

Der vorliegende Beitrag widmet sich einer Vorlesung des Berliner Strafrechtlers James Goldschmidt zur „Metodología Jurídico-Penal“ (Strafrechtliche Methodik), die dieser zwischen Februar und April 1934 an der Universität Madrid gehalten hat.¹ Ein Jahr nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten in Deutschland litt Goldschmidt als Jude bereits unter erheblichen Repressionen in Deutschland² und suchte in Spanien nach einem neuen Wirkungsort.³ Zeitgleich fand in seiner Heimat ein fundamentaler Umbruch statt, der sich auch in der juristischen und speziell strafrechtlichen Methodenlehre in einem von der nationalsozialistischen Ideologie dominierten Umgang mit dem (Straf-)Recht auswirkte. Als liberaler Neukantianer⁴ repräsentierte Goldschmidt zu-

dem die „alte“ Weimarer Ordnung und stand mithin in zweierlei Hinsicht im Konflikt mit der nationalsozialistischen „Unrechtsordnung“: als Jude und Liberaler. Vor diesem Hintergrund soll und muss die von Goldschmidt gehaltene Vorlesung betrachtet werden. Insofern sollen die Auffassungen Goldschmidts im Rahmen der Würdigung den Entwicklungen des NS-Rechts gegenübergestellt werden (dazu III.). Für ein besseres Verständnis des theoretischen Hintergrunds und dessen Wandel zur Zeit der Vorlesung wird jedoch zunächst kurz der philosophische und juristische Neukantianismus und dessen Destruktion durch den Nationalsozialismus erläutert (dazu I.), um dann die im Spanischen vorliegende Vorlesung Goldschmidts in Teilen inhaltlich darzulegen (dazu II.).

Ziel dieser Auseinandersetzung ist es zum einen, herauszustellen, inwieweit die Methode Goldschmidts dazu geeignet ist, einer Unterwanderung und Pervertierung des Rechts, wie sie in der NS-Zeit vonstatten ging, etwas entgegenzusetzen, zum anderen aber auch die Begleiterscheinungen einer sich vor der Einbeziehung gesellschaftlicher Veränderungen verschließenden Methode aufzuzeigen.

I. Neukantianismus

1. Philosophischer Neukantianismus

Nachdem der Beginn des Neukantianismus in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu verorten ist, wurde der philosophische Neukantianismus zwischen der Jahrhundertwende und dem Beginn des ersten Weltkriegs zu Deutschlands vorherrschender Universitätsphilosophie und innerhalb der Methodendiskussion der Weimarer Republik vor allem als Gegenströmung zu den zeitgenössischen Philosophien verstanden.⁵ Seinen Ursprung hatte er in dem durch den wissenschaftlichen Positivismus bedingten Umbruch innerhalb der Philosophie und

durch Zeitgenossen und Rezeption Ziemann, Neukantianisches Strafrecht, 2009, S. 104. Zur Verortung Goldschmidts im politischen Liberalismus etwa R. Goldschmidt, AcP 151 (1950), 363 (366).

⁵ Ziemann (Fn. 4), S. 24. Warnend hinsichtlich einer zu historisierenden Betrachtung des Neukantianismus als Phänomen des Zeitgeistes Flach, in: Krijnen/Noras (Hrsg.), Marburger versus Südwestdeutsch, 2012, S. 9 (9 f.). Dabei wird die Betrachtung als „der“ Neukantianismus im Schrifttum zu recht kritisiert, siehe etwa Wapler, Werte und das Recht, Individualistische und kollektivistische Deutung des Wertbegriffs im Neukantianismus, 2008, S. 29; daran anknüpfend Ambos (Fn. 4), S. 69 f. Hinsichtlich der Schwierigkeiten bei der konkreten Bestimmung des Beginns des Neukantianismus siehe etwa Wapler (a.a.O.), S. 31; Ollig, Der Neukantianismus, 1979, S. 9. Zur Rolle als Gegenspielerin in der Weimarer Republik siehe Lepsius, Die gegensatzauflösende Begriffsbildung, 1994, S. 304.

* Für wertvolle Anregungen und ihre Unterstützung bei der Ausarbeitung des Textes hat der Verf. insb. Dr. Inga Schuchmann, Ansgar Pohl und Dr. Andreas Werkmeister zu danken.

** Der Verf. ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin und an der Kollegforschungsgruppe „Reflexive Globalisation and the Law: Colonial Legacies and their Implications in the 21st Century“, ebenfalls an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Diese wurde 2022 in spanischer Sprache im Verlag „Ediciones Olejnik“, Santiago, Chile in der Reihe „Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal“ neu verlegt: Goldschmidt, Metodología Jurídico-Penal, 2022. Zuvor ist sie bereits 1935 bei Editorial Reus in Madrid erschienen.

² So wurde Goldschmidt 1933 das Publizieren verboten und seine Lehrtätigkeit in Berlin als erster Lehrender an der Fakultät im April 1933 durch die Nationalsozialisten beendet. Für das Sommersemester 1934 wurde er nach Frankfurt a.M. versetzt, wo er auf Grund von Feindseligkeiten seitens des Lehrkörpers auf die Lehre verzichtete. Er durfte nach seiner Rückversetzung nach Berlin seiner Tätigkeit als Professor nicht mehr nachgehen. Im Jahr 1935 wurde er schließlich zwangsemigriert. Ende 1938 wurden seiner Frau und ihm letztlich die Dokumente für die Migration nach England ausgestellt. Siehe Heger, JZ 2010, 637 (637 f.); auch mit einer näheren Auseinandersetzung mit den erheblichen finanziellen Folgen für Goldschmidt siehe Heger, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle (Hrsg.), Festschrift, 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2010, S. 477 (486 f.).

³ Das Vorhaben, Goldschmidt eine Lehrtätigkeit in Spanien zu ermöglichen, scheiterte jedoch mit dem Beginn des spanischen Bürgerkrieges, Heger, JZ 2010, 637 (638); Heger (Fn. 2), S. 487.

⁴ Für die Zuordnung zum „liberalen Neukantianismus“ siehe Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019, S. 56 f.; mit Hinweis auf eine fehlende Zuordnung zu einer der Schulen

der damit einhergehenden Forderung nach deren eigenständiger Legitimation.⁶ Als Folge dieser Entwicklung war es auch das Ziel des Neukantianismus, etwaigen Unzulänglichkeiten in der naturwissenschaftlichen Methode beim Übertrag auf die Geisteswissenschaften zu begegnen und dabei die Philosophie gegenüber der Erkenntnistheorie zu rehabilitieren.⁷

In der Erkenntnisphilosophie des Neukantianismus sind Grund und Erkenntnis vom Seienden nur über Ideen begreifbar, welche das sinnlich Erfahrbare transzendieren. Diese sind jedoch nicht wie bei Platon selbst als etwas Seiendes zu verstehen, sondern als ein „Ganzes von Prinzipien der Geltung“.⁸ Diese Prinzipien stellen sich als begriffliche, logische Bedingungen dar, die einen „Gegenstandsbezug“ menschlichen Denkens und Handelns ermöglichen.⁹ Es handelt sich somit um eine Philosophie der Prinzipien, die jeder Erkenntnis zugrunde liegen und die den Grund für die Erkenntnis in einer „durchgängigen Geltungsstruktur der Erkenntnis selbst“ sieht.¹⁰ Der Neukantianismus folgt nach *Krijnen* Immanuel Kant, wenn er sich in seiner Methodik zur Bestimmung der Geltung zwischen „positivistischen Verkürzungen“ und „metaphysischen Spekulationen“ zu bewegen versucht¹¹ und

metaphysische Elemente durch eine strikte Trennung von Geltung und Sein vermeiden will.¹²

Dabei wird der Neukantianismus in der Rezeption oftmals in zwei Hauptschulen unterteilt, den Südwestdeutschen und den Marburger Neukantianismus.¹³ Der schnelle Aufstieg des Neukantianismus als Universitätsphilosophie ist wohl auf den Südwestdeutschen Neukantianismus zurückzuführen.¹⁴ Dieser teilt sich nach *Ziemann* in eine „Wert- und Geltungstheoretische These“ und eine „Transzendentalphilosophische These“. Erstere besage, dass Wertungen zwar subjektiv und relativ erscheinen, jedoch implizit auf einen allgemeinen, mit einem Anspruch auf allgemeine Wahrheit versehenden Maßstab, den Wert, zurückgreifen. So können sie einen Anspruch auf objektive und absolute Geltung erheben.¹⁵ Der Bezug auf Werte dient dabei dazu, die Objektivität des Erkennens sicherzustellen.¹⁶ Hinzu tritt noch der Begriff der „Wertbeziehung“, welcher das Verhältnis zwischen dem Bewertungsmaßstab und dem bewerteten Objekt beschreibt.¹⁷ Mit der „Transzendentalphilosophischen These“ soll dann der Anspruch der Wertung begründet werden. Mit einem Rückgriff auf Kant wird aufgezeigt, dass die Anerkennung der Geltung von Werten Voraussetzung dafür ist, überhaupt zu werten. Die transzendente Geltung der Werte begründe sich dann im Bewusstsein des erkennenden Subjekts, dem „Normalbewusstsein“, dessen Grundsätze anerkannt werden müssten, wenn überhaupt etwas Geltung haben soll.¹⁸ Die Gesetze des „Normalbewusstseins“, von Windelband „Normen“ genannt,

⁶ *Holzhey*, in: *Holzhey/Röd* (Hrsg.), *Geschichte der Philosophie*, Band XII, 2004, S. 12 (29 f.); *Krijnen*, in: *Pawlik/Stuckenberg/Wohlers* (Hrsg.), *Strafrecht und Neukantianismus*, 2023, S. 1 (4); *Ziemann* (Fn. 4), S. 27 f.

⁷ *Krijnen* (Fn. 6), S. 4; *Lepsius* (Fn. 5), S. 304; siehe hierzu auch *Holzhey* (Fn. 6), S. 31; *Schnädelbach*, *Philosophie in Deutschland 1831–1933*, 1983, S. 133 ff. Mit einer Betrachtung, die die Entwicklung des Neukantianismus beachtet und mit den (wissenschafts-)geschichtlichen Entwicklungen verbindet *Wapler* (Fn. 5), S. 34 ff.

⁸ *Krijnen* (Fn. 6), S. 2 f.

⁹ So *Krijnen* (Fn. 6), S. 2 f.; mit Darlegungen zur Herleitung über Platon und Kant, ebda. Vgl. zu Platon im Neukantianismus etwa *Holzhey*, in: *Kobusch/Mojsisch* (Hrsg.), *Platon in der abendländischen Geistesgeschichte*, 1997, S. 226; *Lembeck*, *Platon in Marburg, Platon-Rezeption und Philosophiegeschichtsphilosophie* bei Cohen und Natorp, 1994.

¹⁰ So *Krijnen* (Fn. 6), S. 2 f., 7 f., erneut mit Darstellung zur Herleitung über die Transzendentalphilosophie *Kants*, ebda. Geltung ist dabei jedoch nicht im psychologischen Sinne zu verstehen, sondern vielmehr als eine logische, vom Empirischen gelöste Geltung, siehe hierfür *Windelband*, *Einleitung in die Philosophie*, 1. Aufl. 1914, S. 211 f.; *Rickert*, *System der Philosophie*, 1921, S. 121 ff., insb. S. 124 f.; *Ziemann* (Fn. 4), S. 75 f. Nach *Flach* (Fn. 5), S. 12, ist Geltung im Neukantianismus als sowohl „grundlegende und durchgängige wie spezifizierende, artikulierende Bestimmtheit zu begreifen“, wobei sich dieses Begreifen auch selbst die Geltung sichern können müsse. Damit einher geht wohl auch die Ablehnung der Idee, dass die Erkenntnis als Abbildung der objektiven Wirklichkeit zu verstehen sei, dazu etwa *Wapler* (Fn. 5), S. 36. Vgl. auch *Krijnen* (Fn. 6), S. 8; *Lepsius* (Fn. 5), S. 305.

¹¹ *Krijnen* (Fn. 6), S. 8. Zur doppelten Stoßrichtung des Neukantianismus gegen Metaphysik und reinen Materialismus

siehe etwa *Natorp*, *Kant-Studien*, *Philosophische Zeitschrift* 1912, 193 (198); *Wapler* (Fn. 5), S. 33.

¹² Zum Methodendualismus siehe etwa *Kohen*, *Kants Begründung der Ethik*, 2. Aufl. 1910, S. 137 ff.; *Wapler* (Fn. 5), S. 37 f.; im Übrigen *Krijnen* (Fn. 6), S. 9. Zur Kritik am Methodendualismus des Neukantianismus durch den Nationalsozialismus *Neumann*, in: *Pawlik/Stuckenberg/Wohlers* (Fn. 6), S. 365 (381 ff.).

¹³ Diese Unterteilung wird jedoch teils auch kritisch betrachtet, siehe hierzu etwa *Wapler* (Fn. 5), S. 33.

¹⁴ *Ziemann* (Fn. 4), S. 26 f. Zum gegenwärtigen Stand der Rezeption des Südwestdeutschen Neukantianismus siehe *Wapler* (Fn. 5), S. 24 f.

¹⁵ *Windelband*, in: *Bohr/Luft* (Hrsg.), *Präliminarien, Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, 2021, S. 39 f.; *Ziemann* (Fn. 4), S. 71, 73.

¹⁶ Nach *Rickert* liegt das Wesen der Werte, welche weder im Bereich der Objekte noch der Subjekte liegen, vielmehr in ihrer Geltung, es handelt sich somit um einen transzendentalen Wertbegriff; siehe *Rickert*, in: *Bast* (Hrsg.), *Philosophische Aufsätze*, 1999, S. 3 (13 ff.); *Rickert* (Fn. 10), S. 121 ff., insb. 127; *Rickert*, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6. und 7. Aufl. 1926, S. 86; *Ziemann* (Fn. 4), S. 74.

¹⁷ *Rickert* (Fn. 16 – *Kulturwissenschaft*), S. 95; *Ziemann* (Fn. 4), S. 76.

¹⁸ *Ziemann* (Fn. 4), S. 77, mit dem Hinweis, dass sprachlich „Normal“ hier als „normativ“ zu verstehen sei, ebda., Fn. 378; siehe auch *Wapler* (Fn. 5), S. 65 f.

seien die „Prinzipien der Beurteilung“ und dabei mit einem (logischen) Sollen verbunden.¹⁹

Im Vergleich zum Südwestdeutschen Neukantianismus wandte sich der Marburger Neukantianismus mehr der Methode zu und setzte sich mit der logischen und methodischen Formalität auseinander. Dies erfolgte insbesondere im Werk Cohens mit einem Fokus auf der Sicherung wissenschaftlicher Erkenntnis.²⁰ Die von *Cohen* dargelegte transzendente Methode, eines der Kernstücke des Marburger Neukantianismus, beruht auf der Annahme, dass die Erfahrungen gegeben sind und diejenigen Bedingungen zu bestimmen sind, auf denen diese beruhen und sie erst ermöglichen. Dies geschieht durch eine Bedingung in einer Weise, „dass dieselbe als *a priori* gültig angesprochen, dass strenge Nothwendigkeit und unbeschränkte Allgemeinheit ihr zuerkannt werden kann [...]“. Bedingungen stellen insofern die konstituierenden Merkmale des Begriffs der Erfahrung dar, aus welchem dann der Erkenntniswert der „objektiven Realität“ hergeleitet werden kann.²¹ Maßgeblich für den Marburger Neukantianismus war, mitunter durch ein persönliches Näheverhältnis, auch die Auseinandersetzung mit der Gesellschaftslehre des demokratischen Sozialismus und dem Begriff der Ethik.²²

2. Juristischer Neukantianismus

Im frühen 20. Jahrhundert wurde der Neukantianismus auch in der Rechtswissenschaft aufgegriffen. Jedoch bietet bereits der Begriff des „Juristischen Neukantianismus“ als solcher Raum für Fragen nach Definition und Eingrenzung.²³ Hinzu kommen Unschärfen in der juristischen Rezeption des Neukantianismus in der Weimarer Republik.²⁴ Dies ist wohl als Indiz für die Schwierigkeiten des Übertrags einer vielfältigen

philosophischen Strömung in das System der Rechtswissenschaft zu sehen.

Unabhängig von der näheren Begriffsbestimmung des juristischen Neukantianismus werden jedoch gemeinhin eine Reihe einflussreicher Juristen des frühen 20. Jahrhunderts als Neukantianer geführt.²⁵ Diese beeinflussten verschiedene (straf-)rechtstheoretische Diskurse, wie etwa die Methodendiskussion im Allgemeinen, die normative Schuldlehre und die Rechtsgutslehre im Sinne des Neukantianismus.²⁶ Dabei ermöglichte der Neukantianismus, ebenso wie der Philosophie, auch der Rechtswissenschaft, sich ihres eigenen Wissenschaftscharakters zu versichern.²⁷

3. Der Niedergang des Neukantianismus

Zur Kontextualisierung der Vorlesung Goldschmidts ist nun kurz auf das Ende des Neukantianismus im wissenschaftlichen Diskurs des 20. Jahrhunderts einzugehen. Wann genau der philosophische Neukantianismus endete, ist nicht absolut

¹⁹ *Ziemann* (Fn. 4), S. 77 ff.

²⁰ *Flach* (Fn. 5), S. 13; siehe auch *Lepsius* (Fn. 5), S. 305.

²¹ *Cohen*, Kants Begründung der Ethik, 1. Aufl. 1877, S. 24; ebda. kritisiert *Cohen* zudem an Kant, dass er das „transscendental-*a priori*“ nicht konsequent genug von einem „metaphysischen *a priori*“ trenne; *Müller*, Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus, 1994, S. 32 ff.

²² *Lepsius* (Fn. 5), S. 305 f.; *Lübbe*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 45 (1958), 333; *ders.*, in: Ollig (Hrsg.), Materialien zur Neukantianismus-Diskussion, 1987, S. 219; *Sandkühler*, in: Sandkühler/de la Vega (Hrsg.), Marxismus und Ethik, 1974, S. 7. Zu einem Hinweis auf die unzureichende Rezeption hinsichtlich der Ethik im Marburger Neukantianismus siehe *Wapler* (Fn. 5), S. 24 f. Hinsichtlich der Ethik bei *Cohen* und *Stammler* etwa *Müller* (Fn. 21), S. 39 ff., 72 ff.

²³ Kritisch hinsichtlich der Begriffsbestimmung im Juristischen Diskurs *Krijnen* (Fn. 6), S. 24; *Wapler* (Fn. 5), S. 23, 147 f., insb. 154.

²⁴ Diesbezüglich insb. *Lepsius* ([Fn. 5], S. 335), welcher als Beispiel dem Begriff des „staatsrechtlichen Positivismus“ in der Weimarer Zeit den Begriff des „staatsrechtlichen Neukantianismus“ gegenüberstellt und eine unzureichende Auseinandersetzung mit dem Neukantianismus und der Breite seiner Schulen attestiert.

²⁵ Im Allgemeinen und m.w.N. siehe *Lepsius* (Fn. 5), welcher etwa auf Gustav Radbruch als „an erster Stelle zu nennen[den]“ neukantianischen Juristen abstellt (S. 320 ff.) und auf Hans Kelsen als Neukantianer einer Kategorie *sui generis* näher eingeht (S. 324 ff.) Darüber hinaus ordnet er Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hugo Preuß, Walter Jellinek, Friedrich Giese, Hans Nawiasky (S. 329 ff.), aber auch Max Ernst Mayer als Rechtsphilosophen (S. 320, Fn. 49) dem Neukantianismus zu. Als Vertreter aus dem Bereich des Strafrechts führt *Ziemann* ([Fn. 4], S. 103 ff.) zudem ebenfalls Mayer und Radbruch auf, darüber hinaus aber auch Erik Wolf, Max Grünhut, Erich Schwinge, Alexander Graf zu Dohna, Richard M. Honig, August Hegler, Wilhelm Sauer, Hermann Kantorowicz, Edmund Mezger, Thomas Würtenberger Senior, Eberhard Schmidt und Helmut Mittasch, aber auch Goldschmidt. Für eine nähere Auseinandersetzung mit einigen Vertretern im Bereich des Strafrechts insb. die Beiträge in: Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Fn. 6), aber auch bei *Ziemann* (Fn. 4), S. 106 ff.

²⁶ Zur Rolle der Wertphilosophie in der Methodendiskussion im Allgemeinen *Wapler* (Fn. 5), S. 147; zur normativen Schuldlehre etwa *Wachter*, in: Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Fn. 6), S. 339 (339 ff.); hinsichtlich der Rolle *Goldschmidts* bei der Ausarbeitung der normativen Schuldmerkmale, *ebda.*, S. 347. Zur Rechtsgutslehre etwa exemplarisch *Wolfgang Wohlers*, in: Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Fn. 6), S. 285; Zur Kritik der NS-Juristen an dieser Lehre siehe *Neumann* (Fn. 12), S. 376 ff.

²⁷ *Krijnen* ([Fn. 6], S. 14), welcher zudem davon ausgeht, dass so auch einem zu starken Einfluss von Empirismus und Positivismus aus der zeitgenössischen Philosophie entgangen werden konnte, *ebda.*, S. 13; wobei *Lepsius* ([Fn. 5], S. 333) davon ausgeht, dass ein Teil der Attraktivität des Neukantianismus für die Rechtswissenschaft in methodischer Hinsicht darin lag, dass er zwar eine wissenschaftliche Methode zur Erkenntnis des Rechts angeboten habe, ohne jedoch die Befolgung einer strengen wissenschaftlichen Methode einzufordern, die mit der Reduzierung der Wirklichkeitserfassung oder der Trennung von Recht und Politik verbunden wäre.

zu bestimmen, für den Marburger Neukantianismus kann jedoch davon ausgegangen werden, dass sich dieser auf die Zeit vor 1918 beschränkte.²⁸ Dagegen konnte sich die Südwestdeutsche Schule trotz des Todes von Lask und Windelband im Jahre 1915 bis zum Ende der Weimarer Republik halten. Mit dem Jahr 1933 war jedoch das Ende des philosophischen Neukantianismus im Allgemeinen erreicht.²⁹

Richtet man den Blick auf den juristischen Neukantianismus und hier vor allem auf den Bereich des Strafrechts, so ist ebenfalls eine letale Zäsur im Jahr 1933 erkennbar.³⁰ Besonders eklatant ist hier, wie auch im Bereich der Philosophie, die persönliche Verfolgung seiner Vertreter. Neben Goldschmidt wurden auch weitere neukantianisch geprägte Rechtswissenschaftler von ihren Lehrstühlen entfernt und teils vertrieben.³¹ Jedoch gab es auch Neukantianer, die sich mit dem NS-System arrangierten oder es sogar mitgestalteten.³² Dem geschuldet kam im wissenschaftlichen Diskurs die Frage auf, inwieweit die NS-Ideologie und der juristische Neukantianismus im Bereich des Strafrechts miteinander verbunden waren.³³ Wapler arbeitet zu dieser Frage mit zwei Thesen, zum einen mit der Aussage Radbruchs, der Positivismus habe die Juristen wehrlos gemacht, und zum anderen mit der Feststellung von Lepsius:

„Wer Kantianer war, konnte nicht Nationalsozialist werden.“³⁴

Erstere leide jedoch unter einem (inzwischen weitläufig als solchen anerkannten) Fehlschluss, denn Positivisten als Wertrelativisten waren keineswegs unpolitisch und insofern indifferent hinsichtlich des Rechtsinhalts, sondern gingen nur

davon aus, dass sich absolute Werte nicht ermitteln ließen und vielmehr auf den politischen Diskurs gesetzt werden sollte. Dies galt gerade auch in Abgrenzung zur Aushebelung der demokratisch erlassenen Gesetze unter Zuhilfenahme der nationalsozialistischen Ideologie.³⁵ Nach Wapler habe nicht der mit dem Neukantianismus in Verbindung gebrachte Positivismus das Recht wehrlos gemacht, sondern der Umstand, dass das positive Recht von antidemokratischen Juristen der Zeit nicht gegen die Übernahme durch ein antipositivistische Ideologie verteidigt wurde.³⁶ Hinsichtlich der zweiten These wird von Wapler eingewandt, dass teils auch ein neukantianisch geprägter Kollektivismus vertreten worden war, welcher dem NS-Rechtsdenken vergleichsweise nahe stand und bei dem lediglich der Methodendualismus überwunden werden musste. Auch wenn dabei die Trennung von Sein und Sollen aufgegeben wurde und nach Lepsius damit auch der Neukantianismus, argumentiert Wapler, dass ihre vorherige Zugehörigkeit zu diesem Neukantianer zumindest nicht immunisiert habe.³⁷ Grundsätzlich sei der methodische Ausgangspunkt wohl kaum in der Lage, weltanschauliche Grundüberzeugungen festzuschreiben, dieser würde vielmehr beim Wechsel der Grundüberzeugung ersetzt.³⁸

Abschließend ist jedoch festzustellen, dass nicht kategorisch von einer Weiterentwicklung zur Ideologie des Nationalsozialismus ausgegangen werden kann, sondern die erstarkende NS-Ideologie keinen Raum für die weltanschauliche Neutralität des juristischen Neukantianismus ließ.³⁹ Dabei kann mit den Worten Neumanns gesagt werden, dass „[d]er Neukantianismus [...] das Opfer einer dominanten politischen Ideologie, nicht einer überlegenen Philosophie“ geworden ist.⁴⁰

²⁸ Holzhey (Fn. 6), S. 40; Sieg, Aufstieg und Niedergang des Marburger Neukantianismus, 1994, S. 15, 463 ff.

²⁹ So auch Holzhey (Fn. 6), S. 41.

³⁰ Etwa Ziemann (Fn. 4), S. 130 ff.

³¹ Zu nennen sind etwa Ernst Cassirer und Siegfried Marck und im Strafrecht vor allem Max Grünhut, Gustav Radbruch, Hermann Kantorowicz und Richard Honig, siehe hierzu m.w.N. Neumann (Fn. 12), S. 366; Ziemann (Fn. 4), S. 131; unter Einbeziehung vertriebener philosophischer Vertreter des Neukantianismus Wapler (Fn. 5), S. 23.

³² Als Neukantianer, welche sich mit dem NS-System arrangierten und ihre Ämter behalten konnten, zählt Ziemann ([Fn. 4], S. 132) Erik Wolf, Erich Schwinge und Edmund Mezger auf; während Wapler ([Fn. 5]) sich kritisch mit Julius Binder (S. 250 f.), Wilhelm Sauer (S. 251 f.), Georg Dahm (S. 253 f.), Carl August Emge (S. 254 f.) und ebenfalls Schwinge (S. 254) auseinandersetzt. Hinsichtlich des teils nur differenziert zu bestimmenden Verhältnisses zum NS-Recht siehe etwa Ambos ([Fn. 4], S. 60 ff.) zu Schwinge und Leopold Zimmerl.

³³ Jüngst nach Einschätzung von Ambos eine solche Verbindung bejahend Zaffaroni, Doctrina Penal Nazi, 2017, insofern ist auf das entsprechende Kapitel im Werk von Ambos ([Fn. 4], S. 56 ff., insb. S. 56 f.) zu verweisen.

³⁴ Wapler (Fn. 5), S. 255 ff.; Lepsius (Fn. 5), S. 341; Radbruch, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1 (1946), 105 (107).

³⁵ Wapler (Fn. 5), S. 256.

³⁶ Ebda., S. 257 f., mit Vergleichen zu Lepsius, Ius Commune 1995, 283 (308) und Knobelsdorf/Wapler, Forum Recht 1/1996, 76 (78); ebenfalls mit einer Ablehnung der These Radbruchs siehe etwa Dreier, in: Haller/Kopetzki/Novak/Paulson/Raschauer/Ress/Wiederin (Hrsg.), Staat und Recht, Festschrift für Günther Winkler, 1997, S. 193 (213 ff.). Hinsichtlich der Frage des Wertrelativismus im Verhältnis zum Nationalsozialismus siehe Ambos (Fn. 4), S. 78 ff.; hinsichtlich des Antipositivismus des NS-Rechts siehe m.w.N. auch Ambos (Fn. 4), S. 83 ff.

³⁷ Wapler (Fn. 5), S. 258. Ambos ([Fn. 4], S. 80 f.) geht davon aus, dass im „absolutistisch-kollektivistischen Wertbegriff des südwestdeutschen Neukantianismus der Keim der materialen Wertlehren“ gefunden werden könne, der Übergang jedoch weder zwingend noch linear gewesen sei und verweist an dieser Stelle auf die Verfolgung neukantianischer Wissenschaftler und die methodischen Unterschiede, insb. hinsichtlich der „wertrelativistisch-pluralistischen Variante“ Radbruchs. Wapler ([Fn. 5], S. 259 ff.) setzt sich später ebenfalls mit dem erheblichen Stellenwert des Kollektivismus unter den Gründen für die Hinwendung einiger Neukantianer zum Nationalsozialismus auseinander.

³⁸ Wapler (Fn. 5), S. 258 f.

³⁹ Ambos (Fn. 4), S. 75.

⁴⁰ Neumann (Fn. 12), S. 366. Insofern ist für eine umfassende

II. „Metodología Jurídico-Penal“

Im Folgenden soll der Inhalt von Goldschmidts Vorlesung in Madrid in den für die folgenden Überlegungen erheblichen Teilen dargestellt werden.

Für *Goldschmidt* ist die strafrechtliche Methode in der Rechtsnatur des Strafrechts verwurzelt, welche auf dem von *Goldschmidt* insbesondere mit *Feuerbach* in Verbindung gebrachten Grundsatz „nulla poena sine lege“ beruht.⁴¹ Dieser sei – obgleich vielfach positiviert und für die Aufrechterhaltung der Methode unverzichtbar – zur damaligen Zeit unter Beschuss geraten. Eine Legitimation des Grundsatzes über das positive (Straf-)Recht selbst sei dabei nicht allein möglich, doch könne dies ggf. über öffentliche rechtliche Erwägungen („derecho público“) geschehen, welche bei *Goldschmidt* wohl als Begründung der Strafe selbst zu verstehen sind.⁴² Im Rahmen der Suche nach einer Legitimation sieht *Goldschmidt* das Wesen des Strafrechts darin, die erlaubten von den verbotenen Handlungen zu trennen und zugleich mit der Strafe, dem einzigen Mittel, das dem Recht zur Verhinderung von verbotenen Handlungen offenstehe, Gegenimpulse zu setzen. Insoweit beruhe auch die generalpräventive Theorie des psychischen Zwangs *Feuerbachs* auf diesem Grundsatz. Aber auch die Normtheorie *Bindings* gelange zur Notwendigkeit des Bestands eines fest im Gesetz bestimmten Typus vor der Begehung der Tat, wenngleich die Frage bestehen bleibe, ob vor Begehung einzig die Tat oder auch die Bestrafung feststehen müsse.⁴³ Einzig die Spezialprävention komme nach *Goldschmidt* auch ohne den Grundsatz aus, welcher jedoch etwa durch v. *Liszt* dennoch aus rechtsstaatlichen Erwägungen aufrechterhalten wurde.⁴⁴ Hinsichtlich der Frage, ob die Strafe oder nur die Tat vor der Begehung feststehen müsse, bestehe sowohl in Spanien als auch in Deutschland zum Zeitpunkt der Vorlesung eine Diskrepanz zwischen den Strafgesetzbüchern, die die Festlegung der Strafe fordern, und den Verfassungen, die die vorherige Bestimmung der Tat genügen lassen. Da es aber bei der Rechtsauslegung regelmäßig nur um die Auslegung des Rechtstyps, also dem gesetzlichen Tatbestand gehe, sei das Erfordernis der gesetzlichen Bestimmung des Typus („legalidad del tipo“) nach *Goldschmidt* ausreichend, um die Anwendung der strafrechtlichen Methode zu legitimieren.⁴⁵ Anders sehe es jedoch aus, wenn man erneut mit *Bindings* Normentheorie davon ausgehe, dass die Rechtswidrigkeit einer Tat nicht auf der Übereinstimmung mit einem Rechtstypus beruhe, sondern aus Normen außerhalb des Strafrechts abgeleitet werden kann. Dem folgend könne es ausreichen, wenn die Handlung durch eine beliebige Norm der Rechtsordnung verboten ist, um strafbar zu sein, „nulla injuria sine

lege“. Es könne sogar ausreichen, dass seitens der Täter ihre Tat für verbotswürdig gehalten wird. Verbote außerhalb des Strafrechts seien jedoch selten so klar wie die des Strafrechts und eine Feststellung der Strafbarkeit insoweit über diese nicht mit Sicherheit möglich. Zudem komme der Gesetzgeber regelmäßig erst dann zu einer klaren Formulierung eines Verbots, wenn er eine Tat unter Strafe stellt. Dass jedoch die Rechtswidrigkeit zuweilen dennoch ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands sei, liege am Bestand von Rechtfertigungsgründen außerhalb des Strafrechts,⁴⁶ während das Merkmal „unrechtmäßig“ als Merkmal dafür diene, dass ein Gebot außerhalb des Strafrechts die Begehung der Tat nicht erlauben darf. In jedem Fall beschränke sich das Strafrecht jedoch nicht darauf, die Rechtswidrigkeit über „Regeln von außerhalb“ zu bestimmen. Wenn insoweit der Zweck der Typisierung der Rechtswidrigkeit von Taten im Strafrecht darin bestehe, die strafrechtliche Rechtswidrigkeit einfach, klar und präzise zu bestimmen, könne es nicht genügen, dass die Handlung verbotswürdig war und dies von den Tätern erkannt wurde. Daraus ergebe sich auch, dass eine juristische Methode für die Auslegung der strafrechtlichen Rechtsnormen notwendig und legitim sei.⁴⁷

Nach einer kurzen Auseinandersetzung mit der Frage der Strafzumessung⁴⁸ geht *Goldschmidt* sodann davon aus, dass das zuvor Gesagte zeige, dass „nulla poena sine lege“ nicht nur im öffentlichen Recht, also für ihn in der Begründung des Strafens, sondern auch im Strafrecht selbst begründbar ist. Wobei er hier unter Strafrecht nicht wie zuvor oben vom positiven Strafrecht auszugehen scheint, sondern vielmehr auf das Wesen des Strafrechts anspielt.⁴⁹

Nach diesen einleitenden Überlegungen fragt *Goldschmidt* nach dem Zweck und den Mitteln der strafrechtlichen Methode. Wenn das Strafrecht zur Verteidigung des Sozialen diene und dies eine juristische Aufgabe sei, müsse das Ziel der strafrechtlichen Methode die Anwendung des Strafrechts, also die Subsumtion einer Handlung unter einen Rechtstypus sein. Als Mittel diene die Feststellung des anzuwendenden Rechts mitsamt dessen Inhalt und des Rechtstyps, unter den eine Handlung fällt, aber auch die Feststellung der Merkmale, die der Typus umfasst.⁵⁰ Wenn nach der Feststellung des ggf. einschlägigen Rechts⁵¹ keine Zweifel mehr an dessen Anwendbarkeit bestünden, könnten Fragen hinsichtlich des Inhalts des fraglichen Rechts aufkommen. Als solche unterscheidet *Goldschmidt* die Frage nach der Auslegung eines Gesetzes und der Kritik einer Theorie. Bei Letzterem handele es sich aber auch um eine Auslegungsfrage, da die Rechtstheorien dem Richter bei der Auslegung der Gesetze, insbesondere des Allgemeinen Teils, helfen sollen. Bei der Auslegung selbst, welche insbesondere im Besonderen Teil notwendig werde, könnten Zweifel hinsichtlich der Subsumtion einer Handlung unter einen gesetzlichen Straftatbe-

Analyse des Verhältnisses zwischen Neukantianismus und NS-Recht mit einer umfassenden Darstellung der dem Neukantianismus entgegengebrachten Kritik durch NS-Juristen ebenfalls auf *Neumann* ([Fn. 12]) zu verweisen.

⁴¹ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 13.

⁴² *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 14.

⁴³ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 14 f.

⁴⁴ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 14.

⁴⁵ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 15.

⁴⁶ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 15 f.

⁴⁷ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 16.

⁴⁸ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 17.

⁴⁹ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 17.

⁵⁰ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 19.

⁵¹ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 21 ff.

stand aufkommen. Im Hinblick auf die Interpretationsmethoden würde eine rein grammatikalische Auslegung bloße Hinweise mit dem tatsächlichen Inhalt der Norm verwechseln, was das Zusammenspiel anderer Methoden nötig mache. Als solche komme die Erforschung der Ziele des Gesetzgebers, die historische Auslegung und die modernisierende Auslegung, also die Auseinandersetzung mit den zeitgenössischen Überzeugungen vom Zweck der Vorschrift, in Betracht. Die als „teleologische Auslegung“ bezeichnete Interpretation betone oftmals ausschließlich Ziele des Gesetzgebers, was zur historischen Auslegung zurückführe. Würde jedoch in diesem Rahmen explizit von den Zielen des Gesetzes im Vergleich zu den Zielen des Gesetzgebers gesprochen, würde die teleologische Auslegung „Ziel“ und „Bedeutung“ verwechseln. Ziele seien objektivierte Absichten, welche nur Menschen, nicht aber Gesetze haben könnten. Das wiederum würde bedeuten, dass es sich bei dieser Form der teleologischen Auslegung tatsächlich um eine modernisierende Auslegung handele.⁵² Jedoch trete im Strafrecht eine Einschränkung der Auslegung durch den „nulla poena sine lege“-Grundsatz hinzu. Eine modernisierende Auslegung zum Nachteil der angeklagten Person im Strafrecht sei durch den Grundsatz gerade nicht möglich. Bei dem durch den Grundsatz verbotenen Analogieschluss handele es sich nach *Goldschmidt* nämlich nicht wie gemeinhin angenommen um eine Schlussfolgerung aus dem gesamten Gesetz, sondern tatsächlich erneut um eine modernisierende Auslegung.⁵³

Im Vergleich zur Auslegung müsse eine Rechtstheorie drei spezifische Anforderungen erfüllen. Erstens müsse sie einfach in der Anwendung sein, zweitens müsse sie kongruent sein, also keine inneren Widersprüche aufweisen, und schließlich müsse eine Rechtstheorie fruchtbar sein, also bei der Anwendung in der Praxis zu einem anderen Ergebnis führen als andere Theorien.⁵⁴

Hinsichtlich der Typizität in der Rechtsanwendung geht *Goldschmidt* davon aus, dass die besonderen Merkmale eines Rechtstyps nur in Bezug auf eine bestimmte Straftat untersucht werden können. Da allgemeine Merkmale wie etwa Kausalität, Rechtswidrigkeit und Schuldfähigkeit nur im Konkreten behandelt werden können, müssen die Rechtstypen dann bereits bekannt sein. Folgt man einer logischen Methode, müssten zudem alle existierenden Rechtstypen herangezogen und auf ihre Anwendbarkeit hin überprüft werden. Dies sei jedoch auf praktischer Ebene nicht möglich. Als Ausweg hieraus sieht *Goldschmidt* die Intuition als Hilfe bei der Auswahl, deren Ergebnisse nicht durch wissenschaftliche Mittel bestimmt werden, deren Erfolg jedoch durch Wissen und Praxis gefördert werde. Die Rechtswissenschaft werde insoweit zur Kunst. Die Intuition leite jedoch nur den Intellekt und im Folgenden müsse dann aus den berücksichtigten Rechtstypen logisch der Richtige ausgewählt und dessen Anwendbarkeit unanfechtbar nachgewiesen werden.⁵⁵

Goldschmidt stellt daran anschließend noch eine Reihe weiterer Überlegungen vor,⁵⁶ bevor er in einem technischen Teil konkrete Hinweise gibt, wie an die Bearbeitung eines strafrechtlichen Falls heranzugehen sei und schließlich in einem Appendix drei Übungsfälle mit Musterlösungen vorlegt.⁵⁷

III. Würdigung

Wie zuvor bei *Goldschmidt*, soll hier zu Beginn über die von ihm vorgelegte Herleitung der strafrechtlichen Methode gesprochen werden. Wenn *Goldschmidt* die strafrechtliche Methode über die Rechtsnatur des Strafrechts und damit über den „nulla poena sine lege“-Grundsatz herleitet, steht fest, dass dieser und damit das Gesetzmäßigkeitsprinzip im Allgemeinen eine besondere Rolle in der strafrechtlichen Methode *Goldschmidts* einnimmt. Zugleich wird der strafrechtlichen Methode auch eine naturrechtliche oder metaphysische Herleitung verwehrt und wenn diese darüber legitimiert wird, dass der Zweck der Typisierung in der positiven Festsetzung der Rechtswidrigkeit liegt. Für ihn genügt es also gerade nicht, dass die Handlung als verbotswürdig verstanden wird bzw. werden kann, wodurch auch kein Rückgriff auf über dem Gesetz stehende Konstrukte möglich ist. Vor dem Hintergrund seiner Zeit ist in dieser Herleitung über das gesetzte Recht nicht nur eine, zumindest im Ergebnis wohl bestehende Übereinstimmung mit der Metaphysikkritik und der Suche nach einer Geltungsgrundlage des Neukantianismus zu sehen, sondern auch ein Konflikt mit dem NS-Rechtsverständnis und dessen Anpassung des Strafrechts an außerrechtliche Faktoren, wie einen vermeintlichen Willen des Volkes oder den sog. Führerwillen.⁵⁸ Denn zeitgleich gingen Stimmen in der NS-Literatur davon aus, dass der Richter bei Zweifelsfragen nicht mehr frei in der Würdigung des gesetzten Rechts sein sollte, sondern an die Werte des „völkischen Führerstaates“ gebunden.⁵⁹ Zumal in *Schmitts* konkreten Ordnungs-

⁵⁶ Diese erstrecken sich im Verlauf der Darstellung in *Goldschmidt* ([Fn. 1]) auf die Auseinandersetzung mit der Definition der Straftat durch die Wissenschaft (S. 30), Belings Theorie im Hinblick auf die „Typizität“ (S. 30), die Frage der Herangehensweise bei der Anwendung von Merkmalen einer konkreten Straftat auf eine bestimmte Handlung (S. 30 f.), die Zulässigkeit von subjektiven und normativen Elementen in der Rechtswidrigkeit (S. 31 ff.), gemischte Gesetze (S. 33), Unterlassungsdelikte (S. 34 ff., 39 ff.), Kausalität (S. 38) und die Strafbarkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld (S. 37, 41 ff.).

⁵⁷ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 53–73.

⁵⁸ *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, S. 18 ff., erkennt hier einen Konflikt zwischen der mit dem an nationalsozialistischen Grundsätzen orientierten objektiven Auslegung und der subjektiven Auslegung nach dem Führerwillen. Zur Auflösung des Konflikts siehe auch *Ambos* (Fn. 4), S. 38 ff. m.w.N.

⁵⁹ *Schröder* (Fn. 58), S. 34 ff. Dies bedeutete nach *Schröder* jedoch nicht, dass der nationalsozialistische Gesetzgeber dem Richter nicht große Freiräume einräumte, ebda. Explizit zur Einschränkung der Freiheit des Strafrichters und seiner Rolle

⁵² *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 25 f.

⁵³ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 26.

⁵⁴ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 26 f.

⁵⁵ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 29 f.

denken das Ziel aufgegeben wurde das Recht durchgehend zu normieren. Dies wurde von den Strafrechtlern *Dahm* und *Schaffstein* aufgegriffen und unter Ablehnung abstrakter Begriffe im Strafrecht von diesen zur Idee der sog. Wesensschau weiterentwickelt.⁶⁰ In diese Linie reiht sich auch die vom Regime unterstützte Tätertypenlehre ein.⁶¹ In der Vorstellung *Freislers* entfernt sich das Recht sogar so weit vom gesetzten Recht, dass ein etwaiges nationalsozialistisches StGB nur als Leitbild für den Richter fungieren soll; Gedanken die auch schon 1935 bei *Dahm* anklangen.⁶²

Ebenso lassen sich Indizien für eine Nähe von *Goldschmidts* Methodentheorie zum Neukantianismus hinsichtlich der Idee der Geltung finden. So setzt *Goldschmidt* in seinen Überlegungen zur Intuition eine logische juristische Methode voraus. Eine solche juristische Methode würde sich durch bestimmte, dem juristischen Erkenntnisgewinn (hier wohl der Subsumtion unter ein Gesetz) eigentümliche Prinzipien auszeichnen, welche jedem Erkenntnisgewinn vorausgehen und von *Goldschmidt* in seiner Begründung der Methode angedeutet wurden. Zugleich begründet *Goldschmidt* mit seiner Begrenzung auf das gesetzte Recht und der auf diesem aufbauenden Methode gerade wie der Neukantianismus alles Seiende (hier wohl wieder die juristische Entscheidung im Sinne einer Subsumtion unter das Recht) über die Geltung

als „nationalsozialistische Führerpersönlichkeiten“ *Ambos* (Fn. 4), S. 35 f.

⁶⁰ Zum Konkreten Ordnungsdenken etwa *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 4. Aufl. 2023, insb. S. 12 ff. Zur Verbindung zur Wesensschau und mit weiteren Ausprägungen der Ideen bei anderen Strafrechtlern *Schröder* (Fn. 58), S. 47 f.; zur Wesensschau selbst siehe *Schaffstein*, in: *Dahm/Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 108, insb. S. 119, wo er sich in Fn. 12a auch explizit gegen die „analytisch verfahrenende Methodik des Neukantianismus“ stellt, und später *Dahm*, in: *Dahm/Schaffstein*, Methode und System des neuen Strafrechts, 1937, S. 1, insb. S. 61 ff., welcher sich jedoch auch schon zuvor zum Wesen des Täters und dabei auch der Abschaffung des Tatbestandes äußerte, siehe *Dahm*, Verbrechen und Tatbestand, 1935, insb. S. 34 ff. Siehe zur Bedeutung des Wesens im NS-Recht zudem etwa *Schröder* (Fn. 58), S. 44 ff.

⁶¹ In diesem Sinne *Schröder* (Fn. 58), S. 51; exemplarisch *Freisler*, Deutsche Justiz 103 (1941), 929 (931); für die Theorie grundlegend *Wolf*, Vom Wesen des Täters, 1932, insb. S. 24 ff., weiterentwickelnd etwa *Dahm*, in: Universität Leipzig, Juristenfakultät (Hrsg.), Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber, Bd. 1, 1941, S. 183.

⁶² Hierzu insgesamt *Schröder* (Fn. 58), S. 53; *Ambos* (Fn. 4), S. 43; zu *Dahm*: *Dahm* (Fn. 60), insb. S. 50; *ders.*, Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, 1935, S. 14; zu *Freisler*: *Freisler*, ZStW 55 (1936), 503 (508). Zudem soll nicht vergessen werden, dass der „nulla poena sine lege“-Grundsatz als solcher von den Nationalsozialisten abgelehnt wurde. Mit einem besonders grotesken Beispiel exemplarisch für viele *Rüthers*, Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 1988, S. 20.

(also die Möglichkeit einer Herleitung aus der von äußeren Einflüssen befreiten, logischen juristischen Methode).⁶³ Eine umfassende Parallelität ist dabei nicht anzunehmen, dennoch wird eine Beeinflussung des Denkens *Goldschmidts* durch den Neukantianismus sichtbar. Insoweit ist der Zuordnung *Goldschmidts* zum Neukantianismus (dazu oben Fn. 4) auch hinsichtlich der Grundstruktur seiner Methode zu folgen.

Darüber hinaus scheint das Verständnis *Goldschmidts*, dass es sich bei den juristischen Theorien bzw. bei der Auseinandersetzung mit diesen unmittelbar auch um eine Auslegungsfrage handelt, durchaus ergiebig zu sein. Grundsätzlich kann wohl angenommen werden, dass es sich bei den juristischen Theorien um eine Zwischenabstraktionsebene zwischen einem übergeordneten Verständnis der Rechtsmaterie und der Anwendung des Rechts auf den konkreten Fall handelt. Durch sie ist es möglich, ein abstraktes Verständnis so zu konkretisieren, dass sie, ähnlich wie eine Norm selbst, eine Wertung der allgemeinen Rechtsidee transportiert, dabei jedoch abstrakt genug bleibt, dass eine Anwendung auf eine Vielzahl konkreter Fälle möglich bleibt (wie es auch in *Goldschmidts* erster Anforderung an die Theorien anklingt). Eine juristische Theorie ist also stets Ausdruck des hinter ihr stehenden Verständnisses bzw. einer größeren Theorie und als solche von dieser (vor-)geprägt. *Goldschmidt* zieht nun jedoch den Schluss, dass es sich bei den Theorien um Hilfsmittel für die Rechtsauslegung handelt, und versteht diese Zwischenabstraktionsebene der Theorien somit als dem Feld der Auslegung zugehörig und nicht etwa als Teil einer Rechtsfindung über ein allgemeineres Verständnis des Rechts in den bestehenden Rechtstext hinein. Ergänzt um die Anforderungen, die er an die Theorien stellt, lässt sich ableiten, dass Theorien für *Goldschmidt* vom Gesetz her gedacht werden müssen. Auch hier ist eine Verbindung zum Gesetzlichkeitsprinzip zu sehen, welche in diesem Fall bewirkt, dass Theorien nicht nur als bloße Vehikel ohne Bezug zum gesetzten Recht für allgemeine Rechtsideen oder gar Ideologien dienen können und insoweit mit dem NS-Rechtsverständnis in Widerspruch stehen. Es bleibt jedoch die Frage, welchen Gehalt die Theorie über die Verbindung mehrerer Tatbestände unter einem theoretischen Verständnis hinaus für die Rechtsanwendung haben können, wenn über sie ebenfalls nur Auslegungsarbeit geleistet werden kann. Ein etwaiges übergeordnetes Verständnis muss sich insoweit auf den durch Auslegung zu entnehmenden Gehalt der gesetzten Normen beschränken.

Blickt man nun auf das von *Goldschmidt* formulierte Verbot einer modernisierenden Auslegung, welche er als die Auseinandersetzung mit den zeitgenössischen Überzeugungen vom Zweck der Vorschrift versteht, so lässt sich in dieser erneut insofern eine Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips erkennen – hier jedoch auf das historische Verständnis der Rechtsnorm konkretisiert, als gerade auch keine Veränderung der Norm von ihrer ursprünglichen „Zweckbestimmung“ über die Veränderung ihrer Auslegung zulässig ist. Durch diese Verschlussenheit gegenüber kontemporären Einflüssen kann die Ablehnung der modernisierenden Auslegung auch

⁶³ Vgl. *Krijnen* (Fn. 6), S. 9.

als Schutzmechanismus gegen den Einfluss von rechtsmissbräuchlichen Ideologien auf das Recht verstanden werden, welcher durch ihre Nähe zur Auslegung im Verständnis *Goldschmidts* wohl ebenso die Rechtstheorien umfasst. Eine missbräuchliche Umdeutung des Rechts durch Auslegung kann gerade nicht stattfinden, wenn es den Normanwendern verwehrt bleibt, ein neues Verständnis von der Aufgabe, dem Zweck einer Norm wertend in die Rechtsanwendung einfließen zu lassen. Dabei darf jedoch die Reichweite der Wirkung dieser Begrenzung der Rechtsanwendung, der Fixierung auf einen ursprünglichen Gehalt der Norm, jenseits eines Unrechtskontextes wie dem Nationalsozialismus nicht aus dem Blick geraten. So gibt es jüngst wieder Stimmen, die insb. das Strafrecht vor dem Einfluss politischer Strömungen durch eine Entpolitisierung der Rechtsanwendung schützen wollen.⁶⁴ Eine allgemeine entpolitisierende Wirkung der unmittelbaren Rechtsanwendung kann dabei durchaus auch der Methode *Goldschmidts* unterstellt werden. Durch die Veränderung der Norm verhindert diese jedoch nicht nur den Missbrauch, sondern jegliche Form der politischen Wertung in der Rechtsanwendung. Es wird also auch neuen politischen und gesellschaftlichen Ideen im Allgemeinen in der Rechtsanwendung die Wirksamkeit versagt. Jedoch kann sich eine solche entpolitisierte Betrachtungsweise der Rechtsanwendung auch unabhängig von der Methode *Goldschmidts* nur dann als konsequent erweisen, wenn man davon ausgeht, dass das gesetzte Recht, welches wertungsfrei zur Anwendung gebracht werden soll, selbst keine Wertungen enthält. Andernfalls werden durch die Abwehr späterer Einflüsse auf das Recht nur die im gesetzten Recht angelegten politischen Wertungen unter dem Deckmantel einer wertungsfreien Methode durch ihre unkritische Einbeziehung in die Rechtsanwendung perpetuiert. Das Ergebnis der Rechtsanwendung ist insoweit keinesfalls frei von politischen Wertungen. Gerade beim Strafrecht handelt es sich um ein Rechtsgebiet, welches durch die Abgrenzung von gesellschaftlich erlaubtem und zu sanktionierendem Verhalten stets mit den entsprechenden Wertungen und Grundannahmen einhergeht. Nichts anderes liegt etwa auch der Sorge zugrunde, dass das Strafrecht sich besonders zur politischen Kommunikation eignet und insofern besonders vor dieser geschützt werden muss.⁶⁵ Auch wenn der Umstand, dass in jedem Strafgesetz politische Wertungen angelegt sind, mit Hinweis auf die Rolle des Gesetzgebers akzeptiert wird, so kann also dennoch nicht eine gänzlich unpolitische oder wertungsfreie Strafrechtsanwendung gefordert werden. Dies tritt bei Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse besonders stark zum Vorschein, denn ein Recht, welches sich in diesen Fällen in seiner Anwendung politischer Wertungen enthalten will, erkennt nicht nur die in ihm angelegten gesellschaftlichen Entscheidungen, sondern läuft Gefahr, durch eine vermeintliche politische Indifferenz und die damit verbundene Festschreibung der historischen Wertungen in diesen Fragen besonders politisch zu agieren.

⁶⁴ Jüngst in diese Richtung etwa *Kubiciel*, JZ 2024, 167 ff.

⁶⁵ Für den aktuellen Diskurs exemplarisch erneut *Kubiciel*, JZ 2024, 167.

In der Ablehnung der modernisierenden Auslegung ist also grundsätzlich zwar auch ein Schutzmechanismus gegen den Missbrauch des Rechts mittels Vereinnahmung durch neue, untergeschobene Wertungen zu sehen, zugleich erfolgt aber auch eine Zementierung der bei der Rechtssetzung herangezogenen gesellschaftlichen und politischen Wertungen. Die Schutzfunktion der Methode vor einem Missbrauch ist zudem insoweit limitiert, als sie einem autoritären Regime nur Steine in den Weg legen kann. Denn auch die Abschirmung bzw. Fixierung des Strafrechts durch die Ablehnung der modernisierenden Auslegung endet dort, wo etwa auch durch den Nationalsozialismus neues Recht geschaffen wird bzw. wurde, wo also keine neuen Zwecke in das Recht hineingelesen werden müssen.

Abschließend ist der Blick noch auf die Funktion der Intuition in *Goldschmidts* Methodenverständnis zu richten. Mit diesen Überlegungen nähert sich *Goldschmidt* der Frage an, inwieweit Praktikabilitäts Erwägungen einen Platz in der Methodenlehre haben können, wenn er den Intellekt bei der Auswahl der zu betrachtenden Rechtstypen durch die Intuition leiten lässt. Damit wird die Rechtsanwendung vereinfacht, zugleich birgt die Einbeziehung der Intuition jedoch die Gefahr, dass mit ihr ein Aspekt in die Rechtsfindung eingebracht wird, welcher nicht mehr den Einschränkungen einer weiter oben geforderten logischen Methode unterworfen ist. Was die Intuition gerade ausmacht und insoweit auch deren Wert für *Goldschmidt* darstellt, ist ein Element kreativer Unbestimmtheit, welches als solches über die rechtsanwendende Person dazu geeignet ist, auf die Bedürfnisse der angewandten Methode in der Falllösung einzugehen. In methodischer Hinsicht stellt diese Unbestimmtheit somit eine „Black Box“ dar, welche nicht mit einer in diesem Kontext von *Goldschmidt* angeführten logischen Methode vereinbar ist. Dem begegnet *Goldschmidt* jedoch dadurch, dass er die Intuition gerade nur im Bereich der (Vor-)Auswahl der Rechtstypen zur Anwendung bringen will. Die Intuition bleibt somit von der juristischen Methode im Sinne der Regeln der Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Norm getrennt, gestaltet nur deren Umstände. Dies mag im Kontext der Überlegungen *Goldschmidts* zur logischen Methode dennoch inkonsequent erscheinen, entspricht aber ohne Zweifel der juristischen Praxis und ist insoweit auch ein alternativloser Teil der Rechtsanwendung. *Goldschmidt* selbst geht wohl ebenfalls von einer praktischen Notwendigkeit der Intuition aus, wenn er gute Juristen darüber bestimmt, dass diese ihre juristische Intuition dafür nutzen, alle relevanten Rechtstypen zur Prüfung auszuwählen.⁶⁶ Somit ist in der Einführung einer in dieser Form limitierten Intuition kein Abrücken von der logischen Methode und den damit verbundenen Idealen des Neukantianismus und des Gesetzlichkeitsprinzips zu sehen.

IV. Fazit

Gerade diese konsequente Verfolgung des Gesetzlichkeitsprinzips in Verbindung mit der Schranke der Ablehnung der modernisierenden Auslegung ermöglicht es also zum einen, der Lösung vom Recht durch naturrechtliche Elemente als

⁶⁶ *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 29 f.

auch der Unterwanderung des Rechts durch die NS-Ideologie etwas entgegenzustellen. Zugleich ist dies jedoch auch zwingend außerhalb eines extremen Unrechtskontextes mit dem soeben beschriebenen Defizit einer möglichen Ausblendung des politischen Charakters des Strafrechts verbunden. Hierin liegt wohl die zentrale Schwachstelle der Methode Goldschmidts, denn gerade auch in der heutigen Zeit wäre es fatal, diesen Aspekt des Strafrechts aber auch der Methode zu übergehen. Aufgrund der sie verbindenden Erkenntnisphilosophie ist jedoch nicht nur bei Goldschmidt, sondern wohl auch bei jedem vom Neukantianismus beeinflussten Rechtsverständnis ein besonderes Augenmerk auf den Umgang des Rechts mit gesellschaftlicher, aber auch tatsächlicher Veränderung zu richten.

Dies bedeutet dabei jedoch nicht, die erhebliche Leistung Goldschmidts in Frage zu stellen, die u.a. auch darin zu sehen ist, in seiner Methode den philosophischen Neukantianismus konsequent zur juristischen Anwendung gebracht zu haben. Besonders beachtenswert ist dabei, dass eine so explizite und öffentliche Auseinandersetzung mit der Methode bei Goldschmidt nur in der „Metodología Jurídico-Penal“ stattgefunden hat. Dass diese Vorlesung im intellektuellen Exil zur fraglichen Zeit dabei zumindest auch in Bezug zu den Vorgängen innerhalb der Rechtswissenschaft seiner Heimat steht, liegt somit durchaus nahe. In Anbetracht der von ihm bereits zu erduldenen Repressalien und dem hier dargelegten Verhältnis zum NS-Recht zeigt sich in den Überlegungen Goldschmidts also nicht nur eine erstaunliche persönliche Stärke, sondern unabhängig von der hier geäußerten Kritik auch ein erhebliches Maß an Bewusstsein für die gesellschaftliche Rolle des Strafrechts in Anbetracht der existentiellen Bedrohung durch den Nationalsozialismus.