

Kapitel VII. Folgerungen

1. *Selektive Rezeption des deutschen (nationalsozialistisch inspirierten) Strafrechts in Lateinamerika*

In seinem – für die Rezeptionsgeschichte des deutschen Strafrechts in Lateinamerika und das aktuelle Verhältnis dieser beiden Strafrechtsordnungen wichtigen – Schlusskapitel⁶⁸⁷ widmet sich Zaffaroni zunächst dem Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und politischem System. Er plädiert hier zunächst für ein menschliches Strafrecht – auf der Linie seiner schon eingangs genannten parallelen Veröffentlichung⁶⁸⁸ – und warnt vor inhumanen Tendenzen des modernen Strafrechts, die auch Anleihen bei der nationalsozialistischen Strafrechtsdogmatik nehmen könnten.⁶⁸⁹ Zaffaroni wiederholt seine Überzeugung, dass die Rechtswissenschaft durch den kulturellen und soziopolitischen Kontext konditioniert sei, weshalb er auch hinsichtlich der strafrechtswissenschaftlichen Rezeption, hier der deutschen Strafrechtsdogmatik, vor einer blinden Übernahme warnt:⁶⁹⁰ Bei einer solchen Übernahme seien immer zwei Aspekte zu beachten, nämlich zum einen ein methodischer mit Blick auf die Übernahme der eigentlichen Dogmatik zur Perfektionierung und Vertiefung des eigenen Rechts; zum anderen aber eben auch ein – häufig vernachlässigter – politischer Aspekt mit Blick auf den Inhalt dieser Dogmatik.

Schon vorher hat Zaffaroni die Rezeption des deutschen Strafrechts in Lateinamerika in der Mitte des 20. Jahrhunderts – kenntnisreich und selbstkritisch – als einseitig gebrandmarkt, nämlich als Rezeption des nationalsozialistisch inspirierten Strafrechts, sei es in der Form neukantianischer Autoren, insbesondere Mezger, oder der Autoren der Kieler Schule, wobei, so Zaffaroni, nur letztere als Nazis angesehen wurden.⁶⁹¹ Letztlich war also diese (erste) Rezeption des deutschen Strafrechts in Lateinamerika eine solche der „Reste eines dogmatischen Kriegs zwischen Nationalsozia-

687 Zaffaroni (2017), S. 277 ff.

688 O. Kap. I 1. mit Fn. 10.

689 Zaffaroni (2017), S. 277 f.

690 Zaffaroni (2017), S. 279 f. Zust. Guzmán Dalbora, RDPC VII (2017), 230, 232.

691 Zaffaroni (2017), S. 172.

listen“⁶⁹² nämlich den neukantianisch inspirierten NS-Strafrechtlern und der Kieler Schule. Die vorgebliche Wissenschaftlichkeit bzw. wissenschaftliche Neutralität dieser Strafrechtslehren trug, so Zaffaroni, zur Desorientierung der lateinamerikanischen Strafrechtswissenschaft bei, denn es schien in Vergessenheit geraten zu sein, dass es „niemals *ideologische Reinheit* geben kann, wenn Machtentscheidungen in Rede stehen, denn dies verbietet die *Natur der Sache* selbst.“⁶⁹³

Dabei hält Zaffaroni das strafrechtsdogmatische Instrumentarium für durchaus geeignet, zur Entwicklung eines menschlichen Strafrechts beizutragen, doch zeige die nationalsozialistische Erfahrung, dass es auch pervertiert werden und somit der menschliche Zweck allen Strafrechts verloren gehen könne.⁶⁹⁴ Zaffaroni wirft dem Neukantianismus insoweit ein rein wissenschaftliches, apolitisches Verständnis der Strafrechtsdogmatik vor,⁶⁹⁵ welches seine nationalsozialistische Indienstnahme erst möglich gemacht habe. Dass dies der Komplexität und Differenziertheit der neukantianischen Strömungen nicht gerecht wird, ist schon oben (Kap. IV 3.) ausgeführt worden. Zustimmung wird man Zaffaroni allerdings darin können, dass in Zeiten politischer Regimewechsel, von der Demokratie zum Totalitarismus, die Gefahr besteht, dass das methodische Instrumentarium ebenso für die Durchführung eines Genozids wie die Etablierung eines demokratischen Rechtsstaats genutzt wird.⁶⁹⁶ In diesem Zusammenhang wiederholt er seine – nachvollziehbare – These, dass die Kieler Schule insoweit konsequenter gewesen sei, habe sie es doch von vornherein darauf angelegt, ein neues, eigenständiges NS-Strafrecht – auf den Trümmern des liberal-individualistischen Strafrechts der Aufklärung – zu schaffen.⁶⁹⁷

692 Zaffaroni (2017), S. 172 („... arribaron los restos de una guerra dogmática entre nazistas“ [Herv. im Original, Übers. K.A.]).

693 Zaffaroni (2017), S. 172 („... nunca puede haber *asepsia ideológica* cuando se proyectan decisiones de poder, porque lo impide la propia *naturaleza de las cosas*.“ [Herv. im Original, Übers. K.A.]); zust. Guzmán Dalbora, RDPC VII (2017), 230. Krit. hinsichtlich der unkritischen Rezeption des deutschen (auch nationalsozialistisch inspirierten) Strafrechts auch Matus, ZIS 2014, 622 f., 627 f., der allerdings generell die Demokratietauglichkeit bzw. Diktaturrestistenz der (lateinamerikanischen) Strafrechtsdogmatik anzweifelt.

694 Zaffaroni (2017), S. 281.

695 Zaffaroni (2017), S. 282 („mito de la *ciencia pura*“ [Herv. im Original]). Vgl. auch schon seinen Technokratievorwurf, o. Kap. IV 3. mit Fn. 308.

696 Zaffaroni (2017), S. 282.

697 Zaffaroni (2017) betont an mehreren Stellen die insoweit größere Konsequenz und Konsistenz der Kieler Schule, vgl. etwa S. 284 („darle la razón a los autores de Kiel...“), 290 („consecuencias más coherentes“); vorher schon Zaffaroni, in

2. Hans Welzel als Überwinder des (neukantianischen) NS-Strafrechts?

Die Überschrift fasst die – nicht haltbare – These Zaffaronis in Form einer rhetorischen Frage zusammen. Die These besteht aus zwei Prämissen: „Der“ Neukantianismus hat dem NS-Strafrecht den Boden bereitet und die finalistische Ontologie Welzel'scher Prägung hat das NS-Strafrecht endgültig überwunden. Dem kann schon nicht gefolgt werden, weil einerseits, wie wir oben gesehen haben (Kap. IV 3. u. 4.), das NS-Strafrecht gerade nicht neukantianisch war und insbesondere den Methodendualismus radikal (ethisierend) abgelehnt hat. Andererseits stand auch Welzel dem Neukantianismus (und zwar insbesondere dem Methodendualismus) immer kritisch gegenüber – schon in der Habilitationsschrift,⁶⁹⁸ aber auch in der Nachkriegszeit⁶⁹⁹ (obwohl er die Trennungsthese in seinem Spätwerk als „Grunddifferenz“ anerkannt hat⁷⁰⁰) – und gerade die ontologischen Ansätze seiner Habilitationsschrift zeigten eine erstaunliche Nähe zum ethisierenden NS-Einheitsdenken.⁷⁰¹

Dessen ungeachtet hebt Zaffaroni gerade Welzel lobend hervor und sieht ihn im Übrigen – trotz Kritik an seiner grundkonservativen Auffassung, insbesondere seiner Ansicht des Strafrechts als ethischem Minimum

Zaffaroni (2011), S. 13 ff., 51 (Zerstörung und Neuaufbau). Ähnlich schon *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 210 („fortschrittliche, ja fast revolutionäre Richtung“).

698 Welzel (1935), S. 41 ff. („wenn die Werte tief im Ontischen wurzeln“, „das Ontische ... selbst [ist] ... ‘wertig‘ oder ‘wert‘ ...“, „das ontische Sein gehört zur Materie jedes Wertes...“ [55], „Überwindung des naturalistischen Positivismus“, zur Wirklichkeit gehöre „das ganze höhere geistige Leben mit seinen konkreten Wertbeziehungen“ [74], juristische Begriffe „beziehen sich ... nicht lediglich auf wertfreie Seinsmerkmale, sondern auf in konkreten Wertbeziehungen stehendes ontisches Sein“ [75]); dazu auch Loos, in: Loos (1987), S. 505; Loos, JZ 2004, 1118 mit Fn. 47; jüngst Stopp (2018), S. 20 ff.

699 Welzel (1962), S. 190 („... im Beibehalten und Verfestigen des positivistischen Rechtsbegriffs liegt der tiefere Grund für das Versagen der neukantianischen Rechtsphilosophie.“).

700 Vgl. Welzel (1966), S. 22 ff. (wo er die Unterscheidung zwischen „Sein“ und „Sollen“ allerdings nicht „lediglich“ für „einen Ausfluss der neukantianischen Erkenntnistheorie“, sondern für davon „völlig unabhängig“ relevant hält; im Übrigen sei sie insoweit richtig, als der Inhalt des Sollens nicht aus diesem selbst, sondern nur aus dem Sein bestimmt werden könne [S. 22]); diff. Loos, in: Loos (1987), S. 505 ff. („Position der Trennung von Sein und Sollen“, aber „Hauptanliegen, normative Grenzen möglicher Rechtssetzung aufzuzeigen ... Gegenbild zum relativistischen Positivismus à la Kelsen oder Radbruch ...“); s. auch Loos, JZ 2004, 1118 mit Fn. 50.

701 O. Fn. 698.

(im Sinne eines notwendigen Minimalstrafrechts) – nicht als „offiziellen Strafrechtler“ (*penalista oficial*) des NS-Regimes, also insoweit nur von „sekundärer Bedeutung“, an.⁷⁰² Für entscheidend hält Zaffaroni, dass Welzel – hier kommt erneut Zaffaronis fast schon fanatischer Anti-Neukantianismus zum Vorschein – der „Architekt der konstruktiven Überwindung des zerstörten neukantianischen Systems“ in der Nachkriegszeit⁷⁰³ und insbesondere seine Theorie der sachlogischen Strukturen für die Entwicklung einer eigenständigen lateinamerikanischen Strafrechtswissenschaft sehr hilfreich gewesen sei.⁷⁰⁴ Der Disput zwischen Kausalismus und Finalismus sei in Lateinamerika nur verzerrt wahrgenommen worden, was auch daran gelegen habe, dass man den politischen Kontext zu wenig beachtet habe und, so sind Zaffaronis folgende Ausführungen wohl zu verstehen, nicht erkannt wurde, dass Welzels Nachkriegsschriften, insbesondere „das neue Bild des Strafrechtssystems“,⁷⁰⁵ vor allem (auch) als Antworten auf die Kieler Schule zu verstehen waren.⁷⁰⁶ Insbesondere habe Welzel deren einheitlichen Verbrechensbegriff zurückgewiesen und gezeigt, dass die Elemente des Verbrechensaufbaus nicht nur eine Summe unverbundener Teile seien, sondern ein logisches, in sich geschlossenes System darstellten.⁷⁰⁷ Irrtümlicherweise sei der Welzel'sche Finalismus in Lateinamerika jedoch, im Zuge der Doktrin der nationalen Sicherheit, mit dem Marxismus in Verbindung gebracht worden.⁷⁰⁸

Zaffaroni bleibt sich hier als orthodoxer Finalist treu und hält das – gerade auch im spanischsprachigen Rechtskreis – verbreitete Narrativ aufrecht, dass Welzel den Nationalsozialismus stillschweigend abgelehnt habe und seine sachlogischen Strukturen sich als Bollwerk gegen jegliches autoritäre

702 Zaffaroni (2017), S. 287. Als krit. Stimme gibt Zaffaroni insoweit nur den Aufsatz von Matus, ZIS 2014, 622 (mit anderer Quelle) an.

703 Zaffaroni (2017), S. 287.

704 Zaffaroni (2017), S. 287 f.

705 Welzel (1961).

706 Ähnlich apologetisch betont der argentinisch-spanische Strafrechtswissenschaftler Enrique Bacigalupo, der andere sehr bedeutende Schüler von Jiménez de Asúa und Anhänger Welzels, dessen Gegensatz zur Kieler Schule, vgl. Bacigalupo, FS Eser (2005), S. 61, 69 ff. (wobei er sich i.W. auf Welzels Beitrag in der FS Kohlrausch (1944) bezieht und damit diesen sehr selektiv rezipiert); gg. Bacigalupo Llobet (2018), S. 343 (Bacigalupo überbetone den Rechtsgüterschutz im Denken Welzels).

707 Zaffaroni (2017), S. 289.

708 Zaffaroni (2017), S. 289.

Strafrecht, einschließlich seiner NS-Variante, erwiesen hätten.⁷⁰⁹ Diese völlig unkritische Darstellung Welzels hält freilich einer nüchternen Analyse seiner Schriften zwischen 1933 und 1945⁷¹⁰ – ungeachtet der persönlichen Beweggründe Welzels⁷¹¹ – nicht stand. Schon eingangs haben wir auf Welzels durchaus politisches Verständnis der Strafrechtswissenschaft hingewiesen,⁷¹² das sich letztlich am NS-Staat als Endzweck – im Sinne der ebenfalls eingangs genannten finalistischen Grundhaltung aller Straftatlehren im Dritten Reich⁷¹³ – ausgerichtet hat.⁷¹⁴ Welzels – gerade schon erwähnte – Habilitationsschrift (1935) wird man zumindest als rechtsphilosophische Legitimierung und wegen der pathetisch-ethisierenden Sprache auch als Überhöhung der NS-Rechterneuerung charakterisieren dürfen,⁷¹⁵ denn

-
- 709 Vgl. schon *Bacigalupo*, FS Eser (2005), S. 61, 69 ff. und – als eine für den unkritischen (blinden) Finalismus typische Position – *Donna*, in: Moreno et al. (2005), S. 45, 51 f., 56 f. (der Welzels Lehre u.a. als Antwort auf den nationalsozialistischen Irrationalismus deutet, ohne allerdings auch nur eine seiner nationalsozialistisch inspirierten Schriften zu zitieren); jüngst ähnlich apologetisch *Aller* (2009), S. 45 ff. („lucha de Welzel por sobrevivir al oprobioso sistema nazi“ [45], „... abordó tópicos penales ajenos al interés del extremismo nacionalsocialista... Los adelantos y ensayos sobre la acción penal ... no agradaron a los penalistas de esa época...“ [48]); weitere Nachweise bei *Llobet* (2018), S. 321 ff. (mit umfassender Analyse der – nicht nur spanischsprachigen – Welzel-Rezeption).
- 710 Frühere Schriften *Welzels*, insbesondere Kausalität und Handlung (ZStW 51 (1931), 703), sind zwar für die Begründung des finalen Handlungs- und personalen Unrechtsbegriffs sowie der Lehre von den sachlogischen Strukturen grundlegend, im hier interessierende Zusammenhang (nationalsozialistische Nähe der Lehre *Welzels*) aber nicht von Bedeutung.
- 711 Vgl. insoweit *Kubiciel*, in: Frisch et al. (2015) S. 135, 150 f. (eher karrierebezogenen Opportunismus als politische Überzeugung vermutend) u. S. 155 (*Welzel* großes taktisches u. strategisches „Geschick“ attestierend); ähnlich *Stopp* (2018), S. 15 (insbes. bzgl. NSDAP-Mitgliedschaft).
- 712 O. Kap. I 2. mit Fn. 24 u. Haupttext.
- 713 O. Kap. I 2. mit Fn. 30 u. Haupttext.
- 714 Vgl. auch *Marxen*, in: Rottleuthner (1983), S. 59, 63.
- 715 *Frommel*, in: Reifner/Sonnen (1984), S. 90 f.; krit. auch *Sticht* (2000), S. 19 („zuweilen ideologielastige[r] Ton“), der zugleich überzeugend die im Rahmen des Entnazifizierungsverfahrens von *Welzels* Habilitationsvater *Bohne* verfasste Stellungnahme zurückweist, mit der dieser – u.a. auf eine Rezension von *Adami*, JW 64 (1935), 2348 bezugnehmend – der Habilitationsschrift einen ideologiekritischen Impetus attestierte (*Sticht* (2000), S. 25 f.); krit. ebenfalls *Politoff* (2001), S. 64 f. (Wertphilosophie als Unterstützung des herrschenden NS-Systems, einschließlich des Führerprinzips, *Frommel* folgend); s. auch *Radbruch* (1936) in *Radbruch* (1990), S. 29, wonach *Welzel* sich „merkwürdig dunkler und unausge-reifter Wendungen“ zur Bezeichnung des aktuellen „Umbruchs“ bediene (S. 30)

entgegen Kubiciel⁷¹⁶ geht es in ihr nicht nur um die – möglicherweise im Trend der Zeit liegende – (Über-)Betonung des Gemeinschaftsgedankens,⁷¹⁷ sondern es finden sich darin auch (weitere) Spuren nationalsozialistischen Denkens.⁷¹⁸ Die finale Handlungslehre liegt im Trend der Hinwendung zu einem subjektiven Unrechtsverständnis.⁷¹⁹ Jedenfalls aber bekennt sich Welzel in seinen späteren Schriften – und schon vorher durch

und, wie „seine Gesinnungsgenossen“, „überall die begriffliche Unauflösbarkeit von Lebenseinheiten“ betone, obwohl doch „in der möglichsten Durchdringung der Rechtserscheinungen mit dem 'zersetzenden' Verstand eine Garantie der Rechtssicherheit“ zu sehen sei (S. 31); jüngst, jedenfalls implizit krit. *Kindhäuser*, in: Kindhäuser (2018), S. 160, 180, 181, 187 (Welzels Bezug zum völkischen Denken und zur Volksgemeinschaft betonend) sowie S. 164 u. passim (auf die mitunter ungenaue Wiedergabe der Radbruch'schen Position durch Welzel hinweisend); zur NS-Nähe der Schriften Welzels und seinem Einfluss, insbesondere auf die Kieler Schule, nun auch *Stopp* (2018), S. 17 ff. u. passim.

716 Kubiciel, in: Frisch et al. (2015), S. 146 ff. („Bekenntnis zu den Werten einer völkisch-staatlichen Gemeinschaft ... in einen weiten Erzählbogen eingebettet und mit philosophischen Positionen begründet, kurz: vergleichsweise stark codiert.“ [S. 147]), u.a. bezugnehmend auf Radbruch (S. 148).

717 Vgl. die Zitate bei o. Kap. I 2. mit Fn. 24, die schon für sich genommen eine antilibérale Überhöhung des Gemeinschaftsgedankens darstellen; auch Welzel (1935), S. 36 (Idee der Volksgemeinschaft als „das gewaltige Programm des Nationalsozialismus ... mit der unser künftiges staatliches und nationales Eigenleben steht und fällt.“), 76 („Volksgemeinschaft“ konkretisiert auf „Führerwillen“).

718 Vgl. etwa Welzel (1935), S. vii („das ungeheure politische Geschehen der nationalsoz. Revolution“ zwingt „uns allen die Frage nach unserem geschichtlichen Standort ...“ auf), 49 („Bedeutung der Rassenmischung für den Verfall des alten Rom“), 72 („Staatsidee“ als „die im Metaphysischen wurzelnde politische 'Haltung' eines konkreten Volkstums“, „Rasse und Volkstum“ als das „Reale“), 74-76 (konkretes Ordnungsdenken mit Bezugnahme auf C. Schmitt und Kulmination in „geäußertem Führerwillen“ [76]), 77 (Bedeutung von „Eugenik und Rassenforschung ... für die Neugestaltung des Strafrechts“), 88 („unersetzliche Bedeutung“ des „geistige[n] Umbruch[s] des Jahres 1933“ ... „für unsere Wissenschaft“); dazu auch *Stopp* (2018), S. 23 ff.

719 Welzel, ZStW 58 (1939), 501 f. sieht den auch in Äußerungen u.a. von E. Wolf, Dahm und Schaffstein „ein Bekenntnis oder mindestens Tendenzen zu einem finalen Handlungsbegriff...“ S. auch Hartl (2000), S. 135 (Kieler Schule als „Vorbild“ bei Welzels Polemik gegen die Rechtsgutsverletzungslehre; finale Handlungslehre „als Ausfluß jener geistigen Strömung der Strafrechtsdogmatik ..., in der sich bei der Wesensbestimmung des materiellen Unrechts eine deutliche Wendung vom Objektiven zum Subjektiven vollzog.“).

bestimmte Mitgliedschaften⁷²⁰ – eindeutig zum Nationalsozialismus,⁷²¹ wobei seine Beiträge zur Staatsphilosophie Hegels (1937) und zur Ehre von Gemeinschaften (1938) nicht nur wegen ihres Inhalts,⁷²² sondern auch wegen des nationalsozialistischen Rahmens der Veröffentlichung von besonderer Bedeutung sind.⁷²³ Nationalsozialistische Anwendungen finden sich auch in weiteren Beiträgen Welzels⁷²⁴ und zwar praktisch bis zum Ende

720 Etwa NSDAP und NSD-Dozentenbund, dazu *Sticht* (2000), S. 18 f., für den Welzels „gleich mehrfache Mitgliedschaft in NS-Organisationen eine innere Distanz zum Regime nicht plausibel erscheinen läßt.“ Vgl. insoweit auch die bei *Sticht* (2000), S. 22 ff. wiedergegebenen Äußerungen zur nationalsozialistischen Eignung und Zuverlässigkeit Welzels im Rahmen seiner Berufung nach Göttingen. Ebenso *Stopp* (2018), S. 10 ff. u. vorher schon *Halfmann*, in: Becker (1998), S. 123 (der aber die NSDAP-Mitgliedschaft übersieht, was wohl daran liegt, das ihm Akteneinsicht, u.a. vom damaligen Dekan - Fritz Loos (!) - verwehrt wurde, ebd. Anm. 5).

721 Ebenso *Kubiciel*, in: Frisch et al. (2015), S. 148 ff. (148, 150), wobei er die beiden, im Folgenden genannten Beiträge hervorhebt. Für *Sticht* (2000), S. 19 „verstärken“ diese Schriften „den Eindruck, daß Welzels Distanz zur herrschenden Ideologie nicht dezidiert gewesen sein kann.“

722 *Welzel*, in: Schürmann (1937), S. 87, 102 ff. (Übereinstimmung mit Hegel hinsichtlich seines „Anti-Individualismus“ [104], aber Distanzierung hinsichtlich der Bedeutung des Staats als „Konkretion des Weltgeistes“ [102], dem anzugehören „letztlich eine Sache der Gesinnung ist“ [103] [weshalb Hegel sich auf für die Integration der Juden [!] ausgesprochen habe] u. stattdessen Betonung des „blutmäßige[n] Zusammenhang[s]“ [103], des „naturhaft-mütterliche[n] Boden des Volkstums“ als „schöpferische[m] Grund“ des Staates [102], als dessen „Substanz, von deren Grundlage aus wir die institutionellen Formen des Staates und die Bildungsformen des Geistes zu begreifen suchen“ [104]); *Welzel*, *ZStW* 57 (1938) 28, 40 ff. (material-historische Bestimmung der Gemeinschaft als „Geschichtsträger“ [40], verwurzelt „im völkischen Dasein“ [42], mit Forderung nach strafrechtlichem Ehrenschatz „der historischen Leistungen des deutschen Volkes“ [41] sowie „der höchsten Führung“ [42]; Einzelner „geschichtlich nur innerhalb der Gemeinschaft“ [40]).

723 Durch Teilnahme Welzels an dem von dem ausgewiesenen Nazi Schürmann zur 200-Jahr-Feier der Universität Göttingen herausgegebenen Band – wie auch durch seine Mitgliedschaft in der neugegründeten nationalsozialistischen Akademie der Wissenschaften – wurde Welzels Zusammenarbeit mit den Nazis der Göttinger Juristischen Fakultät dokumentiert (*Schumann*, in: Schumann (2008), S. 90 f. mit Fn. 103). Der *ZStW*-Beitrag ging aus einem Vortrag auf einer Tagung der strafrechtlichen Arbeitsgemeinschaft der Reichsfachgruppe »Hochschullehrer« im NS-Rechtswahrbund am 30./31.3.1937 in Eisenach hervor (*ZStW* 57 (1938) 28 mit Fn. *).

724 Vgl. im Rahmen der Sozialadäquanz schon o. Kap. IV 5. mit Fn. 552; dort definiert *Welzel* als „sozialadäquat“ solche Handlungen, die sich „funktionell inner-

des NS-Regimes⁷²⁵ einschließlich seines Beitrags in der FS-Kohlrausch (1944),⁷²⁶ obgleich dieser von Welzel selbst in der Nachkriegszeit als Disanzierung gedeutet wurde.⁷²⁷

halb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen“ (ZStW 58 (1939), 516); vorher *Welzel*, DRWis 3 (1938), 113, 119 („biologische[n] Grundlagen von entscheidender Bedeutung“ für das „geschichtliche Leben und Schicksal“); später *Welzel*, ZStW 60 (1941), 428 (461 f. mit Fn. 61a, wo der „Volkschädling“ i.S.d. genannten NS-Verordnung [Fn. 206] im Zusammenhang mit der Tätertypendiskussion – nachgerade unverfänglich – als besonderer Gesinnungstyp charakterisiert wird, der – „den Zersetzungskeim für die geballte Volkseinheit“ in sich tragend – „mit der ganzen Schärfe des Strafrechts [Todesstrafe] getroffen werden“ sollte); dazu auch *Stopp* (2018), S. 45 (51 ff. zu DRWis 3 (1938), 113).

725 Unzutreffend ist es deshalb, wenn *Loos* (ZStW 114 (2002), 657, 674 ff.) in Auseinandersetzung mit Sticht eine nationalsozialistische Verstrickung Welzels, insoweit Sticht zustimmend, nur in den Schriften der Jahre 1935-1937 zu erkennen vermag; danach sei davon aber kaum noch etwas zu spüren, „was man als Rückzug in den Elfenbeinturm der Strafrechtsdogmatik einschätzen könnte.“ (ebd., 674 f.); unzutreffend auch *Kubiciel*, in: Frisch et al. (2015), S. 150, wenn er „derartige Textstellen“ nur für das Jahr 1937 festzustellen glaubt, was schon seiner eigenen Analyse von ZStW 57 (1938 [sic !]) 28 widerspricht.

726 *Welzel*, FS Kohlrausch (1944), S. 105 (Sachverhalts- und Aktwert „für die Gestaltung der Gemeinschaft unentbehrlich“), 109 („Treue gegenüber Volk, Reich, Führung ...“ als „Aktwerte rechtlicher Gesinnung“), 112 (Hinwendung vom Sachverhalts- zum Handlungsunwert zur „Bewährung rechtlicher Gesinnung“, um „die Kraft und den Bestand des Staates“ zu sichern), 118 f. („ausnahmebedingte Krisis“ der „Idee der Tatbestandlichkeit“ und Betonung des „Sachverhaltenswerts“ durch kriegsstrafrechtliche Normen, wobei Welzel aber auch in dieser Situation „die bleibenden Akt- und Gesinnungswerte rechtlichen Handelns“ für „die tragenden Pfeiler des Staates“ hält). Krit. auch hinsichtlich des Bekenntnisses zum „neuen Staatsrecht“ in dieser Schrift *Sticht* (2000), S. 28 m.w.N.

727 Und zwar im Rahmen einer Diskussion eines OGH-Urteils zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der NS-Euthanasieärzte (Urt. v. 5.3.1949, StS 19/49, teilweise in MDR 3 (1949) 370), wo er diese einerseits zu Gehilfen (mit Hitler als einzigem Täter) mittels seiner subjektiven Tatherrschaftslehre machen und andererseits einen Schuldabschluss aufgrund übergesetzlichen Notstands bzw. eines unvermeidbaren Verbotsirrtums grundsätzlich anerkennen will (*Welzel*, MDR 3 (1949), 373; zur Verbotsirrtumslösung auch *Welzel*, SJZ 3 (1948), 368 [371 mit Fn. 8]). Interessant sind dabei in unserem Zusammenhang nicht so sehr die durchaus lesenswerten und nachvollziehbaren dogmatischen Ausführungen (krit. aber auch insoweit *Matus*, ZIS 2014, 627), etwa – entgegen der Ansicht des OGH (MDR 3 (1949) 372) – zur grds. Anwendbarkeit des übergesetzlichen Notstands gerade in der Ausnahmesituation eines Unrechtsregimes (MDR 3 (1949) 374), sondern vielmehr die klare Positionierung Welzels gegen das NS-Recht, etwa die Gültigkeit des Hitler'schen Geheimerlasses vom 1.9.1939 (nach „jetzt“ [!] h.A. „weder ein Gesetz noch überhaupt eine objektive Rechtsnorm“, MDR 3

Solche *impliziten* Distanzierungen, einschließlich historisierender Erklärungen,⁷²⁸ hat Welzel mit vielen seiner Kollegen gemein,⁷²⁹ und sie finden

(1949) 373) oder die utilitaristische Verrechnung von Leben „als bloße Rechnungsposten in eine Gesamtrechnung“ (375), von deren „ethischen und rechtlichen Unzulässigkeit“ er „zutiefst überzeugt“ sei. Freilich begründet Welzel die grds. Möglichkeit eines unvermeidbaren Verbotsirrtums mit der fehlenden „naturrechtlichen Evidenz“ in „der Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vernichtung lebensunwerten Lebens“, weshalb man darüber eben unvermeidbar irren könne (MDR 3 (1949), 376; grds. *Welzel*, 1949, S. 5 ff., wo er auf der Grundlage einer geschichtsphilosophischen Untersuchung argumentiert, dass es keine „evidenten Naturrechtssätze“ gebe und deshalb ein entschuldbarer Irrtum grds. in Betracht komme, der nur „bei Gewissenlosigkeit, d.h. bei blinder Ausführung erkennbar verwerflicher Anforderung“ vermeidbar bzw. unentschuldbar sei [26]; krit. *Frommel*, JZ 2016, 919); gründlicher Nachweis der Auswirkung der Anerkennung des Verbotsirrtums durch BGHSt 2, 194 und Welzels Anteil daran (Schuldtheorie) mit Blick auf die NS-Rspr. nun durch *Stopp* (2018), S. 98 ff. (165 ff.), 170 f. (Schuldausschluss oder Strafmilderung, insbesondere in Euthanasiefällen). Jedenfalls will Welzel *seine* klare Ablehnung der Unzulässigkeit der Vernichtung „lebensunwerten“ Lebens sogar schon im Dritten Reich „unzweideutig“ zum Ausdruck gebracht haben und verweist insoweit auf sein LB (3. Aufl. 1944, S. 165, 169) und den besagten Beitrag in der FS Kohlrausch (1944) (Fn. 537, S. 109). Im Lehrbuch lesen wir zwar, dass eine „spezialpräventive 'Sicherungstötung' nur wegen ... Minderwertigkeit ... ethisch nicht zu rechtfertigen“ wäre (S. 169), aber kurz davor auch, dass „die Minderwertigkeit des Täters und die Belastung der Volksgemeinschaft“ die Todesstrafe „erfordern“ könne (S. 168) (die von ihm in Bezug genommene S. 165 ist insoweit irrelevant). In der FS Kohlrausch (1944) argumentiert *Welzel*, dass zwar der Private (!) „einen sozial wertlosen Lebensträger“ nicht töten darf, „dem Staat ... das Recht der Lebensvernichtung“ aber sehr wohl zustehe (S. 108 f.). Positive Deutung dieses Beitrags aber auch bei *Kubiciel*, in: *Frisch et al.* (2015), S. 150 („kaum 'problematische' Passagen, im Gegenteil ...“).

728 Vgl. *Welzel*, FS Engisch (1969), S. 91, 100 („Sinnentwürfe[n]“, „in denen wir die verpflichtenden Aufgaben unseres Lebens unter den Voraussetzungen und den wechselnden Bedingungen der *geschichtlichen Situation* zu erfassen suchen“, zu denen auch „die Normen eines *geschichtlichen Rechts*“ gehörten [Herv. K.A.], was von *Politoff*, NFP 45 (1989), 320, auf die historische Situation der NS-Zeit bezogen wird).

729 Interessant auch die Entwicklung des Lehrbuchs: *Welzel* (1940), S. 2 (Delikt als „Ausbrechen oder Abfallen von den wirklichen sittlichen Gemeinschaftsordnungen des Volkes“) sowie 3. Aufl. 1944, S. 1 (Verwurzelung des Strafrechts „in den spezifisch sittlichen Grundwerten eines Volkes“, die aus der richtigen „Gesinnung“ herrühren: „Treue gegenüber Volk, Reich, Führung, der Gehorsam gegenüber der Staatsgewalt, die Wehrbereitschaft, die Reinheit des Eides ...“, vor diesem Hintergrund erscheint die zusf. Darstellung der Gesetzgebung des 3. Reichs auf S. 11 nicht nur als rein deskriptiv); in der folgenden Fassung von 1947 (der erste Teil ist zugleich die 4. Aufl. des AT) beschreibt *Welzel* die NS-Re-

ihre Fortsetzung im Schweigen oder offener Apologetik seiner Schüler.⁷³⁰ Dass Zaffaroni diese apologetische Haltung noch heute einnimmt, ist mindestens aus zwei Gründen erstaunlich und eigentlich nicht nachvollziehbar. Zum einen hat schon Zaffaronis Lehrer Jiménez de Asúa – im Rahmen seiner o.g. bemerkenswerten Untersuchung zum NS-Strafrecht aus dem Jahre 1947 – Welzels Verbrechenslehre als „autoritär“ kritisiert.⁷³¹ Zum anderen hat innerhalb der spanischsprachigen, insbesondere lateinamerikanischen⁷³² Strafrechtswissenschaft spätestens seit den 1980er Jahren – gleichsam Jiménez de Asúa bestätigend und vertiefend – eine kritische

formen dann als „unpolitisch“ (S. 10), was schon deshalb erstaunlich ist, weil es sich nicht mit der von ihm apostrophierten politischen Aufgabe der Rechtswissenschaft (o. Kap. I 2. mit Fn. 24) verträgt. Krit. zu dieser Umdeutung seiner Verbrechenslehre als „unpolitisch“ nun auch *Stopp* (2018), S. 170.

- 730 Von seinen unmittelbaren Schülern hat sich nur Fritz Loos zu Welzels NS-Verstrickung geäußert, allerdings nur in Auseinandersetzung mit der Arbeit von Sticht (s. schon Fn. 725) sowie zwei Jahre später (*Loos*, JZ 2004, 1118 mit Fn. 48 f. [„irritierende Aussagen zu den Grundlagen der Rechtswissenschaft aufgrund der nationalsozialistischen Neugestaltung des Staates“]), nicht aber vorher (insbesondere nicht in *Loos*, in: *Loos* (1987), S. 486). Zu positiv ist wohl Loos' Einschätzung der von Rudolf Smend und Eb. Schmidt für Welzel ausgestellten „Persilscheine“ (*ZStW* 114 (2002), 675 mit Fn. 24; krit. auch *Sticht* (2000), S. 25 ff. (28 f.); *Matus*, ZIS 2014, 524 mit Fn. 22). *Jakobs* und *Schreiber* haben immerhin den Beitrag zur Staatsphilosophie Hegels (Fn. 722) zu Tage gefördert, der im Schriftenverzeichnis Welzels in der von *Stratenwerth* u.a. hrsg. FS Welzel (1974) nicht erwähnt ist (*Kubiciel*, in: *Frisch et al.* (2015), S. 149 mit Fn. 110); *Jakobs* sieht seinen Beitrag dazu aber als „minimal“ an und rechnet die „Entdeckung“ hauptsächlich Loos und Schreiber zu (email an Verf. v. 12.3.2018). *Hirsch* hingegen hat Welzel immer verteidigt, sei es indem er seine Lehre als für die NS-Zeit bedeutungslos bzw. als „Art von revolutionärem Akt“ gegen die h.M. charakterisiert hat (*Hirsch*, *ZStW* 116 (2004), 1, 3, 7) oder *mündlich* im Gespräch mit Kollegen (so *Jakobs*, email an Verf. v. 7.3.2018). Kritischer jüngst nur *Kubiciel*, Urenkel-Schüler (über Pawlik-Jakobs), in: *Frisch et al.* (2015), S. 137 ff. (u.a. gg. Hirsch, aber hinsichtlich der nationalsozialistischen Verstrickung auch tendenziell verteidigend); krit. früher schon *Amelung* (1972), S. 223, 225 (allerdings kein Welzel-Schüler); auch *Ziemann* (2009), S. 133 („Kritik am neukantianischen Formalismus und ... Hinwendung zu einem ontologisch vorgegebenen Material“).

- 731 *Jiménez de Asúa* (1947), S. 100.

- 732 Die hispanoamerikanische Strafrechtswissenschaft erweist sich insofern als kritischer als die spanische, vgl. auch *Llobet* (2018), S. 24. Eine Ausnahme stellt Tomás Vives Antón dar, der in seinem Lehrbuch die Nähe Welzels zum Nationalsozialismus diskutiert sowie Finalismus und Wertphilosophie als Autorität kritisiert (*Vives Antón* (2011), S. 40 f., 452) und im Prolog zu Llobets Buch Welzels Bekenntnis zum Nationalsozialismus für „indiscutible“ hält (in *Llobet* (2018), S. 14: „compromiso de Welzel con el nacionalsocialismo ... indiscutible

Welzel-Rezeption eingesetzt, die von dem Chilenen Sergio Politoff⁷³³ begonnen, dem Kolumbianer Fernando Velásquez⁷³⁴ und Politoff-Schüler Jean Pierre Matus fortgesetzt⁷³⁵ und jüngst von Javier Llobet im Rahmen einer umfassenden Monographie zum NS-Strafrecht gleichsam perfektioniert wurde.⁷³⁶ All diese Autoren werden von Zaffaroni – bis auf Matus⁷³⁷ – ignoriert, so dass man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, dass es hier weniger um eine umfassende und unvoreingenommene Aufarbeitung

...“). Krit. auch Muñoz-Conde, in Zaffaroni (2017), S. 20 f. (Welzel „tuvo ningún problema ... en asumir algunos de los postulados de moda entre los penalistas nazis ...“).

- 733 Politoff, DPC VII, Nr. 22 (1984), 71 (krit. Analyse der Schriften Welzels seit 1933, 73 f., allerdings – entgegen dem Titel – keine Auseinandersetzung mit der Sozialadäquanzlehre); Politoff, NFP No. 45 (septiembre 1989), 313, 318 ff. (insbesondere das an Schmitt angelehnte und in der FS Kohlrausch geäußerte Staatsverständnis und das Abstellen auf die Gesinnung kritisierend, i.W. Frommel folgend); Politoff (2001), S. 64 ff. [identisch Politoff/Matus/Ramirez (2004), S. 41 ff.] (Kritik des Finalismus samt Willens-/Gesinnungsstrafrecht statt Rechtsgüterschutz als autoritäre Lehre); Politoff, LH Rivacoba y Rivacoba (2004), S. 529, 537 f., 543 (u.a. Kritik der von Welzel, FS Kohlrausch, 1944, geäußerten These der Tatbestandslosigkeit von Tötungen u.a. Handlungen im Krieg als „Zweckmassnahmen“ [537 f.] und der Verteidigung des Führerprinzips [543]).
- 734 Velásquez, in: Moreno et al. (2005), S. 69, 79 ff. (mit krit. Rezeption der Habilitationsschrift und einiger der hier zitierten Schriften, einschließlich des Beitrags in der FS Kohlrausch, und die Verbindungen zum NS-Regime anerkennend, aber i.E. gegen eine Überbewertung der NS-Zeit mit Blick auf die Gesamtbeurteilung Welzels [87 f.]); Velásquez (2009), S. 383 (insbesondere unter Bezugnahme auf den Beitrag in der FS Kohlrausch feststellend, dass Welzel in einigen „Absätzen ... seine gesamte Konstruktion in den Dienst des [NS-] Terrorregimes gestellt hat“ [„párrafos en los cuales el autor ponía toda su construcción al servicio del régimen de terror que entonces imperaba en Alemania“; Übers. K.A.]).
- 735 Matus, ZIS 2014, 622 ff. (der einerseits die Kontinuität des NS-Strafrechts zur finalen Handlungslehre betont [623] und andererseits Welzels persönliches Verhalten [624 mit Fn. 22] und sein Werk [625 ff.] mittels detaillierter Nachweise kritisiert).
- 736 Llobet (2018), S. 247 ff. (gründliche Untersuchung zu Welzels Biographie, Schriften und Rezeption, wobei Llobet selbst das – hier ebenfalls nachgewiesene – NS-Gedankengut in Welzels Schriften kritisiert und dessen rechtsstaatliche Wende mit Betonung der Menschenwürde in die Nachkriegszeit verortet, Welzel selbst aber nicht als fanatischen, aktivistischen Nationalsozialisten wie etwa die Vertreter der Kieler Schule sehen will; vgl. ebd., S. 334 ff. [339, 352], 440 f.). Aus portugiesischer Sicht Sousa Mendes (2007), S. 371 ff., der zwei Phasen Welzels unterscheidet und hinsichtlich der ersten Phase (wohl bis 1945) die Nähe zum Schmitt'schen Ordnungsdenken und zur Kieler Schule betont (ebd., S. 371 f. m.w.N. zur portugiesischen und spanischen Literatur).
- 737 Zaffaroni (2017), S. 287; s. schon o. Fn. 702 u. Haupttext.

des NS-Strafrechts als vielmehr um die Fortsetzung der von Zaffaroni selbst kritisierten Auseinandersetzung zwischen Kausalismus und Finalismus mit anderen Mitteln geht.

Wenn auch einerseits Welzel – ebenso wie andere Strafrechtswissenschaftler dieser Zeit – nicht vorschnell zu „Strafrechtsideologen der Hitlerdiktatur“⁷³⁸ gemacht und seine Schriften der nationalsozialistischen „Kampfliteratur“⁷³⁹ zugerechnet werden sollten, – diese Charakterisierung dürfte wohl vor allem auf die Kieler Schule⁷⁴⁰ zutreffen –, so kann doch andererseits der nationalsozialistische Gehalt seiner Schriften dieser Zeit nicht geleugnet werden. Welzel kann deshalb in eine Reihe mit jenen Autoren gestellt werden, die in „einer Art Konkurrenzkampf um die Schaffung eines den neuen Machthabern möglichst genehmen ideologischen Grundgerüsts“ gerungen haben,⁷⁴¹ sich dem Regime also jedenfalls opportunistisch angedient haben.⁷⁴²

3. Kontinuität nationalsozialistischen Strafrechtsdenkens in Lateinamerika?

Abschließend weist Zaffaroni auf die Kontinuität des NS-Denkens im heutigen – vor allem lateinamerikanischen – Strafrecht hin.⁷⁴³ Den Kern dieses Denkens sieht Zaffaroni im romantisierenden, nie völlig realisierten Konzept der Volksgemeinschaft,⁷⁴⁴ das in dreifacher Weise in das Strafrecht integriert worden sei.⁷⁴⁵ In der Sache sei es um den Aufbau der o.g. Ameisen-

738 Müller (1989), S. 223; krit. *Sticht* (2000), S. 21 f. („fraglich“); *Kubiciel*, in: Frisch et al. (2015), S. 146; *Stopp* (2018), S. 65 (Einschätzung Müllers „inhaltlich zu weit“); dagegen auch *Velásquez*, in: Moreno et al. (2005), S. 87.

739 So aber *Frommel*, in: Reifner/Sonnen (1984), S. 90 („trotz der moderateren Töne“); auch *Frommel*, JZ 2016, 919 („furchtbarer Jurist“).

740 Vgl. aber zur Gleichstellung Wetzels mit Dahm u. Schaffstein die Aussage des Leiters der Göttinger Studentenschaft Riechelmann aus 1936: „Wissenschaftlich steht W. in derselben Richtung, wie sie von den beiden Kieler Strafrechtlern Dr. Dahm und Dr. Schaffstein vertreten wird.“ (zit. nach *Sticht* (2000), S. 22).

741 *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Joerden (2017), S. 160 (165).

742 Vgl. auch *Frommel*, JZ 2016, 919 („furchtbar“ ... „die Lautlosigkeit, mit der Hans Welzel opportunistisch sein konnte...“).

743 *Zaffaroni* (2017), S. 299 ff.

744 *Zaffaroni* (2017), S. 289 ff.

745 *Zaffaroni* (2017), S. 297 ff. (bezugnehmend auf die Theorie des Willensstrafrechts, die nationalsozialistisch inspirierten Neukantianer [!] und die Kieler Schule).

gesellschaft im Sinne Niders⁷⁴⁶ gegangen, wobei Strafrecht vorrangig die Aufgabe gehabt habe, die widerspenstigen Ameisen, also die Dissidenten und Verräter, zu vernichten. Zaffaroni kritisiert insoweit erneut die Tätergesinnung als Grundlage der Strafbarkeit⁷⁴⁷ und den involutiven NS-Rassismus, der die ideologische Grundlage für die Vernichtung der „kranken Elemente“ des Volkskörpers gebildet habe.⁷⁴⁸ Er wiederholt die darin liegende Fortsetzung des neokolonialen europäischen Rassismus und grenzt – erneut – den evolutiven Rassismus Spencer'scher Prägung vom involutiven Rassismus ab.⁷⁴⁹ Letztlich beruhe das NS-Strafrecht, auch und gerade das der Kieler Schule, auf einer imaginären Ethik der Volksgemeinschaft und des Führers, womit man sich jeglicher empirischer Kontrolle entzogen habe.⁷⁵⁰ Die politischen Inhalte des romantischen NS-Irrationalismus seien in die Strafrechtswissenschaft inkorporiert worden, um all jene aufs härteste bestrafen zu können, die sich dem NS-Programm und Gesellschaftsmodell widersetzen.⁷⁵¹

Die Kontinuität dieses Denkens erkennt Zaffaroni auch in der (lateinamerikanischen) Gegenwart, unter anderem in Form der Moralisierung des Strafrechts, einem medialen Terrorismus und der Stigmatisierung von Dissidenten,⁷⁵² auch und insbesondere in der Rechtsprechung.⁷⁵³ Die vornehmste Funktion der Strafrechtsdogmatik, nämlich die rationale Beschränkung der staatlichen Strafgewalt, sieht er durch den populistischen, ja völkischen, Nationalismus lateinamerikanischer Führer, unterstützt von populistischen Medien, gefährdet.⁷⁵⁴ Wer die (häufig medial gesteuerte) Praxis der lateinamerikanischen Strafjustiz kennt – exemplarisch sei etwa auf die öffentliche Vorführung bloß polizeilich Tatverdächtiger verwiesen –, wird Zaffaronis Diagnose kaum widersprechen können, wobei insoweit Spezialuntersuchungen, insbesondere mit Blick auf autoritär-feindstraf-

746 O. Kap. II 1. mit Fn. 96 u. Haupttext.

747 Zaffaroni (2017), S. 294.

748 Zaffaroni (2017), S. 295.

749 Zaffaroni (2017), S. 297.

750 Zaffaroni (2017), S. 299.

751 Zaffaroni (2017), S. 299.

752 Zaffaroni (2017), S. 299 ff.

753 Zaffaroni (2017), S. 301 („signos aún más marcados”); ähnlich Batista, in Zaffaroni (2017), S. 111 f.

754 Zaffaroni (2017), S. 301, 303.

rechtlichen Tendenzen der polizeilichen Praxis⁷⁵⁵ und Rechtsprechung, notwendige Konkretisierungen und Präzisierungen liefern müssten. In diesem Sinne bleibt uns – mit Zaffaroni⁷⁵⁶ – nur die Hoffnung, dass seine Schrift die Skepsis gegenüber autoritärem und inhumanem Strafrecht, auch und gerade in Lateinamerika, verstärkt und dies von weiteren Untersuchungen aufgegriffen wird.

755 Zutreffende Parallele auf die sog. „Befriedungspolizei“ („Policia Pacificadora“) der Armenviertel Rio de Janeiro bei *Batista*, in Zaffaroni (2017), S. 109 f. (“... palavra ‘paz’ ... desmoralizada pelo programa das Unidades de Policia Pacificadora, que compartilha algumas características com o modelo do ‘campo’, que tanto deve ao nazismo...”).

756 Zaffaroni (2017), S. 303.

