

Max Wrobel*

Das Willensstrafrecht und dessen Einfluss auf die Strafrechtsdogmatik

Der Beitrag befasst sich mit dem, aus der Zeit des Nationalsozialismus stammenden, kriminalwissenschaftlichen Programm des Willensstrafrechts aus dem Laboratorium Roland Freislers. Auf den ersten Blick ein Relikt ideologischer Umgestaltung des Rechts. Oder hat das Thema nichts von seiner zeitlosen Relevanz eingebüßt und gibt es doch moderne Ausläufer?

A. Das Willensstrafrecht

I. Einleitung

Der Nationalsozialismus versuchte im Zuge der Verwirklichung eines allumfassenden, totalitären Staatsverständnisses auch das Strafrecht zu beeinflussen. Dies ist auch folgerichtig – stellt das Strafrecht doch ein Subsystem des Rechts dar, in dem die schwersten Einbußen an Freiheitsrechten der Rechtsunterworfenen legitimiert werden können. Zur Legitimation mitunter existenzieller Rechtseinbußen der politischen Feinde dienten verschiedene Konzepte zur Beeinflussung der Strafrechtsdogmatik, gedacht als Gedankengebäude innerhalb dessen die Kriminalpolitik im nationalsozialistischen Sinne seine Grundprinzipien »Schutz des Volkskörpers«, »Vernichtung lebensunwerten Lebens« sowie die Minimierung der Bedeutung des Einzelnen auf die Funktion eines Rohstoffs für den propagandistisch begleiteten Angriffskrieg. Eines dieser Konzepte war das Willensstrafrecht. Das Willensstrafrecht als Mittel der Strafrechtsexpansion unter ideologischen Vorzeichen nahm eine historisch gewachsene¹ allgemeine Subjektivierungstendenz auf und radikalisierte sie zur Legitimation einer zunehmend unmenschlicher werdenden Praxis.² Als historische Leistung wird dem Willensstrafrecht die Bündelung dieser Verschiebung ins Subjektive unter dem Dach der nationalsozialistischen Ideologie zugeschrieben. Außerdem könnte es sich als Vorstufe zum Täter- bzw. Gesinnungsstrafrecht erweisen, da der Strafrechtsdiskurs hierdurch empfänglicher für derartige Gedanken wurde. Im Folgenden wird zudem den avisierten Regelungstechniken nachgegangen, mit denen das Recht im nationalsozialistischen Sinne verändert werden sollte, um in die zukunftsweisende Frage einmünden

zu können, welche Lehren im Umgang mit unabweisbaren Kontinuitäten die heutige Strafrechtswissenschaft hieraus ziehen kann.

II. Der Untersuchungsgegenstand – Konzeption und Hauptcharakteristika

Als Mittel zur Umpolung des Fixpunktes des strafrechtlichen Koordinatensystems des frühen 20. Jahrhunderts von der äußerlich wahrnehmbaren Tat des bisherigen – als »materialistisch-individualistisch«³ geächteten – Erfolgsstrafrechts⁴ des RStGB⁵ auf die inneren⁶ Beweggründe des Täters⁷, diente den Reform-Protagonisten der radikalisierten NS-Strafrechtsdoktrin die Idee des Willensstrafrechts. Ein Programm von äußerster Abstraktionshöhe,⁸ welches jedoch im Rahmen zahlreicher Publikationen⁹ näher ausbuchstabiert werden konnte und auf Verwirklichung im kodifizierten Recht angelegt war.¹⁰ Vorrangig von *Freisler* wurde

³ *Kerrl*, Vorwort, in: ders. (Hrsg.), Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des preußischen Justizministers (1933), S. 6.

⁴ *Klee*, Die gefährliche Handlung als Grundform des Verbrechens, DStR 1934, 113 (120): »Der Erfolg verschleiert den Blick der Erkenntnis für das Wesen des hinter ihm stehenden Willens«; *Mezger*, Deutsches Strafrecht, Ein Leitfadens (1936), S. 26; *Schaffstein*, Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStW 1934, 603 (609).

⁵ Bekanntgemacht am 14. 6. 1871, RGBl. 1871, S. 127 ff.

⁶ *Freisler*, Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (1935), S. 17: »Die Sittenordnung ruft den Willen des Menschen auf den Plan, sie ruft ihn zum dauernden Kampf mit dem größten Feind des Menschen, dem eigenen Ich, sie verlangt, dass dieser Kampf schon im Gebiete der Gedanken geführt wird.«

⁷ *Kadecka*, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 1940, 1 (20).

⁸ S. a. *Hartl*, Das nationalsozialistische Willensstrafrecht (2000), S. 95.

⁹ Als Hauptprotagonist ist zu nennen: *Roland Freisler* (†1945), seinerseits späterer Präsident des vorrangig für politische Strafverfahren zuständigen Volksgerichtshofes und zuvor Staatssekretär im preußischen Justizministerium, Mitglied des preußischen Landtags (ab 1932) sowie Mitglied des Reichstags (ab 1933), vgl. *Ortner*, Der Hinrichter – Roland Freisler – Mörder im Dienste Hitlers (2014), Lebenslauf auf S. 319; grdl. in *Gürtner*, Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlich Strafrechtskommission (1935), S. 11–48; Auswahl von explizit mit dieser Lehre befasster Literatur: *ders.*, Einige Gedanken über Willensstrafrecht und Mehrheit von Straftaten, DStR 1935, 162; v. *Gemmingen*, Willensstrafrecht oder Gefährdungsstrafrecht?, JW 1933, 2371; *ders.*, Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System des Willensstrafrechts, DStR 1935, 105; *Mezger*, Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht, DJZ 1934, 97; *Grau*, Weiter Täterbegriff und Willensstrafrecht, DJ 1935, 294; *Lange*, Der Täterbegriff im Willensstrafrecht, DJ 1936, 687; *Rietzsch*, Willensstrafrecht, Versuch und Teilnahme, DJ 1943, 309.

¹⁰ *Freisler* (Fn. 6), S. 19, wo er zudem betont, dass es für den Anwender als »Wegweiser« gedacht und für Lehrer wie Lernende »Erkenntnisquelle«

* *Max Wrobel* ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Bettina Weißer* am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln. Die Arbeit wurde im Rahmen des Seminars »NS-Gedankengut im Strafrecht – Relikt oder Renaissance?« bei Prof. Dr. Dr. h. c. *Kai Ambos* (Universität Göttingen) als Seminararbeit verfasst.

¹ *Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht (2004), S. 16.

² *Frommel*, Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das Willensstrafrecht, in: *Reifner/Sonnen* (Hrsg.), Strafrecht im Dritten Reich (1984), S. 86, 88.

unter dieser Bezeichnung ein strafzweckorientiertes Modell konzipiert, welches den Blick der strafrechtlichen Antwort auf »geschehenes Unrecht, also auf eine von Menschen [...] bewirkte Schädigung, Verletzung [...] der befriedeten Güter«¹¹ hin zu dessen Funktion einer dauernden »Selbstreinigungssapparatur seines [Volks-]Körpers«¹² umlenken sollte. Damit war ein erzieherischer¹³ Charakter intendiert, nicht jedoch des Täters, sondern – mit generalpräventiver¹⁴ Stoßrichtung – des rechtschaffenen Volkes.¹⁵ Weiterhin prägend war dessen Eigenschaft als Kampfrecht, das seinen Gegner im »verbrecherischen Willen« als Ausgangspunkt seiner Opposition zu dem zu schützenden Volk¹⁶ erkennt, den es zu »vernichten« galt.¹⁷ Die Sühne, welche im Duktus *Freislers* »die Schuld des Ödipus, die Schuld der Nibelungen, die jede Schuld fordert«¹⁸ und damit die reaktive Verbindung jener mit der Schuld¹⁹ sollte einen weiteren Sinn des Strafrechts kennzeichnen und als angebliche Forderung des Volkes zur Legitimation beitragen.²⁰ Als Leitgedanke für die Ausgestaltung des Gesetzes *de lege ferenda* galt die »Vorverlagerung der Verteidigungslinie«.²¹ Vom Zeitpunkt des Taterfolgs abgelöst sollte sie aufgrund der »Erfolgsunsicherheit« menschlichen Handelns »Ausdruck der zweckmäßigsten Methode« sein, um »jedweden Einfluss des Zufalls« auszuschalten.²²

sei.

11 *Freisler* (Fn. 6), S. 13.

12 *Freisler* (Fn. 6), S. 13.

13 *Freisler* (Fn. 6), S. 17: »[...] so ist dem gesunden Volksteil das Strafrecht das negative Spiegelbild der im Volk lebendigen Sittenordnung«. *Mezger*, Leitfaden (1936), S. 27; Abzeichnung einer Aufhebung der Grenzen zwischen Moral und Recht, zur Ethnisierung: *Sauer*, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, DStR 1934, 177–190.

14 *Schaffstein*, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, ZStW 1936, 276 (286): »Für unser völkisches, am Gemeinschaftsgedanken ausgerichtetes Rechtsdenken liegt dagegen das Wesentliche jeder Strafe in ihrer Wirkung auf die Gemeinschaft«; Relativierend: *Dahm*, Autoritäres Strafrecht, MSchrKrimPsych 1933, 162, (178 f.); sekundär: *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht (2019), S. 45.

15 *Freisler* (Fn. 6), S. 14.

16 *Freisler* (Fn. 6), S. 14, erwähnt als Schutzgüter: »seinen Bestand, seine Kraft, seinen Lebensfrieden, vor allem also auch seine Zeugungs- und Gebärkraft wie seine Arbeitsruhe«.

17 *Freisler* (Fn. 6) S. 15; *ders.*, DStR 1935, S. 162; s. a. die Zusammenfassung durch *Mezger* (Fn. 14), S. 26 f.

18 *Freisler* (Fn. 6), S. 16.

19 *Freisler* (Fn. 6), S. 16: »Nicht Tat und Sühne, noch weniger Erfolg der Tat und Sühne, sondern Schuld und Sühne ist die Verkettung, aus der es für unser sittliches Empfinden keine Lösung gibt«; *ders.* in Denkschrift des Zentralaussschusses (1934), S. 70 f.: »Die Schuld [...] bemisst sich nach dem Willen«.

20 Vgl. *Frank*, Nationalsozialistische Leitsätze für eine neues deutsches Strafrecht (1935) – AT: Nr. 1, 7, samt Begründungen S. 19, 25 f.

21 *Klee*, Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung, DStR 1936, 1 (4 f.); *Freisler*, Deutsches Strafrecht, Vermächtnis und Aufgabe, DStR 1934, 1 (6); *Vogel* (Fn. 1), S. 81; *Hartl* (Fn. 8), S. 92.

22 *Klee* (Fn. 21), DStR 1936, S 1 (4 f.) mit Verweisen auf seine Vorarbeit im Anschluss an *Stübel* und *Koestlin* in: *Klee*, Der dolus indirectus als Grundform des Verbrechens (1906).

Insgesamt handelt es sich somit um einen im Grundsatz streng subjektivistischen Ansatz.²³ In objektiver Hinsicht waren die Autoren – durchaus widersprüchlich²⁴ – mit dem zusätzlichen Erfordernis einer sog. Willensbetätigung bemüht, die Tatorientierung²⁵ zuzugestehen, um jedoch so von dem Fokus auf die Tatvollendung abrücken zu können²⁶ und dem so ausgemachten Delinquenten den Vorwurf der Willensschuld²⁷ machen zu können. In letzter Konsequenz erwartete den Täter also das Stigma innerer Abkehr von den Gemeinschaftswerten des nationalsozialistischen Wertesystems. Rein praktisch sollte dies in Form der Ehrenstrafe²⁸ zur sozialen und der Todesstrafe²⁹ zur existenziellen Verbannung aus seinem Status als Person führen.

III. Geistesgeschichtliche Fundamente und Vorarbeit

Der geistige Ursprung willensstrafrechtlichen Denkens im Indeterminismus³⁰ – dem Bekenntnis zur Freiheit des menschlichen Willens – erscheint als wirklicher Ausgangspunkt seiner geistigen Grundhaltung fragwürdig. Die hierfür von *Hartl* herangezogenen Zitate *Freislers*³¹ legen vielmehr nahe, dass es diesem zur Verbrämung strafrechtlicher Expansionswünsche³² um Etablierung einer stereotypen Redewendung ging.³³ Eine rechtsphilosophische Verortung wird

23 *Vogel* (Fn. 1), S. 79 ff.; *Hirsch*, Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin, JZ 2007, 494, 498 f.

24 Vgl. einerseits: *Freisler* (Fn. 6), S. 18: »bestraft wird [...] der Wille, nicht die Tat«; andererseits S. 19: »als bedeute dieses Willensstrafrecht [...] nichts anderes als den Willen oder die Gesinnung bestrafen zu wollen.«

25 Einschränkung: *Freisler* (Fn. 6), S. 18: »[...] bedeutet ebenso wenig, daß der zu keiner Tat geschrittene Wille bestraft wird«; *Dahm*, Der Tätertyp im Strafrecht (1940), S. 55; *Mezger*, DJZ 1934, Sp. 103; *Hartl* (Fn. 8), S. 92; pro Tatorientierung des Willensstrafrechts auch: *Vogel* (2004), S. 88; vermittelnd: *Ambos* (Fn. 14), S. 46: lediglich »prozessuale Konzession«; dagegen: *Hirsch* (Fn. 23), S. 498, der darauf hinweist, dass nach *Freislers* eigenen Worten, die Kriterien eines Gesinnungs- und damit keineswegs ein Tatstrafrecht vorläge.

26 *Freisler* (Fn. 6), S. 33.

27 S. bereits *Klee* (Fn. 23), S. 3; *Freisler* (Fn. 6), S. 16: »Schuld aber wird, [...], dem Willen zugerechnet«; *Gürtner*, Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung, DJ 1935, 1241 (1245); *Sauer*, Ethnisierung, DStR 1934, 185; *Hartl* (Fn. 8), S. 91.

28 *Kerrl*, Denkschrift (1933), S. 142; *Schaffstein*, Nationalsozialistisches Strafrecht, DStR 1934, 273; vgl. aus heutiger Sicht *Kubiciel*, Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie, ZStW 2006, 44 (54): »Ehrenstrafen als Zugriff auf die Innerlichkeit«.

29 *Kerrl* (Fn. 28), S. 139: »Beibehaltung [...] außer Frage; ihr Anwendungsbereich ist [...] zu erweitern.«

30 *Hartl* (Fn. 8), S. 89.

31 *Freisler* (Fn. 6), S. 15: »Für eine heroische Stellungnahme zum Leben [...], wie sie dem Nationalsozialismus eigen ist, gibt es eine Frage der Willensfreiheit nicht. [...] Er ruft in jeder Lage des Lebens: »Ich soll, ich will, ich kann!«.

32 Vgl. die Forderung nach Vorverlagerung der Strafbarkeit, beispielhaft *Freisler* (Fn. 6), S. 23: »Präventivkrieg«; Prägnant auf die staatschutzrechtlichen Ziele des Konzepts hindeutend: S. 23 f.: »[...] Fälle, in denen das letzte Ziel der vorbereitenden Handlung die Zerstörung der völkischen Grundordnung ist, [...] der Erfolg des Verbrechens praktisch seine Legalisierung bedeutet, wird ein Bedürfnis zum Einschreiten bereits gegen den Vorbereitenden vorliegen.«

33 Um eine strafrechtsdogmatische Kursänderung einläuten zu können, vgl. *Llanque*, Metaphern, Metanarrative und Verbindlichkeitsnarrationen,

überdies überhaupt nicht angestrebt.³⁴ Das *Freisler'sche* Willensstrafrecht wird zudem nicht dem Anspruch juristischer Theoriebildung gerecht, denn Anschlussfähigkeit an vorher Entwickeltes im Sinne einer Systematisierbarkeit als Kennzeichen einer juristischen Theorie, wird darin gerade abgelehnt.³⁵ Vielmehr erscheint die Einordnung als Kampfliteratur treffend. Die Annahme eines Indeterminismus-Bekenntnisses ist zudem mit dem totalitären Staatsverständnis des Nationalsozialismus schwer vereinbar,³⁶ welcher einen Zugriff auf das Internum der Rechtsunterworfenen beanspruchte und somit die Existenz gedanklicher Freiheit gerade minimieren wollte.³⁷ Verbrämung im oben genannten Sinne meint also, dass die Willensfreiheit in erster Linie legitimatorisch angeführt wird, um nach außen hin ihre Anerkennung zu bescheinigen.³⁸ Wie noch zu zeigen sein wird, diente das willensstrafrechtliche Instrumentarium jedoch vornehmlich der Detektion von »Volksfeinden«,³⁹ welche keine Gewähr für ein ideologiekonformes Verhalten boten. Auch wenn damit die Verwendung des Begriffs Willensfreiheit zu hinterfragen⁴⁰ ist, bleibt ein Minimalmaß an (zugeschriebenem) Indeterminismus als Nucleus der Idee Willensstrafrecht unverzichtbar, damit dieses seine abschreckende Wirkung auf eine umstürzlerische Willensregung entfalten konnte.

Als konkrete rechtsdogmatische Vorarbeit rückt hingegen eine, mit *H. A. Fischer*⁴¹ einsetzende, allgemeine Subjektivierungstendenz⁴² in den Blick. Zuerst für die erfolgs-

kupierten Delikte wurden die sog. subjektiven Unrechtselemente entdeckt.⁴³ Von *Mezger* systematisiert⁴⁴, bedeutete dies einen Umschwung von einem allein durch Außenweltfaktoren bestimmten Tatbestandsverständnis hin zu der Erkenntnis, dass subjektive Elemente ohne objektive Entsprechung im Tatbestand dem Gesamtdelikt erst sein sozialschädliches Gepräge geben.⁴⁵ Hieran konnte eine Okkupation durch das Willensstrafrecht anknüpfen,⁴⁶ indem den subjektiven Unrechtselementen die Aufgabe zuerkannt wurde, die Gesinnung und den verbrecherischen Willen des Täters zu typisieren.⁴⁷ Gedanklich in die gleiche – die Strafwürdigkeit durch Subjektivierung vorverlagernde – Richtung ging außerdem die sog. symptomatische Verbrechenslehre:⁴⁸ Hier wird ein Augenmerk der Bedeutung vorsätzlichen Verhaltens – wie in der Folge auch bei *Freisler* anklingt – darauf gelegt, dass »eine anormale Reaktion des Bewusstseins auf Vorstellungen dargetan wird«. ⁴⁹ Noch prägnanter ist hier die Herabwürdigung des »Erfolges [...] als Symptom«, ⁵⁰ womit dessen Eintritt gegenüber der »psychischen Beschaffenheit« ⁵¹ als das strafrechtlich Relevante bereits an Bedeutung verliert. Wenn man diese freilich nur als unbewusste Wegbereiter bezeichnen mag, ist hingegen in der Arbeit *Klees* zum *dolus indirectus* bereits ein explizites Hinarbeiten auf ein Willensstrafrecht zu erblicken.⁵² Die Vorsatzform des *dolus indirectus* beruhte auf dem – an § 1 des österreichischen StGB⁵³ angelehnten – Gedanken, die Bedeutung des Erfolges für den subjektiven Tatbestand (seinerzeit noch Schuld) abzuschwächen.⁵⁴ Die Forderung nach einem *dolus indirectus* lief also auf Absenkung der Vorsatz-

(2014), S. 7: »Narrative Elemente bearbeiten den zu beratenden Gegenstand auf eine spezifische Weise für die politische Entscheidung vor.«

34 *Freisler* (Fn. 6), S. 12.

35 *Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377 (377 f.): »[...] verdient nicht jede beliebige Verbindung allgemeiner Sätze den Namen Theorie. [...] Einordnung in einen umfassenderen Zusammenhang«, derer sich *Freisler* (Fn. 6), S. 12, 16 jedoch vehement entzog.

36 Zum einen erkennt *Hartl* im selben Atemzug den Widerspruch zu deterministischer Propaganda i. R. d. Rassen- und Erblinienforschung an, ders. (Fn. 9), S. 90; Zum anderen spricht hiergegen die Überzeugung der NS-Führungsriege von der Wirksamkeit von Propaganda und Indoktrination, vgl. *Arendt*, Elemente und Ursprünge totale Herrschaft, 20. Auflage (2017), S. 726 ff.

37 Konträr zur *Kant'schen* Unterscheidung von Moralität und Legalität, vgl. *Dreier*, Kants Republik, JZ 2007, 745 (747): »In dieser Möglichkeit bloß äußerlicher Übereinstimmung mit den Rechtsnormen ohne innere Gewissensüberzeugung von der Richtigkeit des Rechts liegt in einem relevanten Ausmaß die Freiheit der Rechtsunterworfenen beschlossen.«

38 *Freisler* (Fn. 6), S. 44: »Bekenntnis zur Willensfreiheit«.

39 *Freisler* (Fn. 6), S. 28: »kommende Strafrecht stellt sich auf diesen Individualwillen nicht ein, um ihm Betätigungsfreiheit gegenüber dem Volksganzen [...] zu sichern, sondern um ihn [...] in die Achtung vor den Lebensgesetzen des Volkes hineinzwingen zu können«, S. 23: »Feind«.

40 Vgl. *Telp*, Ausmerzung und Verrat: zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich (1999), S. 120: Als NS-»Postulat« der kritischen Diskussion entzogen.

41 Noch für das ZR: *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts (1911), S. 288 f.: »verboten oder erlaubt [...], je nach der Gesinnung mit welcher der Täter die Tat begeht.«

42 *Dohna*, Die Elemente des Schuldbegriffs, GS 1905, 304 (311): »knüpft unser Werturteil [...] an die Willensbestimmung«; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: FS-Binding (1911), S. 286 Fn. 8: »Subjektive Elemente [...] konstitutive Bedeutung«; sekundär: *Vogel*

(Fn.1), S. 16 f., 79 ff.

43 Nun für das StR bzgl. überschießender Innentendenz: *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 1915, 19 (31 f.): »ins Subjektive verflüchtigte Momente des gesellschaftschädlichen [...] Vordatierung der Empfindlichkeit des betreffenden Interesses.«; *Mayer*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts (1915), S. 186.

44 *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 1924 (89), 207–314.

45 *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens ZStW 1915, 184; s. a. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), S.206, 317 f.

46 *Braun*, Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts (1936), S. 1 ff.; *Berges*, Pflichtwidrigkeit und Willensstrafrecht, DStR 1934, 239 (243).

47 *Schaffstein*, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?, DStR 1935, 97; *Berges* (Fn. 46), DStR 1934, 239 (243).

48 So *Marxen*, Das Problem der Kontinuität in der neueren deutschen Strafrechtsentwicklung, KritV 1990, S. 287, 293; dagegen: *Hartl* (Fn. 8), S.58, insoweit diese der »modernen Schule« v. *Liszt's* entspränge, welche auf Resozialisierung nicht auf »Vernichtung« aus gewesen sei.

49 *Tesar*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens (1907), S. 209.

50 *Tesar* (Fn. 49), S. 212.

51 *Tesar* (Fn. 49), S. 241.

52 *Klee* (Fn. 27), S. 2: »entwickelt sich das Strafrecht [...] vom Erfolg- zum Willensstrafrecht.«, S. 50: »[...] bereits das Anstreben [...] und nicht erst seine Herbeiführung pönalisiert.« »In der Tätigkeit, nicht in dem Erfolge lehnt sich der Wille gegen die Norm auf«; sekundär: *Hartl* (Fn. 8), S. 63: »kann zweifellos als Vorläufer [...] bezeichnet werden.«

53 Strafrecht über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen für das Kaisertum Österreich, Inkrafttreten am 1. 9. 1852.

54 *Klee* (Fn. 27), S. 3: »Wie der Versuch ein Verzicht auf den vollen Erfolg in der Objektivität ist, so ist im *dolus indirectus* der Erfolg in der Subjektivität abgeschwächt.«

erfordernisse in der Weise hinaus, dass bereits alle Erfolge als vom Vorsatz umfasst anzusehen seien, die von der ursprünglichen Verwirklichungsabsicht nicht erfasst sind, aber im Rahmen dieser typischerweise miteintreten.⁵⁵ Sowohl die Pönalisierungsbestrebung hinsichtlich eines solchen »Gefährdungsvorsatzes«,⁵⁶ als auch bestehende vorverlagerte Strafbarkeit im Stile von § 49a RStGB, welcher Vorläufer des heutigen § 30 StGB ist und die Aufforderung sowie die Annahme einer Aufforderung zur Begehung oder zu Teilnahme an einem Verbrechen inkriminierte, sowie die Rechtsprechung des RG zum untauglichen Versuch,⁵⁷ stellten subjektivistische Dammbürche aus wissenschaftlicher, legislatorischer wie justizieller Richtung dar. Konträr zum eigenen Anspruch historischer Einmaligkeit – entsprach das NS-Willensstrafrecht somit dem Zeitgeist.

IV. Verortung im radikalisierten Strafrechtsdiskurs und Abgrenzung

1. Willens- und Gefährdungsstrafrecht

Das Willensstrafrecht musste sich zunächst in der wissenschaftlichen Diskussion – nach seiner erstmaligen Einführung in die NS-Kriminalpolitik durch die Denkschrift des preußischen Justizministers (1933) – von einem als gleichbedeutend erdachten Gefährdungsstrafrecht⁵⁸ abschichten⁵⁹. Anzusehen sind die beiden Versionen vorverlagerter Strafbarkeit als je objektive und subjektive Spielarten einer neuen Tatbestandskonzeption;⁶⁰ wobei anzumerken ist, dass das willensstrafrechtliche Konzept durch Vermessung des »verbrecherischen Willens« auch Schuld und Strafzumessung beeinflussen sollte.⁶¹ Nichtsdestotrotz handelte

es sich bei beiden um schwer fassbare Konzeptionen, die mehr programmatische Zielvorgaben mit impulshaften Oberbegriffen versehen sollten,⁶² als elaborierte Strafrechtsdogmatik abzugeben.

2. Täter- oder Tatstrafrecht

Auffällig ist die Distanzierung von einem »individualistischen« Täterstrafrecht,⁶³ begleitet von der Sorge vor allzu rücksichtsvoller richterlicher Beurteilung der Täterpersönlichkeit.⁶⁴ Gleichzeitig ergeht jedoch die Forderung einer stärkeren Berücksichtigung der Täterperson in der Strafzumessung.⁶⁵ Die Konzentration auf die Durchlaufstadien einer Tat⁶⁶ spricht zudem – was die Tatbestandsausgestaltung angeht – für eine Einordnung als Tatstrafrecht. Interessant daher die, nur scheinbar gegensätzliche Einordnung durch *Bockelmann* (1940), welcher von einer »mächtige[n] Belebung« des Tätergedankens durch das Willensstrafrecht spricht.⁶⁷ *Von Gemmingen* betrachtet zudem Willens- und Täterstrafrecht als parallel, aber nicht gleichbedeutend.⁶⁸ Das Willensstrafrecht lässt sich somit am besten als Vehikel für täterstrafrechtliche Gedanken im noch tatstrafrechtlichen Gewande bezeichnen.⁶⁹

3. Willensstrafrecht als Gesinnungsstrafrecht

Die stärkste Divergenz von Selbst- und Fremdzuschreibung dürfte jedoch die Frage betreffen, ob mit der Forderung nach einem Willensstrafrecht zugleich die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht überschritten wurde. Objektive Elemente der Willensäußerung annehmende Literatur⁷⁰ ist zudem

55 *Klee* (Fn. 27), S. 3 f. sah darin keine Konzession an die Objektivität, sondern dadurch, dass er das »gefährliche Wollen entscheiden läßt, eine bedeutende Erweiterung des Gebietes des Willensstrafrechts.«; vgl. das – erhebliche Abgrenzungsprobleme erzeugende – moderne Äquivalent: *dolus eventualis* (s. nur sog. »Berliner Raser Fall«: BGH NJW 2018, 1621 = BGH, 1. 3. 2018 – 4 StR 399/17, daraufhin: LG Berlin, 26. 3. 2019 – 532 Ks 9/18), vgl. dogmengeschichtlich *NK/Puppe*, 5. Aufl. (2017), § 15 Rn. 14 ff.: »Vom *dolus indirectus* zum *dolus eventualis*«.

56 *Klee* (Fn. 27), S. 49.

57 RGSt 1, 439 (441); 8, 198 (203); 34, 15 (18).

58 *Kerrl* (Fn. 28), S. 112: »Gefährdungsstrafrecht (Willensstrafrecht)«.

59 Contra Gefährdungsstrafrecht: *Finger*, Einige Gedanken zur Denkschrift des preußischen Justizministers »Nationalsozialistisches Strafrecht«, GS 1934, S. 284; *Oetker*, Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht, in: Denkschrift des Zentralausschusses (1934), S. 48 f.: »in den Begriffen der Gefahr liegt nicht zu bannendes Element der Unbestimmtheit [...] gesunde Volksanschauung wird es nicht verstehen, wenn X, der eine Sache des D zerstören wollte und zerstört hat, wegen Sachgefährdung bestraft wird.«; *Schaffstein*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 1938, 610 (610 f.); m. w. N. *Mezger*, Leitfaden (1936), S. 27; *Freisler* (Fn. 6), S. 31.

60 *Klee*, (Fn. 4) S. 114 sieht den Unterschied in unmittelbarem Abstellen auf den »Schutzgedanken« durch das Gefährdungsstrafrecht, während das Willensstrafrecht hierfür nur (mittelbar) Mittel aufzeige, wie dieser Zweck erreicht werde; *Mezger* (Fn. 14), S. 27: Willensstrafrecht begnüge sich nicht mit »Gefährdungsvorsatz« – andererseits sei eine äußere Gefährdung für verbrecherische Willensbetätigung nicht immer bedeutsam.

61 *Kerrl* (Fn. 28), S. 112: »Für die Höhe der Strafe [...] Umfang [...] angelegten Schadens nicht maßgeblich, [...] hängt nur von dem Maß der

entfalteten verbrecherischen Energie ab«; *Freisler* (Fn. 6), S. 26, auf die Möglichkeit der Berücksichtigung von u. a. »stärkerer oder schwächerer Intensität des Willens« insistierend.

62 *Mayer*, Der Verbrechensbegriff, DStR 1938, 102: »Der Parole ›Willensstrafrecht‹ kommt in dieser Entwicklung das geschichtliche Verdienst zu, daß sie die subjektive Auffassung der Tat als Willensverwirklichung praktisch durchgesetzt hat.« – vgl. heute und näher u. B. I. 2. a): subjektive Versuchstheorie, *Lackner/Kühl/Kühl*, 29. Aufl. (2018), § 22 Rn. 11; *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann/Hillenkamp*, LK Band 1, 12. Aufl. (2007), Vor. § 22 Rn. 67 zum Willensstrafrecht: Rn. 69; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 22 Rn. 2 b

63 *Freisler* (Fn. 6), S. 28: wiederholt »dasjenige« Täterstrafrecht betonend, weshalb naheliegt, dass nun ein anderes Täterstrafrecht folgen soll.

64 *Freisler* (Fn. 6), S. 14, 24, 27 f.,

65 *Freisler* (Fn. 6), S. 27; *Dahm*, Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht, DStR 1934, 95: »›Willensstrafrecht‹ bedeutet, daß die Tat zur Persönlichkeit des Täters in Beziehung gesetzt wird.«

66 *Freisler* (Fn. 6), S. 21: »Versuchung, Willensentschluß, Vorbereitung, Ausführungsbeginn, Ausführung bis zur Erfolgsherbeiführung, Erfolgssicherung«

67 *Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht, Teil 2 (1940), S. 106, 108: »Es lag nahe [...] den Träger des Willens, den Täter, zum Gegenstand des Strafrechts zu machen.«

68 v. *Gemmingen*, Der Irrtum über die eigene Tatbereitschaft, ZStW 1941, S. 1, 7.

69 Ähnlich *Vogel* (Fn. 1), S. 81, 84, der von tatorientierter Subjektivierung ausgeht; *Hartl* (Fn. 8), S. 121.

70 *Schaffstein* (Fn. 28), S. 280: Die Sittenordnung ergreife die Gesinnung des »Volksgenossen«, aber »selbstverständlich ist, daß auch im neuen Strafrecht nur die nach außen in Erscheinung tretende Böswilligkeit der

im Lichte des schwerwiegenden Makels zu sehen, den der Stempel »Gesinnungsstrafrecht« einem als fortschrittlich empfundenen Strafrecht zufügt. Diesen Lippenbekenntnissen zum Trotz wird vielfach die erwähnte Funktion der Detektion von politischen Gegnern ersichtlich, weshalb dem Willensstrafrecht durchaus gesinnungsstrafrechtliche Elemente beigegeben werden konnten.⁷¹ Gesinnungsstrafrecht liegt jedenfalls dann vor, wenn die innere Einstellung des Täters für die Straf Begründung keine Erfüllung gesetzlicher Tatbestände mehr zum Gegenstand haben muss⁷² und damit richterlichen Willkürentscheidungen zugunsten politischer Zweckmäßigkeit Tür und Tor geöffnet wird. Genau dies scheint jedoch in Verbindung mit einer Aufhebung des Analogieverbotes beabsichtigt.⁷³ Somit gilt: Auch wenn nicht durchweg ein explizites Bekenntnis vorliegt – die sachliche Nähe zu einem Gesinnungsstrafrecht widerspricht ihrer vorgetragenen Ablehnung.

4. Einordnung

Festzuhalten bleibt damit, dass sich das Willensstrafrecht einer eindeutigen Zuordnung zu Tat- oder Täterstrafrecht entzieht und damit am ehesten als Hybrid⁷⁴ eines tatorientierten Gesinnungsstrafrechts zu charakterisieren ist, bei dem die Tat selbst nur den Anlass zum Durchgriff auf den Täter und dessen Persönlichkeit darstellt.⁷⁵ Deutlich wird dies einerseits (in puncto Tatorientierung) an den dogmatischen Hauptforderungen, die aus dem Postulat Willensstrafrecht gezogen wurden (näher dazu B.) und sich vorrangig auf dem Gebiet der allgemeinen Straftatlehren wiederfinden. Andererseits sind die zu den Folgerungen hin führenden Gedankengänge stark am »Willensträger«⁷⁶ orientiert und sorgen so für einen gesinnungsstrafrechtlichen Einschlag des Willensstrafrechts beziehungsweise eine Öffnung des Strafrechtsdiskurses für eine entsprechende Aufladung.

Gesinnung zum Gegenstand der strafrechtlichen Reaktion wird.«; *Finger* (Fn. 59), S. 287; *Freisler* (Fn. 6), S. 192.

⁷¹ *Ebert*, Der Versuch – Gefährdungs- und Verletzungsstrafrecht, DJ 1934, 482 der in seiner Stellungnahme für das Willensstrafrecht die Gefahr der »zersetzenden Gesinnung« des Einzelnen für den nationalsozialistischen Staat betont; v. *Gemmingen*, Willensstrafrecht oder Gefährdungsstrafrecht, JW 1933, Sp. 2372; *Schaffstein*, Ehrenstrafe (1934), S. 280: NS-Strafrecht als »notwendig Gesinnungsstrafrecht« deklarierend; *Mezger* (Fn. 9), Sp. 101, Fn. 1: »Emanation der Täterpersönlichkeit«.

⁷² In diesem Sinne: *Krug*, Drei Grundprobleme des kommenden Strafrechts, ZAKDR 1935, 98 (99); *Freisler*, Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers, DStR 1935, 163: »Bekämpfungswürdigkeit [...] zwar von irgendeiner Handlung abhängig [...], diese [...] aber nicht einen bestimmten, gesetzlich oder sonstwie ein für allemal festgelegten Tatbestand auszufüllen braucht«.

⁷³ *Freisler*, Der Versuch, ZAKDR 1934, 82 (83).

⁷⁴ Hybrid, weil Gesinnungsstrafrecht grundsätzlich eine akzentuierte Form des Täterstrafrechts darstellt, vgl. *Hirsch* (Fn. 23), S. 498.

⁷⁵ *Mezger* (Fn. 13), S. 29 der zwischen zwei Arten des Gesinnungsstrafrechts differenziert – einer ganz ohne Willensbetätigung und einer, die die der Tat zugrundeliegende Gesinnung maßgeblich berücksichtigt – und das Willensstrafrecht der zweiten zurechnet; *Gürtner*, Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung, in: Das neue Strafrecht (1936), S. 19, 29.

⁷⁶ *Freisler* (Fn. 6), S. 23.

B. Einfluss auf die Strafrechtsdogmatik

Abseits der tatsächlich begrenzten Verwirklichung in autoritativen Setzungsakten der Staatsleitung beschäftigt sich die weitere Untersuchung mit Einflüssen auf die Strafrechtsdogmatik im engeren Sinne. Wie bereits in der Einleitung angedeutet, liegt dem ein Verständnis von Strafrechtsdogmatik als einem Gedankengebäude zugrunde, welches nicht mit dem positiven Gesetz identisch ist. Gegenstand strafrechtsdogmatischer Erörterung ist die Regelungsmaterie welche Regelungsbedürfnisse erzeugt, auf welche wiederum das positive Gesetz erst eine (von potenziell mehreren, denkbaren) Antworten liefert.⁷⁷

I. Allgemeiner Teil

1. Vorsatzdogmatik

Dem Willensstrafrecht war einerseits eine Engführung auf Vorsatzdelikte immanent.⁷⁸ Andererseits beruhte es auf dem klassischen Verbrensaufbau, ordnete also die – heute als Teile des subjektiven Tatbestands angesehenen – Merkmale Vorsatz und Fahrlässigkeit der Schuld zu.⁷⁹

a) Dolus eventualis

Ausgehend von der Genese des Begriffes Willensstrafrecht rückt vor allem die – noch heute⁸⁰ – besonders umstrittene Einordnung des *dolus eventualis* in den Mittelpunkt des dogmatischen Klärungsbedürfnisses. Mit der Aufgabe eines Erfolgsstrafrechts verbunden war auch die erhoffte Aufgabe dieser Rechtsfigur, denn »zufällige« und unerwartete Erfolge, denen gegenüber sich ein Erfolgsstrafrecht vor die quälende Frage gestellt sieht, ob und inwieweit sie im zugrunde liegenden Vorsatz noch eingeschlossen waren, berühren ein folgerichtiges Willensstrafrecht gar nicht.«⁸¹ Dies war als Vorsatzexpansion zu verstehen, die auf Linie der sog. Einwilligungstheorie⁸² – diese gleichsam auflockernd und erweiternd – zum Ziel hatte, auch die Fälle zu erfassen, in denen der Täter sich »ohne Billigung des Erfolges in

⁷⁷ *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (1983), S. XII (Vorbemerkung).

⁷⁸ *Freisler* (Fn. 6), S. 15.

⁷⁹ *Mezger*, Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss (1938), S. 82 ff.; *Schäfer*, Die Schuldlehre, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (1935), S. 49, 58 ff.

⁸⁰ NK/*Puppe*, 5. Aufl. (2017), § 15 Rn. 14 ff.; HK-GS/*Dutge*, 4. Aufl. (2017), § 15 Rn. 19 ff.; *Fischer*, 66. Aufl. (2019), § 15 Rn. 9 d; LK/*Vogel*, 12. Aufl. (2007), § 15 Rn. 118 ff.; SSW-StGB/*Momsen*, 4. Aufl. (2019), § 14 Rn. 44; der Gleichgültigkeitstheorie folgend *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster*, 30. Aufl. (2019), § 15 Rn. 84.

⁸¹ *Mezger* (Fn. 10), Sp. 101; *Kerrl* (Fn. 28), S. 113, 124; *Dohna*, Bemerkungen zum kommenden deutschen Strafrecht, MSchKrimPsych 1935, 97 (98), der auf Unvereinbarkeit mit dem geplanten »Unternehmens«-Begriff hinweist und eine »Verengung des Strafbereichs« fürchtet.

⁸² Die »Vorsatz annimmt, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatumstandes für möglich hält, und für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist.« so: *Schäfer* (Fn. 79), S. 61; *Mezger* (Fn. 13), S. 54.

frivoler Gleichgültigkeit«⁸³ über die als möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung hinwegsetzt. Unklar bleibt, ob mit der so gefassten gesetzlichen Fixierung der Gleichgültigkeitstheorie tatsächlich der *dolus eventualis* in Fortfall gerät. Das Drängen nach Vereinfachung der Dogmatik führt nur zu dessen Festlegung auf einen bestimmten Begriffsinhalt, trägt hingegen nichts zur Klärung des Grenzbereichs zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bei.

b) Willenstypisierung⁸⁴

Die Einordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldformen korrespondiert mit einer weiteren Forderung: das Unrechtsbewusstsein in den Vorsatz zu implementieren.⁸⁵ Hier wird konkret ein Mittel zur Detektion im genannten Sinne geschaffen: Getragen von einer »materiellen Unrechtsauffassung«⁸⁶ sollte nicht mehr von einem »formal – als Kennen oder Kennenmüssen der äußeren Tatumstände – gefassten Willen«⁸⁷ ausgegangen werden, sondern von einem »Willen, der von dem Bewusstsein getragen ist, Unrecht zu tun, Unrecht nicht bloß in dem Sinn des formal Gesetzwidrigen, sondern im Sinn des Widerspruchs zu [...] den Normen die für das völkische Zusammenleben unentbehrlich sind.«⁸⁸ Neben die (laienhaft nachvollzogene) Kenntnis des gesetzlichen Tatbestandes tritt – für den Fall ihres Fehlens, sprich: im Irrtum – die materielle Unrechtskenntnis.⁸⁹ Über den gleichen Kamm der ideologiebehafteten Leerformel von der »gesunden Volksanschauung« geschoren, sollten sich so sämtliche Irrtumsprobleme erledigen.⁹⁰ Das hiermit parteikonformer Rechtsprechung der Weg bereitet werden sollte, liegt retrospektiv auf der Hand.

Insgesamt lässt sich somit ein Drang nach Vereinfachung⁹¹ der Vorsatzdogmatik attestieren, welcher zugunsten steigender richterlicher Entscheidungsmacht⁹² ausfällt. Es

findet in diesem Bereich also eher ein Andienen an politische Bedürfnisse als tatsächlich dogmatische Begriffsklärung statt.

2. Versuch und Vollendung

In Einklang mit der – eher gefährdungsstrafrechtlichen – Parole »Möglichst früh und mit aller Macht!«⁹³ sollte der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung eingeebnet werden, um unter Einführung eines allgemeinen »Unternehmens«-Tatbestands⁹⁴, herkömmliche Versuche als Vollendungsstaten bestrafen zu können.

a) Strafgrund des Versuchs

Als Ausgangspunkt dieser Bestrebungen lässt sich inhaltlich die (rein) subjektive Theorie vom Strafgrund des Versuchs ausmachen. Sie sieht diesen in der Betätigung des rechtsfeindlichen Willens des Täters.⁹⁵ Der historische Ursprung dieser Lehrmeinung findet sich bei *von Buri*,⁹⁶ welcher zur Begründung ausführt, dass bei Fehlen eines objektiven Tatbestandsmerkmals bereits völlige Bedeutungslosigkeit der objektiven Seite einträte, mithin »der in der objektiven Bedeutungslosigkeit des Versuches enthaltene verbrecherische Wille ausschließlich das strafbare Element desselben sei.«⁹⁷ Unter anderem mit dem Vorwurf der Gesinnungsstrafe verbunden, wurde diese Theorie von der Mehrheit der renommierten Strafrechtler jedoch nicht geteilt.⁹⁸ Zu einer Renaissance kam es erst durch die Verbindung mit willensstrafrechtlichen Überlegungen, wenn es in der Denkschrift des preußischen Justizministers (1933) heißt, dass die subjektive Theorie der nationalsozialistischen Rechtsauffassung entspreche, welche »das Hauptgewicht auf das gefährliche Wollen des Täters legt.«⁹⁹ Unter rein subjektiver Betrachtung der Deliktsstadien anhand der Willensintensität wurde eine theoretische Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Vollendung und Versuch angestrebt,¹⁰⁰ um dem Erfolgseintritt nur noch im Bereich der

⁸³ Schäfer (Fn. 79), S. 61; Damit auf einer Linie mit *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (1930), S. 186 ff.; vgl. NK/Puppe, 5. Aufl. (2017), § 15 Rn. 56, die darauf hinweist, dass im normativen Sinne des Begriffs »Gleichgültigkeit« (i. Ggs. zum deskriptiv-psychologischen) die Gefahr der Charakterschuld-Bestrafung angelegt sei.

⁸⁴ Begriff bei *v. Gemmingen* (Fn. 71), S. 2372.

⁸⁵ Schäfer (Fn. 79), S. 62 ff.; *Mezger* (Fn. 14), S. 53; vernationalsozialistisch bei *Mezger*, Lehrbuch (1931), S. 330 ff.; krit. *Dohna*, MSchKrimPsych 1935, 99; a. A. *Klee*, Zum kommenden deutschen Strafrecht, DJZ 1934, Sp. 1303 (1307); *ders.*, Vorsatz und Rechtsirrtum, DJ 1934, 737, sog. Vorsatztheorie. Zur Unvereinbarkeit dieser mit §§ 16, 17 StGB: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 18 Rn. 81–83.

⁸⁶ Schäfer (Fn. 79), S. 63; *Mezger*, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, ZStW 1936, 1 (2).

⁸⁷ Schäfer (Fn. 79), S. 63.

⁸⁸ Schäfer (Fn. 79), S. 63; vgl. Formulierungsvorschlag § h. S. 65 f.: »Unbeachtlich ist ein Irrtum [sprich: Bestrafung wegen Vorsatztat], der auf einer Einstellung des Täters beruht, die mit der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar ist.«

⁸⁹ *Mezger* (Fn. 85), S. 1, 2.

⁹⁰ Schäfer (Fn. 79), S. 63.

⁹¹ Schäfer (Fn. 79), S. 63; *Kohlrausch*, Das kommende deutsche Strafrecht, ZStW 1936, 384 (391).

⁹² *Dahm*, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, DStR 1934, 248 (248 ff.).

⁹³ *Freisler* (Fn. 6), S. 22.

⁹⁴ *Kerrl* (Fn. 28), S. 133; *Freisler* (Fn. 6), S. 26; Ersetzung der Abgrenzung Versuch/Vollendung durch die Abgrenzung Vorbereitung/Unternehmen; *Gürtner* (Fn. 75), S. 26.

⁹⁵ *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann/Hillenkamp*, LK Band 1, 12. Aufl. (2007), Vor § 22 Rn. 69; *Lackner/Kühl/Kühl*, 29. Aufl. (2018), § 22 Rn. 11; *Joecks/Miebach/Kudlich/Schuh*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 3. Aufl. (2017), § 22 Rn. 6.

⁹⁶ *v. Buri*, Zur Lehre vom Versuche, GS 1867, 60 (71); *ders.*, Der Versuch des Verbrechenens mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekt, GS 1868, 325 ff.; *ders.*, Versuch und Kausalität, GS 1881, 321 ff.; *ders.*, Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen, ZStW 1881, 185 ff.

⁹⁷ *v. Buri* (Fn. 96), GS 1881, 321 (365).

⁹⁸ *Binding*, Handbuch des Strafrechts (1885), S. 695: »in vagster Weise mit der rechtsfeindlichen Gesinnung identifiziert«; *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1919), S. 199; *v. Hippel*, Das Verbrechen (1930), S. 424.

⁹⁹ *Kerrl* (Fn. 28), S. 134; *Freisler*, in: Denkschrift des Zentrallausschusses (1934), S. 13; *Mezger* (Fn. 13), S. 44.

¹⁰⁰ *Gürtner*, Gedanke, DJ 1935, 1244 ff.; *Krug*, Grundprobleme, in ZAkDR 1935, 99 ff.; *Klee*, Die Grenze zwischen Versuch (Unternehmen) und Vorbereitung, DStR 1934, 283 ff.; *Freisler* (Fn. 99), S. 72.

Strafzumessung Bedeutung zukommen zu lassen.¹⁰¹ Zur Abgrenzung der (straflosen) Vorbereitungshandlung vom Unternehmen sollten allerdings nicht ausschließlich psychologische Momente,¹⁰² sondern auch solche der objektiven Gefährdung,¹⁰³ etwa, dass sich der »Tatbestand [einer] [...] strafbaren Handlung verwirklicht«,¹⁰⁴ dienen. Hier wird deutlich, dass sich die Wissenschaft mit einer rein subjektiven Abgrenzungsbegründung schwertat. Dies hätte das willensstrafrechtliche Konzept prinzipiell insinuiert. Einzelne, die Konzeptionen *Freislers* rezipierende, Autoren¹⁰⁵ nahmen mitunter die neuen Begriffe nicht einmal an, sodass sich das willensstrafrechtliche Programm als nicht durchweg tauglich zur Umgestaltung hergebrachter Kategorien erwies.

b) Untauglicher Versuch

Aus der subjektiven Theorie unmittelbar ableiten lässt sich hingegen die affirmative Einstellung zur Bestrafung des Versuchs am untauglichen Objekt (»Tötung« einer Leiche) oder mithilfe eines untauglichen Mittels (Abtreibung mit Bonbons).¹⁰⁶ Schon umstrittener war die Behandlung des Versuchs durch ein untaugliches Subjekt. Anhand des Beispiels, dass ein Nichtjude auch dann wegen Rassenschande zu bestrafen sei, wenn er irrträglich glaube, die im Gesetz für den Begriff »Jude« aufgestellten Voraussetzungen lägen bei ihm vor, vertrat *Bruns* die Ansicht, dass sich dies zwingend aus den Grundsätzen des Willensstrafrechts ergebe.¹⁰⁷ Für einen weiten richterlichen Spielraum zur Beurteilung des abergläubischen bzw. irrealen Versuchs wurde sich zudem deshalb stark gemacht, weil sich auch dieser Täter »selbst zum Feinde der völkischen Friedensordnung macht«.¹⁰⁸

Die maßgeblich vom RG¹⁰⁹ vorbereitete Rechtsauffassung von der Strafbarkeit zumindest am untauglichen Objekt sowie mit untauglichen Mitteln findet sich auch heute im geltenden Recht wieder¹¹⁰ und wird dementsprechend – aus-

gehend von dessen subjektiver Grundlage¹¹¹ – auch durch die herrschende Eindruckstheorie¹¹² gestützt. Bedenklich für ein Tatstrafrecht ist hieran, dass nicht einmal eine objektive Rechtsgutsgefährdung vorliegt, da die Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung bereits im Zeitpunkt des Versuchsbeginns feststeht.¹¹³

3. Täterschaft und Teilnahme

Aus vorgetragener Resignation über die dogmatischen Bemühungen wissenschaftlicher Erörterung zum Themenkomplex von Täterschaft und Teilnahme bot sich das Willensstrafrecht auch hier als Hebel einer Rechtsvereinfachung an.¹¹⁴ Unter Berufung auf den norwegischen Strafrechtler *Getz*, dessen Gedanken sich im norwegischen Strafgesetzbuch von 1902 niedergeschlagen hatten, wurde eine Vereinheitlichung der Beteiligungsformen vorgeschlagen.¹¹⁵

a) Einheitstäterbegriff

Als »notwendiges Korrelat« des erweiterten Tatbegriffs des Willensstrafrechts wurde ein extensiver Täterbegriff angedacht – d.h. eine mögliche Täterschaft ohne eigenhändige Begehung – um die »erhöhte Verantwortlichkeit des Einzelnen [...] gegenüber der Volksgemeinschaft« zum Ausdruck zu bringen und auch die zuvor entwickelte mittelbare Täterschaft miteinbeziehen zu können.¹¹⁶ Zukünftig sollte jeglicher Ursachenbeitrag zur Täter-Bestrafung hinreichen.¹¹⁷ Darin, dass sich nunmehr die Beziehung zwischen Haupttat und Teilnahme in einer bloßen »Erfolgsgemeinschaft«¹¹⁸ erschöpfen solle, ist jedoch bereits ein Widerspruch zur propagierten Abkehr vom Erfolgsstrafrecht zu sehen. Zudem bedeute ein weiter Täterbegriff nicht, »daß die Bezeichnungen [der] Mitwirkungsformen aus der Sprache des Gesetzes ausgemerzt werden müssten«,¹¹⁹ was wiederum die schwierige semantische Handhabbarkeit des

101 *Freisler* (Fn. 6), S. 34 f.

102 *Klee* (Fn. 100), DStR 1934, 283 (289), im Ansatz für eine nach der »Erfahrung des Lebens« zu beurteilende »innere Tendenz« der Vorhandlung zum Erfolg als Abgrenzungsmoment eintretend.

103 Allerdings nicht für ein Individualrechtsgut, sondern für die »Volksgemeinschaft vgl. *Freisler* (Fn. 6), S. 41; s. a. *Hall*, Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung im Willensstrafrecht, GS 1938, 95 (103 f.), der wiederum feststellt, dass bei der gleichen Maßnahme, von einem »Gewohnheits- oder Triebverbrecher« vorgenommen, eine höhere Gefahr ausgeht, als von einem »Zufallsverbrecher«; *Müllereisert*, Der Beginn der Straftat, DStR 1936, 41 ff.; *Bruns*, Zur Begriffsbestimmung des Versuchs (Unternehmens, Beginns) im kommenden Strafrecht, DJ 1935, 680 f.; *Mezger* (Fn. 13), S. 28.

104 *Klee* (Fn. 102), DStR 1934, 283 (292).

105 *Hall* (Fn. 103), GS 1938, 95 ff.

106 *Freisler* (Fn. 6), S. 35; *Klee* (Fn. 85), DJZ 1934, Sp. 38 f.

107 *Bruns*, Zur Frage der Strafbarkeit des »Versuchs« eines untauglichen Subjekts, DStR 1938, 165 ff.; a. A. *Schoetensack*, in: Denkschrift des Zentralausschusses (1934), S. 62; *Freisler* (Fn. 6), S. 36 f.

108 *Freisler* (Fn. 6), S. 36.

109 Untaugliches Mittel: RGSt 1, 439; 17, 158; 50, 35 f.; untaugliches Objekt: RGSt 1, 451; 39, 316.

110 § 23 Abs. 3 StGB enthält für den grob unverständigen Versuch die Möglichkeit der (e contrario auch ungemilderten) Strafbarkeit; s. a. *Baumann/Weber/Mitsch/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016),

§ 22 Rn. 39; HK-GS/*Ambos*, 4. Aufl. (2017), § 23 Rn. 7.

111 Vgl. § 22 StGB: »... nach seiner Vorstellung von der Tat ...«.

112 *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), § 49 S. 515; *Schönke/Schröder/Eser/Bosch*, 30. Aufl. (2019), Vor. §§ 22 ff. Rn. 22; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 48. Aufl. (2018), § 17 Rn. 930; *Satzger*, Der irrealer Versuch, JURA 2013, 1017 (1024); *Joecks/Jäger*, StuKo, 12. Aufl. (2018), Vor. § 22 Rn. 10; *Wolter/Jäger*, SK-StGB, 9. Aufl. (2017), Vor. § 22 Rn. 15; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 22 Rn. 2 a; a. A. *NK/Zazczyk*, 5. Aufl. (2017), § 22 Rn. 11.

113 *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann/Hillenkamp*, LK Band 1, 12. Aufl. (2007), § 22 Rn. 179.

114 v. *Dohnanyi*, Täterschaft und Teilnahme, in: *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (1935), S. 97: »in scholastischen Spitzfindigkeiten verfahrenene wissenschaftliche Erörterung«.

115 *Kerrl* (Fn. 28), S. 131; v. *Dohnanyi* (Fn. 114), S. 97; m. w. N. *Rotsch*, »Einheitstäterschaft« statt Tatherrschaft (2009), S. 168.

116 v. *Dohnanyi* (Fn. 114), S. 99.

117 *Klee*, DJ 1935, 179: »Täter ist jeder, der zur Verwirklichung des Tatbestands beiträgt«; *Ellger*, Der weite Täterbegriff im kommenden deutschen Strafrecht, DJ 1935, 217 ff.; *Noack*, Täterschaft und Teilnahme, DR 1934, 50 (51).

118 *Ellger* (Fn. 117), S. 218.

119 v. *Dohnanyi* (Fn. 114), S. 100; ähnlich: *Ellger* (Fn. 117), S. 218.

Vorhabens bezeugte. Letztlich wurde der extensive Täterbegriff aufgrund verschiedener Bedenken¹²⁰ nicht vollends durchgehalten – was teilweise auf ein verfehltes Festhalten am Tatprinzip zurückgeführt wurde¹²¹ – und teilweise auch als nicht zwingend aus dem Willensstrafrecht ableitbar angesehen.¹²² Aus Sicht des Willensstrafrechts widerspreche es »Volksempfinden und Sprachgebrauch, den einen Mörder zu nennen [...] der dem eigentlichen Täter nur die Waffe [...] geborgt hat«. ¹²³ Hinzu trat die fehlende Möglichkeit der Berücksichtigung der Intensität des verbrecherischen Willens.¹²⁴ Hier wird also ein weiterer Vorstoß erkennbar, das Recht um der zügigen Implementierung politischer Prinzipien willen¹²⁵ möglichst grobschlächtig zu vereinfachen. Die systematischen Bedenken gewannen jedoch – was den Einheitstäterbegriff betraf – bald die Überhand.

b) Subjektive Teilnahmelehre

Klärungsbedürftig ist zudem das Verhältnis von subjektiver Teilnahmelehre und Willensstrafrecht. Grundsätzlich geht nämlich der Wegfall objektiver Differenzen zwischen Täterschaft und Teilnahme mit der verbleibenden Notwendigkeit einer subjektiven Abgrenzung nach Art der sog. *animus*-Formel des RG¹²⁶ einher,¹²⁷ wenn man, wie im Ergebnis das Willensstrafrecht, aus Gründen der »Volkstümlichkeit« die begriffliche Unterscheidung beibehalten will.¹²⁸ Auf den ersten Blick scheint sich das Willensstrafrecht an eine Formel, die danach abgrenzt, ob jemand die Tat als eigene (»animus auctoris«) oder als fremde (»animus socii«) will, geradezu anzuschmiegen.¹²⁹ Dagegen spricht jedoch, dass diese Lehre vonseiten des Willensstrafrechts gar als dessen »doktrinaire Überspitzung«¹³⁰ angesehen wurde und dass sich der Wille gemäß willensstrafrechtlicher Konzeption nach der Intensität seiner Einstellung gegenüber völkischen Gemeinschaftswerten beurteilt und nicht nach seiner emotionalen Einstellung gegenüber dem Taterfolg.¹³¹ Umgekehrt wurde das

Willensstrafrecht seitens des RG – laut Reminiszenz des ehemaligen RG-Rates *Hartung* – in dem die subjektive Theorie radikalierenden »Badewannen-Fall«¹³² (1940) lediglich als Rechtfertigung gegenüber der Staatsführung zur Abwendung einer Todesstrafe genutzt.¹³³ Das Willensstrafrecht ist letztlich als von dieser Lehre weitgehend unabhängig anzusehen. Es liegt zwar eine Korrelation vor, jedoch keine Kausalität.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Im Kontext einer angestrebten Verschmelzung von Rechtswidrigkeit und Schuld¹³⁴ sind zudem die in Angriff genommenen Modifikationen des Rechtswidrigkeits-Begriffes zu sehen. Dieser wurde als nicht mehr gleichbedeutend mit der Gesetzeswidrigkeit eingestuft, sondern als »das Handeln, das im Widerspruch mit den Lebensinteressen des Ganzen steht«. ¹³⁵ Die Rechtswidrigkeit sollte nicht länger allein als »Angriff auf den äußeren Bestand rechtlichen Geordnetseins«¹³⁶, sondern als »Angriff auf den inneren (d. h. seelischerlebnismäßigen) Bestand rechtlichen Ordnungswillens«¹³⁷ begriffen werden. Erreicht werden sollte dies beispielsweise durch eine weitere Zugriffssicherung nationalsozialistischer Anschauungen auf die Sozialkontrolle des Einzelnen mithilfe des »gesunden Volksempfindens«¹³⁸ als Maßstab der Gebotenheit einer Notwehr. Bei dieser wurde, als unmittelbar aus dem Willensstrafrecht folgend, die Voraussetzung eines subjektiven Rechtfertigungselements in Form des Verteidigungswillens ausdrücklich anerkannt.¹³⁹ Zudem deutet sich – im Rahmen der als Rechtfertigungsgrund angedachten aber schließlich verworfenen Staatsnothilfe¹⁴⁰ – eine Durchbrechung des Willensstrafrechts durch das Führerprinzip an, wenn sich insofern der individuelle Wille dem des Führers als »Herr des Staatsnotwehrrechts«¹⁴¹ unterzuordnen habe. Der Individualwille sollte somit nur in eine Richtung – zuungunsten des Täters – Berücksichtigung finden.

Was den Schuldbegriff angeht, fußte das Willensstrafrecht, wie bereits angedeutet, auf dem klassischen Verbrechensaufbau mit seiner Lokalisierung von Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Schuld. Darüber hinaus wurde die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld maßgeblich von *Schaff-*

120 *Mezger* (Fn. 13), S. 41.; von *v. Dohnanyi* (Fn. 114), S. 112 werden genannt: Aus Täterbestrafung folgendes Kausalitätserfordernis für den Teilnehmer, Aufweisen besonderer subjektiver Erfordernisse über den Vorsatz hinaus sowie allgemein eine »Ausdehnung der Strafbarkeit, die allen Grundsätzen materieller Gerechtigkeit widersprechen«.

121 *Angermeier*, Täterschaft und Teilnahme im nationalsozialistischen Strafrecht, DR 1935, 527 (528).

122 *Conrad*, Strafrechtliche Abhandlungen (1937), H. 374, S. 1 ff.; a. A. *Grau*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des für einen anderen handelnden, DJ 1935, 295 ff.; *Krug* (Fn. 72), ZAkDR 1935, 98 (102 ff.).

123 *Schlosky*, Täterschaft und Teilnahme im kommenden Strafrecht, DJ 1937, 961 (962).

124 *Schlosky* (Fn. 123), DJ 1937, 961 (962).

125 *Schaffstein*, Politische Strafrechtswissenschaft (1934), S. 18: »Sinn und Zweck der Strafe [...] als Ausfluss des [...] obersten politischen Prinzips.«; *Lobe*, Hoffnungen und Entwürfe, GS 1936, 279 (283).

126 Erstmals verwendet: RGSt 2, 163; sodann u. a. RGSt 37, 58; 66, 240.

127 *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), S. 650.

128 *v. Dohnanyi* (Fn. 114), S. 100 f.

129 So auch *Mezger* (Fn. 13), S. 42.; *ders.*, Sicherheitsverwahrung und Entmannung in der Praxis, DJZ 1935, Sp. 102; *Rietzsch*, Willensstrafrecht, DJ 1943, S. 311.; *Lange* (Fn. 9), DJ 1936, 688.

130 *v. Dohnanyi* (Fn. 114), S. 102; ähnlich *Klee*, Abgrenzung, ZAkDR 1940, 189.

131 *Grau* (Fn. 122), DJ 1935, 295.

132 RGSt 74, 84; m. Anm. *Klee* (Fn. 130), ZAkDR 1940, 189 (189 f.).

133 *Hartung*, »Der Badewannenfall« – Eine Reminiszenz, JZ 1954, 430 (431).

134 *Schaffstein*, ZStW 1936, S. 18 ff.; *Klee*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, in *Gürtner* (Hrsg.) (Fn. 79), S. 90; *v. Gemmingen*, Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System des Willensstrafrechts, DStR 1935, S. 105, 108.

135 *Klee* (Fn. 134), S. 73.

136 *v. Gemmingen* (Fn. 134), DStR 1935, 105 (108).

137 Ebd.

138 *Klee* (Fn. 134), S. 77, 93.

139 *Klee* (Fn. 134), S. 94.

140 *Klee* (Fn. 134), S. 85 f., 95 f.; anders noch *Thierack*, in: Denkschrift des Zentralausschusses (1934), S. 85: »Die formale Gesetzesverletzung ist nicht rechtswidrig, wenn das Handeln das Volksganze fördern sollte und dem Willen der Volksführung entspricht.«

141 *Klee* (Fn. 134), S. 96.

stein – im Zuge einer Ethisierung des Rechts¹⁴² – deshalb angegriffen, weil die sittliche Bewertung an den Willen anknüpfe, nicht an den Erfolg, womit das »Willensstrafrecht [...] die Aufhebung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld [...] zur Notwendigkeit«¹⁴³ mache. Ein neuer Schuldbegriff mit klarer Kontur entsteht dadurch zwar nicht.¹⁴⁴ Hinsichtlich der allgemeinen willensstrafrechtlichen Schuldinterpretation ist jedoch naheliegend, dass die diskursive Einführung des Begriffs Willensschuld die Etablierung des weitergehenden Begriffs der Lebensführungsschuld¹⁴⁵ begünstigte,¹⁴⁶ da durch jenen eine begriffliche Öffnung von der Einzeltat zur Gesamtpersönlichkeit ermöglicht wird. Dies bekräftigt wiederum die oben aufgestellte These von der Eigenschaft des Willensstrafrechts als Durchgangsstadium zu einem Täter- bzw. Gesinnungsstrafrecht.

5. Konkurrenzlehre

Auch auf dem Gebiet der Konkurrenzlehre sollte es aus Perspektive des Willensstrafrechts zu erheblichen Vereinfachungen kommen, um die »Volkstümlichkeit«¹⁴⁷ zu steigern. Im Vordergrund stand der Wunsch nach Vereinheitlichung von Tateinheit und Tatmehrheit in der Weise, dass deren unterschiedlichen Rechtsfolgen – Absorptions- und Asperationsprinzip – anzugleichen seien.¹⁴⁸ Von der grundsätzlichen Funktion der Tat im Gesamtsystem als »Produkt eines Willensträgers«¹⁴⁹ gedacht, stelle jene sich lediglich als »Anlaß«¹⁵⁰ für Strafverfolgung und »Quelle für die Erkenntnis des Willensträgers«¹⁵¹ dar. Auch für die Behandlung mehrerer Taten sollte demnach ihre Funktion als Einfallstor für die Bemessung des Individualwillens am »Volksgewissen«¹⁵² berücksichtigt werden. Weil »nicht Tatenbeurteilung, sondern Persönlichkeitsbeurteilung«¹⁵³ gefordert sei, bestehe die Lösung in der Einheitsstrafe, also einer einheitlichen Strafe ohne Rücksicht auf die Zahl der Gesetzesverletzungen und die Art ihres Zusammen-

treffens¹⁵⁴ um den »Blick des Richters auf die Persönlichkeitsbeurteilung«¹⁵⁵ lenken zu können. Die Konkurrenzlehre erweist sich somit als Systembereich des Strafrechts, bei dem der Anteil des Gesinnungs- am Willensstrafrecht deutlich hervortritt. Insofern ist der Einschätzung Hartls zu widersprechen, dass auch die Forderung nach einer Gesamtstrafe, aus Gründen der Berücksichtigung etwaig verschiedener Willensinhalte bei jeder Einzeltat, konsequent gewesen wäre.¹⁵⁶ Vielmehr bestätigen die Vergrößerung des Maßstabs (»Volksgewissen« als Orientierungspunkt) und das erweiterte Ermessen durch eine Einheitsstrafe sowie die gehäufte Verweisung von materiellen Fragen in die Strafzumessung¹⁵⁷ den Eindruck, dass das Willensstrafrecht als theoretisches Instrument fungieren sollte, welches im Wege der Erweiterung der Richtermacht dem praktischen Bedürfnis eines Zugriffs auf die Persönlichkeit des politisch Abweichenden Rechnung trug und gerade nicht der besseren Erfassung be- und entlastender Tätermotive zugeneigt war.

II. Besonderer Teil

Auch wenn die historischen Umwälzungsbemühungen des Willensstrafrechts vornehmlich am Allgemeinen Teil des Strafrechts ansetzten,¹⁵⁸ lassen sich Tatbestandsgruppen des Besonderen Teils identifizieren, die willensstrafrechtlich geförderte Regelungstechnik aufweisen, obgleich sie nicht ausschließlich auf diese rückführbar sind.¹⁵⁹

1. Unternehmensdelikte (insb. im Staatsschutzstrafrecht)

Bereits begrifflich kommt heute in den – hinsichtlich Versuch und Vollendung gleichgestellten – Unternehmensdelikten (vgl. § 11 I Nr. 6 StGB) ein Relikt willensstrafrechtlich verstärkter Ideen zum Ausdruck.¹⁶⁰ Erfasst von dieser Gleichstellung sind mithin sämtliche Normen des besonderen Teils, die das »Unternehmen« als Tathandlung aufführen (echte Unternehmensdelikte).¹⁶¹ Aus § 11 Nr. 6 StGB folgt indes, dass bei ihnen der materiell verwirklichte Versuch als vollendetes Delikt strafbar ist.¹⁶² Zwar war diese Gleichstellung als ein das gesamte System erfassendes Prinzip in Stellung gebracht worden, ist insofern also erfolglos geblieben. Es kann jedoch als Verdienst des Willensstrafrechts bezeichnet werden, der Gleichstellungsidee weitere Resonanz beschert

142 Schaffstein, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem, ZStW 1938, 300 f.; Zurückführung des Rechts auf die »völkische Sittenordnung«.

143 Schaffstein (Fn. 142), ZStW 1938, 300 (333).

144 Schaffstein (Fn. 142), ZStW 1938, 300 (336) schlägt vor: a) Reduktion auf die Zurechnungsfähigkeit, b) Gesamtheit der objektiven und subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen, c) Oberbegriff für Vorsatz und Zurechnungsfähigkeit.

145 Mezger, Die Straftat als Ganzes, ZStW 1938, 675 (688); Bzgl. Unterschied Einzeltat- und Lebensführungsschuld: Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), S. 423.

146 Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Teil 2 (1940), S. 153 kennzeichnet diesen Übergang anschaulich als Lebensentscheidungsschuld.

147 Mayer, in: Frank (Hrsg.), Denkschrift des Zentralausschusses (1934), S. 135, 136.; ebenso Freisler, Einige Gedanken über Willensstrafrecht und Mehrheit von Straftaten, DStR 1935, 165 ff.

148 Grau, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (1935), S. 226.

149 Freisler (Fn. 147), DStR 1935, 165 (169).

150 Freisler (Fn. 147) DStR 1935, 165 (170).

151 Ebd.

152 Ebd.

153 Freisler (Fn. 147) DStR 1935, 165 (180).

154 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), S. 707.

155 Freisler (Fn. 147) DStR 1935, 165 (180).

156 Hartl (Fn. 8), S. 259.

157 Freisler (Fn. 6), S. 43.

158 Berges, Pflichtwidrigkeit und Willensstrafrecht, DStR 1934, S. 239; Hartl (Fn. 8), S. 342, 365.

159 Hartl (Fn. 8), S. 265.

160 Historisch geht die Norm auf den 1934 eingefügten § 87 RStGB zurück (vgl. o. A. IV., S. 10); zu diesem Mezger, Grundriss (1938), S. 156; s. a. Wolters, Das Unternehmensdelikt (2001), S. 62 der allerdings auf eine kontroverse Auseinandersetzung in der Wissenschaft bereits lange vor der NS-Zeit hinweist.

161 §§ 81, 82, 89 a IIa, 130 II Nr. 3, 131 I Nr. 3, 184 I Nr. 4, 8, 9, 184 a Nr. 2, 184 b I Nr. 2, III, 275 I, 276 I Nr. 1, 307 I, 309 I und II, 316 c I Nr. 2, 357 I; vgl. Wolter/Stein/Deiters, SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 11 Rn. 80; Schöнке/Schröder/Hecker, 30. Aufl. (2019), § 11 Rn. 44.

162 Mitsch, Das Unternehmensdelikt, JURA 2012, 526 (527).

und der Strafrechtsdogmatik punktuell nachhaltig ihre Regelungstechnik eingefügt zu haben.

2. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer

Der heutige § 316a StGB (Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) – zurückgehend auf das rückwirkende »Autofallengesetz« vom 22. 6. 1938¹⁶³ – diente in seiner ursprünglichen Fassung dem Ziel, gegen einen bestimmten Täter die Todesstrafe verhängen zu können.¹⁶⁴ Diese als »Paradebeispiel nationalsozialistischen Straf(un)rechts«¹⁶⁵ geltende Norm wurde umgehend als willensstrafrechtliche Vorverlagerung interpretiert¹⁶⁶ und ließ für das bloß subjektive Hinwirken bereits die volle Strafe eintreten, womit sich der objektive Tatbestand verflüchtigte.¹⁶⁷ Das ob seiner Unbestimmtheit auf Tatbestands- und seiner Absolutheit auf Rechtsfolgen-seite evident rechtsstaatswidrige Gesetz wurde zwar durch das Kontrollratsgesetz Nr. 55 (20. 6. 1947)¹⁶⁸ aufgehoben, jedoch aufgrund als fortbestehend erkannten Strafbedürfnisses 1952 wieder eingeführt.¹⁶⁹ Zwar sind freilich sowohl Todesstrafe (Art. 102 GG) als auch der Begriff »Autofälle« damit Vergangenheit. Allerdings ist dieser Tatbestand einigen Bedenken ausgesetzt, die an seinen Ursprung anknüpfen. Auch heute ist die in Abs. 1 geregelte Mindeststrafe von 5 Jahren bemerkenswert hoch¹⁷⁰ und die ohne objektive Entsprechung erforderliche Absicht zur Begehung eines Raubdelikts verlagert bezüglich des – zumindest sekundär¹⁷¹ – geschützten individuellen Rechtsguts (Vermögen) die Strafbarkeit in das subjektive Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung.

¹⁶³ RGBl. 1938 I, 651; Wortlaut: »Wer in räuberischer Absicht eine Autofalle stellt, wird mit dem Tode bestraft.«, vgl. Neumann/Puppe/Schild/Herzog, 1. Aufl. (2003), § 316a Rn. 1.

¹⁶⁴ Große, Einfluß der nationalsozialistischen Strafgesetzgebung auf das heutige StGB, NSTZ 1993, 525. Die Gebrüder Götzte hatten in der Zeit von 1934–1938 öffentlichkeitswirksame Überfälle auf Kraftfahrer verübt, dies konnte angesichts angekurbelter Volkswagenproduktion und dem Ausbau der Reichsautobahnen nicht hingenommen werden, vgl. Neumann/Puppe/Schild/Herzog, 1. Aufl. (2003), § 316a Rn. 1.

¹⁶⁵ Neumann/Puppe/Schild/Herzog, 1. Aufl. (2003), § 316a Rn. 2; ähnlich Mitsch, Der neue § 316a StGB, JA 1999, 662 (663).

¹⁶⁶ v. Gemmingen, Über Grundgedanke und Tragweite des Autofallengesetzes, DStR 1939, 1 (9); Freisler, Gedanken zum Gesetz gegen das räuberische Stellen von Autofallen, DJ 1939, 34 (39).

¹⁶⁷ v. Gemmingen (Fn. 166), DStR 1939, 1 (9).

¹⁶⁸ ABl. Kontrollrat Nr. 16, 284; Große, NSTZ 1993, 526.

¹⁶⁹ Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. 12. 1952, BGBl. I 1952, 832, vgl. Vormbaum/Welp, Das Strafgesetzbuch, Sammlungen der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Band 1 (1999), S. 394 ff.

¹⁷⁰ Neumann/Puppe/Schild/Herzog, 1. Aufl. (2003), § 316a Rn. 2; Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 316a Rn. 1; siehe jedoch mittlerweile Abs. 2 (minder schwerer Fall).

¹⁷¹ Günther, Der räuberische Angriff auf »Fußgänger« – ein Fall des § 316a StGB?, JZ 1987, 369 (377); HK-GS/Duttge, 4. Aufl. (2017), § 316a Rn. 2.

C. Ausblick

I. Allgemeine Tendenzen der Strafrechtsdogmatik

Als allgemeine Tendenzen, die einerseits die hinterlassenen Spuren des Willensstrafrechts repräsentieren, andererseits mögliche Bedingungen einer Wiederbelebung seiner grundlegenden Gedanken darstellen, lassen sich die nach 1945 nicht abnehmende Subjektivierung (1.) und die in der Gegenwart ausgeprägte Vorverlagerungsstrafbarkeit herausgreifen (2.).

1. Subjektivierung

Insbesondere mit dem Namen *Welzels* verbunden,¹⁷² wird von dessen finaler Handlungslehre der subjektivistische Spin des Willensstrafrechts beibehalten¹⁷³ und in die Nachkriegszeit überführt.¹⁷⁴ Prägend ist die Auffassung von der »finalen Überdetermination« des äußeren Kausalgeschehens durch den menschlichen Willen.¹⁷⁵ Indem *Welzel* den strafrechtlichen Handlungsbegriff als Ausübung menschlicher Zwecktätigkeit fasst, betont er den Willensinhalt gegenüber der bloßen Willenswirkung (im Sinne der von ihm »naturalistisch« genannten kausalen Handlungslehre) als konstituierendes Handlungsmerkmal.¹⁷⁶ Er zieht dem Willensstrafrecht entsprechende Folgerungen wie die Gleichwertigkeit von Versuch und Vollendung aufgrund »derselbe[n] [...] Umsetzung des bösen Willens.«¹⁷⁷ Im Rahmen der Ausarbeitung des Willensstrafrechts sind außerdem Bestrebungen zu erkennen, eine Kritik der kausalen Handlungslehre und die Entdeckung der subjektiven Unrechtselemente mit der Möglichkeit engerer Verknüpfung von Tat und Täterpersönlichkeit zusammenzubringen.¹⁷⁸ Dies verdeutlicht die Nähe der damals erst im Entstehen begriffenen finalen Handlungslehre zu den Ideen des Willensstrafrechts und allgemein eine Hinneigung zu subjektivierter Strafrechtsdogmatik.

Als bedeutendste Konsequenz für die moderne Strafrechtsdogmatik ergibt sich durch die Gleichsetzung des finalen

¹⁷² *Frommel*, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, JZ 2016, 913 (920), weist in Fn. 42 auf die Vorarbeiten *Dohnas* hin, vgl. dessen mit einem Plagiatsverdacht versehene Rezension *Welzels, ders.*, ZStW 1941, 296.

¹⁷³ *Vogel* (Fn. 1), S. 89; *Marxen*, KritV 1990, 293; *Frommel*, in: Reifner/Sonnen, Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich (1984), S. 90: »konservative Antwort auf das Willensstrafrecht«.

¹⁷⁴ *Maurach*, Strafrecht AT Lehrbuch (1954), S. 142.

¹⁷⁵ *Welzel*, Lehrbuch zum Strafrecht (1969), S. 33.

¹⁷⁶ *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 1939, 491 ff.; *ders.*, Lehrbuch zum Strafrecht (1940), S. 22 f.; Ähnlich bereits *Berges* (Fn. 46), S. 241.

¹⁷⁷ *Welzel*, Lehrbuch zum Strafrecht (1940), S. 92.; S. 97 zum untauglichen Versuch: »Rechtsordnung [...] als eine das Volksleben gestaltende geistige Macht. Die Geltung dieser geistigen Macht wird [...] schon durch einen Willen verletzt«.

¹⁷⁸ *Berges* (Fn. 46), S. 240, besonders 243: »Die Lehre von den subjektiven Unrechtsmerkmalen hat uns [...] die Augen dafür geöffnet, daß [...] Bewußtseinserfordernisse unabhängig von der Schuld eine gar enge Verknüpfung von Tat und Täterpersönlichkeit zu bewerkstelligen vermögen.«

Handlungswillens mit dem Vorsatz und der Funktion des Tatbestandes als wesentliche Kennzeichnung der Unrechtsmerkmale die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum (subjektiven) Tatbestand,¹⁷⁹ ein heute weitgehend als fortschrittlich empfundenes Tatbestandsverständnis mit ambivalenten Wurzeln.

2. Vorverlagerung

Die spezifisch mit dem Willensstrafrecht einhergehende Tatbestandstechnik vorverlagerter Strafbarkeit sollte den politischen Feind »möglichst früh und mit aller Macht« treffen. Die Tatbestandstechnik, den objektiven Tatbestand vor die eigentliche Rechtsgutsverletzung weit vorzulagern, erfährt gegenwärtig im Zuge der sog. Terrorstrafgesetzgebung eine moderne Renaissance. Nicht im Verdacht einer fanatischen Ideologie in der Rechtswirklichkeit zum Durchbruch zu verhelfen stehend, stellt diese Gesetzestechnik doch ein weitgehendes Eingriffsinstrumentarium des Staates – auch etwa im Bereich der strafprozessualen Ermittlungen¹⁸⁰ – zur Verfügung. Als spezifisch auf moderne Phänomene rückführbar wird gegenwärtig von der überwiegenden Kommentarliteratur eine Entwicklung hin zu einem »Präventionsstrafrecht« attestiert.¹⁸¹ Nicht übersehen werden darf hierbei, dass präventive Elemente der Strafe (Rechtsfolge) heutzutage, nach dem Kanon der Strafzwecklehre, zumindest den relativen Zwecken eingeschrieben sind.¹⁸² Die Formel vom Präventionsstrafrecht nimmt jedoch vielmehr den Tatbestand in den Blick und damit eine kritisch zu begleitende Expansion. Realisiert wird diese u. a. durch ein Überhandnehmen abstrakter Gefährdungsdelikte.¹⁸³ Hierbei geraten insbesondere die Straftatbestände zur »Terrorbekämpfung« in den Blick, welche bereits Tätigkeiten weit im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung pönalisieren und als unabdingbare Elemente der Terrorabwehr aufgefasst werden.¹⁸⁴ Die hierbei entstehende Anreicherung des originär repressiven Strafrechts mit polizeirechtlichen Präventionszwecken kann zum Anknüpfen auch an bloße Alltagshandlungen führen, welche beim Vorliegen bestimmter Absichten strafbar werden.¹⁸⁵ Als kategoriale Grenze dieser potenziell unbegrenzten

Rechtfertigung einer Vorverlagerung ist jedoch die Selbstbeschränkung strafrechtlicher Reaktion auf schuldhaft begangenes Unrecht anzusehen.¹⁸⁶ Es bleibt die Frage zu stellen, ob diese Funktionalisierung für die Kriminalpolitik¹⁸⁷ eine hinzunehmende Folge demokratischer Willensbildung als rationale Reaktion auf existenzielle Gefahren darstellt oder vielmehr selbst eine Gefahr für die freiheitliche Gesellschaftsordnung – v. a. hinsichtlich technologisch gewandelter Diskursbedingungen – werden kann.

II. Entwicklungen in der Kriminalpolitik

Der Ausbau des Staatsschutzes stellte nicht nur im Willensstrafrecht ein Hauptanliegen dar. Die politische Indienstnahme des Strafrechts mit dem Mittel subjektivierter, vorverlagerter Strafbarkeit ist weiterhin eine Ausdrucksform der Kriminalpolitik. So findet sich in einem Gesetzesantrag der AfD vom 10. April 2019¹⁸⁸ die Forderung, § 129 a III StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) um den Versuch der Gründung bzw. des Sich-Beteiligens an Vereinigungen zum Zwecke der Androhung von Taten nach Abs. 1, 2 (vgl. Abs. 3) sowie um den Versuch der Unterstützung und des Werbens (Abs. 5) zu erweitern.¹⁸⁹ Interessant ist insbesondere folgendes Argument: »Ob eine Unterstützungsleistung erfolgreich ist oder nicht, hängt meist nur vom Zufall ab, ändert aber nichts an der rechtsstaatsfeindlichen Zielrichtung der Tat.«¹⁹⁰ Hierin kommt das Bestreben zum Ausdruck, fernab jeglicher Rechtsgutsgefährdung den bloßen bösen Willen bestrafen zu wollen. Vergegenwärtigt man sich zusätzlich, angesichts des (mittlerweile eingestellten) Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft *Gera* gegen das Zentrum für politische Schönheit,¹⁹¹ die Manipulationsanfälligkeit unmittelbar benachbarter Vorschriften wie § 129 StGB, zeigt sich in aller Deutlichkeit ein neuralgischer Punkt freiheitlichen Strafrechts.

III. Fazit

Stellt man die Frage nach der Kontinuität oder gar Renaissance willensstrafrechtlichen Gedankenguts, lässt sich diese nicht durch einen Rekurs auf den verpönten Begriff selbst beantworten, da dieser spätestens nach 1945 von niemandem mehr vertreten wurde.¹⁹² Die gestaltende Wirkung auf die damalige Dogmatik ist als eher beschränkt zu beurteilen. In einem autoritär um den Führerwillen

¹⁷⁹ Schönke/Schröder/*Eisele*, 30. Aufl. (2019), Vor. §§ 13 ff. Rn. 30; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 13, S. 62; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage (1996), § 22 S. 211.

¹⁸⁰ *Weißer*, Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, ZStW 2009 (121), 131 (153).

¹⁸¹ *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), Einl. Rn. 12; *Joecks/Miebach/Joecks*, Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 3. Aufl. (2017), Einl. Rn. 117; *NK/Hassemer/Neumann*, 5. Aufl. (2017), Vor. § 1 Rn. 342 ff.; *SSW-StGB/Satzger*, 4. Aufl. (2019), Einleitung Rn. 15.

¹⁸² *Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht, StV 2006, 321 (322).

¹⁸³ Besonders: §§ 89 a ff., 129 ff.; *NK/Hassemer/Neumann*, 5. Aufl. (2017), Vor. § 1 Rn. 343; *Schönke/Schröder/Heine/Bosch*, 30. Aufl. (2019), Vor. §§ 306 ff. Rn. 5.

¹⁸⁴ *Griesbaum*, Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge, NStZ 2013, 369 (372 f.).

¹⁸⁵ In Bezug auf den »Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten« insb. § 89 a Abs. 2 a, *Sieber*, Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt, NStZ 2009, 353.

¹⁸⁶ *Sieber* (Fn. 185), NStZ 2009, 353 (356).

¹⁸⁷ *Sieber* (Fn. 185), NStZ 2009, 353 (353); *NK/Hassemer/Neumann*, 5. Aufl. (2017), Vor. § 1 Rn. 343.

¹⁸⁸ BT-Drucks. 19/9234, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/092/1909234.pdf> (zuletzt besucht: 13. 5. 2019).

¹⁸⁹ BT-Drucks. 19/9234 S. 1; ohnehin bestehen verfassungsrechtlichen Bedenken angesichts der weit vorverlegten Strafbarkeit, *SSW-StGB/Lohse*, 4. Aufl. (2019), § 129 a Rn. 4.

¹⁹⁰ BT-Drucks. 19/9234, S. 4.

¹⁹¹ *Meisner*, Ein Staatsanwalt und seine Nähe zur AfD, <https://www.tagesspiegel.de/politik/wir-nannten-ihn-nur-den-jura-nazi-ein-staatsanwalt-aus-gera-und-seine-naehe-zur-afd/24202498.html> (zuletzt besucht: 13. 5. 2019).

¹⁹² *Telp* (Fn. 40), S. 127 weist darauf hin, dass es ab 1939 in *Freislers* Schriften keinerlei Bedeutung mehr hatte.

gruppierten Diskurs mag es für *Freisler* leicht gewesen sein, dieses Programm zu etablieren. Durchzusetzen vermochte es sich jedoch nur punktuell. Es hat sich gezeigt, dass durch die Implementierung von Generalklauseln wie dem »gesunden Volksempfinden« Detektionsmittel geschaffen wurden, die es dem Richter erlauben sollten, den Ideologiekonformen vom vermeintlichen »Volksfeind« zu scheiden. Wichtig für die heutige Strafrechtsdogmatik dürfte daher sein, welche Bereiche – gerade des Allgemeinen Teils – hierfür anschlussfähig sind. Dies sind vor allem die Verbindung von Vorsatz

und Unrechtsbewusstsein, die subjektive Theorie vom Strafgrund des Versuchs, aber auch normative Einfallstore wie etwa die Gebotenheitsprüfung bei der Notwehr. Hinzu kommt das skizzierte Klima in der Kriminalpolitik und damit die (Vorverlagerungs-)Entwicklung im Besonderen Teil (Stichwort: Staatsschutzstrafrecht): Sehr zurückhaltend sollte daher mit der Bereitstellung von Mitteln umgegangen werden, die sich in den falschen Händen gegen das freiheitliche System selbst richten lassen.