, wenn man überhaupt noch kein fundiertes Verständnis vom Recht hat, so kritisch auch *Lege* (Fn. 8), FAZ vom 7.6.2018, S. 10. Auch hier täte es Not, den Vorschlag des Wissenschaftsrats (Fn. 53), S. 58 zu beherzigen: »Die durch die Grundlagenfächer vermittelte Reflexion des positiven Norm- und Applikationswissens und seiner dogmatischen Systematisierung muss sich durch das gesamte Studium ziehen, um auf die fortschreitenden Kenntnisse der Studierenden in den verschiedenen Gebieten des positiven Rechts Bezug nehmen zu können.«

⁶¹ Ich kann mich insoweit nur *Thomas Duve* (Fn. 8), FAZ vom 7.6.2018, S. 10 anschließen: »Es ist selbstverständlich, dass der Schwerpunkt einer

V. Die studentischen Beiträge dieses Bandes

Bestes Beispiel dafür, dass sich in der Rechtswissenschaft eine solche grundlagenorientierte, die Eigeninitiative und das aktive, reflexive Lernen fördernde Lehre lohnt, sind die studentischen Essays, die im dargestellten Lektürekurs und Essayprojekt zum nationalsozialistischen Strafrecht (III.) entstanden sind, von denen hier einige ausgewählte⁶⁴

juristischen Ausbildung darin liegen muss, die Maschine am Laufen zu halten: die vielen kleinen, ineinandergreifenden Räder zu kennen, den Funktionsmechanismus zu verstehen, systemintern fortzubilden. Schon das ist extrem anspruchsvoll. Und niemand, der zum Anwalt geht, möchte mit einem zwar missratenen Schriftsatz, aber einer eindrucksvollen historischen Analyse über die Rechtsentwicklung nach Hause gehen.«

⁶² So gesehen ist es gewissermaßen ein »hausgemachtes« Problem, wenn bei vielen Jurastudenten die Überzeugung vorzuherrschen scheint, dass der Weg zu einem guten Examen gerade darin bestehe, klausurtaktisch stets der herrschenden Rechtsauffassung zu folgen, statt eigenständig Lösungswege zu entwickeln. Und so mag sich auch der nach wie vor bestehende Zulauf zu privaten Repetitorien (86 % aller Studenten besuchen ein solches, vgl. *Kilian*, Juristische Repetitorien: Wissensvermittlung im Schatten der staatlichen Juristenausbildung, JZ 2016, 880 (882)) erklären, deren Credo genau darin besteht.

⁶³ Etwa als wiederholte, teils auch erst in späteren Semestern zu erbringende Zulassungsvoraussetzung für das Hauptstudium oder das Examen, anstatt dass man die Grundlagen – wie gegenwärtig zumeist – durch den Erwerb eines Scheines bereits »in den ersten Semestern [erschlägt]« (so kritisch auch *Lege* (Fn. 8), FAZ vom 7.6.2018, S. 10).

⁶⁴ Die Auswahl ist zum einen darauf zurückzuführen, dass nicht jeder, der

veröffentlicht werden. Bevor nun endlich die Studentinnen und Studenten mit ihrer Sicht auf das nationalsozialistische Strafrecht selbst zu Wort kommen sollen, möchte ich die in diesem Band versammelten studentischen Beiträge kurz vorstellen:

Den Anfang macht *Tristan Wißgotts* Beitrag zu »Kontext und Kritik des bürgerlichen Rechtsstaats im Spiegel Carl Schmitts«, der *Schmitts* programmatischen Aufsatz »Nationalsozialismus und Rechtsstaat« von 1934⁶⁵ analysiert. In ihm versuchte *Schmitt* den Begriff »Rechtsstaat« für die nationalsozialistische Sache zu reklamieren und einen Gegenentwurf zum vermeintlich überkommenen liberalen Rechtsstaatsdenken zu präsentieren. *Wißgott* stellt anschaulich heraus, wie *Schmitt* mit vordergründig argumentativer Schärfe eine Genealogie des Rechtsstaatsbegriffs schreibt, die uns glauben machen soll, der Rechtsstaatsbegriff sei seit jeher ein politisch umkämpfter und politisch zu definierender Begriff gewesen, sodass es neben dem liberalen Rechtsstaat ebenso einen nationalsozialistischen Rechtsstaat geben könne. So unglaublich wie unliebsam uns dies erscheinen mag, so zeigt *Wißgott* jedoch auf, dass wir von *Schmitt* lernen sollten,⁶⁶ dass der Rechtsstaatsbegriff jeweils Kind seiner Zeit ist und infolgedessen stets ideologisch und politisch funktionalisiert wird. Dass aktuell das Problem einer Entformalisierung des Rechtsstaatsbegriffs nicht nur im »weit entfernten« Polen oder Ungarn bestehe, sondern auch in Deutschland diskutiert werden müsse, zeigt er schließlich äußerst spannend an der strukturell ähnlichen Debatte um die in § 362 Nr. 5 StPO neu normierte Möglichkeit der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen. Denn auch diese Debatte zeige, dass Rechtsstaatlichkeit als liberale Idee wieder mit einer Wertschätzung der *Form* des Rechtsstaats einhergehen müsse, anstatt diese Form gegen dubiose Forderungen einer materiellen Gerechtigkeit auszuspielen.

Meret Unruh widmet sich sodann in ihrem Beitrag »Nationalsozialistisches Willensstrafrecht und die Debatte um Moral Luck« der provokanten Frage, ob das nationalsozialistische Willensstrafrecht – ein rotes Tuch in der strafrechtswissenschaftlichen Debatte – nicht vielleicht harmloser ist, als gemeinhin behauptet. Als Kontrastfolie dient ihr die moral-

philosophische Debatte um *moral luck*. In ihr geht es im Kern um die Richtigkeit des Kontrollprinzips, das besagt, dass wir nur für das moralisch wie (straf-)rechtlich verantwortlich gemacht werden können, was vollständig in unserer Kontrolle liegt. Dies sind – so lässt sich hinzusetzen – jedoch nur unsere handlungsleitenden Gesinnungen und Einstellungen, nicht jedoch die äußeren Handlungsfolgen. Pointiert: Da es vom Zufall abhängt, ob die abgeschossene Kugel tatsächlich trifft, kann nur die Gesinnung des Täters strafrechtlich relevant sein. *Unruh* stellt anschaulich heraus, dass zwar sowohl das nationalsozialistische Willensstrafrecht als auch das moralphilosophische Kontrollprinzip zu einer Subjektivierung des Unrechts führen. Jedoch diene dies allein im Nationalsozialismus einer Ethisierung und Ideologisierung des Strafrechts, um die Gegner des Nationalsozialismus im »Kampf schon auf dem Gebiete der Gedanken«⁶⁷ möglichst frühzeitig mit Mitteln des Strafrechts zu stellen. Gegenüber dieser Strafrechtsausweitung sei der Motor der Moral Luck-Debatte hingegen prinzipiell eine Strafbegrenzung durch das Kontrollprinzip. Damit führt *Unruh* die strafrechtsdogmatische Frage der Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung nicht nur auf ihre historischen⁶⁸ und philosophischen Wurzeln zurück, sondern zeigt auch auf, inwieweit das maßgebliche, ja womöglich das alleinige Abstellen auf den Handlungsunwert einer Tat (und nicht den Erfolgsunwert) durchaus mit einem liberal-rechtsstaatlichen Strafrecht vereinbar ist.

In seinem Essay »Lebensführungsschuld und Lebensleistung: Die Persönlichkeit vor Gericht« beschäftigt sich *Johannes Weigel* in Auseinandersetzung mit den Lehren *Edmund Mezgers* und *Paul Bockelmanns* mit der Lebensführungsschuld: ein dogmatisches Konstrukt, um die nationalsozialistische Tätertypenlehre (wonach für die Strafbegründung wie auch Strafzumessung nicht die Einzeltat ausschlaggebend sein sollte, sondern der jeweilige Tätertyp) mit dem klassischen Schuldverständnis (bei welchem dem Täter vorgeworfen wird, er habe die konkrete Tat unterlassen können) zu vereinbaren: Die Täterschuld betrifft danach nicht die einzelne Tathandlung, sondern das So-(Geworden-)Sein des Täters – eben die Lebensführungsschuld. Wer meint, diese strafrechtsdogmatische Figur des Nationalsozialismus gehöre gänzlich der Vergangenheit an, dem zeigt *Weigel*, dass mit der Lebensleistung als Strafzumessungskriterium auch heute noch ein Relikt dieses Denkens zu finden ist. In Auseinandersetzung mit aktuellen Fachbeiträgen zu dieser Frage,⁶⁹ den Rahmenvorgaben des BGH für die Strafzumessung sowie aktuellen Fallbeispielen (*Uli Hoeneß'* Verurteilung wegen Steuerhinterziehung) zeigt er anschaulich auf, dass ein wichtiger

am Essayprojekt mit Interesse und Erfolg teilnahm, auch gewillt war, seinen oder ihren Beitrag zu veröffentlichen. Zum anderen haben – wie in anderen Lehrveranstaltungen und wie bei anderen Prüfungsleistungen auch – nicht alle studentischen Essays ein veröffentlichungsfähiges Niveau erreicht. Solange man dies jedoch den Studenten im Vorhinein klar kommuniziert, werden meiner Erfahrung nach diese »ungewissen Erfolgsaussichten« gerne in Kauf genommen und wirken sich nicht nachteilig auf die studentische Beteiligung aus.

⁶⁵ *Schmitt* (Fn. 27), DV 1 (1934), 713 ff.

⁶⁶ *Wißgotts* Essay ist zugleich ein gutes Beispiel dafür, dass eine produktive Auseinandersetzung gerade nicht darin besteht, die wissenschaftliche Literatur des Nationalsozialismus von vornherein als ideologisch zu verbrämen, sondern mit den Werten guter wissenschaftlicher Praxis (z.B. Bedeutung des besseren Arguments, Neugierde, Kreativität, Offenheit, Respekt, Redlichkeit, Ernsthaftigkeit, Genauigkeit) an die Texte heranzutreten, sie möglichst »stark« zu lesen zu versuchen, um daraus mit einem für heutige Debatten geschulten Blick hervorzugehen.

⁶⁷ *Freisler* (Fn. 30), S. 9 (16).

⁶⁸ Um dem Prinzip der Willensschuld Rechnung zu tragen, wurde 1939 die bis dahin geltende obligatorische Strafmilderung im Verhältnis zur entsprechenden Vollendungstrafe durch eine bloß fakultative Strafmilderung ersetzt. Auch heute noch ist eine Strafmilderung beim Versuch nicht zwingend, vgl. § 23 II StGB.

⁶⁹ Namentlich *Wittig*, »Lebensleistung« als Strafmilderungsgrund?, in: *Festschrift Beulke* (2015), S. 1259 und *Stadler*, Die Lebensleistung des Täters als Strafzumessungserwägung (2019).

Teil der heutigen Debatte – wonach die Täterpersönlichkeit vor allem täterbegünstigend herangezogen werden soll – dennoch strukturelle Ähnlichkeiten zum Diskurs im Nationalsozialismus aufweist. Die Lebensleistung als Strafzumessungskriterium sei daher auf abstrakter Ebene Ausfluss einer fragwürdigen Würdigung der Täterpersönlichkeit, bei der stets die Gefahr drohe, dass die Täterpersönlichkeit anstelle der Einzeltat abgeurteilt werde.

Schließlich nimmt *Karl Kaltenborn* in seinem Essay »Der Kampf gegen das alte Recht: Die juristische Ausbildung im Nationalsozialismus« gewissermaßen eine Meta-Ebene mit Blick auf die hier diskutierte Reform des § 5a DRiG ein, wenn er untersucht, wie im »Dritten Reich« nicht nur das Recht von der nationalsozialistischen Ideologie usurpiert wurde, sondern auch die juristische Ausbildung. Vor dem Hintergrund einer Analyse der juristischen Ausbildung in Deutschland und deren Umgestaltung durch die sog. Eckardtsche Studienordnung von 1935, zeigt er anschaulich auf, wie durch Neuausrichtung des Curriculums, Vorgabe bestimmter Lehrinhalte, Ausweisung bestimmter Universitäten als juristische Kaderschmieden und Neu-besetzung von Professuren mit NS-treuem Personal ein Kampf um das Recht geführt werden sollte, dessen Kampfplatz die Köpfe der Jurastudenten waren. Einige juristische Fakultäten seien dem bereitwillig gefolgt, andere leisteten (unterschwellig) Widerstand. *Kaltenborn* nimmt dies zum Anlass, einen kritischen Blick auch auf die Reform von § 5a DRiG zu werfen: So sehr in der juristischen Ausbildung die Auseinandersetzung mit dem NS- und SED-Unrecht und die Vermittlung einer rechtsstaatlichen Werthaltung von Nöten und daher die Novelle zu begrüßen sei, so sehr bedürfe es aber auch angesichts dieser Novelle einer Sensibilisierung dafür, dass die Ausbildung junger Juristinnen und Juristen stets Ausdruck einer politischen Wertentscheidung ist. Damit positioniert sich *Kaltenborn* nicht nur zu den mitunter laut gewordenen Vorwürfen, die Reform des § 5a DRiG stehe selbst unter Ideologisierungverdacht,⁷⁰ und weist diese zurück, sondern mahnt zugleich an, dass die Studenten diesen Umstand in ihrer Ausbildung selbst reflektieren müssen, was für eine Stärkung der juristischen Grundlagenfächer spreche.

⁷⁰ Vgl. etwa *Lahusen* (Fn. 8), *myops* 2018, 41 (48 f.) oder *Lege* (Fn. 8), *FAZ* vom 7.6.2018, S. 10.

Tristan Wißgott*

»Wir denken die Rechtsbegriffe um«

Kontext und Kritik des bürgerlichen Rechtsstaats im Spiegel der Lehren Carl Schmitts

A. Nationalsozialismus – und Rechtsstaat?

Die Ausgestaltung des Rechtsstaats im Grundgesetz gilt, wie so vieles, als Reaktion auf den Nationalsozialismus, der besagten Rechtsstaat systematisch mit Füßen getreten hat. Man mag darüber streiten, ob das gesamte Grundgesetz mit der berühmten Formel des Bundesverfassungsgerichts als »Gegenentwurf«¹ zum Nationalsozialismus adäquat erfasst ist; sicher aber sind die umfangreichen rechtsstaatlichen Garantien – von der Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt in Art. 1 III GG bis zu den »Justizgrundrechten« – im Geiste eines solchen Gegenentwurfes verfasst: eine Reaktion auf den »Unrechtsstaat«.

Der Nationalsozialismus war kein Rechtsstaat – zweifelsfrei, möchte man meinen. Aber die Architekten des nationalsozialistischen Staatsrechts waren anderer Ansicht: Allen voran hat sich *Carl Schmitt* in mehreren Publikationen differenziert mit dem Thema auseinandergesetzt. Diese fallen zeitlich wie inhaltlich in jene Phase, in der *Schmitt* sich vorbehaltlos dem Nationalsozialismus hingab. Liberalismuskritiker war er natürlich vorher schon; sein ganzes Weimarer Werk lässt sich mit dieser Stoßrichtung adäquat beschreiben. Er wolle »dem Liberalismus die Totenmaske abnehmen«, schrieb er *Rudolf Smend* 1927², als er an seiner »Verfassungslehre« arbeitete; und wenn er zu dem Zeitpunkt noch »erschrocken« vor dieser Aufgabe war, wird man guten Gewissens feststellen können, dass er diese Emotion nach 1933 hinter sich gelassen hat:

»Das ist kein Vorgang, den man als bloß gefühlsmäßig, emotional und irrational mit den Antithesen von Politisch und Juristisch oder Weltanschaulich und Juristisch, abtun könnte. Es ist ein Vorgang, dessen Totalität gerade die denkerische und die echt wissenschaftliche Seite des Rechtslebens erfasst, ein Vorgang, an dem teilzuhaben jeder von uns deutschen nationalsozialistischen Juristen stolz sein muß. Wir sind auf der Seite der kommenden Dinge!«³

So kommentierte *Schmitt* seinen (pseudo-)wissenschaftlichen Einsatz für den Nationalsozialismus. Der Ton war damit gesetzt. Es folgte ein Flut von kurzen, in jeder Hinsicht nationalsozialistischen Texten, darunter die be-

rüchtigten Rechtfertigungen der Morde im Zusammenhang mit dem sog. Röhm-Putsch (»Der Führer schützt das Recht«) und der Nürnberger Rassengesetze (»Eine Verfassung der Freiheit«). Ganz in diesem Duktus ist auch der hier interessierende Text – mit dem programmatischen Titel »Nationalsozialismus und Rechtsstaat«⁴ – verfasst, wenn gleich antisemitische Ausfälle, zu denen *Schmitt* bekanntlich mehr als fähig war⁵, hier fehlen. Worum geht es ihm? *Schmitt* sucht begriffliche Klarheit zu schaffen hinsichtlich der eben angeschnittenen Frage, inwieweit der neue nationalsozialistische Staat ein »Rechtsstaat« ist. Ein beinahe hegelianischer Dreischritt führt ihn argumentativ zur Antwort.

Schmitt beginnt mit einer beobachteten Differenz zwischen nationalsozialistisch definierter materieller Gerechtigkeit und nach hergebrachten Rechtsstaatsgrundsätzen erreichter Rechtssicherheit. Namentlich bezieht er sich auf die sog. »Lex van der Lubbe«, die bekanntlich das Rückwirkungsverbot missachtete hatte, damit der angebliche Brandstifter des Reichstages zum Tode verurteilt werden konnte. War das nationalsozialistische Deutschland damit kein Rechtsstaat mehr? *Schmitt* meinte: doch! »Jeder sieht ein, daß es eine Forderung der Gerechtigkeit ist, Verbrechen zu sühnen. Denjenigen aber, die im Falle van der Lubbe fortwährend vom »Rechtsstaat« sprachen, lag offenbar nicht in erster Linie daran, daß ein übles Verbrechen die gerechte Sühne fand«⁶.

»Rechtsstaat« ist für *Schmitt* offensichtlich ein umkämpfter Begriff, der von liberaler wie nationalsozialistischer Seite gleichermaßen für die jeweilige Sache reklamiert wird: »Daß wir alle irgendwie einen »Rechtsstaat« wollen, ist selbstverständlich«⁷; es gehe nur darum, *welchen* Rechtsstaat: »Die Weltgeschichte ... ist auch ein Kampf der Begriffe und Rechtsüberzeugungen. Ein solcher Kampf ist keine leere Wortspielerei. Es geht um Sieg und Niederlage, Freund und Feind«⁸.

Die Frontstellung war damit konstruiert. Es ging *Schmitt* – im zweiten Schritt – um die begriffsgeschichtliche Rekonstruktion, die er gleichsam als Beweis für die zuvor aufgestellte Behauptung wie darüberhinausgehend als Argument gegen die liberale Auffassung vom Rechtsstaat anführt. »Woher kommt überhaupt in Deutschland das Wort »Rechtsstaat«? Wer hat es eingeführt? Gegen wen ist es gerichtet und welchen Gegenbegriff hat es polemisch

* *Tristan Wißgott* ist Student der Rechtswissenschaft sowie der Geschichtswissenschaft und der Philosophie an der Georg-August-Universität Göttingen.

1 BVerfGE 124, 300 ff. – Wunsiedel.

2 Mehring (Hrsg.), Auf der gefährlichen Straße des öffentlichen Rechts. Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921–1961, 2. Aufl. (2012), Nr. 36.

3 *Schmitt*, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: ders., Gesammelte Schriften 1993–1936 (2021), S. 164; Hervorhebung im Original.

4 *Schmitt*, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, in: ders. (Fn. 3), S. 131 ff.

5 *Gross*, Carl Schmitt und die Juden, erw. Ausg. (2005).

6 *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (132).

7 *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (133).

8 *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (133).

im Auge?» Schon die letzte Frage verrät die Stoßrichtung des Arguments: *Schmitt* will nachweisen, dass der Begriff des Rechtsstaats ein polemischer ist, gerichtet gegen einen politischen Gegner. Die inhaltliche Ausfüllung ist dann mit einer gewissen Zwangsläufigkeit der Veränderung unterworfen. Drei verschiedene Stadien der Begriffsentwicklung will *Schmitt* ausmachen: Im ersten dient der Rechtsstaat als Antikritik zur Restauration, die eine verloren gegangene theologische Legitimierung des Staates wiedergewinnen will: »Dreißig Jahre lang, etwa von 1820 bis 1850, dient der Begriff Rechtsstaat als Gegenbegriff gegen verschiedene nichtliberale Staatsauffassungen und wendet [...] vor allem auch gegen den Versuch, nach der Invasion der liberalen Ideen von 1789, wieder einen Staat auf christlicher Grundlage aus christlich-religiösen Gedanken heraus zu gestalten und die Totalität des Staates aus der Totalität der Religion eines christlichen Volkes zu gewinnen.«⁹

War dieses erste Stadium ein »weltanschauliches«, so ist das zweite ein »staatswissenschaftliches«, in welchem dem Rechtsstaat weniger eine polemische denn eine integrative Funktion zukommt. Es geht, nachdem die Restauration abgewehrt war, um die Frage der Aussöhnung des post-absolutistischen Staates mit der bürgerlichen Gesellschaft: »In dieser ganz spezifischen Situation, angesichts der Frage der Eingliederung der bürgerlichen Gesellschaft, bürgerlicher Bildung und bürgerlichen Besitzes in den damaligen monarchistischen Militär- und Beamtenstaat, erhebt sich wiederum das Wort »Rechtsstaat« und wird jetzt zum Ausdruck der Bemühungen, bürgerliche Gesellschaft und Staat zu verschmelzen.«¹⁰

Erst auf dieser Grundlage sei, so *Schmitt*, die »positivistische« Rechtsstaatsauffassung entstanden, die dann prägend bleiben sollte und die er wie folgt auf den Punkt bringt: »Der Rechtsstaat ist ein Staat, der gewisse organisatorische Einrichtungen hat, um den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Justiz und Verwaltung zu sichern, ein Staat, der die Unabhängigkeit der Richter garantiert, eine Verwaltungsgerichtsbarkeit hat und in welchem der Bürger genau und sicher weiß, wessen er sich vom Staat zu versehen hat« (Otto Mayer).«¹¹

Die Pointe besteht darin, das bekannte Argument von der »Formalität« des Rechtsstaats abzuwehren: »[A]uch im positivistischen, angeblich unpolitischen Staatsrecht« setze »der Begriff Rechtsstaat eine totale, und zwar total liberale Auffassung von Staat und Gesellschaft«¹² voraus – nämlich den Gegensatz zum *Führerstaat*: »Lex steht gegen Rex und Dux und jedes »persönliche Regiment«¹³. Die vermeintliche Apolitizität des liberalen Rechtsstaats wird so als kryptopolitisches Argument ausgewiesen. Der Liberalismus hatte nur – so ließe sich ergänzen – in dem Maße, in dem ihm der realpolitisch existierende Gegner abhandengekommen

war, die politisch-polemische Funktion der eigenen Begrifflichkeiten aus den Augen verloren.

Wenn der Rechtsstaat also in Wahrheit ein sehr spezifischer, *liberaler* Rechtsstaat ist, liegt die Verallgemeinerung des Argumentes auf der Hand: »Mit wissenschaftlicher Verantwortlichkeit kann man niemals von dem Rechtsstaat sprechen. Es gibt Dutzende und aber Dutzende von Rechtsstaaten, einen feudalen, einen ständischen, einen feudalistischen, einen rein bürgerlichen, einen liberal-demokratischen, einen sozialen, einen national-liberalen, einen faschistischen usw. Rechtsstaat.«¹⁴

Man müsse daher dem Rechtsstaat immer ein »Beiwort« hinzufügen, das die eigentliche, substantielle Bestimmung biete – *Schmitts* Beiwort vermag nicht zu überraschen: »Wir bestimmen also nicht den Nationalsozialismus von einem ihm vorgehenden Begriff des Rechtsstaates, sondern umgekehrt den Rechtsstaat vom Nationalsozialismus her«¹⁵. Damit ist die Möglichkeit für die vorbehaltlose Umsetzung des NSDAP-Parteiprogramms ins Staatsrecht eröffnet. *Schmitts* Ausführungen im Einzelnen brauchen hier nicht zu interessieren. Sie fallen, wie könnte es anders sein, intellektuell auch ein wenig ab. Im Kern schlägt er eine totale Ideologisierung des Rechts im Dienste des Nationalsozialismus vor – eine bis zu einem gewissen Grad folgerichtige Theorie, die allerdings im Ergebnis mit jedem zuvor bekannten Verständnis von Rechtsstaat bloß mehr den Namen gemeinsam hat.

Ein Jahr nach Erscheinen von »Nationalsozialismus und Rechtsstaat« griff *Schmitt* das Thema wieder auf, diesmal allerdings unter etwas anderen Vorzeichen. Das Bedürfnis der Parteiführung nach rechtsstaatlicher Fassade war offensichtlich geschwunden. *Schmitt* entschloss sich, mit dieser Radikalisierung Schritt zu halten. Die Frage nach dem *nationalsozialistischen* Rechtsstaat historisierte er selbst; hielt sie für ein Charakteristikum einer Übergangszeit; wollte sie, weil der Rechtsstaat eben doch unwiderruflich mit dem Liberalismus verbunden war, in naher Zukunft hinter sich lassen: »Dann wird man das Wort hoffentlich nur noch als Trophäe eines geistesgeschichtlichen Sieges über den bürgerlichen Individualismus und seine Entstellungen des Rechtsbegriffs betrachten«¹⁶.

Das zog die folgerichtige Konsequenz aus einer wichtigen Erkenntnis: dass der Rechtsstaat, wie er ihn ideengeschichtlich herleitet, im Kern immer ein liberales Anliegen war – wie *Schmitt* selbst wusste: »Er ist liberaler Herkunft und [...] im Laufe des 19. Jahrhunderts ganz vom liberalen Geiste imprägniert«¹⁷. *Schmitts* »nationalsozialistischer Rechtsstaat« hingegen ist die Negation alles Liberalen.

⁹ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (134).

¹⁰ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (135).

¹¹ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (136).

¹² *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (136).

¹³ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (137).

¹⁴ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (138).

¹⁵ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (139).

¹⁶ *Schmitt*, Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?, in: ders. (Fn. 3), S. 307.

¹⁷ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (134).

B. Was tun mit Carl Schmitt?

Kann man von *Schmitt* lernen? Nein! – so jedenfalls scheint die naheliegende Antwort lauten zu müssen: »*Schmitt* ist ein Verfassungstheoretiker zunächst des autoritären und sodann des nationalsozialistischen Staats. Deshalb kann *Schmitt* auch nichts zum Verständnis des Grundgesetzes beitragen«¹⁸. Das ist ein allzu verständlicher Impuls, der nur Gewicht gewinnt angesichts der Tatsache, dass *Schmitt* der Verwirklichung seiner illiberalen Theorie nie näher war als im Nationalsozialismus. Aber es ist auch, dieser Einsicht sollte man sich nicht verschließen, ein Impuls, der – wenn überhaupt; aber das wäre ein anderes Thema – nur in einer Hinsicht umfassend zutrifft: »Eine liberale Rezeption der Positionen und Begriffe *Carl Schmitts* ist nicht möglich«¹⁹. Für die nationalsozialistischen Schriften jedenfalls stimmt das natürlich.

In einer anderen – und vor allem: zentralen – Hinsicht verfehlt diese posthume Hinrichtung *Schmitts* spektakulär die Pointe der aufgeworfenen Frage, ob man von ihm lernen kann: Denn vielleicht niemand hat den Ratschlag *Kenne deinen Feind!* jemals so ernst genommen wie *Schmitt*. Seine Genealogie und die damit einhergehende historische Kontextualisierung des *bürgerlichen* Rechtsstaates trifft in einer selten übertraffenen begrifflichen Schärfe den Nagel auf den Kopf. »Man kann vielleicht sagen, er hat eine Dogmatik geschrieben, an die er selbst nicht geglaubt hat« – so hat *Böckenförde* *Schmitts* Rechtsstaatsbegriff beschrieben und angefügt: »aber das ist ja auch für einen Juristen, anders als für einen Theologen, nicht nötig«²⁰. Diese Charakterisierung unterschlägt wohl, mit welcher Motivation *Schmitt* diese Dogmatik des Rechtsstaats, die nie der Stärkung des liberalen Staates dienen sollte, sondern – im Gegenteil – der Vorbereitung seiner Dekonstruktion, schrieb. Die Charakterisierung enthält allerdings auch die zutreffende Beobachtung, dass sich *Schmitts* analytische Arbeit – das heißt: die Aufdeckung einer historisch kontingenten Funktionalisierung des Rechtsstaatsbegriffs – von der darauf gestützten normativen Theorie – das heißt: der Apologie des Nationalsozialismus, aber natürlich auch von der Forcierung der Präsidialdiktatur usf. – trennen lässt.

Der Gedanke lässt sich guten Gewissens weiterführen: Wer eine Begriffsgeschichte des Rechtsstaats schreibt, wird nicht um die Feststellung umhinkommen, dass das von *Schmitt* gebrauchte Argument der Kontextualisierung – bei einiger Vereinfachung, die der essayistischen Form seiner Polemik geschuldet sein wird – eine zutreffende Beobachtung darstellt. Der Rechtsstaatsbegriff ist jeweils Kind seiner Zeit und wird infolgedessen ideologisch und politisch funktionalisiert.²¹ Diese Feststellung muss man trennen von dem Aufhänger, den *Schmitt* wählt, um dieses Argument zu machen. Das

Propagieren eines *nationalsozialistischen* Rechtsstaats ist nicht zwingende Schlussfolgerung der zuvor erfolgten Begriffshistorisierung. Er ist, im Gegenteil, bis zu einem gewissen Grade dem gegenläufig, soweit jeder liberale Kern negiert wird.

Die Kontextualisierung des liberalen Rechtsstaats war, strenggenommen, gar keine übermäßig originelle Einsicht *Schmitts*. Der Nachweis *bürgerlicher* Ideologie war natürlich im Kern schon der *Marx'sche* Einwand gegen die Freiheit der Französischen Revolution: »Es handelt sich um die Freiheit des Menschen als isolierter auf sich zurückgezogener Monade«²². Von *Paschukanis* bis *Christoph Menke* haben Theoretiker dieses Argument weitergedacht, ohne im Kern jene fundamentale Einsicht aufzugeben. Allein: Die Form liberaler Rechtsstaatlichkeit ist bei aller Kritik gerade von diesen größten Kritikern in den Fußstapfen *Marxens* nicht durch ein konstruktives Alud ersetzt worden.²³

C. Der liberale Rechtsstaat als politisches Instrument

Andere sind da weiter: *Viktor Orban* etwa, wenn er seit einigen Jahren an seinem Projekt einer »illiberalen Demokratie« arbeitet. Über die vielfältigen Verletzungen rechtsstaatlicher Grundsätze ist zur Genüge geschrieben worden – weitestgehend ergebnislos. Die Kommission sucht das über den »Rechtsstaatsmechanismus« auszugleichen²⁴: Die Defizite des Verfahrens nach Art. 7 EUV sollen durch die Möglichkeit der fiskalischen Durchsetzung des Rechtsstaatsprinzips aufgefangen werden. Verletzungen der in Art. 2 EUV normierten »Werte« der Europäischen Union – darunter prominent: die Rechtsstaatlichkeit – haben also gegebenenfalls Konsequenzen für den Haushalt.

Die Frage ist nicht, ob man Ungarns Politik goutiert; diese Frage muss man, ganz unabhängig vom hier geführten Argument, verneinen. Aber diese politische Frage ist zu trennen von der Frage, ob die Wertoktroierung auf dem Rechtsweg der richtige *modus vivendi* ist²⁵. Nach der *Schmitt*-Lektüre – und der Reflexion auf sie – wird man letzteres bezweifeln dürfen: weil die Gegenargumente Ungarns gleichsam auf dem Silbertablett mitgeliefert werden. Die Operationalisierung des Wertes »Rechtsstaat« im Sinne des Art. 2 EUV sieht sich nämlich im Kern einem Argument ausgesetzt, das *Schmitts* strukturell gleicht²⁶: Nach Art. 4 II EUV habe die Union die mitgliedstaatliche Identität zu achten. Der von der Kommission propagierte Rechtsstaatsbegriff decke sich aber nicht mit dem Ungarns. Entsprechend müsse die Union Rücksicht nehmen auf nationale Besonderheiten des ungarischen Rechtsstaats-

¹⁸ Kersten, Die Notwendigkeit der Zuspitzung (2020), S. 117.

¹⁹ Kersten (Fn. 18), S. 117.

²⁰ Böckenförde, Wissenschaftsbiographisches Interview mit Dieter Gosewinkel, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht (2011), S. 363.

²¹ Begriffsgeschichte jenseits politischer Polemik bei Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, erw. Ausgabe (2007), S. 143 ff.

²² Marx, Zur Judenfrage, in: MEW I, 364.

²³ Vgl. die Antikritik der Rechtskritik Menkes von Möllers, DZPhil 64 (2016), 307 (310 f.).

²⁴ Vgl. insges. Neumeier/Sangi, Fiskalische Verfassungsdurchsetzung im Unionsrecht, JZ 2022, 282 ff.

²⁵ Vgl. Meinel, Auch keine Philosophie der europäischen Integration, soziopolis.de v. 22.03.2022.

²⁶ Ich folge hier der recht ausführlichen Darstellung des EuGH (Große Kammer), Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, Rz. 199 ff.

verständnis. »Es gibt Dutzende und aber Dutzende von Rechtsstaaten, einen feudalen, einen ständischen, einen feudal-ständischen, einen rein bürgerlichen, einen liberal-demokratischen, einen sozialen, einen national-liberalen, einen faschistischen usw. Rechtsstaat«²⁷ – das war *Schmitts* Fazit nach seiner kurzen Begriffsgeschichte. Natürlich gibt es, so ließe sich das Argument pro Ungarn fortführen, auch einen ungarischen Rechtsstaat; dieser muss nicht mit dem westeuropäischen deckungsgleich sein. Darin liegt die argumentative offene Flanke einer Politik, die die politische Lösung des unbestreitbaren politischen Problems, das *Orbans* Ungarn darstellt, im Wissen der eigenen Schwäche bewusst meidet; und die stattdessen den scheinbar unpolitischen Weg einer juristischen Lösung wählt. Von *Schmitt* lässt sich jedenfalls lernen, dass darin weniger eine überzeugende Durchsetzung rechtsstaatlicher Normen als vielmehr die Hypertrophie eines gewissermaßen autoritären Liberalismus liegt.

Schmitts Argument zeigt zugleich die Grenzen: Ein Kern an liberalen Garantien muss erhalten bleiben, um überhaupt noch vom Rechtsstaat sprechen zu können. Diese müssen also auch dem »ungarischen« Rechtsstaat inhärent sein. Die totale Relativität des rechtsstaatlichen Programms, die schon *Schmitts* »nationalsozialistischen« Rechtsstaat legitimieren sollte, ist demnach auch in der ungarischen Variante zurückzuweisen. Ein darüberhinausgehendes, extensives Rechtsstaatsverständnis aber mit dem Mittel rechtlichen Zwangs durchzusetzen, ist vielleicht politisch nicht die klügste Option – weil es den politischen Gegnern in die Karten spielt.

D. Der liberale Rechtsstaat als Form

Ungarn ist zwar in der Europäischen Union; gefühlt ist es aber doch ein Stück weg. Und wenn Berlin schon nicht Bonn ist, dann ist es sicherlich nicht Budapest! Oder? – Wer nach offenen Angriffen auf den liberalen Rechtsstaat aus den Reihen der Politik Ausschau hält, wird hierzulande in der Tat länger suchen müssen. Das liegt – neben der allgemeinen Hochschätzung rechtsstaatlicher Garantien – sicherlich an der parteipolitisch in Relation zu Ungarn geradezu idyllischen Situation. Ein anderes Phänomen aber ist auch hier nicht fremd: die Unzufriedenheit mit den Ergebnissen rechtsstaatlicher Verfahren.

Das »Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit« hat zuletzt vielbeachtet in diese Kerbe geschlagen. Die in § 362 Nr. 5 StPO eingefügte Möglichkeit der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen, »wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte ... verurteilt wird«, sollte – so die Gesetzesbegründung! – auf eine vermeintliches Defizit der vormaligen Rechtslage reagieren:

»Dies führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass selbst bei den schwersten Straftaten, die das deutsche Strafrecht vorsieht, ... ein in einem Freispruch geendetes Verfahren dann nicht wiederaufgenommen werden kann, wenn nachträglich Beweismittel einen eindeutigen Nachweis der Täterschaft erlauben würden. ... Ein Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils stellt in diesen Fällen einen *unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß* dar«²⁸.

Die Gründe wider und – weniger überzeugend – für die Zulässigkeit dieser Änderung mit Blick auf *ne bis in idem* sind *in extenso* ausgetauscht worden. Die semantische Dimension hat demgegenüber weniger Beachtung gefunden. »Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit« – was heißt eigentlich: »materielle Gerechtigkeit«? Wie wurde sie negiert, wenn sie nun hergestellt werden muss? Und: von wem? Vom Rechtsstaat, offensichtlich. Das Gebot des *ne bis in idem* ist verantwortlich für den Widerspruch zur »materiellen Gerechtigkeit«; daher müsse man »unter Abwägung zwischen den Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit und des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit« dafür sorgen, dass dieser »unerträgliche Gerechtigkeitsverstoß« aus der Welt geschafft wird²⁹.

»Wir haben Gerechtigkeit erwartet und den Rechtsstaat bekommen«³⁰ – so lautet die klassische Klage über jene Differenz, die das besagte Gesetz nun durch die »Herstellung materieller Gerechtigkeit« einzuebnen sucht. Kein neuer Gedanke; im Gegenteil: Er ließ sich, wie gesehen, etwa auch bei *Schmitt* beobachten. Dieser trug interessanterweise auch zu strafrechtlichen Garantien vor: zwar nicht zu *ne bis in idem*, sondern *nulla poena sine lege*; aber es handelt sich – die unmittelbare Nachbarschaft beider in Artikel 103 Absätze 1 & 2 GG verrät es – um Grundsätze ähnlichen Gewichts. *Schmitt* schrieb als Rechtfertigung der berichtigten »Lex van der Lubbe«: »Demjenigen, der in der Sache gerecht denkt, liegt daran, daß kein Verbrechen ohne Sühne bleibt. Ich setze diesem rechtsstaatlichen ›*nulla poena sine lege*‹ den Gerechtigkeitssatz ›*nullum crimen sine poena*‹ entgegen. Die Diskrepanz zwischen ›Rechtsstaat‹ und gerechtem Staat wird dann sofort sichtbar.«³¹

Namentlich stellte *Schmitt* einen »typische[n] Rechtsstaatter« heraus³²: Der »liberale Strafrechtslehrer und Rechtsphilosoph *Gustav Radbruch*« diente ihm als Paradebeispiel für jenen Typ »liberalen Individualist«. Dieser »denkt gesetzesstaatlich, normativistisch, weil er keinem Menschen, keinem Führer und König traut, sondern sich an fixierte, unverbrüchliche vorherbestimmte, berechenbare feste Regeln hält. Dann erst fühlt er sich in Sicherheit und spricht er von einem ›Rechtsstaat‹«³³.

²⁸ Bt.-Drs. 19/30399, S. 6.

²⁹ Bt.-Drs. 19/30399, S. 6.

³⁰ Fälschlicherweise Bärbel Bohley zugeschrieben; vgl. *Bahners*, F.A.Z. v. 12.10.2020.

³¹ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (133).

³² *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (133).

³³ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (133).

²⁷ *Schmitt* (Fn. 4), S. 131 (138).

Was *Schmitt* damals nicht wissen konnte: dass *Radbruch* einst mit seiner »Formel«³⁴ als Kronzeuge einer rechtsphilosophischen Läuterung in die Geschichte eingehen sollte: vom rechtspositivistischen Saulus zum antipositivistischen Paulus. Dies allerdings vollkommen zu Unrecht; denn sein berühmter Aufsatz über »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht« war zuvörderst ein Loblied auf die – von *Schmitt* zutreffend dem Rechtsstaat zugeschriebene – Rechtssicherheit³⁵: »Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahingehend zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist«. Erst darauf folgt – durch »es sei denn...« als deutliche Ausnahme abgegrenzt – die berühmte Formel: »...daß der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit ein zu so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat«. Wenn man – sozialpsychologisch verständlich – die *Radbruch'sche* Formel als alternativlose Lehre aus dem Nationalsozialismus ansieht, dann richtigerweise in dieser vollständigen Variante.

Der Angriff *Schmitts* galt nicht primär einer materiell definierten liberalen Gerechtigkeit; vielmehr galt er der *Form*, in deren Verabsolutierung sich liberale Gerechtigkeit durchsetzt: dem Rechtsstaat nämlich, der die durch formale Garantien erreichte Rechtssicherheit der »materiellen Gerechtigkeit« im Einzelfall vorzieht, und der gerade durch diese Form seine liberale Vorstellung von Staat und Gesellschaft verwirklicht. Wer einen Gegensatz zwischen dem »Bedürfnis nach Rechtssicherheit« und der »materiellen Gerechtigkeit« im Wege der Verhältnismäßigkeit auszugleichen sucht, der kreiert den Scheingegensatz, der ganz dem *Schmitts* gleicht – nur war *Schmitts* materielle Gerechtigkeit eine dezidiert *illiberale*. Dem »Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit« liegt also – wenn nicht ausdrücklich, so implizit – ebenfalls eine illiberale Theorie zugrunde. Nach der Tragödie die Farce: Auch damit scheint *Marx* richtig gelegen zu haben – nur dass die Farce unerkant bleibt, weil die Einsicht in den von *Schmitt* herausgestellten Konnex zwischen Rechtssicherheit und liberalem Staat verloren gegangen ist.

E. Nochmal: was tun mit Carl Schmitt?

Was kann man von *Schmitt* lernen? Dreierlei lässt sich aus vorstehenden Ausführungen destillieren. Zunächst gegen den *Schmitt* des »Nationalsozialismus und Rechtsstaat«-Essays, aber mit dem radikalisierten *Schmitt* des Folgejahres, die Erkenntnis, dass Rechtsstaatlichkeit als kontinentaleuropäische Idee eine untrennbar liberale Idee ist. Rhetorische Tricks, die auf eine radikale Begriffsverschiebung abstellen, werden durch diesen liberalen Wesensgehalt als unhaltbar entlarvt und sollten auch so markiert werden. Zweitens muss es darum gehen – rein gegen *Schmitt* – eine Wertschätzung der *Form* des Rechtsstaats wieder zu gewinnen – anstatt diese Form gegen eine – immer dubiose! – »materielle Gerechtigkeit« auszuspielen. Endlich bedarf es – insoweit durchaus mit *Schmitt* – gerade auf den so verstandenen *liberalen* Rechtsstaat einer Reflexion seiner geistesgeschichtlichen Wurzeln, die offensichtlich in einer liberalen Staats- und Gesellschaftsauffassung liegen, die als solche, ohne dass daraus ein Kulturrelativismus folgen sollte, nicht verabsolutiert werden sollten.

Wer damit ungerne Ungarn oder Polen in die Karten spielt, wird vielleicht andere Konsequenzen aus dieser Kritik des bürgerlichen Rechtsstaats begrüßen. Aus der Wurzel in einem liberalen Gesellschaftsbild folgt eben auch: Der Rechtsstaat ist blind gegenüber den faktischen Voraussetzungen der Freiheit. Er fingiert gleiche Bürger und gewährt ihnen gleiche Freiheit, ohne die faktische Gleichheit als notwendige Voraussetzung der Ausübung von Freiheit betrachten zu können. Die »Dialektik von Freiheit und Gleichheit«³⁶ lässt sich nur produktiv fortführen, wenn man diese Einsicht für eine notwendige Kritik des Rechtsstaats nutzt. Das damit eröffnete Anwendungsfeld ist uferlos: Ein Rechtsstaat, der neben Freiheit auch auf Gleichheit setzt, hat einen enormen Theoriebedarf, der allenfalls in der sozialstaatlichen Dimension eine ausreichende Ausformung gefunden hat. Im Bereich der Antidiskriminierung etwa ist das Theoriedefizit erheblich; von Kritikern des Liberalismus ist das längst erkannt – aber auch von seinen Verteidigern?

³⁴ *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 ff.; hier zitiert nach: ders., Rechtsphilosophie. Studienausgabe, 2., überarb. Aufl. (2003), S. 211 ff.

³⁵ *Radbruch* (Fn. 34), S. 216.

³⁶ *Böckenförde* (Fn. 21), S. 167 f.

Meret Unruh*

Nationalsozialistisches Willensstrafrecht und die Debatte um Moral Luck

»Nicht die Zufälligkeit des Erfolgeintritts, sondern der betätigte verbrecherische *Wille ist bei der Bestrafung zugrunde zu legen*. Der Eintritt des Erfolges hängt von Umständen ab, auf die der Täterwille keinen Einfluss hat.«¹

»[...] [I]t is not the harm a person does, that determines his deserts, but the features of character which he enacts [...] If all this is right, and if each of the emigré and the concentration camp officer [sc. in the Third Reich] enacts the character described, then each will deserve the same response to those enactings. For each will have enacted the same dangerous, stable features of character calling for the same protective and re-educative responses.«²

Auf den ersten Blick ist die Gegenüberstellung dieser beiden Zitate verblüffend: Das erste stammt vom NS-Juristen *Roland Freisler* (1893-1945), oberster Strafrichter, von 1942-1945 Präsident des Volkserichtshofs und einer der Architekten des nationalsozialistischen Willensstrafrechts; das zweite aus einem Beitrag des US-amerikanischen Rechtsphilosophen *Norvin Richards* von 1986 zur sogenannten Moral Luck-Debatte. Verblüffend ist vor diesem Hintergrund die Ähnlichkeit der Aussage *Richards*' mit der des NS-Juristen. Auch *Richards* hält nicht den Erfolg, »harm« für entscheidend, wenn es darum geht, die verdienten strafrechtlichen »protective [...] responses« auf ein Verhalten zu bestimmen. Für die Strafwürdigkeit entscheidend seien vielmehr allein die »features of character«, die ein Mensch in diesem Verhalten an den Tag lege. So würden in dem von ihm genannten Beispiel eines »concentration camp officer« und eines »emigré« (letzterer bezieht sich auf einen Emigranten zur Zeit des Dritten Reichs, der vor der Macht ergreifung der Nationalsozialisten nach Argentinien ausgewandert ist, aber charakterlich ebenso schlecht wie der in Deutschland verbliebene KZ-Aufseher ist und – wenn sich ihm die Gelegenheit böte – ebenso viel Unheil anrichtet) beide denselben Tadel und dieselbe Strafe verdienen. Was *Richards* hier formuliert ist das Prinzip eines Willensstrafrechts, genau genommen eines Charakterstrafrechts.

Ein Willensstrafrecht und vor allem ein Gesinnungsstrafrecht ist in der deutschen Strafrechtslehre heute, nicht zuletzt als

Konsequenz der Erfahrungen des Nationalsozialismus, ein rotes Tuch. Es gilt als Totschlagargument gegen eine bestimmte strafrechtsdogmatische Auffassung, wenn sich von ihr sagen lässt, sie müsse »letztlich auf ein Gesinnungsstrafrecht hinauslaufen«³. Umso verblüffender ist es, dass heutzutage im Kontext der Debatte um Moral Luck eine Position vorgetragen wird, die ganz unverhohlen auf ein Willens-, bzw. Charakterstrafrecht hinauszulaufen scheint. Zwar wird diese Debatte vornehmlich in der angloamerikanischen Moralphilosophie und Strafrechtstheorie⁴ geführt, aber die Schrecken des Nationalsozialismus stehen den Autor:innen offenbar auch dort vor Augen: Der deutsche »concentration camp officer« taucht als der im höchsten Maße Tadelns- bzw. Strafwürdige nicht nur bei *Norvin Richards* auf.⁵ Ist man im Angelsächsischen schlicht so naiv, aus dem NS-Unrecht nichts gelernt zu haben? Darüber hinaus könnte der begründende Nachsatz »Der Eintritt des Erfolges hängt von Umständen ab, auf die der Täterwille keinen Einfluss hat« ebenso gut den ersten Satz einer Einführung in das Moral Luck-Problem abgeben. Man kann also auch umgekehrt fragen: Sind vielleicht die Teilnehmer:innen der Debatte um Moral Luck nicht naiv, sondern ist das nationalsozialistische Willensstrafrecht harmloser, als es uns die Teilnehmenden der deutschen strafrechtsdogmatischen Debatte glauben machen wollen?

Auf beide Fragen ist mit Nein zu antworten. Die Autoren:innen der Moral Luck-Debatte sind nicht so naiv, dass sie nationalsozialistische Strafrechtslehre blind reproduzierten. Deshalb verliert auch das nationalsozialistische Willensstrafrecht nichts von seinem Schrecken, auf den in der deutschen strafrechtsdogmatischen Debatte zurecht hingewiesen wird. Aber der hier zu unternehmende Vergleich zwischen nationalsozialistischem Willensstrafrecht und Moral Luck-Debatte kann dabei helfen, zu verstehen, worauf genau ein Strafrecht nicht hinauslaufen darf und worauf vielleicht doch. Und dabei zeigt sich auch, warum angehende Jurist:innen sich auch mit dem nationalsozialistischen Strafrecht beschäftigen und genau hinsehen sollten. Und zwar nicht nur, damit sie suggestiven Zitaten nicht auf den Leim gehen.

* *Meret Unruh* studiert Rechtswissenschaften und Philosophie an der Georg-August Universität in Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Kirchenrechtlichen Institut der EKD.
1 *Freisler*, Ergebnisse der Beratungen des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht, in: Frank (Hrsg.), Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts (1934), S. 7 (13) (Hervorhebung im Original).

2 *Richards*, Luck and Desert, Mind 1986, 198, zitiert nach dem Nachdruck in: Statman (Hrsg.), Moral Luck (1993), S. 167 (175).

3 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. (2020), § 10 Rn. 99.

4 Als strafrechtliche Beiträge zur Debatte s. etwa *Zimmerman*, Taking Luck Seriously, The Journal of Philosophy, 2002, 553 ff. oder *Moore*, Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics (2009).

5 Dieses Beispiel geht auf *Nagel*, Moral Luck, in: ders., Mortal Questions (1979), hier zitiert nach dem Nachdruck in: Statman (Hrsg.), Moral Luck, (1993), S. 57 (58 f.).

A. Strafrechtliche Begrifflichkeiten

Aber wovon reden wir eigentlich, wenn wir von ›Willensstrafrecht‹ und ›Moral Luck‹ sprechen? Bevor die Vergleichsfolie des Moral Lucks ausgebreitet wird, lohnt es sich zunächst die strafrechtlichen Begriffe zu klären: Ganz grundsätzlich handelt es sich bei einem Willensstrafrecht um einen streng subjektivistischen Ansatz, der den Anknüpfungspunkt strafwürdigen Unrechts in den Interna des Täters, seinem Willen, nicht im äußeren Erfolg seiner Tat sieht.⁶ Nicht zuletzt weil im menschlichen Handeln Interna und Externa auf eine nicht bis ins Letzte zu entwirrende Weise verflochten sind, können Begriffe wie »Willensstrafrecht« – auf ein Internum verweisend – oder »Tatstrafrecht« – auf ein Externum verweisend – nicht gegeneinander abgeschlossene Strafrechtstheorien beschreiben.⁷ So ist einem Willensstrafrecht ein Tatstrafrecht nicht einfach entgegengestellt. Ein Tatstrafrecht kann durchaus täterstrafrechtliche Elemente aufweisen. Und ein Willensstrafrecht ist nicht notwendigerweise ein Gesinnungsstrafrecht. Zu Beginn ist es also hilfreich, zu klären, was genau mit Begriffen wie »Willensstrafrecht«, »Tatstrafrecht«, »Täterstrafrecht« und »Gesinnungsstrafrecht« gemeint ist.

Ein Tatstrafrecht, als solches wird unser heutiges Strafrecht eingeordnet, knüpft die Strafbarkeit an eine durch den Tatbestand umschriebene einzelne Handlung.⁸ »Seit der Entdeckung« der subjektiven Unrechtsmerkmale, kann auch ein Tatstrafrecht nicht von subjektiven Elementen freibleiben.⁹ Diese bleiben aber auf die konkrete Einzelat bezogen. Gleichwohl setzte mit dieser Entdeckung eine Subjektivierungstendenz in der deutschen Strafrechtslehre ein, an die die Nationalsozialisten anknüpfen und die sie im Willensstrafrecht radikalisierten konnten.¹⁰

Ein Täterstrafrecht dagegen knüpft die Strafe an die Persönlichkeit des Täters. Nicht seine Handlung, sondern dass er ein Täter ist, der eine solche Handlung begeht und deshalb in besonderem Maße gefährlich ist, wird bestraft.¹¹ Bei Franz v. Liszt (1851-1919), der als Begründer täterstrafrechtlicher Lehren gilt, motivieren vor allem spezialpräventive Erwägungen den Fokus auf die Täterpersönlichkeit: Wenn die Aufgabe des Strafrechts vor allem in der Verhütung weiterer Straftaten durch den Täter besteht, dann sind dafür nicht so sehr die Umstände der konkreten Einzelat, sondern die Persönlichkeitsstrukturen der Täter bedeutsam.¹² Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit hielten v. Liszt und seine

Nachfolger aber dennoch an der Tat als Strafvoraussetzung fest. So plädierte v. Liszt lediglich für eine stärkere Ausrichtung der Tatbeschreibung an Motiven und eine Abhängigkeit der Vollzugsdauer von der Erreichung des Resozialisierungszwecks.¹³

In der Nachfolge v. Liszts wurden Gedanken entwickelt, die in ähnlicher Form auch in der Moral Luck-Debatte auftauchen. So wie Richards im Eingangszitat die Strafe des Täters an den »character which he enacts« knüpft, formulierten v. Liszts Schüler eine sog. charakterologische Schuldauflösung. Sie verstanden die Tat als Ausprägung des Charakters und sahen die Schuld in der Verantwortlichkeit des Täters für seinen Charakter. Auch Richards betrachtet die Tat als Ausprägung, genauer: als epistemischen Hinweis auf den Charakter des Täters, den eigentlichen Anknüpfungspunkt der Strafwürdigkeit.¹⁴ Dies entspricht in gewisser Hinsicht der symptomatischen Verbrechensauffassung zweier Nachfolger v. Liszts, Tesar und Kollmann.¹⁵ Insoweit die Vertreter der symptomatischen Verbrechensauffassung an der Einzelat als Sanktionsvoraussetzung festhalten,¹⁶ haben sie allerdings die Schwelle zum Gesinnungsstrafrecht noch nicht überschritten. Diese ist erst erreicht, wenn innere Einstellungen des Täters unabhängig von der Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes bestraft werden – ganz wie es Richards vorzuschweben scheint.¹⁷

Bei der Einordnung des nationalsozialistischen Willensstrafrecht innerhalb dieser Begriffe ist zu differenzieren: Obwohl sie begrifflich an eine »Tätertypenlehre« anknüpfen,¹⁸ ist den NS-Strafrechtlern ein spezialpräventiv motiviertes Täterstrafrecht v. Lisztscher Art zu »verständnisvoll«¹⁹

6 Wrobel, Das Willensstrafrecht und dessen Einfluss auf die Strafrechtsdogmatik, GRZ 2019, 83 (84).

7 Roxin/Greco (Fn. 3), § 10 Rn. 53.

8 Roxin/Greco (Fn. 3), § 6 Rn. 1.

9 Roxin/Greco (Fn. 3), § 10 Rn. 53, s. dazu im Einzelnen Rn. 8.

10 Wrobel (Fn. 6), GRZ 2019, 83 (85) m.w.N.

11 Formulierung in Anlehnung an Bockelmann, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken?, MatS-StrRef. 1954, 29. S. auch Roxin/Greco (Fn. 3), § 6 Rn. 1.

12 v. Liszt, Die Zukunft des Strafrechts, in: ders., Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. I, 1905 (Nachdruck 1970), S. 1 (16). S. dazu auch Roxin/Greco (Fn. 3), § 6 Rn. 4, s. auch Rn. 3.

13 v. Liszt, Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: ders., Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. II, 1905 (Nachdruck 1970), S. 75 (91 ff.). S. dazu auch Roxin/Greco (Fn. 3), § 6 Rn. 4.

14 Vgl. Richards (Fn. 2), S. 167 (177): »The idea was that, as an enactment of character, an action makes future behavior more likely, thereby calling for re-educative and protective responses against that future behavior. [...] Desert is supposed to flow from the nature of the deed: in my way of talking, it does so only in so far as deeds indicate future deeds by being symptoms of patterns in the agent's behavior.«

15 Vgl. Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens (1907); Kollmann, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem (1908); ders., Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 1908, 449. S. dazu auch Roxin/Greco (Fn. 3), § 6 Rn. 4.

16 S. dazu Roxin/Greco (Fn. 3), § 6 Rn. 4.

17 Wrobel (Fn. 6), GRZ 2019, 83 (87).

18 Etwa Dahm, Verbrechen und Tatbestand, in: ders./Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), S. 62 (88); dazu auch unten (III.), s. außerdem Roxin/Greco (Fn. 3), § 6 Rn. 10.

19 Vgl. Freisler, Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil (1934), S. 9 (26): »Und ebensowenig darf die dem Richter zugewiesene Aufgabe, im Rahmen der Strafzumessung ein treffendes Bild der Täterpersönlichkeit zu finden und zu äußern, um die richtige Art und das richtige Maß der Abwehr- und Sühnemaßnahmen zu bestimmen, etwa in dem Sinne verstanden werden, als solle hier ein verständnisvolles, ja fast liebevolles Eingehen auf die Täterpersönlichkeit und ihre Schwächen, ihre innere Unzulänglichkeit, ihre Beeinflussung von außen u.a. zu dem Zwecke stattfinden, um ja nichts

gegenüber dem Täter. Was das nationalsozialistische Willensstrafrecht allerdings auch nicht sein möchte, ist ein »Gesinnungsstrafrecht«. ²⁰ Allerdings ist diese Selbstzuschreibung, wie sich gleich zeigen wird, eher zweifelhaft. Zunächst aber zur Vergleichsfolie der Moral Luck-Debatte:

B. Die Moral Luck-Debatte

»Der Eintritt des Erfolgs hängt von Umständen ab, auf die der Täter keinen Einfluss hat.« ²¹ Einem Strafrecht, das sich dem Schuldprinzip verpflichtet fühlt oder auch nur den tatbestandlichen Erfolg dem Täter als »sein Werk« ²² zu rechnen möchte, muss diese Einsicht Probleme bereiten. Und nicht nur das Strafrecht, auch die Moral, als ein System, das menschliches Handeln normativ bewertet, sieht sich vor dieselben Probleme gestellt. In der angelsächsischen Moralphilosophie wird dieser Problembereich unter dem von *Bernard Williams* und *Thomas Nagel* geprägten Begriff des »Moral Luck« verhandelt. ²³ Seinen Ausgang nimmt das Moral Luck-Problem von einem intuitiv plausiblen Prinzip: dem sog. »Kontroll-Prinzip«. Es besagt, dass man nur für das moralisch (und strafrechtlich) verantwortlich sein kann, was man unter Kontrolle hat. ²⁴ Mit Blick auf offensichtlich unkontrolliertes Verhalten, etwa die Handlungen eines Schlafwandlers, ist dieses Prinzip unmittelbar einleuchtend. Wie könnten wir ihm einen moralischen (oder gar strafrechtlichen) Vorwurf dafür machen, dass er etwa eine wertvolle Ming-Vase zerbrochen hat?

Probleme zeitigt das Kontrollprinzip erst, wenn man die Betrachtung auf Fälle vermeintlich offensichtlich kontrollierten Verhaltens ausweitet: etwa der Abgabe eines Schusses auf ein Mordopfer. Hier, so meinen wir jedenfalls, können wir den Schützen für den Tod des Opfers in besonderer Weise moralisch (und strafrechtlich) verantwortlich machen, weil er den Todeseintritt kontrollierte. Aber anhand eines Vergleichsfalls wird deutlich, dass wir diese Kontrolle dem Schützen eigentlich nicht ohne Weiteres zuschreiben können: Gibt ein zweiter Schütze unter genau denselben Umständen einen Schuss ab, der aber durch einen großen Vogel abgefangen wird, der plötzlich die Flugbahn der Kugel kreuzt und den Tod des Menschen verhindert, zeigt sich, dass der Todeseintritt als solcher nicht kontrollierbar war. ²⁵ Vielmehr hängt der Eintritt bzw. das Ausbleiben des Erfolges (d.h. des Todes des anderen) von einer Vielzahl von Faktoren ab (der Vogel ist nur ein solcher Faktor), die unsere Schützen nicht kontrollieren. Wenn wir gleichwohl hiermit eine unterschiedliche moralische oder strafrechtliche Bewertung der beiden Schützen rechtfertigen wollen (etwa die Vollendung stärker als den Versuch bestrafen wollen), dann

spricht man von *Moral Luck*, da zufällige Umstände Einfluss auf die Handlungsbewertung haben. Weil diese Fälle von Moral Luck den Erfolgseintritt einer Handlung betreffen, werden sie als *resultant moral luck* bezeichnet. ²⁶ Moral Luck, diese von unkontrollierten Faktoren beeinflusste Bewertung, steht jedoch im Widerspruch zum Kontrollprinzip. Denn wir machen den erfolgreichen Schützen für etwas (den Erfolg) verantwortlich, über das er eigentlich keine Kontrolle hatte.

Aus dem Moral Luck-Problem bieten sich grundsätzlich nur zwei Auswege: Entweder es gelingt, Moral Luck »wegzu erklären«, das heißt zu zeigen, wie sich die entsprechenden Fälle doch mit dem Kontrollprinzip vereinbaren lassen, sodass ihre moralische Bewertung in diesem Sinne kein *Moral Luck* darstellt, ²⁷ oder das Kontrollprinzip ist aufzugeben. Der zweite Ausweg wird oft durch die Forderung nach einem grundlegend anderen Verständnis von Moral bzw. moralischem Tadel ²⁸ oder nach einem gänzlichen Verzicht auf punitive Praktiken beschränkt. ²⁹ Im Strafrecht ist dieser Weg jedoch kaum gangbar: Tatsächlich kann das Kontrollprinzip im Strafrecht nicht aufgegeben werden, ohne dass sich Strafe überhaupt nicht mehr rechtfertigen ließe. Deshalb sind Strafrechtstheoretiker, die auf die Moral Luck-Debatte zurückgreifen, auf den ersten Weg verwiesen. Sie halten entweder am Kontrollprinzip strikt fest oder bemühen sich, dieses Prinzip so zu modifizieren, dass es sich mit Fällen von Moral Luck versöhnen lässt. ³⁰

²⁶ In der Moral Luck-Debatte werden vier Arten von Moral Luck unterschieden: *resultant*, *circumstantial*, *constitutive* und *causal moral luck* unterschieden, für einen Überblick s. *Nelkin*, *Moral Luck*, in: Zalta, (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2021 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/moral-luck/>, zuletzt abgerufen am 11.10.2022; zum *circumstantial moral luck*, auf das Richards sich vor allem bezieht, s.u.

²⁷ Vgl. für ein Beispiel eines solchen Ansatzes neben *Richards*, (Fn. 2), S. 167 ff. (der *moral luck* als bloße Fälle von *epistemic luck* ausweisen möchte, s. dazu noch unten) etwa *Thomson*, *Morality and Bad Luck*, *Metaphilosophy* 1989, S. 203 (203 ff.).

²⁸ Für *Walker*, *Moral Luck and the Virtues of Impure Agency*, *Metaphilosophy* 1991, S. 14 (14 ff.) zeigen Fälle von Moral Luck die Bedingungen unvollkommener Kontrolle menschlichen Handelns, die die Moral Luck-Fälle zu einer Frage der Tugend machen, auch Verantwortung für unkontrollierte Folgen des eigenen Handelns zu übernehmen und nicht einer Frage berechtigten Tadels; vgl. ähnlich *Wolf*, *The moral of moral luck*, *Philosophical Exchange* 2000, 5 ff. Beide knüpfen an *Williams*, (Fn. 23) an, der als Konsequenz aus dem Moral Luck Problem einen Bereich der Moral ausweisen möchte, in dem die Verantwortlichkeit des Handelnden zwar keinen strikten moralischen Tadel, wohl aber bestimmte Reaktionen wie Bedauern des Handelnden, »agent-regret«, erfordert, insbesondere im Postscript, hier zitiert nach dem Nachdruck in: *Statman* (Hrsg.), *Moral Luck* (1993), S. 251 ff.

²⁹ So etwa, *Browne*, *A Solution to the Problem of Moral Luck*, *The Philosophical Quarterly* 1992, S. 345 (insbes. 350).

³⁰ So hält *Zimmerman*, *Taking Luck Seriously*, *The Journal of Philosophy* 2002, S. 553 (553 ff.), strikt am Kontrollprinzip fest. Für *Moore*, I. 2 *Causation and Moral Luck*, in: ders., *Causation and Responsibility An Essay in Law, Morals, and Metaphysics* (2009), S. 20 ff. (der Moral Luck in dem Sinne »wegerklärt«, dass es nach ihm bei dem Moral Luck Problem nicht um »Luck« im eigentlichen Sinne, sondern um Beiträge zur Kausalität geht, S. 23) führen überhöhte Anforderungen an Kontrolle ins Moral Luck Problem. Solche müssten aber für die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht verlangt werden, vgl. S. 24 ff.

außer acht zu lassen, was dem Täter irgendwie zugute geschrieben werden könnte.« (Hervorhebung, M.U.)

²⁰ Vgl. *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (17).

²¹ *Freisler* (Fn. 1) S. 7 (13), s.o.

²² *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 10, Rn. 55.

²³ *Williams*, *Moral Luck*, in: ders., *Moral Luck* (1981), S. 20 ff. und *Nagel*, (Fn. 5).

²⁴ *Nagel* (Fn. 5), S. 57 (58 f.).

²⁵ Das Beispiel stammt von *Nagel* (Fn. 5), S. 57 (61).

Eine dogmatische Konsequenz, die von einigen US-amerikanischen Strafrechtstheoretikern aus den Fällen des resultant moral luck gezogen wird, ist die Forderung nach einer strafrechtlichen Gleichbehandlung von beendetem Versuch und Vollendung.³¹ Denn beide unterscheiden sich nur durch den Erfolgseintritt, den aber, wie unsere Beispielfälle zeigen, der Täter nicht kontrolliert. Wenn die Kontrolle des Täters nicht in die Außenwelt hineinreicht, können die dortigen Erfolge nicht Anknüpfungspunkt strafwürdigen Unrechts sein, sondern nur die internen Willensbestimmungen des Täters. Übersetzt in die Termini der deutschen Strafrechtslehre lautet die Konsequenz von Moral Luck also: Bestrafen können wir, wenn wir am Kontrollprinzip festhalten wollen, nur subjektives Handlungsunrecht nicht objektives Erfolgsunrecht.³²

Richards geht dabei sogar noch weiter. Auf dem Weg vom Inneren des Täters bis zum äußeren Erfolg begegnet uns Moral Luck nicht erst hinsichtlich des Erfolgseintritts (in Form vom bereits erwähnten resultant moral luck). Bereits zu welchen Handlungen ein Akteur überhaupt ansetzen könnte, hängt von den äußeren Handlungsumständen ab, in welchen er sich befindet. Und auch diese hat ein Akteur nicht immer unter Kontrolle. Dieses sog. *circumstantial moral luck* illustriert *Thomas Nagel* anhand des Beispiels des eingangs erwähnten »concentration camp officers«, das auch *Richards* aufgreift. Nehmen wir an, dieser Offizier, der in einem Konzentrationslager der Nationalsozialisten die schlimmsten Verbrechen gegen die Menschlichkeit begeht, hat einen Bruder, der noch vor der nationalsozialistischen Machtergreifung in Deutschland nach Argentinien ausgewandert ist und dort unbescholten Rinder züchtet. Wäre er aber wie sein Bruder in Deutschland geblieben, hätte er – da er einen ebensolch schlechten Charakter hat – dieselben Verbrechen wie dieser begangen. Dass wir ihm nie solche schweren moralischen und strafrechtlichen Vorwürfe werden machen können wie seinem Bruder, ist nur dem zufälligen Umstand geschuldet, dass er im Argentinien der 1940er Jahre lebt, wo sich ihm keine Gelegenheit bietet,

sich an den furchtbarsten Menschheitsverbrechen zu beteiligen. Da er diese Umstände, die politische Situation im Argentinien der 1940er Jahre, nicht bis ins Letzte kontrolliert, handelt es sich um einen Fall von *circumstantial moral luck*.³³

Aus diesem *circumstantial moral luck* folgert *Richards*, dass sich der verdiente moralische oder strafrechtliche Tadel nicht daraus ergeben kann, welche Handlungen jemand in der Welt vornimmt, sondern welche er – vorausgesetzt, es böte sich ihm die Möglichkeit – vornehmen würde.³⁴ Das sei eine Frage seines Charakters.³⁵ Wie sich dieser Charakter betätigt (d.h. in welchen Handlungen er sich tatsächlich ausdrückt), ist für *Richards* nur ein, wenn auch notwendiger, epistemischer Hinweis auf diesen Charakter. Damit möchte *Richards* vor allem das *Moral Luck* dieser Fälle »wegerklären«: Wenn wir einen Unterschied zwischen den beiden Brüdern machen, dann nur, weil wir keinen anderen epistemischen Zugang zu ihrem Charakter haben, als den ihres äußeren Handelns. Insofern habe der Bruder in Argentinien in epistemischer nicht aber in moralischer Hinsicht Glück. Denn welchen moralischen Tadel er tatsächlich verdient, hängt von seinem Charakter ab und ist unabhängig davon, ob wir diesen epistemisch fassen können oder – zu seinem Glück – eben nicht.³⁶ *Richards* verteidigt auf diese Weise zwar auch das Abstellen auf die äußere Handlung, misst ihr aber nur als epistemischen Hinweis auf den Charakter Bedeutung zu. Allein der Charakter, so seine Folgerung aus dem *circumstantial moral luck*, kann Anknüpfungspunkt moralischen und strafrechtlichen Tadels sein.

C. Das nationalsozialistische Willensstrafrecht

Um die Unterschiede zwischen den Ergebnissen der Moral Luck-Debatte und dem nationalsozialistischen Willensstrafrecht zu verstehen, soll nun die Konstruktion dieses Willensstrafrechts skizziert werden. Auch das nationalsozialistische Willensstrafrecht, wie es etwa von *Freisler* entworfen wird,³⁷ drängt den Anknüpfungspunkt der Strafe vom Außenwelt-erfolg ins Innere des Täters. Wie sich zeigen wird, aber aus ganz anderen Gründen. Vor allem liegt der Subjektivierung durch das Willensstrafrecht eine ideologische Motivation zugrunde: Fixpunkt der nationalsozialistischen Strafrechtslehre ist die nationalsozialistische Ideologie, mit ihrem Ideal einer völkisch-rassisch definierten »Volksgemeinschaft«.³⁸ Das Strafrecht soll wesentlich das »negative Spiegelbild der im Volke lebendigen [völkischen] Sittenordnung« darstellen.³⁹ Dass die damit einhergehende Ethisierung des

³¹ S. etwa *Zimmerman*, *The Journal of Philosophy* 2002, 553 (561 f.), s. auch *Sverdlik*, *Crime and Moral Luck*, in: *American Philosophical Quarterly* 1988, 79 ff. Während nach deutschem Strafrecht der Versuch nicht milder bestraft werden muss als die vollendete Tat (§ 23 II StGB), ist dies in einigen Staaten der USA zwingend, z.B. in Kalifornien § 664 (b) CAL Penal Code lautet: »If the crime attempted is punishable by imprisonment in a county jail, the person guilty of the attempt shall be punished by imprisonment in a county jail for a term not exceeding one-half the term of imprisonment prescribed upon a conviction of the offense attempted«; für einen Überblick s. *Congressional Research Service*, *Attempt: An Overview of Federal Criminal Law*, 13. Mai 2020, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R42001.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.10.2022.

³² Auch in der deutschen Strafrechtslehre wird das Moral Luck Problem nicht völlig ignoriert, so nimmt *Burghart*, *Zufall und Kontrolle* (2018), S. 24 ff. von der Moral Luck Debatte seinen Ausgang, um eine Anpassung von Begriffen und Formen der Zurechnungslehre an Erkenntnisse aus dieser Debatte zu fordern (So gibt er vor diesem Hintergrund auch den Vertretern eines subjektiven Unrechtsbegriffs recht, wenn er die eigentliche Verschiebung auch auf der Ebene der Zurechnung vornehmen will, S. 423). *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 10, Rn. 101af. sehen dagegen im Ergebnis keinen Gewinn der deutschen Strafrechtslehre aus der Moral Luck-Debatte.

³³ *Nagel* (Fn. 5) S. 57 (65 f.), *Richards* (Fn. 2), S. 167 (174 f.).

³⁴ Ähnlich reagiert *Zimmerman*, (Fn. 31), *The Journal of Philosophy* 2002, 553 (553 ff.), der aus dem Moral Luck-Problem folgert, dass moralische Bewertungen auf »counterfactuals« Bezug nehmen müssen.

³⁵ Vgl. *Richards* (Fn. 2), S. 167 (175).

³⁶ *Richards* (Fn. 2), S. 167 (168, 174 ff.).

³⁷ Bei der Darstellung des nationalsozialistischen Willensstrafrecht werde ich mich vor allem auf den Entwurf *Freisler* (Fn. 19), konzentrieren.

³⁸ *Ambos*, *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung* (2019), S. 39.

³⁹ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (16).

Strafrechts notwendigerweise die Interna des Täters, eben seinen Willen, in den Blick nehmen muss, verleiht der Subjektivierung durch das Willensstrafrecht ihren ersten Antrieb: »Die Sittenordnung ruft den Willen des Menschen auf den Plan [...] sie verlangt, daß dieser Kampf schon auf dem Gebiete der Gedanken geführt wird.«⁴⁰

Die ideologische Aufladung des Strafrechts bringt auch neue Rechtfertigungskriterien mit sich. Statt im bei den Nationalsozialisten verpönten »abstrakten Denken«, sollen die Maßstäbe der strafrechtlichen Dogmatik aus der »Volksmoral«, durch ein »Sich-hinein-leben in die Tiefen des Bewusstseins des Volkes« gewonnen werden.⁴¹ Eine derartige Legitimation des Willensstrafrechts leitet *Freisler* aus dem »Sühnebedürfnis«, »das im Volk lebendig« sei, ab. Die Sühne knüpfe an die Schuld an. Und weil diese wiederum im Willen des Täters liege, verlange auch das völkische »Sühnebedürfnis« ein Willensstrafrecht.⁴² Anhand der dogmatischen Konsequenzen dieses Willensstrafrechts offenbart sich allerdings die Zirkularität dieser Art von Begründung: Wo nämlich diese Begründung versagt, etwa bei der Abschaffung erfolgsqualifizierter Delikte, bei denen die faktische »Volksanschauung« den besonders schweren Schäden eigentlich auch im Strafmaß Rechnung tragen möchte, wird die erzieherische Funktion des Strafrechts bemüht. Die »richtige« nationalsozialistische »Volksanschauung« ist kein vorgefundener Maßstab, sondern wird in letzter Instanz durch den Führer definiert und ist dem Volk noch anzuerziehen.⁴³

Und das Strafrecht soll zum Instrument genau dieser ideologischen Erziehung werden, der Schaffung und Erhaltung einer nationalsozialistischen »Volksgemeinschaft«. Der Zweck der Strafe wird daraufhin als »Selbstreinigungsmaschine [des Volks-]körpers« neu ausgerichtet.⁴⁴ Aufschlussreichen Ausdruck findet diese ideologische Instrumentalisierung in der *Freislerschen* Rhetorik eines »Kampfstrafrechts«, die den gesamten Text durchzieht. Es ist die Effektivität dieses Kampfes, die die subjektivierende Anknüpfung an den Täterwillen vor allem motiviert. Zum einen macht die Ethisierung des Strafrechts den Täterwillen zum »Feind«, der zum Schutz des Volkes zu »vernichten« ist.⁴⁵ Das Verbrechen wird verstanden als Ausdruck von Opposition gegenüber der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft. Diese Auffassung ermöglicht es, das Strafrecht gegen politische Gegner zu richten.

Zum anderen lässt sich durch die Subjektivierung ein frühzeitigeres Eingreifen »auf dem Wege vom Gedanken zur erfolgreichen Tat« rechtfertigen.⁴⁶ Die Kampfrationalität des nationalsozialistischen Strafrechts fordert hier, dem

»Feind« »möglichst früh und mit aller Macht« entgegenzutreten:⁴⁷ So ist es eine Ausweitung der Strafbarkeitssphäre⁴⁸, eine Vorverlagerung der »Verteidigungslinie«,⁴⁹ die mit der von *Freisler* geforderten Gleichstellung von Versuch und Vollendung vor allem beabsichtigt wird. Die Bestimmung dieser Sphäre ist für *Freisler* eine »taktische Frage«,⁵⁰ keine Frage der Gerechtigkeit. Letztere ist durch den ideologischen Unterbau vermeintlich schon beantwortet.

Bis hierher könnte man meinen, so unerträglich die ideologische Kampfrhetorik *Freislers* auch ist, das dogmatische Ergebnis selbst sei noch nicht beunruhigend. Schließlich lässt sich diese Subjektivierung auch aus der ideologisch unverbrämten Moral Luck-Debatte heraus rechtfertigen. Außerdem scheint insbesondere die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht noch nicht überschritten, die Betätigung des Willens bleibt Strafvoraussetzung, sogar Vorbereitungs-handlungen werden vom neuen Unternehmensbegriff, dem neu geschaffenen Oberbegriff für Versuch und Vollendung, nicht erfasst. *Freisler* selbst verwehrt sich gegen die Idee, »als bedeute dieses Willensstrafrecht eine Annäherung an ein Gesinnungsstrafrecht, das eine Äußerung des Willens [...] nur zu Zwecken des Beweises dieses Willens oder dieser Gesinnung nötig habe, das aber nichts anderes als den Willen oder die Gesinnung bestrafen wolle. In Wirklichkeit hält sich das kommende Strafrecht von solchen Gedanken fern.«⁵¹

Das Festhalten an der Tatorientierung und die Ablehnung des Gesinnungsstrafrechts erscheint vor dem Hintergrund der *Freislerschen* Kampfrhetorik allerdings nicht konsequent.⁵² Die Beschränkungen der Strafbarkeitssphäre auf den zur Tat ansetzenden Willen ergeben sich vor dem Hintergrund des aggressiven Ansatzes, wonach Strafrecht »möglichst früh und mit aller Macht« zum Einsatz kommen soll, aus fast kleinlich anmutenden Erwägungen zu Beweisschwierigkeiten, der Strafökonomie (»man schießt eben nicht mit Kanonen nach Spatzen«)⁵³ und dem diffusen Hinweis auf die »Volksmoral«. Allein auf den reinen Willen abzustellen, käme reinem Denken gleich, dass der nationalsozialistischen Methodik des »Sich-hinein-Lebens« nicht gerecht werde.⁵⁴ Diese Zurückhaltung passt außerdem nicht zur nationalsozialistischen Ablehnung rechtsstaatlicher Grundsätze, zu denen mit nulla poena sine lege auch die Tatbestandsbindung des Strafrechts gehört. Dieser Hemmschuh im ideologischen Kampf, der das Strafrecht zur »Magna Charta des Verbrechers« mache, ist für die

⁴⁰ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (16).

⁴¹ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (30 f.).

⁴² *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (14 f.).

⁴³ So *Ambos* (Fn. 38), S. 39, 45.

⁴⁴ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (11), darin zeigt sich die »generalpräventive Tendenz des *Freisler'schen* Willensstrafrechts« *Ambos* (Fn. 38), S. 45.

⁴⁵ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (12 f.).

⁴⁶ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (16).

⁴⁷ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (20).

⁴⁸ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (23).

⁴⁹ *Freisler* (Fn. 1), S. 7 (13).

⁵⁰ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (19).

⁵¹ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (17).

⁵² Nach *Ambos* (Fn. 38), S. 46, ist sie denn auch nur »als prozessuale Konzession zu verstehen«, um mit den von Richards als epistemisch bezeichneten Problemen umgehen zu können, dass nur ein betätigter Wille erkennbar ist und verfolgt werden kann.

⁵³ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (23).

⁵⁴ *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (30 f.).

Nationalsozialisten als Ausdruck liberal-individualistischen Denkens zu überwinden.⁵⁵

Und tatsächlich schüttelt das nationalsozialistische Strafrecht auch diesen Hemmschuh ab. Das gelingt trotz der vermeintlichen Tatorientierung durch die von NS-Strafrechtlern allgemein propagierte Aufhebung des Analogieverbots:⁵⁶ Die rechtsstaatliche Garantiefunktion des Tatbestands wird zahnlos, können Tatbestände durch Analogiebildung nach Belieben ausgedehnt werden. Welcher Art von Strafrecht die Aufhebung des Analogieverbotes Tür und Tor öffnet, zeigt etwa Dahm mit seinem normativen Tätertyp⁵⁷, den er als Ausgestaltung des nationalsozialistischen Willensstrafrechts begreift.⁵⁸

Für *Dahm* entspricht »[d]em gesetzlichen ›Tatbestand‹ ein bestimmter Typus des Täters, der in seinem Wesen erfasst werden muss.«⁵⁹ Dabei geht es nicht wie beim sogenannten kriminologischen Tätertyp im v. Lisztschen Täterstrafrecht darum, »persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse« des Täters zu erfassen und unter kriminologische Merkmale zu subsumieren⁶⁰, sondern festzustellen, ob die Tat dem Verhalten eines typischen Täters »in seinem Wesen« entspricht. Das Verbrechen »erschöpft sich [damit] nicht [mehr] in der Summe seiner [tatbestandlichen] Merkmale.«⁶¹ »Dieb [ist] nicht ein jeder [...], der ›eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen‹, sondern nur wer seinem Wesen nach ein Dieb ist.«⁶²

Die (normativen und nicht empirischen) Kriterien dieser Wesensbestimmung können nun – und werden es in der Tat – ideologisch aufgeladen werden: Unter den Prämissen der nationalsozialistischen Ideologie kommt sie zu dem Ergebnis, dass das Wegnehmen der Fahne einer katholischen Jugendorganisation durch die Hitlerjugend seinem Wesen nach kein Diebstahl ist.⁶³ Wenn diese Wertung umgekehrt – die Mitglieder der katholischen Jugendorganisation nehmen die Fahne der Hitlerjugend weg – anders ausfallen kann, dann ist der einzige Unterschied, der den Diebstahl hier markiert die innere Haltung zum Nationalsozialismus.⁶⁴ Bestraft wird

55 *Freisler* (Fn. 19), S. 9 (20), s. auch *Freisler* (Fn. 1), S. 7 (11).

56 *Freisler* (Fn. 1), S. 7 (10).

57 *Dahm*, *Der Tätertyp im Strafrecht* (1940), S. 22, 43; *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 6 Rn. 10 ff.

58 *Dahm* (Fn. 18), S. 62 (88): »‘Willensstrafrecht‘ [...] bringt richtig zum Ausdruck, daß es nicht auf den Erfolg, auf den äußeren Vorgang allein und entscheidend ankommt, daß das Verbrechen etwas anderes bedeutet als die Verletzung von Interessen und Gütern.«

59 *Dahm* (Fn. 18), S. 62 (102).

60 *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 6 Rn. 11, der diese Gegenüberstellung allerdings vornimmt, um die Lehre vom normativen Tätertyp als »besondere Methode zur Auslegung von Tatbeständen im Rahmen des Tatstrafrechts« einzuordnen.

61 *Dahm* (Fn. 18), S. 62 (102).

62 *Dahm* (Fn. 18), S. 62 (102).

63 *Dahm* (Fn. 18), S. 62 (102).

64 *Dahm* (Fn. 18), S. 62 (92): »Die Art [das Wesen] des Verbrechens bestimmt aber nicht nur die »äußere« Stellung des Täters in der Gemeinschaft, sondern zugleich seine innere Haltung und die Gesinnung, die das

dann nichts anderes als diese Haltung und damit ist die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht sehr wohl überschritten.⁶⁵

D. Und nun?

Nachdem nun beide, Moral Luck-Debatte und nationalsozialistisches Willensstrafrecht, dargestellt sind, können wir die eingangs gestellten Fragen beantworten. Was sind die Unterschiede, aus denen sich ergibt, dass weder die Moral Luck-Debatte das NS-Strafrecht naiv reproduziert, noch dass das nationalsozialistische Willensstrafrecht harmloser ist, als es scheint? Und was folgt daraus für unser rechtsstaatliches Strafrecht?

Zunächst: Was ist also schlimm am nationalsozialistischen Willensstrafrecht? Insbesondere die Neuausrichtung des Strafrechts auf den ideologischen »Kampf« der Nationalsozialisten. Dabei ist die Rolle, die die Subjektivierung des Unrechts bei dieser Neuausrichtung spielt, keine zufällige: Sie erscheint als notwendige Konsequenz der ideologischen Ausrichtung des Strafrechts, ein ideologischer Kampf wird um Geisteshaltungen geführt. Soll das Strafrecht in diesem Kampf eingesetzt werden, muss es sich auf die Interna von Täter beziehen, ethisiert werden. Zugleich ist sie ein Mittel, die Schlagkraft des Strafrechts in diesem Kampf zu vergrößern. Sie ermöglicht die Vorverlagerung der Strafbarkeit auf den Versuch. Sie bleibt dort aber nicht stehen, sondern löst sich – wie gesehen – durch die Zulassung der täterbelastenden Analogie von der behaupteten Tatorientierung und wird letztlich, getrieben von einer ideologischen Kampf-rationalität, zu einem Gesinnungsstrafrecht verabsolutiert, in dem die Haltung zum Nationalsozialismus das entscheidende Kriterium der Strafbarkeit darstellen kann.

Diese Konsequenzen sind dem liberalen Rechtsstaat ein Graus. Einem Staat, der seinen Ausgangspunkt im freien Individuum hat, steht es nicht zu, die inneren Einstellungen seiner Bürger:innen zu bewerten oder gar strafrechtlich zu sanktionieren. Er hat sich auf die Koordinierung des freien Zusammenlebens in der äußeren Handlungssphäre zu beschränken. Und er darf das scharfe Schwert des Strafrechts nur in einem eng umgrenzten Bereich und unter Beachtung rechtsstaatlicher Prinzipien einsetzen. Dazu gehört, dass Strafen nur unter eindeutig gesetzlich bestimmten Voraussetzungen verhängt werden.⁶⁶

Wenn nun die Subjektivierung des Unrechts durch das nationalsozialistische Willensstrafrecht mit der Ideologisierung des Strafrechts nicht nur zufällig verbunden ist, muss sich dann nicht der liberale Rechtsstaat vor genau dieser Subjektivierung hüten? Hier liefert nun die anglo-amerikanische Moral Luck-Debatte ein Beispiel dafür, wie diese Subjektivierung auf andere als ideologische Gründen gestützt werden kann: Während die NS-Strafrechtler die Sorge umtreibt, durch einen bloß zufällig ausbleibenden

Verbrechen zum Ausdruck bringt.«

65 So auch *Wrobel* (Fn. 6), GRZ 2019, 83 (87).

66 Dieser Grundsatz »nulla poena sine lege« ist in Art. 103 II GG verfassungsrechtlich festgeschrieben.

Erfolg des »Feindes« ihrer Ideologie nicht habhaft werden und ihn so nicht effektiv bekämpfen zu können, ist der Motor der Moral Luck-Debatte das – jedenfalls prinzipiell *strafbegrenzende* und zumal vom liberalen Rechtsstaat nicht zu ignorierende – Prinzip, dass niemand für etwas verantwortlich gemacht werden kann, was er nicht unter Kontrolle hat.

Ungebremst drängt der Motor dieser Debatte den Ausgangspunkt strafrechtlichen Unrechts freilich dennoch in dieselbe Richtung wie der Drang, den die Entfesselung des nationalsozialistischen Kampfes entfaltet: nämlich hin zu einem Strafrecht, das den Charakter, Interna des Täters, bestraft und äußeren Handlungen nur noch als Symptom dieser Interna Bedeutung zumisst. Auch wenn etwa die skizzierte Auffassung *Norvin Richards* nicht notwendigerweise ideologisch aufgeladen werden muss und einen Charakter nicht danach bewerten muss, wie er einer bestimmten Ideologie gegenüber eingestellt ist, kann der liberale Rechtsstaat ihr bis dorthin nicht folgen. Dass als Anknüpfungspunkt der Strafwürdigkeit der Charakter unabhängig davon, in welcher symptomatischen Handlung er sich gerade äußert, nicht in Frage kommt, mag eine dezidiert liberale Richtungsbestimmung sein. Hier vermittelt die Beschäftigung mit der nationalsozialistischen Instrumentalisierung des Strafrechts eindrucksvoll die Bedeutung dieser roten Linie.

Weil es aber nur die letzten Konsequenzen der Moral Luck-Debatte, nicht zugleich ihr Prinzip ist, das der liberale Rechtsstaat nicht hinnehmen kann; weil er im Gegenteil dieses Prinzip, dass man nur für das bestraft werden kann, was man kontrolliert, ernst nehmen muss; deswegen gilt es zu bestimmen, wie weit er der Moral Luck-Debatte doch folgen kann, ohne die liberale Rechtsstaatlichkeit aufzugeben. Anders gefragt: Wie weit muss sich der liberale Rechtsstaat vor einer Subjektivierung des Kriminalunrechts hüten und wie weit nicht? Als Schutz vor Ethisierung und ideologischem Missbrauch des Strafrechts fungieren etwa Rechtsgutsbezug⁶⁷ und Tatbestandsbindung.⁶⁸ So kann die Unzulässigkeit einer Strafbarkeit, die bloß an den Charakter anknüpft, mithilfe des Rechtsgutsbegriffs expliziert werden. Sie ist deshalb unzulässig, weil dadurch, dass jemand einen bestimmten Charakter hat, noch kein Rechtsgut beeinträchtigt sein kann. Jedoch konsequent auf die Einhaltung des für unsere moralisch-strafrechtliche Urteilspraxis so zentralen Kontrollprinzips zu pochen und daher auch im Strafrecht allein auf das Handlungsunrecht, nicht den Erfolg abzustellen, lässt sich mit diesen beiden liberalen Eingegungen des Strafrechts durchaus vereinbaren: Das strafwürdige Handlungsunrecht kann auf solche Handlungen beschränkt werden, die auf eine tatbestandlich bestimmte Rechtsgutsverletzung gerichtet sind, ohne dass dazu auch der Erfolg eingetreten sein müsste. Vor einer Unrechtslehre, die allein auf das subjektive Handlungsunrecht abstellt, muss

sich der liberale Rechtsstaat damit nicht ebenso hüten wie vor einem Gesinnungsstrafrecht. Und in der Moral Luck-Debatte findet sie sogar ein ernstzunehmendes Argument zu ihren Gunsten.⁶⁹

Bei der Lehre aus der Gegenüberstellung von Moral Luck-Debatte und NS-Willensstrafrecht ist deshalb zu differenzieren: Eben auch weil die extreme Subjektivierung keine bloß zufällige Rolle in der ideologischen Instrumentalisierung des Strafrechts durch die Nationalsozialisten spielte, ist die extreme Konsequenz der Moral Luck-Debatte, wie etwa *Richards* sie zieht, vom liberalen Rechtsstaat nicht zu akzeptieren. Umgekehrt, weil die Moral Luck-Debatte eben nicht von ideologischer Instrumentalisierung motiviert ist, kann ihr so weit gefolgt werden, wie die Parameter des liberalen Rechtsstaats es zulassen, bis hin zu einer Unrechtslehre, die allein auf das subjektive Handlungsunrecht abstellt und bspw. beendeten Versuch und Vollendung gleichstellt⁷⁰ (*obwohl* auch die Nationalsozialisten dafür plädierten).

Für diese Differenzierung sensibilisiert die Beschäftigung mit dem NS-Willensstrafrecht. Sie illustriert die Gefahren, die hinter den Konsequenzen, die *Richards* zieht, lauern und die gerade wegen der ideologischen Harmlosigkeit seiner Argumentation leicht übersehen werden können. Und sie hilft, die Gefahr nicht zu pauschalisieren. Die rechtsstaatlich entfesselte, ethisierende Subjektivierung und nicht aber die sich auf das Handlungsunrecht beschränkende Subjektivierung war – trotz den Lippenbekenntnissen zur Tatorientierung und Ablehnung des Gesinnungsstrafrechts – das Mittel, mit dem die Nationalsozialisten das Strafrecht zu ihrer ideologischen Waffe machten.

⁶⁷ Vgl. bspw. *Knierim*, Das Tatbestandsmerkmal »Verlangen« im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Unrechtslehre am Beispiel der Tötung auf Verlangen und des Schwangerschaftsabbruchs nach Konfliktberatung (2018), S. 29; *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 2, Rn. 2.

⁶⁸ Vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 10, Rn. 2, die »Garantiefunktion« des Tatbestands.

⁶⁹ A.A. *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 10, Rn. 99, im Ergebnis aber mehr auf begrifflicher Ebene und nicht gegen Gleichstellung von beendetem Versuch, sondern untauglichem Versuch und Vollendung gerichtet. Der Erfolg könne deshalb nicht aus dem Unrecht ausgewiesen werden, weil auch ein Versuch einen äußeren Erfolg, »den Anfang der Ausführung«, der »ebenso zufällig ausbleiben [kann], wie der Enderfolg«. Diese Einsicht treibt die Moral Luck Debatte über das resultant moral luck hinaus und in der Tat kann ihr das rechtsstaatliche Strafrecht nicht weiter folgen (s.u.). Das macht die Konsequenzen des resultant moral luck aber nicht irrelevant. Sie können für eine Unrechtslehre, die nur auf subjektives Handlungsunrecht abstellt, sprechen. Wenn diese auch durch Tatbestandsbindung und Rechtsgutsbezug eingegagt werden müssen, die durch einen äußeren Erfolg bestimmt werden, ohne dass sie verlangen müssen, dass dieser eingetreten ist.

⁷⁰ Im Grundsatz entspricht das der Regelung des § 23 I StGB, in der Konsequenz müsste aber die fakultative Strafmilderung für den Versuch, § 23 II StGB, entfallen.

Darin zeigt sich die Bedeutung derartiger Sensibilisierung von Jurist:innen auch für andere strafrechtsdogmatische Fragen: Möchte man die liberale Rechtsstaatlichkeit verteidigen, genügt es nicht, sich schon bei An- oder Abwesenheit bestimmter Schlüsselbegriffe zurücklehnen. Mit einem Bekenntnis zur Täterorientierung allein ist eben dem *nulla poena sine lege* Grundsatz noch nicht Genüge getan und die Gefahr sogar eines Gesinnungsstrafrechts noch nicht gebannt. Dasselbe gilt auch für den Rechtsgutsbegriff: Er kann seine Funktion der Abwehr einer Ethisierung des Strafrechts nur erfüllen, wenn Rechtsgüter nicht beliebig erfunden werden können.⁷¹

Ein liberal-rechtsstaatliches Strafrecht ergibt sich nicht von selbst aus einigen richtigen dogmatischen Weichenstellungen, es ist bis in seine Feinheiten immer wieder zu erhalten. Deshalb braucht es dafür sensibilisierte Jurist:innen, die weder an die Harmlosigkeit des nationalsozialistischen Willensstrafrechts noch an die Naivität der Moral Luck-Debatte glauben würden.

⁷¹ So auch *Knierim* (Fn. 67), S. 75. Er muss mit Blick auf diese Funktion sorgsam ausgestaltet werden. Dass es auch heute noch wachsam zu sein gilt, zeigt das Beispiel der extrem weit vorverlagerten Strafbarkeit im Rahmen der Terrorismusbekämpfung. Wenn etwa der Besuch eines Sprachkurses für bestimmte Tätergruppen strafbar wird (§ 89a IIa StGB, vgl. dazu krit. *Roxin/Greco*, (Fn. 3), § 6, Rn. 24), ist die Gefährdung eines Rechtsguts in so weiter Ferne, dass vor dem Hintergrund des Freislerschen Willensstrafrechts ungute Erinnerungen an das »möglichst früh und mit aller Macht« wach werden.

Johannes Stefan Weigel*

Lebensführungsschuld und Lebensleistung: Die Persönlichkeit vor Gericht

Die Lehre von einer »Lebensführungsschuld« entstand aus einem Dilemma.¹ Wie so vieles im NS-Strafrecht standen an ihrem Anfang »unabweisbare praktische Bedürfnisse«², welche nicht in »allzu radikalem Doktrinarismus«³ übergangen werden dürften. Wenn eine juristische Argumentation so beginnt (heute gerne in der Form: »Es kann ja nicht sein, dass...«), dann kann man sicher davon ausgehen, dass das, was folgt, eher vom Ergebnis her gedacht ist, als substantiell begründet wird. So auch bei der Lehre von der »Lebensführungsschuld«: Das Dilemma bestand darin, dass dem neuen Strafrecht zumindest der Anschein gegeben werden musste, die hergebrachten Grundsätze von Schuld i.S.v. »*nulla poena sine culpa*« hätten weiterhin Relevanz. Da dies – die »traditionelle« Begründung von Strafe, die einzig an die Einzeltatschuld anknüpft – jedoch nicht mit dem Prinzip eines Täterstrafrechts⁴ (der Bestrafung des Täters für sein »So-Sein«) übereinzubringen war, mussten die Voraussetzungen dem Ergebnis angepasst werden. Es galt, eine Schuld des Täters zu konstruieren, auf deren Grundlage man behaupten konnte, (Schuld-)Strafe hätte weiterhin eine schlüssige dogmatische Begründung. Zu diesem Kunstschuss sah sich *Edmund Mezger* berufen, seines Zeichens zunächst ab 1925 Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht in Marburg, 1932 dann nach München berufen.⁵

A. Die Lebensführungsschuld nach Mezger

Grundlegend für seine Lehre einer »Lebensführungsschuld« ist *Mezgers* Aufsatz »Die Straftat als Ganzes«, veröffentlicht 1938 in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissen-

schaft (ZStW). Ausgangspunkt von *Mezgers* Position ist seine Stellungnahme zur »heiß umstrittenen Lehre vom sog. Tätertypus«⁶. Wegbereitend für diese dogmatische Figur des nationalsozialistischen Täterstrafrechts war der 1933 eingeführte § 20a StGB (a.F.). In diesem hieß es – noch bis 1970 (!) – in Abs. 1 und 2 (Herv. durch den Verf.):

(1) *‘Hat jemand, der schon zweimal rechtskräftig verurteilt worden ist, durch eine neue vorsätzliche Tat eine Freiheitsstrafe verwirkt und ergibt die Gesamtwürdigung der Taten, daß er ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, so ist, soweit die neue Tat nicht mit schwererer Strafe bedroht ist, auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren und, wenn die neue Tat auch ohne diese Strafschärfung ein Verbrechen wäre, auf Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren zu erkennen. ‘*²*Die Strafschärfung setzt voraus, daß die beiden früheren Verurteilungen wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens ergangen sind und in jeder von ihnen auf Todesstrafe, Zuchthaus oder Gefängnis von mindestens sechs Monaten erkannt worden ist.*

(2) *‘Hat jemand mindestens drei vorsätzliche Taten begangen und ergibt die Gesamtwürdigung der Taten, daß er ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, so kann das Gericht bei jeder abzuurteilenden Einzeltat die Strafe ebenso verschärfen, auch wenn die übrigen im Abs. 1 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.*

[...]

Hiernach war für die Strafbegründung nicht die Einzeltat ausschlaggebend, sondern der Tätertyp des »gefährlichen Gewohnheitsverbrechers«. Dies aufgreifend reduziert *Mezger* die Bedeutung des gesetzlichen Tatbestandes »mit seinen paar spärlichen sog. Tatbestandsmerkmalen« auf den Versuch, »bestimmte lebendige Gruppen von Tätertypen als in den Rahmen der Strafbarkeit fallend näher abzugrenzen.«⁷ Endlich hält er dem Wort nach jedoch an einem Tat-Strafrecht fest: »Es ist nun gewiß richtig, daß das geltende Strafrecht ein Tat-Strafrecht ist und daß auch das kommende deutsche Strafrecht ein solches bleiben wird. Dies bedeutet, daß wegen einer unter Strafe gestellten Tat als Täter auch derjenige strafbar bleibt, der in seiner Person nicht den der Tat eigentümlichen Tätertypus verkörpert, und daß umgekehrt nicht der Tätertypus als solcher, auch nicht auf dem Umweg des neuen §2 StGB, Bestrafung nach sich zieht, diese vielmehr stets an ein bestimmtes Tun oder Lassen geknüpft bleibt. Und doch dürfte für eine ganzheitliche Betrachtung die hohe Bedeutung des »Tätertypus« im neuen Strafrecht unbestreitbar sein.«⁸

* Der Autor hat Rechtswissenschaften in Göttingen studiert und in dieser Zeit an dem Essayprojekt mitgewirkt. Er ist nun Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. *Uwe Murmann* an der Georg-August-Universität Göttingen. 1 Es gab zwar durchaus bereits vorher ähnliche Überlegungen im Strafrecht, an Kriterien anzuknüpfen, die im Charakter oder im Vorleben des Täters gründen, allerdings kann man wohl konstatieren, dass *Mezger* im nationalsozialistischen Deutschland erstmalig eine »Lebensführungsschuld« formuliert hat, siehe m.w.N. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage (1991), § 17 Rn. 34 Fn. 74; *Walter*, Der Kern des Strafrechts (2016), S. 112.

2 *Mezger*, Die Straftat als Ganzes, ZStW 1938, 675 (688).

3 *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (688).

4 Siehe zur Unterscheidung von »Tat-« und »Täterstrafrecht« nur *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band I, 5. Auflage (2020), § 6.

5 *Blei*, »Mezger, Edmund«, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Neue Deutsche Biographie, Band 17 (1994), S. 412 (413). Nach dem Krieg konnte er bereits 1948 nach München zurückkehren, *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Auflage (2012), S. 488. Für eine kurze Würdigung *Mezgers* siehe *Hilgendorf*, Vom schwierigen Umgang mit der Schuld. Anmerkungen zum Wissenschafts- und Lehrbetrieb im Strafrecht 1945/1949 bis 1989/1990, in: Steinberg/Koch/Popp (Hrsg.), Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949–1990 (2020), S. 13 (33 ff.).

6 *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (678).

7 *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (680).

8 *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (679).

Gleichwohl ändert er die Grundparameter des Strafgesetzbuches. Denn am Beginn und Ende strafrechtlicher Prüfung stehen nach *Mezger* nicht mehr das Gesetz, sondern Tätertypen. Die Bedeutung dieses Vorzeichenwechsels sollte nicht unterschätzt werden: Das Gesetz wird selbst nur noch zum hilfreichen Stichwortgeber degradiert, was zwangsläufig dazu führt, dass dieses künftig nur mehr eine zu überwindende verbale, praktisch unerhebliche Hürde in der vollständigen, »echten« Erfassung der Straftäter aus »praktischen Bedürfnissen« bildet. Wo der Täter schon feststeht, ist das Gesetz folgerichtig eben nur noch leerer »Doktrinarismus«.

Die Bedeutung des Tätertypus ist jedoch nicht auf den Tatbestand beschränkt. Bedeutsam ist gleichzeitig die Relevanz in der Strafzumessung. Je mehr der Täter dem zugrunde liegenden »Tätertyp« entspricht, desto höher soll die Strafe ausfallen: »ein Diebstahl, ein Raub ein Mord [...] usw. wiegt um so schwerer, je mehr der Täter ›seinem Wesen nach‹ Dieb, Räuber, Mörder [...] usw. ist«⁹. Eine bemerkenswerte Ausprägung dieses Denkens sieht *Mezger* im ebenfalls 1933 eingefügten § 51 II verwirklicht:

(2) War die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe erheblich vermindert, so kann die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gemildert werden.

(K)Ein Schelm ist, wer dabei an den heutigen § 21 StGB denkt: Die Beibehaltung einer bloß fakultativen Strafmilderung trotz erheblich verminderter Schuldfähigkeit erhält mit dem Wissen um diesen historischen Hintergrund einen besonderen Beigeschmack.

Eine Parallele sieht *Mezger* in der (seiner) Lehre von der »Persönlichkeitsadäquanz der Tat«, von welcher gleich noch die Rede sein wird.

Zunächst dürfte das Problem deutlich geworden sein, das aus *Mezgers* Lösungsvorschlag für das eingangs erwähnte Dilemma resultiert: Wenn »Strafe« im klassischen Schuldverständnis den Vorwurf des »Du-hättest-anders-handeln-Können« voraussetzt, hier jedoch an das von der Tat gelöste Wesen¹⁰ des Täters anknüpft, ist zwangsläufig fraglich, welcher Schuldvorwurf dem Täter gemacht werden soll. Die Antwort ist ebenso einfach, wie vom gewünschten Ergebnis her vorgegeben: Wenn nicht die Tat, sondern die Persönlichkeit bestraft wird, muss dem Täter das »durch eigene Schuld So-Geworden-Sein«¹¹ vorgeworfen werden, »die ganze Lebensführungsschuld, die ihn hat ›aus der Art schlagen‹ lassen.«¹²

⁹ *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (687).

¹⁰ Bzw. die Persönlichkeit. *Mezger* benutzt beide Begriffe weitestgehend synonym, was insbesondere auf den S. 688 f. deutlich wird, wo zunächst vom »Wesen« des Täters, dann im selben Zusammenhang von »Persönlichkeitskomponenten« die Rede ist.

¹¹ *Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht Teil 2 (1940), S. 129/653.

¹² *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (688).

Die konsequente nächste Überlegung ist somit, was Lebensführungsschuld inhaltlich heißt, welche Kriterien für ihr Vorliegen einschlägig sind.

Unvoreingenommen müsste man meinen, dass zumindest solche »Persönlichkeitskomponenten« i.E. ausscheiden, die offensichtlich nicht »schuldhaft« erworben sein können, wie beispielsweise Erbanlagen. Doch weit gefehlt. Zwar umfasst »Schuld« nach *Mezger* tatsächlich nur die Einzeltatschuld und die Lebensführungsschuld.¹³ Aber natürlich nur, wenn man Strafe allein durch Schuld legitimiert sehen will. Und wer braucht schon sachliche Argumente, wenn »praktische Bedürfnisse« »unabweisbare Berücksichtigung fordern«¹⁴. Den Sicherungsbedürfnissen, die »befriedigt werden müssen«¹⁵, könne nur Genüge getan werden, wenn sie selbst Strafe begründeten. Strafe wird damit »mehrdimensional«¹⁶, »Schuldstrafe« und »Sicherungsstrafe« (nicht zu verwechseln mit Maßregeln der Sicherung) stehen hiernach nebeneinander.¹⁷ Der schulfremde Präventivzweck wird also gerade nicht allein im Rahmen der Straffolgen relevant, sondern zur Begründung selbst herangezogen.

Weitere inhaltliche Konkretisierungen sucht man vergebens. In welchem Maß per se »neutrale« Aspekte des Lebens eine Schuld begründen können, inwieweit Schicksal, Zufall und beherrschbare Führung abgrenzbar sind, bleibt unerläutert. Auch liefert *Mezger* bezeichnenderweise keinerlei Begründung oder Kriterien für seine »mehrdimensionale« Strafe.

So weit, so schlecht. Doch blieb *Mezger* mit diesem Konstrukt nicht allein.

B. Lebensführungsschuld/Täterschuld nach *Bockelmann*

Bockelmann, ein weiterer Liebhaber der Täterpersönlichkeit, ist in mancherlei Hinsicht vorsichtiger als *Mezger*. Für ihn bleibt Strafe allein durch Schuld begründet; auf die Beförderung des Sicherungsbedürfnisses zur Strafbegründung abzustellen, wagt er nicht, lehnt es teils sogar ab.¹⁸ So erkennt er, dass sich der Vorwurf der Lebensführung, des »So-Geworden-Seins«, notwendig auf nicht haltbare Grundlagen stützt. Die gesamte Lebensführung eines Menschen bestehe nicht allein auf willensgegründeter Führung, sondern ist das Zusammentreffen diverser Faktoren, auch »ererbte(r)

¹³ *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (689).

¹⁴ *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (689).

¹⁵ *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (690).

¹⁶ *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (690).

¹⁷ *Mezger* grenzt ausdrücklich eine solche »Sicherungsstrafe« von den Maßregeln der §§ 42a ff. StGB ab: »[...] aber es bleibt doch unbestreitbar, dass nicht in jedem Falle eines Sicherungsbedürfnisses zu den Maßregeln der §§ 42 a StGB gegriffen werden kann oder muss. M.a.W.: es bleiben auch heute noch Sicherungsbedürfnisse, die innerhalb des Strafrechts, aber außerhalb der §§ 42a StGB., das heißt aber nichts anderes als: durch »Strafe« im engeren Sinne des Wortes, befriedigt werden müssen«, *Mezger* (Fn. 2), ZStW 1938, 675 (689 f.).

¹⁸ *Bockelmann* (Fn. 11), S. 131 f./655 f.

Anlagen«¹⁹. Die persönliche Vorwerfbarkeit der Lebensführung lasse sich in der Strafbegründung auch nicht durch Sicherungselemente ersetzen, als dies gerade die Lebensführungsschuld insgesamt obsolet mache: »[E]in Täterschuld-begriff, dem keine Täterstrafe entsprechen kann, der jedenfalls für sich allein nicht imstande ist, eine bestimmte Strafe zu rechtfertigen, wäre wertlos«²⁰. Und zuletzt sei die Konzeption nicht mit dem Gesetz vereinbar, da bestimmte Tätertypen unter Strafe gestellt würden, die nicht notwendig aus einer schuldhaften Lebensführung entstünden.²¹

Welche Lösung schwebt *Bockelmann* dann vor? Auch er stellt an den Beginn die Zulässigkeit des schuldhaften »So-Seins«-Vorwurfs. Dieser Vorwurf sei – hierin stimmt er im Grundsatz mit *Mezger* überein – jedoch nur legitim, wenn das »So-Sein« »Folge des eigenen Tuns ist«²², welches nach *Bockelmann* jedoch nicht in eine unrechte Tat, sondern in un-rechtes Dasein mündet.²³ Der Unterschied zu *Mezger* liegt in den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten: Während man *Mezger* so verstehen muss, dass er (in einer für einen Strafrechtsprofessor schlechthin peinlichen Ungenauigkeit) an eine irgendwie geartete, nebulös bleibende Gesamt-Lebensführung anknüpft, will *Bockelmann* konkreter werden. Er stellt die These eines innerlich gespaltenen Menschen auf, der sowohl »die Anlage/den Hang zum Verbrechen« wie auch die »Anlage zum Guten« besäße.²⁴ Diese Prämisse, dass jeder eine solche Anlage besitzt, ist für ihn gleichsam spiegelbildlich zur (von ihm so behaupteten) Fiktion des Indeterminismus und zwingend für das weitere Konzept.

Allerdings tun sich bereits hier argumentative Lücken auf: Während die Fiktion des »Anders-Handeln-Könnens«²⁵ auf die konkrete Tathandlung abstellt und hinsichtlich ihrer eine grundlegende Willensfreiheitsvermutung aufstellt, sich für oder gegen die Tat zu entscheiden, haben der Hang zum Verbrechen bzw. die Anlage zum Guten ganz andere Anknüpfungspunkte, namentlich den Charakter, der zum einen nicht tatbezogen ist und zum anderen die habituelle Handlungssteuerung betrifft. *Bockelmann* muss hierfür zudem zunächst den Tätertypus (und damit die beiden Anlagen) in den Menschen hineinlesen, um dann die Möglichkeit eines guten Spiegelbildes zu fingieren. Somit ergibt sich – entgegen *Bockelmanns* Behauptung – sein Konzept nicht automatisch aus der Fiktion der Willensfreiheit, sondern erfordert eine zweite Fiktion, die einen gänzlich anderen Bezugspunkt hat und letztlich kontradiktorisch ist. Denn das Tatstrafrecht stellt auf die reale Handlung ab und vermutet (um in *Bockelmanns* Annahme einer »Fiktion« zu bleiben) (lediglich) die Möglichkeit, diese Handlung in freier Selbstbestimmung unterlassen zu können.

Nichtsdestotrotz beschreitet *Bockelmann* diesen Weg weiter. Die Schuld sieht er darauf aufbauend im bewussten Ent-scheiden für den Weg, »ein Bösewicht zu werden«, indem der Täter »dem dunklen Dämon folgt«²⁶. Aus diesem »Ent-scheiden« folgt die Bezeichnung des Konzepts als »Lebens-entscheidungs-schuld«: »Nicht in verfehlter Lebensführung wohl aber in verfehlter Lebensentscheidung liegt das Wesen der Täterschuld«. Trotz der skizzierten Unterschiede folgt damit *Bockelmann* dennoch im Ergebnis *Mezger* in die dunkle, vom reinen Gefühl geleitete und damit der Be-liebigkeit Vorschub leistende Höhle juristischer »Gesamt-würdigung«. Für Klarheit und Bestimmtheit sorgen auch nicht die Beispiele, die er anführt, um den gefährlichen Ge-wohnheitsverbrecher des § 20a eindeutiger zu definieren.²⁷ Eine rechtswissenschaftlichen (oder gar rechtsstaatlichen) Ansprüchen genügende Abgrenzung von »Schicksal« und »Entscheidung«, »Anlage« und »Wille« bleibt damit auch *Bockelmann* letztlich »schuldig«. Und wurde wahrschein-lich auch gar nicht gewünscht.

So viel zu diesen, sich i.E. doch stark ähnelnden Konzepten zur Begründung einer »Täterschuld« oder vielmehr zum Versuch einer nachträglichen Legitimation einer längst realen Praxis. Diese lassen sich exemplarisch²⁸ für die verschiedenen Begründungsmuster eines auf Schuld gründenden Täterstrafrechts anführen, sind indes natürlich nicht die einzig möglichen.²⁹

C. Lebensführungsschuld 2.0.? – Lebensleistung als Strafzumessungskriterium

Vor diesem Hintergrund liegt nun eigentlich der Schluss nahe, dass die Begründung von Strafe mit der Lebensführung eines Menschen vollständig der Vergangenheit angehört: Indes finden sich – trotz mannigfacher gegenteiliger Beteuerungen – bei sorgfältiger Betrachtung nach wie vor zumindest Über-bleibsel eines Denkens, dessen Weg im Nationalsozialismus geebnet wurde. Dazu gehört beispielsweise die Verhängung einer Jugendstrafe wegen »schädlicher Neigungen« gem. § 17 II JGG.³⁰ Überdies stellte die Strafbegründung seit jeher immer nur einen Teil des Anwendungsbereiches der Lebens-führungsschuld dar. Der andere und laut *Mezger* sogar fast noch Wichtigere war der der Strafzumessung. In dieser Hin-sicht ist eine Entwicklung bemerkenswert, die in den ver-gangenen Jahrzehnten zunehmend an Fahrt gewonnen hat und in der 2019 erschienenen Dissertation von *Tobias Stadler* kulminierte: »Die Lebensleistung als Strafzumessungs-

²⁶ *Bockelmann* (Fn. 11), S. 153/677.

²⁷ Siehe *Bockelmann* (Fn. 11), S. 156 f./680 f.

²⁸ Vor allem *Engisch* versucht Ähnliches unter dem Begriff einer »Char-akterschuld«, siehe, *Engisch*, Um die Charakterschuld, MschrKrim 1967, 108–122.

²⁹ Siehe konzis allgemein m.w.N. *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 6; *Jakobs* (Fn. 1), § 17 Rn. 34 Fn. 74 ff. m.w.N.

³⁰ Siehe dazu *Schumann*, Die DVJJ und die NS-Zeit, ZJJ 4/2017, S. 313 (328); *Höffler*, Vom juvenilen Rechtsbrecher und dessen »schädlichen Nei-gungen« – Zeit, mit einem überkommenen Menschenbild aufzuräumen, in: Bartsch/Görgen/Hoffmann-Holland/Kemme/Stock (Hrsg.), Mittler zwischen Recht und Wirklichkeit. Festschrift für Arthur Kreuzer zum 80. Geburtstag, (2018), S. 239 (244 f.).

¹⁹ *Bockelmann* (Fn. 11), S. 136/660.

²⁰ *Bockelmann* (Fn. 11), S. 137/661.

²¹ *Bockelmann* (Fn. 11), S. 138 ff./662 ff.

²² *Bockelmann* (Fn. 11), S. 151/675.

²³ *Bockelmann* (Fn. 11), S. 152/676.

²⁴ *Bockelmann* (Fn. 11), S. 153/677.

²⁵ *Bockelmann* (Fn. 11), S. 151/675.

kriterium«³¹. Auf den ersten Blick scheint zwischen den *prima facie* unterschiedlichen Begriffen »Lebensführungsschuld« und »Lebensleistung«, abgesehen von einer sprachlichen Ähnlichkeit, kein Zusammenhang zu bestehen. Ein genauerer Blick auf die Begründungsmuster beider Konzepte ermöglicht indes Beobachtungen, die in mehrerlei Hinsicht bedenkenswert sind.

Obleich, zumindest dem Inhalt nach, eine Form von »Lebensleistung« bereits seit längerem Eingang in die (höchstrichterliche) Rechtsprechung gefunden hat,³² war vor allem strafzumessungsbezogen die Grundsatzentscheidung des BGH vom 2.12.2008 von entscheidender Bedeutung. Im Rahmen der »Gesamtwürdigung«, ob durch das »große Ausmaß« ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung vorliegt, nennt hier der BGH explizit die Lebensleistung des Täters als einzubeziehendes Kriterium.³³ Einer größeren Öffentlichkeit bekannt (und Ausgangspunkt wissenschaftlicher Beiträge zu dieser Thematik³⁴) wurde das Kriterium der »Lebensleistung« dann im Fall der Steuerhinterziehung von *Uli Hoeneß*, obgleich die schriftliche Urteilsbegründung nicht ausdrücklich die »Lebensleistung« nennt.³⁵ Seitdem ist ein begriffliches »Namedropping« zu beobachten, insofern der Begriff »Lebensleistung« im letzten Jahrzehnt immer wieder in Urteilsbegründungen auftaucht: »Die Sozialprognose für W. ist im Hinblick auf seine Unbestraftheit, seine Lebensleistung und seine familiäre Bindung positiv.«³⁶ »Für den Angeklagten sprach zunächst, dass er trotz fortgeschrittenen Lebensalters von 61 Jahren strafrechtlich bislang nicht in Erscheinung getreten ist. Er hat stattdessen – mit Ausnahme der festgestellten Taten – ein rechtschaffenes Leben geführt und auf dieser Basis eine anerkennenswerte Lebensleistung einschließlich bemerkenswerter beruflicher Erfolge erzielt, die ihn zu einem international bekannten und geachteten ›Top-Manager‹ werden ließen.«³⁷ »Die Kammer hat im Übrigen bei sämtlichen Taten wie zuvor mildernd das fortgeschrittene Lebensalter, die Unvorbestraftheit, die mutmaßlich im Laufe der Zeit abnehmende Hemmschwelle zur Begehung der Taten, die Lebensleistung [...] zugunsten des Angeklagten berücksichtigt.«³⁸ Jedoch: Eine inhaltliche Definition von »Lebensleistung«, ebenso wie eine dogmatische Begründung für ihre Heranziehung als Strafzumessungskriterium sucht man in der Rechtsprechung vergeblich.

31 *Stadler*, Die Lebensleistung als Strafzumessungskriterium (2019).

32 Siehe *Stadler* (Fn. 31), S. 273 ff.

33 Siehe BGH NJW 2008, 528 ff.

34 *Wittig*, Lebensleistung als Strafmilderungsgrund?, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda/Beulke (Hrsg.), FS Werner Beulke (2015), S. 1241 (1241); *Stadler* (Fn. 31), S. 3.

35 Vgl. *Wittig* (Fn. 34), S. 1241 (1241 mit Fn. 1). Die Begründung ist abrufbar unter https://web.archive.org/web/20141031074235/http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/oberlandesgerichte/muenchen/presse/urteil_ulrich_h_30_10_2014.pdf (zuletzt abgerufen am 02.07.2022).

36 LG Frankfurt, Urt. v. 13.06.2016 – 5/02 KLS 6/12, 5-02 KLS 6/12, 5/2 KLS 6/12, 5-2 KLS 6/12, Rn. 711 (im Wortlaut identisch bei drei weiteren Angeklagten).

37 LG Essen, Urt. v. 14.11.2014 – 35 KLS 14/13, Rn. 1367.

38 LG Essen, Urt. v. 14.11.2014 – 35 KLS 14/13, Rn. 1378.

Diesem Desiderat versuchten dann primär *Wittig* (2015) und monographisch, wie bereits erwähnt, *Stadler* (2019) in seiner von *Wittig* betreuten Dissertation abzuwehren. Nach *Wittig* ist eine berücksichtigungsfähige Lebensleistung ein »andauerndes, freiwilliges und überobligatorisches Vortatverhalten [...], das für die Gesellschaft von besonderem Nutzen ist.«³⁹ Demgegenüber will *Stadler* in der Lebensleistung ein »außerhalb der eigentlichen Tathandlung liegendes Verhalten, das einen besonders auszeichnungswürdigen Charakter aufweist und ganz überwiegend (tatsächlich oder wertungsmäßig) über eine beachtliche Zeitspanne ausgeübt wird«⁴⁰ sehen. Neben dieser grundlegenden Definition stellt sich jedoch, wie *Stadler* und *Wittig* zutreffend herausarbeiten, in einem zweiten Schritt die Frage nach der Strafzumessungsrelevanz der jeweils festgestellten Lebensleistung. Um dieser Frage nachzugehen, kann es nicht schaden, sich noch einmal den Strafzumessungsvorgang vor Augen zu führen.

Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung bedient sich, ausgehend von § 46 I StGB, in der Strafzumessung der sog. »Spielraumtheorie« und vollzieht sie im Wesentlichen in drei Schritten. Zunächst wird der gesetzliche Strafrahmen festgestellt. Dieser besteht im Groben aus dem Regelstrafrahmen, »der dem verwirklichten Grund- oder Qualifikationstatbestand entnommen wird«⁴¹, welcher im Einzelfall ggf. als minder schwerer Fall gemildert oder als besonders schwerer Fall erhöht werden muss. In einem zweiten Schritt wird innerhalb dieses gesetzlichen Strafrahmens der schuldgerechte Rahmen ermittelt. In diesem »Spielraum«, zwischen der höchstmöglichen schuldgerechten Strafe und der untersten Grenze der gerade noch schuldgerechten Strafe wird sich die finale Zumessung bewegen. Dieser Spielraum ist Ergebnis einer Abwägung aller Umstände, die für die Strafzumessungsschuld relevant sind. § 46 II 2 StGB enthält dabei einen nicht abschließenden Katalog konkreter Punkte. In einem dritten und letzten Schritt wird abschließend die konkrete Strafe bemessen, wobei hier insbesondere präventive Aspekte (nach der Rechtsprechung sowohl generalpräventive als auch spezialpräventive)⁴² ausschlaggebend sind.

Vor diesem Hintergrund könnte eine »Lebensleistung« unter zwei Gesichtspunkten in die Strafzumessung einfließen: entweder weil sie Auswirkungen auf die (Tat-) Schuld hat oder weil sie als Indiz hinsichtlich präventiver Erwägungen zu berücksichtigen ist. Dies hier im Einzelnen zu entwickeln, würde den Rahmen dieses Essays sprengen und ist im Übrigen im Wesentlichen bereits durch *Wittig* und *Stadler* erfolgt. Im Folgenden soll auf deren Erwägungen aufbauend vielmehr vom Ergebnis her der Begründungsansatz kritisch betrachtet werden, wonach Lebensleistung auf Ebene der Tatschuld zu berücksichtigen ist.

39 *Wittig* (Fn. 34), S. 1241 (1245).

40 So auch im zugehörigen Aufsatz *Stadler*, Die Lebensleistung des Täters – ein taugliches Strafzumessungskriterium?, StV 2020, 271 (273).

41 *Kett-Straub/Kudlich*, Sanktionenrecht, 2. Auflage (2021), § 9 Rn. 20.

42 Vgl. *Dölling/Duttge/König/Rössner/Kempfer*, Gesamtes Strafrecht, 5. Auflage (2022), § 46 Rn. 15 ff.

Der Einzeltatschuld ist eine Berücksichtigung des Vorlebens und der Persönlichkeit des Täters grundsätzlich fremd. Wie bereits gezeigt wurde, laufen anderslautende Konzeptionen auf nicht überzeugende Wertungen der Lebensführung eines Menschen hinaus, die in einem rechtsstaatlichen Strafrecht keinen Platz haben. Die Rechtsprechung behilft sich daher einer mehr oder weniger überzeugenden »Indizkonstruktion«. So sind Vorleben und Persönlichkeit durchaus dann in die Strafzumessung mit einzubeziehen, wenn sie als »Indiz« Rückschlüsse auf Aspekte zulassen, die wiederum die konkrete Einzeltat schuld- oder präventionsbezogen beeinflussen. So der BGH: »Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfen Umstände der allgemeinen Lebensführung nur berücksichtigt werden, wenn sie wegen ihrer engen Beziehung zur Tat Schlüsse auf den Unrechtsgehalt zulassen oder Einblicke in die innere Einstellung des Täters zur Tat gewähren.«⁴³

Dass ein Zusammenhang zwischen Vorleben und Einzeltatschuld besteht, ist jedoch mitnichten selbstverständlich. Bereits auf abstrakter Ebene (also unabhängig von konkreten Zumessungskriterien wie der »Lebensleistung«) ist es problematisch, aus dem Vorleben Schlüsse auf die Tatschuld zu ziehen. Völlig zurecht kritisiert Hörnle die Fragwürdigkeit des behaupteten Zusammenhangs zwischen Vorleben und Einzeltatschuld, da dieser für zumindest unterbewusste Wertungen des Lebens eines Menschen durch den Richter, die kaum überprüfbar sind, Tür und Tor öffne.⁴⁴

Fließen derlei Kriterien mit in die Strafe mit ein, so verbüßt der Täter – plakativ gesprochen – einen Teil seiner Strafe (nämlich den, der die letztlich nicht quantifizierbare Strafdifferenz mit bzw. ohne Berücksichtigung des Vorlebens ausmacht) eben wegen einer persönlichen Lebensführung. Womit wir dogmatisch wieder am Anfang wären. Dass die Kommentarliteratur einen Zusammenhang von Vorleben und Einzeltatschuld weitestgehend kommentarlos anerkennt, ohne eine tiefere Begründung dafür anzubieten, ist daher mit Blick auf die dargestellte Gefahr, die von »Lebensführungsschuld«-Konzepten ausgeht, durchaus fragwürdig.

Aber womöglich ist die »Lebensleistung« auch ohne tragfähige dogmatische Begründung bei der Strafzumessung berücksichtigungsfähig, weil sie – anders als die verbrämte Lebensführungsschuld – lediglich zugunsten⁴⁵ des Täters wirkt? Zugegebenermaßen entschärft dies tatsächlich die Problematik ein Stück weit und macht überdies deutlich, dass die vorschnelle Behauptung einer Analogie zwischen dem Konzept einer Lebensführungsschuld und der Berücksichtigung einer Lebensleistung in der Strafzumessung gewagt wäre. Dennoch wird gerade in der Gegenüberstellung die Gefahr deutlich, die sich aus der zu starken »Subjektivierung« der Strafzumessung ergibt.

So kann man eine hinreichend dogmatische Begründung des Zusammenhangs von Unrecht und Lebensleistung hinsichtlich der Schuld gerade nicht kurzerhand durch den Verweis auf die täterbegünstigende Wirkung ersetzen.⁴⁶ Denn die Befürworter müssen sich die Frage gefallen lassen, warum die Berücksichtigungsfähigkeit der Lebensleistung nicht auch deren generellen Einbezug in negativer Hinsicht ermöglichen soll.⁴⁷ In Bezug auf das Vorleben insgesamt ist das zumindest praktisch der Fall.⁴⁸ Die unreflektierte Beurteilung einer Tat als »persönlichkeitsfremd«⁴⁹ lässt nicht ohne Grund an die bereits zitierte Passage *Mezgers* denken:

»Wenn Schuld und Strafe wachsen, je mehr die Tat der Persönlichkeit des Täters entspricht (also: adäquat ist), so bedeutet dies nichts anderes als: ein Diebstahl, ein Raub, ein Mord, [...] usw. wiegt um so schwerer, je mehr der Täter »seinem Wesen nach« Dieb, Räuber, Mörder [...] usw. ist.«

Damit zeigt sich, dass zwar die täterbegünstigende Berücksichtigung einer »Lebensleistung« für sich genommen nicht problematisch sein mag: Indes ist sie auf abstrakter Ebene Ausfluss bzw. ehrliches Eingeständnis einer fragwürdigen Würdigung der Täterpersönlichkeit, die sich den Vorwurf gefallen lassen muss, die Gefahr einer Aburteilung der Täterpersönlichkeit anstelle der Einzeltat zu bergen.

Dieses Problem wird durch eine weitere Thematik verschärft, die sowohl *Stadler* als auch *Wittig* ausgeblendet haben: Die Problematik der Einbringung von »lebensleistungsrelevanten« Umständen in das Strafverfahren. Zurecht will *Stadler* konsequent ein »Klientelstrafrecht« im Sinne eines »Prominenten- oder Bessergestelltenbonus« vermeiden.⁵⁰ Mag dies in der Theorie noch einigermaßen überzeugend gelingen, stellt sich praktisch die Frage, inwieweit eine gleichberechtigte Berücksichtigung einer nicht öffentlich ausgelebten »Lebensleistung« sichergestellt werden kann, ohne sich dem Risiko auszusetzen, die Beweisaufnahme zu einem nicht unerheblichen Teil zu einem Seelen- bzw. Lebensführungsstriptease des Angeklagten hinsichtlich seines Vorlebens werden zu lassen. Wie erfolgversprechend *Stadlers* theoretische Vermeidungsstrategien praktisch sein dürften, lässt der Titel des *Stadlers* Arbeit rezensierenden

⁴³ BGH NStZ-RR 2010, 25.

⁴⁴ Vgl. Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 51.

⁴⁵ Für *Stadler* ist eine schulderhöhende Wirkung allerdings u.a. dann möglich, wenn »die Lebensleistung zugleich eine besondere Pflichtenstellung des Täters mitbegründet.«, *Stadler* (Fn. 31), S. 454 ff., 587.

⁴⁶ Weitestgehend ablehnend i.E. auch *Wittig* (Fn. 34), S. 1241 (1255): »Aber auch dogmatisch lässt sich im Rahmen des § 46 StGB eine Strafmilderung aufgrund einer Lebensleistung kaum begründen, nur ausnahmsweise kann sie auf der Schuldebene des Handlungsunrecht der Tat mindern oder auf der Präventionsebene berücksichtigungsfähig sein.« Anders hingegen *Stadler* (Fn. 31), der jedoch detaillierte Kriterien aufstellt, wann die Lebensleistung (zumindest mittelbare) Auswirkungen auf das Unrecht der Tat hat bzw. haben soll, siehe nur S. 634 ff. und 643 ff. (dort mit tabellarischen Übersichten).

⁴⁷ Von *Stadler* durchaus eingeräumt, siehe bereits Fn. 45. Weitergedacht bleibt jedoch offen, warum dann überhaupt an dem Kriterium einer Lebensleistung festgehalten werden muss oder nicht vielmehr deren negatives Äquivalent ebenfalls grds. mit einbezogen werden kann.

⁴⁸ Wovon auch *Stadler* (Fn. 31) ausgeht, u.a. S. 411 ff.

⁴⁹ Siehe nur BGH NStZ 1994, 336; BGH, Urt. v. 25.10.1989 – 3 StR 180/89 – Rn. 5; LG Dortmund, Urt. v. 11.06.2018 – 37 Ks 27/11 – Rn. 1119.

⁵⁰ Siehe u.a. *Stadler* (Fn. 31), S. 451, 594. So auch *Wittig* (Fn. 34), S. 1241 (1253, 1255).

FAZ-Artikels erahnen: »Hoffnung für Steuersünder. Strafmilderung durch Lebensleistung.«⁵¹

Mithin lässt sich abschließend feststellen, dass selbst die minutiöse Untersuchung *Stadlers* es nicht abschließend vermag, die im deutschen Recht traditionsreiche Würdigung der Täterpersönlichkeit auf unverdächtige Bahnen zu lenken. So wäre es zwar übereilt, die Berücksichtigung einer Lebensführungsschuld mit dem v.a. in positiver Hinsicht relevanten Konzept einer »Lebensleistung« pauschal auf eine Stufe zu stellen. Nichtsdestotrotz zeigt gerade dies die offene Flanke der Strafzumessung, die Tat zumindest teilweise auf einen Anlass zur Würdigung des Lebens des Täters zu reduzieren.

Glücklicherweise scheint zuletzt auch der BGH diese Problematik zu sehen: »Der Begriff ›Lebensleistung‹ ist eine ausfüllungsbedürftige ›Leerformel‹ und wird sich schwer definieren lassen (ohne Definition BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 - 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71 Rn. 45). Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB ist vorrangig die Schuld des Täters die Grundlage für die Strafe und nicht dessen Lebensführung oder Lebensleistung.«⁵² Dies lässt hoffen, dass damit zumindest die Erweiterung der strafzumessungsrelevanten Aspekte um umfangreiche Würdigungen des Lebens oder der Persönlichkeit des Täters keine Zukunft hat.

51 *Zenthöfer*, Hoffnung für Steuersünder. Strafmilderung durch Lebensleistung, Frankfurter Allgemeine Zeit vom 25.03.2019, Nr. 71, S. 16. Kritisch auch *Wittig* (Fn. 34), S. 1241 (1253, 1255).

52 BGH BeckRS 2019, 4021.

Karl Kaltenborn*

Der Kampf gegen das alte Recht: Die juristische Ausbildung im Nationalsozialismus

Diskussionen über Reformen der juristischen Ausbildung sind so alt wie das Studium selbst. In der Ausdauer, mit der diese Kontroverse geführt wird, spiegelt sich die Bedeutung der juristischen Ausbildung für die Praxis und für das Rechtsverständnis der Rechtsanwendenden wider. Obwohl die Debatten um die Durchführung von Studienreformen schon so lange anhalten, sind sie auch in Deutschland noch nicht zum Erliegen gekommen. So werden auch in jüngster Zeit wieder Stimmen laut, die die Auseinandersetzung mit der Sinnhaftigkeit des »Einheitsjuristen« fordern, die eine Umformung des Studiums mehr in Richtung Praxisnähe für erforderlich halten sowie die Einführung eines integrierten Bachelor of Law verlangen. Die jüngste Neuerung in der Ausbildung stellt aber die Ergänzung des § 5a DRiG vom 25. Juli 2021¹ dar, die am 1. Januar 2022 in Kraft getreten ist. Demnach soll die Vermittlung des Pflichtfachstoffs in Auseinandersetzung mit dem Unrecht im Nationalsozialismus und der SED-Diktatur erfolgen.² Im Rahmen der Pflichtvorlesungen soll kontrastierend »Un-Recht« gegen Recht gestellt werden, um so Studierenden ein eindrucksvolles Bild der Unrechtsdimensionen dieser autoritären Regime zu zeichnen.

Jedoch fragt sich: Sollte vor dem Hintergrund der langanhaltenden Diskussion um die juristische Ausbildung vielleicht auch diese Diskussion *selbst* Eingang in die heutige Juristenausbildung finden? Lohnt sich eine Auseinandersetzung mit Studienordnungen überhaupt? Und welche Lehren lassen sich gegebenenfalls aus der Ausbildung junger Juristinnen und Juristen für die künftige Lehrpraxis ziehen? Dieser Beitrag will zeigen, dass die langgeführte Debatte um die Ausgestaltung des rechtswissenschaftlichen Studiums keineswegs nur eine rein technisch-formalistische Auseinandersetzung mit Fragen der Verteilung von Vorlesungszeiten ist, sondern dass Änderungen in der Ausbildungsordnung auch z.T. verheerende Folgen für das Rechtsbewusstsein und das Rechtsverständnis der Studierenden haben können. Nirgends wird dies so deutlich wie anhand der juristischen Ausbildung im Nationalsozialismus, denn: »Sowie heute der Student das Recht ansehen lernt, so sieht es in 10 Jahren der deutsche Rechtswahrer!«³

* *Karl Kaltenborn* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August Universität in Göttingen.

¹ Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25. 6. 2021, BGBl. 2021 I S. 2154 ff.

² Siehe § 5a II 3 DRiG.

³ »Kieler Stellungnahme« zur Studienordnung von 1935, Abdruck der »Kieler Stellungnahme« in: *Frassek*, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, ZGR-GA 111 (1994), 564 (590).

A. Juristische Ausbildung in Deutschland

Trotz aller Diskussion ähnelt die juristische Ausbildung in Deutschland noch immer dem seit knapp 300 Jahren etablierten Ausbildungsmodell des Staates Preußen, welches sich, in Anbetracht der Zeitspanne ihrer Wirkung, als sehr beständig erwiesen hat. Diese Reformbeständigkeit der Ausbildungspraxis geriet jedoch immer dann ins Wanken, wenn sich große gesellschaftspolitische Umwälzungen vollzogen. So lässt sich während des letzten Jahrhunderts beobachten, dass es immer dann, wenn sich ein politischer Systemwechsel vollzogen hat, zu einer Modifikation der Ausbildungsordnung im jeweiligen politischen Interesse gekommen ist.⁴ Diese Reformen dienten unter anderem dazu, eine »Rechtserneuerung«⁵, also eine auf Langzeitwirkung gerichtete Modifikation des bestehenden Rechts, nicht nur zu forcieren, sondern auch mit großer Effizienz durchzusetzen. Mit anderen Worten: Die juristische Ausbildung sollte der Streitwagen sein, auf dem gegen das alte Recht in den Kampf gezogen wurde. Sie wurde Mittel zum Zweck, um die Angleichung der Rechtsverhältnisse an die neuen politisch erwünschten Verhältnisse vorzunehmen.

Dies wirft aus rechtshistorischer Sicht zum einen die Frage auf, mit welchen Mitteln diese ideologische Indoktrinierung des juristischen Nachwuchses umgesetzt wurde, wie erfolgreich sie war und welchen Einfluss diese Ausbildungspraktiken auf die Rechtspraxis hatten. Zum anderen kann uns die historische Betrachtung wertvolle Erkenntnisse liefern, um die Juristenausbildung in ihrer gegenwärtigen Ausprägung historisch reflektiert zu bewerten und gefährliche Missbrauchspotenziale für politische Ideologisierung zu identifizieren. Beides lässt sich dabei besonders anschaulich an der sog. Eckhardtschen Studienordnung von 1935 veranschaulichen.

B. Die Eckhardtsche Studienordnung

I. Genese und Inhalt

Die Studienordnung fand ihren Ausgang auf einer in Berlin für den 20. und 21. Dezember 1934 angesetzten Hochschul-

⁴ Beispielhaft hierfür steht die Justizausbildungsordnung vom 22. Juli 1934, worauf die Eckhardtsche Studienordnung am 20. Januar 1935 folgte und diese an bedeutenden Stellen konkretisierte. Ebenso zu nennen ist die »Vorläufige Anordnung der Universitäten und Hochschulen der sowjetischen Besatzungszone« vom 23. Mai 1949, die das gesamte Lehr- und Forschungswesen, sprich auch die Kontrolle der Prüfungsleistungen, der direkten staatlichen Überwachung unterstellte.

⁵ *Frassek* (Fn. 3), ZGR-GA 111 (1994), 564 (578).

lehrertagung des BNSDJ (Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen). Offiziell oblag *Carl Schmitt*, als prägendem Vordenker der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft, die Leitung dieser Veranstaltung. Statt vom prominenten Schmitt wurde sie jedoch von *Karl August Eckhardt* geleitet. Auf dieser, von 170 Hochschullehrern besuchten Veranstaltung wurde über offene Fragen einer Reform der rechtswissenschaftlichen Studienordnung diskutiert und referiert,⁶ wovon sich *Eckhardt* allerdings unbeeindruckt zeigte und von den bisherigen Referaten unbeeinflusst seine eigenen Ansichten präsentierte.⁷ Diese erlangten, ohne wesentliche Abänderungen, als ministerielle Richtlinie nur vier Wochen später deutschlandweit Geltung.⁸

Dies ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert: Zum einen stellt die Studienordnung einen bis dahin in seiner Intensität einmaligen Eingriff in einen Bereich dar, in dem eigentlich die Länder Regulierungshoheit besaßen. Zum anderen fällt der überragende Einfluss einer einzelnen Person auf, der seine Reformvorstellungen trotz eines (freilich innerhalb des politischen Rahmens des Nationalsozialismus) divergierenden Meinungsbildes durchsetzen konnte.⁹

Eckhardts Studienordnung spricht eine klare politische Sprache¹⁰ und lässt kaum Zweifel an ihrer ideellen Stoßrichtung. Sie eröffnet mit den Worten: »Lehrer und Studenten der Rechte! Die deutsche Rechtswissenschaft muss nationalsozialistisch werden. Nationalsozialismus ist kein Lippenbekenntnis, sondern eine Weltanschauung.«¹¹

In diesen der Studienordnung vorangestellten »Grundgedanken« führt *Eckhardt* aus, dass die Rechtswissenschaft

immer noch »in den Gedankengängen des römisch-gemeinen Rechts« lebe und die geistige Grundhaltung der Juristen nach wie vor durch dieses »Pandektensystem« bestimmt werde. Da es im »geistigen Ringen um neue Werte« keinen besseren »Kampfplatz« als die Universität gebe, sei daher das Ziel die Überwindung dieses alten Rechts durch ein »wirklich deutsches Recht«. Doch wie sollen die der Rechtsordnung zugrundeliegenden Werte und Grundgedanken ersetzt oder gar in ihr Gegenteil verkehrt werden? Die Lösung war eine neue Juristenausbildung.

Daher legt *Eckhardt* aufbauend auf den »Grundgedanken« Vorschläge für den »Aufbau des Studiums« vor, an den sich Leitsätze für die Fakultäten und solche für die Studenten anschließen, wobei letztere einen stark appellatorischen Charakter besitzen.¹² Das Studium werde so aufgebaut, dass der Student in den ersten beiden Semestern die »völkischen Grundlagen der Wissenschaft« kennenlerne, ebenso wie er Vorlesungen über »Rasse und Sippe« höre. In den folgenden Semestern solle er sich intensiv dem Fachstudium widmen und das letzte und sechste Semester stünde ganz im »Zeichen der heranrückenden Abschlußklausuren«, weshalb der Student von Vorlesungen zu entlasten sei. Generell gebe es keine Pflichtvorlesungen oder gar einen Belegungszwang. Die Studenten werden angehalten sich bei der Belegung der Vorlesungen ganz von ihren Interessen leiten zu lassen.

Als sog. Stoßtruppfakultäten – Fakultäten, die eine besonders hervorragende Ausbildung garantieren sollten – wurden die Fakultäten der Städte Kiel, Breslau und Königsberg besonders empfohlen. Ebenso übernimmt *Eckhardt* als Voraussetzung für die Zulassung zum ersten juristischen Staatsexamen die Forderung nach dem Nachweis eines Arbeitsdienstes, welcher jedoch nur durch die Mitgliedschaft in der NSDAP oder einer ihrer Unterorganisationen erlangt werden konnte.¹³ *Eckhardt* führt dazu aus, dass man Nationalsozialismus »nur [oder] fast nur durch die SA erleben kann.«¹⁴ Die reine Mitgliedschaft in der Partei mache den einzelnen Parteigenossen noch nicht zum Nationalsozialisten,¹⁵ sondern dieser könne nur erlebt und bewiesen werden. Damit schließt er wieder den Kreis zu seinen eingangs formulierten Grundgedanken: »Nationalsozialismus ist kein Lippenbekenntnis.«¹⁶

⁶ Ausgang der Diskussionen war die Justizausbildungsordnung vom 22. Juni 1934 (RGBl 1934 I S. 727 ff.). Diese vereinheitlichte die juristische Ausbildung auf dem Reichsgebiet, regelte jedoch vorrangig die formalen Rahmenbedingungen des Studiums. Inhaltliche Konkretisierungen (bezogen auf die konkrete Ausgestaltung von Vorlesungen) sollten auf der Tagung beraten werden und später in Gestalt der *Eckhardtschen* Studienordnung in Bestandskraft erwachsen, vgl. *Frassek* (Fn. 3), ZGR-GA 111 (1994), 564 (567 f.).
⁷ *Eckhardts* Richtlinienentwurf, der schon vor der Tagung feststand, blieb weitgehend unverändert bestehen. Lediglich Ernst Rudolf Huber (ein befreundeter Ordinarius aus Kiel) konnte *Eckhardt* vor der Tagung überzeugen, den Entwurf der Studienordnung dahingehend abzuändern, dass die Vorlesung über »Verfassungsgeschichte der Neuzeit« in den Vorlesungskanon aufgenommen wurde; vgl. *Grothe*, Zwischen Geschichte und Recht: Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970 (2005), S. 198.

⁸ Vgl. dazu *Nehlsen*, Nachruf Karl August Eckhardt, ZRG GA 104 (1987), S. 497 (504).

⁹ So *Frassek*, Steter Tropfen höhlt den Stein- Juristenausbildung im Nationalsozialismus und danach, ZRG GA 117 (2000), S. 294 (300).

¹⁰ Bis zum Erlass der Justizausbildungsordnung von 1934 beherrschen »technische« Reformbemühungen (Einführung einer mündlichen Aufnahmeprüfung, Schaffung politisch motivierter Einführungsvorlesungen) den Diskurs. Ab 1934 hingegen mehrte sich die politisch-weltanschauliche Argumentation in der Reformdiskussion, jedoch kommen politische Argumente nur allgemein, nicht konkret auf die Ausgestaltung der Vorlesung zum Tragen. Diese ausführliche Diskussion der konkreten Studien- und Vorlesungsinhalte findet erst nach Erlass der *Eckhardtschen* Studienordnung 1935 statt; vgl. *Frassek* (Fn. 3), ZGR-GA 111 (1994), 564 (564 ff.).

¹¹ *Eckhardt*, Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft (1935), S. 7.

¹² So z.B.: »Bevorzugt zunächst die rechtswissenschaftlichen Fakultäten Kiel, Breslau und Königsberg, die als politischer Stoßtrupp ausersehen sind!«, vgl. *Eckhardt* (Fn. 11), S. 8.

¹³ Ein Arbeitsdienst war schon in der JAO von 1934 vorgesehen: § 2 JAO Abs. 1 (1934), Ergänzung in Abs. 3: »Darüber hinaus soll der Bewerber durch Bescheinigungen geeigneter Stellen dartun, wie er nach Ableistung des Arbeitsdienstes seine körperliche Ausbildung und die Verbundenheit mit anderen Volksgruppen gepflegt hat; denn nur, wer gehorchen gelernt hat, kann einst auch befehlen, und nur in der Gemeinschaft wird der Charakter gebildet.«, *Schumann*, Die juristischen Fakultäten in der NS-Zeit, in: Ramm/Saar (Hrsg.), Nationalsozialismus und Recht. Erste Babelsberger Gespräche (2014), S. 39 (133 f.).

¹⁴ *Eckhardt* (Fn. 11), S. 25.

¹⁵ *Eckhardt* (Fn. 11), S. 24.

¹⁶ *Eckhardt* (Fn. 11), S. 7.

II. Der Kampf dem bestehenden Recht

Der in typisch pathetischer NS-Rhetorik benannte »Kampf« gegen das bestehende Recht war damit begonnen. Generell lässt sich feststellen, dass es zu einer Reduzierung des spezifischen Fachstudiums zugunsten eines weltanschaulichen und politisierten Grundstudiums kam. Dies führte zwangsläufig zu einer nicht unerheblichen Beeinflussung der Studenten im Geiste des Nationalsozialismus.¹⁷ Nicht Juristen, sondern »Rechtswahrer« sollten herangezogen werden, sprich nationalsozialistisch geformte Vertreter des Rechts. Allerdings bestünde dabei noch ein entscheidendes Problem, denn wie *Eckhardt* schon in den Grundgedanken moniert, sei die deutsche Rechtswissenschaft noch immer den Gedankengängen des römisch gemeinen Rechts verfangen. Dieses »undeutsche« Recht sei daher, vor allem im Bereich des bürgerlichen Rechts, zu bekämpfen.

Dieser Kampf sollte sich dadurch vollziehen, dass die dem Privatrecht klassischerweise zugrundeliegenden liberalen Wertungen, welche den Grundprinzipien des Nationalsozialismus zuwiderliefen, in der nationalsozialistischen Juristenausbildung weitestgehend ausgeblendet wurden. Die Herausforderung bestand dabei jedoch darin, dass das Bürgerliche Gesetzbuch auch während der Zeit des Nationalsozialismus weiterhin in Kraft blieb. Diese Umformung des Rechts bei gleichzeitiger Beibehaltung der bestehenden gesetzlichen Grundlage erfolgte in zwei Teilschritten: Der »Schwächung der alten Einheit [und dem] Aufbau einer neuen Einheit«¹⁸.

Die Schwächung der alten Einheit erfolgte durch den Austausch von Vorlesungen, die die Grundlagen des alten Rechts vermitteln, wie »Allgemeiner Teil des BGB« und »Schuldrecht«.¹⁹ Diese wurden durch Vorlesungen und Fächer ersetzt, die sich an »konkreten Ordnungen«²⁰ orientierten, sprich die Studieninhalte wurden nach Lebensbereichen wie »Familie«, »Bauer«, »Boden«, etc. neu unterteilt. Durch dieses bewusste Auslassen der abstrakten Grundlagen des Zivilrechts konnte dem in der Regel rechtlich nicht vorgebildeten Studienanfänger die Anwendung des bürgerlichen Rechts beigebracht werden, ohne dass dieser in Berührung mit den dem Privatrecht zugrundeliegenden freiheitlich-liberalen Grundwerten kam.²¹

Der zweite Schritt, der Aufbau einer neuen Einheit, erfolgte vor allem durch Aufnahme neuer Vorlesungen in der Studienordnung. Denn so konnten die liberalen Grundgedanken des Privatrechts, wie etwa der des Vorrangs und des Schutzes des Individuums, durch totalitäre Werte ausgetauscht werden, konkret: Durch den Gedanken des Vor-

rangs des »Volks«. Allgemeine Prinzipien wurden einfach umgangen und ohne einen logischen Bruch mit der bisherigen Stoffsystematik in ihr Gegenteil verkehrt.

Ein eindrucksvolles Beispiel für die Umsetzung beider Teilschritte ist der Inhalt der Vorlesung »Familie«: Anders als der Name vermuten lässt, ging es nicht um fachspezifische Fragen des Familienrechts. Vielmehr hatte diese im ersten Semester angesetzte Vorlesung vorrangig zum Ziel, das als positive Rechtsgrundlage fortbestehende BGB in einen neuen systematischen Kontext einzukleiden. Das Personenrecht des BGB, dem eigentlich eine egalitäre Stellung der Rechtssubjekte zugrunde liegt, wurde umgekehrt und stattdessen ein Personenbegriff entfaltet, der auf dem »Blutzusammenhang und dem Gemeinschaftsgedanken [des Volkes]«²² beruht. Dieser verdrehte Begriff der Person korreliert zwangsläufig mit den Überlegungen § 1 BGB mit folgendem Satz zu ersetzen: »Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist, Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist.«²³ Dieser pervertierte und abstoßend rassistisch und völkisch durchdrungene Personenbegriff sollte nun die Grundlage bilden und den neuen »Rechtswahrern« vermittelt werden. Nur dieses eine Beispiel verdeutlicht, wie nachhaltig und tiefgreifend der Kampf gegen das liberale »Pandektensystem« geführt wurde.²⁴

III. Umsetzung der Studienordnung im Reichsgebiet

Doch wurden die von *Eckhardt* entworfenen Streitpläne zum Kampf gegen das alte Recht tatsächlich vor Ort umgesetzt? Die Betrachtung der Umsetzung der Studienordnung steht stets unter dem Vorbehalt, dass der steigende Einfluss des Reichsministeriums für Wirtschaft und Erziehung zulasten der Kompetenz der Länder für hochschulpolitische Fragen, sowie die Studienordnung selbst, den einzelnen Fakultäten kaum eigenen personal- und hochschulpolitischen Handlungsspielraum ließen.²⁵ Die zuständigen staatlichen Stellen übten oft Druck auf die Fakultäten aus, um sowohl die Umsetzung der neuen Studienordnung als auch die politisch genehme Besetzung der Lehrstühle zu forcieren. Gleichwohl lässt sich, wie schon die Untersuchungen von *Ralf Frassek* zu diesem Thema zeigen, ein Spektrum innerhalb der deutschen Juristenfakultäten ausmachen, welches von begeisterter und willfähriger Gefolgschaft auf der einen Seite, bis zu Opposition und starken Beharrungstendenzen reicht.²⁶ So kam es in der als NS-Kaderschmiede auserkorenen »Stoßtrupp fakultät« Kiel naturgemäß zu einer sehr engagierten

¹⁷ Vgl. *Schumann* (Fn. 13), S. 39 (120).

¹⁸ So *Frasssek* (Fn. 3), ZGR-GA 111 (1994), 564 (578).

¹⁹ Vgl. *Eckhardt* (Fn. 11), S. 8.

²⁰ Hier ist der Einfluss Carl Schmitts spürbar, denn die Studienordnung orientiert sich an dem von ihm entwickelten Begriff der »konkreten Ordnungen«; *Schmitt*, Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Auflage (2006), S. 32 ff.

²¹ Vgl. *Frasssek* (Fn. 3), ZGR-GA 111 (1994), 564 (579).

²² Vgl. *Frasssek* (Fn. 3), ZGR-GA 111 (1994), 564 (587).

²³ Ebd. unter Verweis auf Larenz.

²⁴ So *Frasssek* (Fn. 9), ZRG GA 117 (2000), 294 (305).

²⁵ Vgl. *Schumann*, Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1935-1955, in: *Schumann* (Hrsg.), Kontinuitäten und Zäsuren-Rechtswissenschaft und Justiz im »Dritten Reich« und in der Nachkriegszeit (2008), S. 65 (100).

²⁶ Allgemein kann festgehalten werden, dass die Umsetzung der Studienordnung in den sog. Stoßtrupp fakultäten sehr engagiert umgesetzt wurde, wohingegen die Reform an den Fakultäten, speziell im süddeutschen Raum, weniger Einfluss auf den universitären Alltag nahmen, vgl. *Frasssek* (Fn. 9), ZRG GA 117 (2000), 294 (316).

Umsetzung der Studienordnung. Generell bildete die Kieler Fakultät eine Speerspitze nationalsozialistischer Dogmatik.²⁷ Neben *Eckhardt*, dem Kieler Schöpfer der Studienordnung, ist noch auf einen anderen zivilrechtlichen Ordinarius aus Kiel hinzuweisen, *Karl Larenz*. Durch ihn findet die dogmatische Vorreiterrolle Kiels auch Entsprechung in der juristischen Ausbildung: *Larenz* ist der Schöpfer des Lehrbuchs zur gleichnamigen Vorlesung »Vertrag und Unrecht«, welches die nationalsozialistischen Modifikationen des bürgerlichen Rechts mit ebenjenem bestehenden Recht ohne dogmatischen Bruch in Einklang brachte.²⁸

Im Unterschied hierzu wurde in Frankfurt die neue Studienordnung nicht nur kaum umgesetzt; an ihr wurde sogar Kritik geäußert. Man mokierte sich, dass die Studienordnung ein »Gebäude ohne Fundament« sei, ein haltloses Gebilde. Offenbar erfuhren die weltanschaulich-politischen Neuerungen der Studienordnung in Frankfurt keinen Zuspruch: Die Frankfurter Fakultät hat die in der Studienordnung geforderten Reformen kaum umgesetzt und stattdessen die bisherigen Modelle beibehalten.²⁹

Als Göttinger Jurastudent interessiert jedoch eine Frage besonders: Wie positionierte sich die Georg-August-Universität zur Eckhardtschen Studienordnung? Diese kann – wie sich aus der Arbeit von *Eva Schumann* folgern lässt³⁰ – tendenziell der ersteren Kategorie zugeordnet werden: An der Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät kann von staatlich forcierten Umformungen nicht die Rede sein. Vielmehr bemühten sich die zuständigen universitären Stellen selbstständig und mit regem Eifer um eine nationalsozialistisch besetzte Fakultät und eine linientreue Umsetzung der Studienordnung. Die Umgestaltungen waren gewaltig; die Göttinger Fakultät unterzog sich einer grundlegenden nationalsozialistischen Metamorphose.³¹ So reagierte *Karl Siegert*, der den Lehrstuhl des zwangsweise in Ruhestand versetzten Professors jüdischer Herkunft *Richard Honigs* innehatte und ab 1935 für die Neuberufungen der Lehrstühle zuständig war,³² auf die Eckhardtsche Studienreform

²⁷ In den anderen Rechtsgebieten ist vor allem auf *Schaffstein* und seine Überlegungen zur Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung (*Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935) und seine gemeinsam mit dem anderen prominenten Kieler Strafrechtsdogmatiker *Dahm* verfassten programmatischen Kampfschrift »Liberales oder autoritäres Strafrecht« zu verweisen, welche eine der wichtigsten antiliberalen Schriften darstellt, die das Strafrecht grundlegend nationalsozialistisch erneuern wollte (*Dahm/Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht, 1933). *Dahm* selbst ist Begründer der Gesinnungstätertypenlehre (*Dahm*, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940).

²⁸ Vgl. *Frassek* (Fn. 9), ZRG GA 117 (2000), 294 (317 ff.).

²⁹ Vgl. *Frassek*, Die juristische Studienordnung, in: Ramm/Saar (Hrsg.), Nationalsozialismus und Recht. Erste Babelsberger Gespräche, 2014, S. 324 (336).

³⁰ *Schumann* (Fn. 25), S. 65 (100).

³¹ *Schumann* (Fn. 25), S. 65 (120).

³² Dank seiner guten Beziehungen konnte er in nicht unerheblichem Maße auf die Personalpolitik der Hochschule Einfluss nehmen. Er war seit 1933 u.a. Gaustellenleiter und Leiter der Hauptstelle für Rechtspolitik der NSDAP, ab 1935 Vertrauensmann im NS-Dozentenbund für die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät und pflegte gute Beziehungen zum Reichs-

mit einem Schreiben an das zuständige Ministerium mit dem Anliegen der Umstrukturierung der gesamten Fakultät. Mit diesen primär personellen Umstrukturierungen sollte die Göttinger Fakultät, neben den in der Studienordnung herausgehobenen politischen Stoßtruppfakultäten Kiel, Breslau und Königsberg, eine vergleichbare Stellung einnehmen. Als Mittel zur Erreichung dieses Ziels schlug er die »negative Auslese« »nichtarischer« oder »liberalistischer« Kollegen vor.³³

Von den Stoßtruppfakultäten unterschied sich die Göttinger Fakultät schon 1938 nur noch definitorisch, denn die Umformungen hatten ihren Zweck erfüllt; einen homogenen nationalsozialistischen Lehrkörper an der Fakultät. Diesen einte vor allem eins: Sie waren mehrheitlich eher nach politischer Haltung als nach fachlicher Qualifikation eingestellt worden.³⁴

Selbstredend stellte sich daher – zumindest ab 1938 – die gesamte Fakultät hinter die ideelle und politische Stoßrichtung der Eckhardtschen Studienordnung und setzte sie vollumfänglich um. Damit verwirklichten sie nicht nur rein formal die Reform im Hinblick auf die Verteilung der Vorlesungen, sondern auch eine entscheidende didaktische und dogmatische Grundhaltung der Studienordnung: Nichtmehr rechtswissenschaftliche Exzellenz, sondern politische Konformität sollten gefördert werden.³⁵ Göttingen nahm das ernst, sowohl bei Studenten als auch bei Ordinarien.

C. Lehren aus der Lehre lernen? – Die Auseinandersetzung mit NS-Unrecht in der heutigen Lehrpraxis

Doch warum interessiert das Vorstehende im Zusammenhang mit der Novellierung des DRiG? Seit dem 01. Januar 2022 fordert die ergänzte Fassung des § 5a DRiG u.a.,³⁶ dass die Vermittlung des Pflichtfachstoffs in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur erfolgen soll. Die Ergänzung wurde geschaffen, um »das historische Bewusstsein für das nationalsozialistische [...] Unrecht [zu] schärfen, um aus den dunklen Kapiteln unserer Vergangenheit lernen zu können«. ³⁷ Dabei seien die Entwicklungen im nationalsozialistischen Deutschland und in der DDR besonders geeignet, um das Versagen der Rechtsetzung und - viel bedeutender - der Rechtsprechung zu zeigen. Diese Änderung ist sehr zu begrüßen: Die Loslösung der Judikatur von der Bindung des Gesetzes, das Aufgeben des in der Gewaltenteilung verankerten Grundsatzes der Unabhängigkeit der

erziehungsministerium. Vgl. dazu *Schumann* (Fn. 25), S. 65 (89).

³³ *Schumann* (Fn. 25), S. 65 (102).

³⁴ *Schumann* (Fn. 25), S. 65 (120). Der Anteil, der aus »rassischen« oder politischen Gründen entlassenen Hochschullehrer war an der Rechtsfakultät doppelt so hoch wie der Durchschnitt der Entlassungen an anderen Göttinger Fakultäten, vgl. *Schumann* (Fn. 25), S. 65 (68).

³⁵ Vgl. *Schumann* (Fn. 25), S. 65 (120).

³⁶ Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25. 6. 2021, BGBl. 2021 I S. 2154 ff.

³⁷ So der Koalitionsvertrag vom 07.02.2018 zwischen CDU/CSU und SPD, S. 123.

Rechtsprechung und der Missbrauch des »juristischen Methodenarsenals«³⁸; dies alles hält Lehren für junge Juristinnen und Juristen bereit.³⁹

Doch hält nicht nur die Auseinandersetzung mit dem schon ausgestalteten, in Gesetzesform gegossenen Unrecht wertvolle Lektionen bereit, sondern auch die Auseinandersetzung mit jener Juristenausbildung, welche die Bestand gewonnenen Rechtsinhalte zuvorderst in die Köpfe junger Juristinnen und Juristen bringen sollte: So lässt die Eckhardtsche Studienordnung erschreckende Schlüsse auf die Tiefe des »Kampfes« gegen das bestehende Recht sowie auf die durch das Studium erfolgende diskrete und gezielte Pervertierung der Rechtsordnung zu. Der juristischen Ausbildung kommt eine herausragende Rolle beim Verständnis von Recht, Staat und Verfassung zu, sie prägt und formt die nächste Generation von Rechtsanwendenden und wirbt in ihrer Ausprägung für das jeweilige politische/gesellschaftliche System. Demnach kann, wenn man die Zielrichtung der Novellierung des § 5a DRiG umfassend umsetzen möchte, nicht nur die rechtsgeschichtliche Auseinandersetzung mit den materiellen Inhalten des NS-Unrechts angeraten sein, sondern es ist eben auch erforderlich, dass die rechtsgeschichtliche Betrachtung der juristischen Ausbildung im Nationalsozialismus selbst Lehrinhalt wird.

Allerdings muss dabei beachtet werden, dass nicht nur die Eckhardtsche Studienordnung Rückschlüsse auf das ihr zugrundeliegende Rechtsverständnis zulässt, sondern jeder juristischen Ausbildungsordnung ein Rechtsbewusstsein bildendes Element immanent ist. Lässt sich allein wegen dieser in der Natur der Ausbildung liegenden Gemeinsamkeit die Ergänzung des § 5a DRiG mit der Eckhardtschen Studienordnung vergleichen? Sicher nicht. Dies verbietet sich nicht nur aufgrund des Umfangs der Neuerung (§ 5a DRiG enthält einen vergleichsweise marginalen Zusatz), sondern vor allem aus der jeweiligen Zielrichtung, die mit der Reform verfolgt wird. Wo die Eckhardtsche Studienordnung rassistische, antisemitische, demokratiefeindliche und auf die Zersetzung des Rechtsstaats gerichtete Ideologisierung anstrebt, möchte § 5a DRiG gerade das Bewusstsein für jenes nationalsozialistische »Un-Recht« schärfen.

Trotz dessen ist die Ergänzung des § 5a DRiG auf die gesellschaftliche Entscheidung zurückzuführen, gerade dieses Entstehen für die Demokratie, für die Rechtsordnung, für die Verfassung zu fördern. In der Ausbildung junger Juristinnen und Juristen schlummert ein gewaltiges Potential, welches jedoch auch durch § 5a DRiG in eine bestimmte Richtung gelenkt werden soll. Damit keine Missverständnisse entstehen: Die Novellierung des DRiG ist in ihrer Stoß-

richtung unbedingt begrüßenswert! Mir geht es vielmehr um die Sensibilisierung dafür, dass die Ausbildung junger Juristinnen und Juristen auch immer die Ausbildung eines Rechtsverständnisses ist. Und leider kann dieses, wie die voranstehenden Abschnitte zeigen, eben nicht immer nur im positiven Sinne erfolgen. Umso sensibler muss demnach mit der juristischen Ausbildung verfahren werden und umso kritischer müssen Neuerungen reflektiert werden. Rechtsanwendende sollen ermutigt werden, nicht nur die Rechtsinhalte (etwa des Straf- oder Zivilrechts) rechtskritisch zu hinterfragen, sondern auch die Juristenausbildung selbst, um sich der Gefahr der Ideologisierung des Rechts und seiner Vermittlung bewusstzuwerden und dessen Missbrauchspotential erkennen zu können. Doch muss dafür zuvorderst das Bewusstsein, was die juristische Ausbildung überhaupt für ein wirkmächtiges Instrument sein kann, durch die Lehre entwickelt werden. Die Ausbildung ist mehr als nur eine formalistische Auseinandersetzung mit Vorlesungszeiten, sondern ein entscheidender Formgeber unseres Rechtsverständnisses.

Doch was ist die Folge dieser Einsicht? Welche Rolle kann diese bei der Umsetzung des § 5a DRiG in der Lehrpraxis einnehmen? Grundsätzlich kann die Forderung des § 5a DRiG in der Lehrpraxis durch eine rechtshistorische Grundlagenveranstaltung zum Thema »NS-Unrecht und SED-Unrecht« realisiert werden, zu dessen Kanon auch die Auseinandersetzung mit der juristischen Ausbildung zählen sollte. Jedoch bedarf es - wie schon angeklungen - noch eines weiteren Schrittes:

Ein entscheidender Schwerpunkt des juristischen Studiums liegt auf der Vermittlung des geltenden Rechts, auf dem Verstehen und der Anwendung der Systematik und Methodik des Rechts - sprich auf der Seite der Rechtstechnik. Dies ist weitestgehend dem Umstand geschuldet, dass sich die Ausbildung an den von der Rechtspraxis diktierten Ansprüchen orientiert und diesen gerecht werden will und muss. Allerdings geht es nicht nur darum was Studierende lernen, sondern auch, warum sie es - dem Willen der Ausbildungsordnung folgend - lernen sollen. Die Prüfung, ob ein Ergebnis nicht nur objektiv, am positiven Recht gemessen, richtig anmutet, sondern auch grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen unserer Gesellschaft genügt, muss ebenso zum Alltag eines Rechtsanwendenden gehören, wie das Erlernen des Gutachtenstils. Es geht darum, ein kritisches Selbstverhältnis zu den vermittelten Inhalten, aber eben auch zum Mittler selbst, namhaft der juristischen Ausbildung, zu entwickeln. Das kann gelingen, indem man die verkörperten und vermittelten Werte, aber auch die Zielsetzung der juristischen Ausbildung kritisch hinterfragt und mit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen unserer Gesellschaft abgleicht. Es bedarf somit der rechtsethischen Reflexion. Dieses sich zwingend bedingende Nebeneinander von Rechtstechnik und Rechtsethik sieht auch der neu gefasste § 5a DRiG unter Abs. 3 vor. Dieser setzt die in Abs. 2 geforderte rechtsgeschichtliche Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht in Verbindung mit der Berücksichtigung rechtsethischer Grundlagen und der Be-

³⁸ Kramer, Juristisches Denken als Legitimationsfassade zur Errichtung und Stabilisierung autoritärer Systeme, in: Schumann (Hrsg.), Kontinuitäten und Zäsuren-Rechtswissenschaft und Justiz im »Dritten Reich« und in der Nachkriegszeit (2008), S. 141 (148).

³⁹ Vgl. Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Änderung des § 5a Deutsches Richtergesetz (DRiG) – Implementierung des Themas NS-Unrecht in die juristische Ausbildung vom 16.02.2021.

fähigung zur kritischen Reflexion des Rechts. Dies ist in der Zielsetzung sehr zu begrüßen.

Es geht demnach für mich - bezogen auf die juristische Ausbildung - um zweierlei: Zum einen sollte die Grundlagenveranstaltung den historischen Blick der Studierenden für die Funktionalisierung der juristischen Ausbildung im Sinne der jeweiligen gesellschaftlichen »Agenda« schärfen. Zum anderen sollte aber auch der Bogen zur heutigen Ausbildung dergestalt geschlagen werden, dass die Funktionalisierung der Juristenausbildung nicht allein als historisches Kuriosum begriffen wird, sondern als immanenter Bestandteil dieser. Dieser Bogenschlag soll die Teilnehmenden der Veranstaltung zu einer selbstständigen kritischen Positionierung befähigen.

Juristinnen und Juristen sollen durch die Ausbildung zu Funktionsträgern unserer Gesellschaft geformt werden, die die Ideale unserer Rechtsordnung tragen und vertreten, aber gleichzeitig in der Lage sind, diese auch rechtsethisch zu hinterfragen. Dieser Umstand ist, wie die voranstehenden Überlegungen zeigen, zwar zwangsläufig im Wesen der juristischen Ausbildung angelegt, sollte aber kritisch hinterfragt werden. Den Grundstein dafür könnte die Grundlagenveranstaltung legen.