

Schriften zum Strafrecht

Band 22

Der Kampf gegen das liberale Strafrecht

**Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft
der zwanziger und dreißiger Jahre**

Von

Klaus Marxen



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS MARXEN

Der Kampf gegen das liberale Strafrecht

Schriften zum Strafrecht

Band 22

Der Kampf gegen das liberale Strafrecht

Eine Studie zum Antiliberalismus in der
Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre

Von

Dr. Klaus Marxen



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03307 8

Vorwort

Die folgende Untersuchung geht auf eine Anregung von Herrn Prof. Dr. Wolfgang Naucke zurück. Er hat die Arbeit durch zahlreiche Gespräche und schriftliche Stellungnahmen unterstützt und gefördert. Ihm gilt mein besonderer Dank.

Eine wertvolle Unterstützung bedeutete ferner das Promotionsstipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes. Zum Druck hat der Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt durch einen Zuschuß beigetragen. Schließlich habe ich mich beim Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum Strafrecht“ zu bedanken.

Das Manuskript der Arbeit war im Frühjahr 1973 abgeschlossen. Anschließend hat die Arbeit dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Frankfurt als Inaugural-Dissertation vorgelegen. Für den Druck sind geringfügige Veränderungen vorgenommen worden.

September 1974

K. Marxen

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
-------------------------	----

1. Kapitel

Der Liberalismus in der Strafrechtswissenschaft des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts aus der Sicht der Vertreter eines Antiliberalismus	20
--	----

<i>I. Die liberale Staatstheorie in der Darstellung der antiliberalen Strafrechtswissenschaft</i>	21
1. Das Individuum im Mittelpunkt	21
2. Die liberale Gesellschaftstheorie	22
3. Die Beschränkung des Staates auf eine Ordnungs- und Siche- rungsfunktion	22
4. Die Aufgabe der Rechtsordnung	23
5. Weltanschauliche Grundzüge der liberalen Staatstheorie	24
<i>II. Kritische Würdigung: Die pauschale Betrachtungsweise der anti- liberalen Strafrechtswissenschaft</i>	25
<i>III. Liberales Gedankengut in den Lehren der beiden Strafrechtsschulen aus der Sicht der antiliberalen Strafrechtswissenschaft</i>	28
1. Die klassische Schule	29
a) Der Strafbegriff	29
b) Das Verbrechenssystem	33
c) Die Methode	37
d) Die Sonderstellung Bindings	37
2. Die moderne Schule	41
a) Der Strafbegriff	42
b) Das Verbrechenssystem	44
c) Die Methode	46

2. Kapitel

Der irrationale Zeitgeist als Voraussetzung des Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft	47
<i>I. Die Lebensphilosophie</i>	47
<i>II. Die Phänomenologie</i>	49
<i>III. Der Popularisierungs- und Politisierungsprozeß</i>	51

3. Kapitel

Das neue Staatsverständnis als Ausgangspunkt der strafrechtswissenschaftlichen Gegenbewegung zum Liberalismus	56
<i>I. Die Kritik der antiliberalen Strafrechtswissenschaft am Liberalismus</i>	57
1. Entartung des Freiheitsgedankens	57
2. Entleerung des Staatsbegriffs	58
3. Wider die parlamentarische Demokratie	59
4. Der „undeutsche“ Liberalismus	60
<i>II. Grundzüge des antiliberalen Staatsverständnisses</i>	60
1. Das Menschenbild	60
2. Der Staat als Lebensform des Volkes	62
a) Die Neubestimmung des Freiheitsbegriffs	63
b) Der „konkrete“ Gleichheitsbegriff	64
3. Die Staatsform	64
a) Das Führerprinzip	65
b) Der Regierungsstaat	66
4. Der staatliche Wirkungsbereich (Totaler oder autoritärer Staat?)	66
<i>III. Die aus dem antiliberalen Staatsverständnis hervorgegangene Auf- fassung vom Wesen des Rechts und von seinen Aufgaben</i>	67
1. Der antiliberaler „Rechtsstaat“	67
2. Die Quelle des Rechts	69
3. Recht und Wert	71
4. Recht und Sitte	74
5. Recht und Gesetz	75

4. Kapitel

Der Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft bis zur Konsolidierung des nationalsozialistischen Machtapparates	76
<i>I. Der Widerstand gegen die „liberale“ Strafrechtsreform</i>	76
1. Die Reformarbeiten bis 1930	76
a) Der Entwurf Radbruchs 1922	76
b) Der Entwurf 1925	78
c) Der Entwurf 1927	78
d) Der Entwurf 1930	79
2. Die unterschwellige Reformgegnerschaft gegen Ende der zwanziger Jahre	80
a) Die hochschulinterne Diskussion	80
b) Die Reformkritik E. Wolfs	81
3. Antiliberale Reformkritik im politischen Schrifttum	85
a) A. E. Günther	87
b) Nicolai	90
4. Die Tagung der deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung in Frankfurt a. M. im September 1932	91
a) Der Verlauf der Tagung	93
b) Das Ergebnis der Tagung	99
<i>II. Die Fortsetzung und Erweiterung der Auseinandersetzung um die „liberale“ Strafrechtsreform in der Zeit des Umsturzes</i>	101
1. Die antiliberale Kampfschrift von Dahm und Schaffstein „Liberales oder autoritäres Strafrecht?“	103
2. Die Hauptangriffspunkte	105
a) Die liberalistische Bestimmung der Strafzwecke	106
b) Der Individualismus in der Rechtsgüterordnung	108
c) Die Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips zugunsten des Rechtsbrechers	109
3. Einseitigkeiten und Widersprüche in den Angriffen gegen das „liberale“ Strafrecht	111
a) Das Fehlen eines Nachweises für einen Anstieg der Kriminalität	111
b) Die Unterschlagung der Verschärfungstendenzen in Rechtsprechung und Gesetzgebung	112
c) Widersprüche in der Argumentation	117

<i>III. Die antiliberalen Strafrechtsprogramme</i>	118
1. Der Verlauf der antiliberalen Gegenreform	119
2. Die Thematik der antiliberalen Strafrechtsprogramme	122
3. Übereinstimmende Forderungen der antiliberalen Gegenreformer zum Besonderen Teil	124
4. Die unterschiedlichen Vorstellungen zum Strafbegriff	128
a) Die Neuklassiker	128
b) A. E. Günther	132
c) Die „jüngeren Kriminalisten“	135
d) Nicolai	147
5. Die politischen Standorte der antiliberalen Richtungen	150
a) Einordnungsversuche von dritter Seite	152
b) Eigener Einordnungsversuch	153
aa) Nicolai	153
bb) A. E. Günther, die „jüngeren Kriminalisten“ und die „Konservative Revolution“	153
cc) Die Neuklassiker	158
<i>IV. Die Verteidiger der Strafrechtsreform</i>	159
1. Das antiliberaler Verteidigungskonzept	160
2. Die Annäherung an das autoritäre Strafrecht	162
3. Die Verteidigung liberaler Prinzipien durch einige Reformanhänger	165

5. Kapitel

Antiliberales Denken in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion während des Dritten Reiches	167
<i>I. Die Verlagerung der Diskussion von kriminalpolitischen auf dogmatische Fragen</i>	167
1. Der Verlauf der strafrechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung nach 1933	167
2. Die an den Angriffen gegen eine liberale Strafrechtsdogmatik beteiligten Wissenschaftler	169
3. Das neue Wissenschaftsverständnis: Die „politische“ Strafrechtswissenschaft	169
4. Die allgemeine Anerkennung des „totalen“ Staates als richtungweisendes Prinzip	171

II. <i>Der materielle Verbrechensbegriff als Ausgangspunkt der neuen Dogmatik</i>	172
1. Die Begründung für das Erfordernis eines materiellen Verbrechensbegriffs	172
2. Die Verwerfung bisheriger materieller Verbrechensbegriffe	174
a) Überblick über vorausgegangene materielle Verbrechensbegriffe	174
b) Allgemeine Einwände der Antiliberalen gegen die bisherigen materiellen Verbrechensbegriffe	175
c) Die antiliberale Kritik an der Rechtsgutslehre	177
3. Der materielle Verbrechensbegriff der antiliberalen Strafrechtswissenschaft	182
a) Das Verbrechen als Pflichtverletzung	185
b) Das Verbrechen als Verrat	186
c) Das Verbrechen als Ausdruck einer niedrigen Gesinnung	188
d) Die neue Täterlehre	189
III. <i>Der Kampf gegen das Analogieverbot</i>	192
IV. <i>Die Bestrebungen zur Erneuerung der strafrechtlichen Auslegungsmethode</i>	196
1. Die entschiedene Gegnerschaft zur teleologischen Methode	196
2. Bedenken gegen die Interessenjurisprudenz im Strafrecht	199
3. Die Funktion des Strafgesetzes aus antiliberaler Sicht	202
4. Die ganzheitliche und wesenhafte Gesetzesauslegung	203
5. Die Lehre vom Tätertyp	208
6. Die Einschränkung der Auslegungsfreiheit durch das Führerprinzip	212
V. <i>Die Angriffe gegen die begriffliche und systematische Zergliederung des Verbrechens und die Forderung nach einer wesenhaften und ganzheitlichen Begriffsbildung und Verbrechenssystematik</i> ...	214
1. Der Kampf gegen allgemeine abstrakte Begriffe und gegen das „Trennungsgedenken“	214
2. Die Angriffe gegen die Untergliederung des Tatbestandes	216
a) Die Bekämpfung des naturalistischen Handlungsbegriffs	217
b) Die Forderung nach Überwindung der Trennung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit	219
c) Die ganzheitliche und wesenhafte Betrachtung des Unrechts	221

3. Die Forderung nach Aufhebung der Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld	222
4. Das antiliberale „Verbrechenssystem“	226
VI. <i>Die Auswirkungen des neuen strafrechtlichen Denkens in Einzel- problemen</i>	227
1. Die Forderung nach Ersetzung des Territorialitätsprinzips durch das Personalitätsprinzip	227
2. Die Gleichstellung von Versuch und Vollendung	228
3. Die Gleichstellung von Täterschaft und Teilnahme	229
4. Die Lösung der Problematik unechter Unterlassungsdelikte mit Hilfe des Pflichtverletzungsgedankens und der Tätertyplehre ...	229
VII. <i>Der Antiliberalismus im Strafprozeßrecht: Die Auflösung des Legalitätsprinzips</i>	234
VIII. <i>Philosophische Hintergründe der antiliberalen Strafrechtswissen- schaft</i>	236
1. Der Einfluß der Phänomenologie	236
2. Das konkrete Ordnungsdenken in der damaligen Strafrechts- wissenschaft	238
3. Der Einfluß des Neuhegelianismus	239
IX. <i>Die geringe Bedeutung liberaler Argumente auf seiten der Ver- teidiger der herkömmlichen Strafrechtsdogmatik</i>	240

6. Kapitel

Schlußbetrachtung	247
I. <i>Grundsätzliche Aspekte der antiliberalen Phase</i>	247
1. Die antiliberalen Strafrechtswissenschaft als Teil der strafrechts- wissenschaftlichen Gesamtentwicklung	247
2. Vom Positivismus zum materiellen Verbrechensbegriff und zurück	251
3. Gemeinschaftsdenken und autoritäres Denken — der Wider- spruch im Denken der antiliberalen Strafrechtswissenschaft ...	252
4. Die politische Bedeutung der antiliberalen Strafrechtswissen- schaft	253
II. <i>Die Bedeutung des liberalen Strafrechts in der Strafrechtswissen- schaft der unmittelbaren Nachkriegszeit</i>	254
III. <i>Die Bedeutung des liberalen Strafrechts in der Gegenwart</i>	259

<i>IV. Überlegungen zu einer Wiederaufnahme der Liberalismuskussion im Strafrecht</i>	263
1. Der Kern eines liberalen Strafrechts	264
a) Der Strafbegriff	266
b) Das Verbrechenssystem	267
c) Die Methode	268
2. Ansatzpunkte für liberale und antiliberale Tendenzen	269
a) Die (kriminal-)politische Zurückhaltung	269
b) Der formale Gleichheits- und Freiheitsbegriff	270
c) Das starre System, die abstrakte Begriffsbildung	272
d) Das begrenzte Betätigungsfeld des liberalen Strafrechts	273
Literaturverzeichnis	277

Abkürzungen

AkDR	Akademie für Deutsches Recht
ArchRSozPh	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ArchRWPh	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRWis	Deutsche Rechtswissenschaft
DStR	Deutsches Strafrecht
GA	Golddammers Archiv
GS	Der Gerichtssaal
IKV	Internationale Kriminalistische Vereinigung
Jb. der Gef.ges. für Sachsen und Anhalt	Jahrbuch der Gefängnisgesellschaft für Sachsen und Anhalt
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
KrimMon	Kriminalistische Monatshefte
MSchrKrimBio	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
MSchrKrimPsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
RuS	Recht und Staat
RG	Reichsgericht bzw. Reichsgerichtsentscheidung in Strafsachen
SchwZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
VO	Verordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfKulturph	Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie
ZRPh	Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStaatW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts. Beabsichtigt ist, die Geschichte der Strafrechtswissenschaft über den Streit der beiden Strafrechtsschulen hinaus fortzuschreiben. Dieses Gebiet ist bisher vernachlässigt worden; die Lücke kann erst allmählich geschlossen werden. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher auf einen bestimmten Aspekt der damaligen Strafrechtswissenschaft, auf deren Kampf gegen ein liberales Strafrecht.

Die Untersuchung ist zugleich gedacht als ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte unter dem Einfluß des Nationalsozialismus. Sie geht von der These aus, daß die nationalsozialistische Machteroberung im Bereich der Strafrechtswissenschaft keinen Umbruch herbeiführte, sondern lediglich Entwicklungstendenzen stark forcierte, die in der vorausgegangenen Periode schon angelegt waren. Als ein Bindeglied zwischen der vornationalsozialistischen und der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft ist der Antiliberalismus anzusehen.

Geplant ist, vor allem die Argumente gegen ein liberales Strafrecht und die Argumentationsweise darzulegen. Weniger Gewicht ist auf eine Untergliederung nach den beteiligten Personen gelegt. Zur Grundlage der Sachdarstellung wurden in besonderem Maße die Arbeiten von zwei Strafrechtswissenschaftlern gemacht, von Dahm und Schaffstein. Sie bildeten schon vor dem politischen Umsturz des Jahres 1933 die treibende Kraft im Kampf gegen den Liberalismus. Danach konnten sie ihren Einfluß noch durch Mitarbeit in der amtlichen Strafrechtskommission verstärken. In ihrer gemeinsamen Tätigkeit an der Universität Kiel von 1935 bis 1939¹ gaben sie dem Kampf gegen ein liberales Strafrecht wichtige Impulse.

Den weitaus größten Raum in der gesamten Untersuchung nehmen die antiliberalen strafrechtswissenschaftlichen Anschauungen ein, die von einer politisch rechtsgerichteten Haltung geprägt waren. Diese Seite bekämpfte das liberale Strafrecht am lautstärksten und versetzte ihm den entscheidenden Stoß. Darüber hinaus wird aber auch der Ver-

¹ *Dahm* wechselte 1939 nach Leipzig; *Schaffstein* ging 1941 von Kiel nach Straßburg. Dort traf er wieder mit *Dahm* zusammen, der ebenfalls 1941 in Straßburg tätig wurde.

sich unternommen, Parallelitäten und Affinitäten auf der Seite der politischen Gegner herauszuarbeiten.

Da der angesprochene Zeitraum bisher noch keine umfassende und gründliche historische Untersuchung im Hinblick auf die Strafrechtswissenschaft erfahren hat, ist die folgende Darstellung vorwiegend als Vorarbeit gedacht, d. h. als Materialsammlung, -sichtung und -ordnung. Die Aufgabe einer historischen Analyse in Form einer Einordnung in größere Zusammenhänge konnte nur in Ansätzen bewältigt werden. Dazu ist der Versuch zu rechnen, die antilibérale Strafrechtswissenschaft als Ergebnis und als Teil der irrationalen Zeitströmung verständlich zu machen². Die Abhängigkeit eines liberalen und ebenso eines antiliberalen Strafrechts von bestimmten Staatsvorstellungen gab zudem Anlaß zu einer gesonderten Betrachtung der staatstheoretischen Zusammenhänge³.

Die Arbeit orientiert sich entsprechend ihrer Zielsetzung am originären Schrifttum des Untersuchungszeitraums. Nicht aus Geringschätzung, sondern um der methodischen Klarheit willen wurde Sekundärliteratur nur in beschränktem Maße herangezogen⁴, und zwar im wesentlichen dort, wo sie zur Rekonstruktion früherer strafrechtswissenschaftlicher Auffassungen notwendig erschien⁵. Da die Untersuchung in erster Linie das Ziel einer Stoffsammlung und -aufbereitung verfolgt, wurde darauf verzichtet, von einem eigenen Standpunkt aus zu bestimmen, was ein liberales und was ein antiliberales Strafrecht ist. Ein einführendes Kapitel enthält, was die antilibérale Strafrechtswissenschaft als typisch liberales Strafrecht betrachtete, nämlich die Anschauungen der Strafrechtswissenschaft am Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Dieses liberale Strafrecht wird aus der Sicht des strafrechtlichen Antiliberalismus referiert.

Bei dieser Art des Vorgehens ist mit dem Einwand zu rechnen, daß ein historischer Standpunkt eingenommen werde, der ziel- und nutzlos

² 2. Kapitel.

³ 3. Kapitel.

⁴ Wer sich mit dem untersuchten Zeitraum beschäftigt hat, wird vielleicht einige neuere Analysen aus politischer und soziologischer Sicht gerade bei der Behandlung staatstheoretischer Fragen vermissen. Auf dieses Schrifttum wurde verzichtet, um die Gedankenführung in festen Bahnen zu halten. Untersucht werden lediglich die staatstheoretischen Anschauungen der damaligen antiliberalen Strafrechtswissenschaft. — Damit hat sich neuerings *Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 216 ff. befaßt, allerdings in sehr knapper Form, ohne die Breite der Quellenliteratur voll auszuschöpfen.

⁵ Im 5. Kapitel wurde dieser Rahmen ein wenig ausgedehnt. Im Gegensatz zu der im allgemeinen wenig ergiebigen Sekundärliteratur haben sich einige neuere Arbeiten mit dem dort abgehandelten Themenkreis intensiv befaßt, so vor allem die Arbeiten von *Sina*, *Amelung* und *Hassemer* zum Rechtsgutsbegriff.

sei. Die Thematik ermöglicht, dem Einwand zu begegnen, ohne in aller Breite auf Probleme historischer Darstellung und Wertung einzugehen. Die antiliberale Strafrechtswissenschaft hat die nationalsozialistische Strafrechtspraxis vorbereitet und begleitet. Die Beschäftigung mit dem historischen Prozeß des strafrechtlichen Antiliberalismus läßt daher ganz bestimmte Erwartungen hinsichtlich der Entwicklung des Strafrechts nach dem Abschluß der antiliberalen Phase entstehen, die jedenfalls nach außen mit dem Zusammenbruch des Dritten Reichs beendet wurde. Objekt dieser Erwartungen, die mit dem Stichwort zusammengefaßt werden können: Völlige Abkehr von antiliberalen nationalsozialistischen Strafrechtslehren, ist nicht nur die Strafrechtswissenschaft der unmittelbaren Nachkriegszeit; denn sie hat die Ansätze für die Strafrechtswissenschaft der Gegenwart geliefert. Ein Bruch in der Entwicklung läßt sich nicht feststellen. Die Frage, ob auf die Zeit des strafrechtlichen Antiliberalismus angemessen reagiert wurde, muß auch heute noch beantwortet werden. Eine genaue Kenntnis des historischen strafrechtlichen Antiliberalismus ist dafür unerläßlich. Dazu beizutragen, ist das hauptsächliche Anliegen dieser Untersuchung. Die Schwierigkeiten einer Verwertung der historischen Erfahrung in der Gegenwart und mögliche Ansätze dafür werden im abschließenden Kapitel angesprochen.