

Joachim Perels

# Die Ausschaltung des Justizapparats der NS-Diktatur

## Voraussetzung des demokratischen Neubeginns\*

### I.

Die Ausschaltung des Justizapparats der NS-Diktatur und die Außerkraftsetzung ihrer Normen war – neben vielen anderen Maßnahmen – für den demokratischen Neubeginn nach 1945 charakteristisch. Im Vergleich zu anderen Regimewechseln bestand eine geschichtlich neue Lage. Die Transformation des wilhelminischen Obrigkeitsstaats in die Demokratie von Weimar war bekanntlich mit der Übernahme des Personals der Justiz des Kaiserreichs verbunden, die fatale Auswirkungen hatte. Die meisten Gerichte negierten, wie schon die Statistik zeigt, in politischen Strafsachen die Gleichheit vor dem Gesetz zu Lasten der politischen Linken.<sup>1</sup> Aber die Justiz des Obrigkeitsstaats unterschied sich, trotz ihrer klassenpolitischen Orientierung, grundlegend von der NS-Justiz. Dies zeigt sich etwa an der Differenz der im Ersten und im Zweiten Weltkrieg von der Militärgerichtsbarkeit verhängten Todesstrafen. Im Dritten Reich waren es 19.600, nach 1914 waren es 48.<sup>2</sup> Schon aus diesen Zahlen der durch NS-Militärjustiz verfüigten exorbitanten Tötungen ist ersichtlich, dass das Problem der Auswechslung des Personals der Gerichte der NS-Diktatur eine tiefgreifendere Bedeutung hatte als nach 1918. Der Obrigkeitsstaat war eine teilweise, etwa im Verwaltungsgerichtsverfahren, rechtlich gebundene Ordnung, das NS-System war durch eine Struktur „bürokratisierter Rechtlosigkeit“ (Fraenkel) bestimmt, deren Ausschaltung für die Konstituierung einer rechtsstaatlichen Demokratie unabdingbar war. Folgerichtig wurde dies von Vertretern des politischen Widerstands und der Alliierten ins Zentrum gerückt.

### II.

Im politischen Widerstand steht die Aufhebung der rechtsstaatsfeindlichen NS-Normen im Vordergrund, die Auswechslung der nationalsozialistischen Justizapparats wird nur z.T. zum Thema. Die wesentlich von der SPD, der SAP und der KPD getragene Volksfrontproklamation von 1936, die u.a. die Unterschriften von Rudolf Breitscheid, Wilhelm Pieck, Willy Brandt und Heinrich Mann trägt, zielt auf die „Aufhebung aller Ausnahme- und Terrorgesetze“ und die Abschaf-

\* Leicht überarbeiteter Beitrag aus dem gerade erschienenen Band „Mit reinem Gewissen. Wehrmachtrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer“, hrsgg. v. Joachim Perels/Wolfram Wette, Berlin 2011.

1 Emil Julius Gumbel, Vier Jahre politischer Mord, 1922 und Denkschrift des Reichsjustizministers zu Vier Jahre politischer Mord (1924), Heidelberg 1980, S. 81.

2 Manfred Messerschmidt, Die Wehrmachtsjustiz 1933-1945, Paderborn 2005, S. 172.

fung der Konzentrationslager.<sup>3</sup> Der Kreisauer Kreis fordert 1943 die „Bestrafung der Rechtsschänder ... zur Wiederaufrichtung der Herrschaft des Rechts“, dessen Verletzung „nach Art Ausmaß und Willensrichtung schwerwiegend und verabscheuungswürdig (ist).“<sup>4</sup> Der Kerngedanke des von Johannes Popitz in Absprache mit Ludwig Beck und Ulrich v. Hassel entworfenen vorläufigen Staatsgrundgesetzes von 1943, demzufolge „die bisherige Staatsführung ... einen Zustand der Verfassungs- und Rechtlosigkeit herbeigeführt (hat),“<sup>5</sup> wird im Aufruf der Verschwörer des 20. Juli 1944 aufgenommen: Weil „Hitler das Recht zerstört und das Glück von Millionen vernichtet hat,“ ist es erforderlich, wie es in der geplanten Regierungserklärung heißt, „die Majestät des Recht wiederaufzurichten.“<sup>6</sup>

Zu dem Neubeginn gehört – dies wird von Vertretern des Widerstands klar gesehen – die Ausschaltung des bisherigen, für das System der Rechtlosigkeit verantwortlichen Herrschaftsapparats. Die Grundsatzerklärung des Kreisauer Kreises von 1943 enthält die Forderung: „Aus wichtigen Stellungen sind alle irgendwie führenden Nationalsozialisten grundsätzlich zu entfernen.“ In dem erwähnten Entwurf von Popitz ist von der „Reinigung der Beamtenschaft von ungeeigneten Personen“ die Rede, die „ihr Amt missbraucht“ haben.<sup>7</sup>

Die Ausschaltung von juristischen Trägern des Regimes sollte auch durch die Ahndung von Straftaten des Staatsapparats erfolgen. In den Ausarbeitungen des Kreisauer Kreises werden die Tatbestände für die Ahndung nationalsozialistischer Staatsverbrechen im Einzelnen bestimmt. In einem Text vom Sommer 1943 heißt es unter der Überschrift „Bestrafung der Rechtsschänder“: „Es ist ... die Schaffung einer rückwirkenden deutschen Strafbestimmung nötig, welche im ordentlichen Strafrechtzuge den Rechtsschänder mit Freiheitsstrafe ... belegt.“<sup>8</sup> Diese Regelung entspricht dem später von den Alliierten im Londoner Statut vom 8.8.1945 geschaffenen Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, der gegeben war, wenn die Ermächtigungen der NS-Diktatur die Zerstörung zivilisatorischen Rechts legitimierten. Auch der exkulpierende Rekurs der Nazi-Täter auf den staatlichen Befehl wurde – wiederum in gewisser Parallele zu den späteren Normierungen der Alliierten – in weitem Maße ausgeschlossen: „Bei einer auf Befehl begangenen Rechtsschändung ist der Befehl kein Strafausschließungsgrund, es sei denn, dass es sich um einen unmittelbare Bedrohung von Leib und Leben des Täters handelt ... Insbesondere ist der Befehl kein Strafausschließungsgrund, wenn der Täter durch sein Verhalten vor, bei und nach der Tat erwiesen hat, dass er den Befehl billigt.“<sup>9</sup> In der geplanten Regierungserklärung der Verschwörer des 20. Juli wird schließlich festgelegt, dass verantwortliche Personen des Hitler-Regimes, die das Recht dadurch gebrochen haben, dass sie Straffreiheitsverfügungen für strafwürdige Handlungen durchgesetzt haben, zur Rechenschaft gezogen werden.<sup>10</sup>

Deutlicher als in der Opposition in Deutschland wird in der Programmatik der SPD im Exil die Ausschaltung des Justizapparats der NS-Diktatur ins Zentrum

3 Peter Altmann/Heinz Brüdigam/Barbara Mausbach-Bromberger/Max Oppenheimer, Der deutsche antifaschistische Widerstand 1933-1945 in Bildern und Dokumenten, Frankfurt/M. 1945, S. 125.

4 Ger van Roon, Neuordnung im Widerstand. Der Kreisauer Kreis innerhalb der deutschen Widerstandsbewegung, Dokumentenanhang, München 1967, S. 557.

5 Ulrich von Hassel, Vom anderen Deutschland. Aus den nachgelassenen Tagebüchern 1938-1944, Anhang, Zürich 1946, S. 382.

6 20. Juli 1944, bearbeitet von Hans Royce, neubearbeitet und ergänzt von Erich Zimmermann/Hans-Adolf Jacobsen, Bonn 1960, S. 167.

7 van Roon (Fn. 4), S. 569; von Hassel (Fn. 5), S. 382.

8 van Roon (Fn. 4), S. 554.

9 Ebd. zu den Normierungen der Alliierten s. Art. 6c, Art. 7 Londoner Statut vom 8.8.1945.

10 20. Juli 1944 (Fn. 6), S. 167.

gerückt Das Prager Manifest von 1934, das von Rudolf Hilferding, dem theoretischen Kopf der SPD verfasst wurde, spielt für die Orientierung der sozialdemokratischen Widerstandstätigkeit eine wichtige Rolle. Die Forderungen des Manifests, die wenige Monate nach der Entfernung von Republikanern und Juden aus dem Staats- und Justizdienst aufgestellt werden, sind eindeutig: „Aburteilung der Staatsverbrecher, ihrer Mitschuldigen und Helfer in der ... Justiz wegen Verfassungsbruchs, Mords und Freiheitsberaubung ... Besetzung aller entscheidenden Stellen durch Vertrauensmänner der revolutionären Regierung, grundlegende Umgestaltung der Justiz durch Verstärkung des Laienelements.“<sup>11</sup> Diese Linie findet in einem in England veröffentlichten Artikel von Wolfgang Abendroth von 1946 eine detaillierte Fortsetzung. Abendroth trat in dieser Zeit, auch in Abgrenzung zum Stalinismus, in die SPD ein, für deren führende Theoretiker wie beispielsweise Richard Löwenthal er ein wichtiger Diskussionspartner war. Zuvor hatte ihn sein in der Arbeiterbewegung verankerter politischer Widerstand gegen die NS-Diktatur vier Jahre ins Zuchthaus wegen sog. Hochverrats gebracht. Abendroth schrieb: „Im Dritten Reich wurde (der Richter) ... – wenige Ausnahmen bestätigen die Regel – gehorsamer Diener der nationalsozialistischen Rechtslosigkeit ... Die werdende neue Demokratie findet diese Juristenschicht vor. In ihrer Hand wäre die richterliche Unabhängigkeit eine Waffe gegen die Demokratie. Deshalb darf diese Schicht nicht die Richter des neuen Staats stellen ... Das Volk ... darf keinem Leiter der Justizverwaltung vertrauen, der von der Notwendigkeit radikaler Säuberung des Richterstands nicht überzeugt ist ... Mit den Schlüsselstellungen in der Justiz – den Justizministerialposten, den Präsidenten der Oberlandesgerichte und Landgerichte, den leitenden Positionen der Staatsanwaltschaft – müssen Juristen betraut werden, deren positiv demokratische Haltung durch ihre frühere politische Tätigkeit bewiesen ist, nicht aber ‚un-politische‘ Fachleute, die ihre alten Vorurteile durch formale Bedenken verdecken.“<sup>12</sup>

### III.

Die von den Alliierten nach der Kapitulation Nazideutschlands betriebene Politik der Aufhebung der NS-Herrschaft zielte insbesondere auf die Außerkraftsetzung der nationalsozialistischen Gesetze und ihres gerichtlichen Durchsetzungsapparats.

Die weitreichenden Maßnahmen, die der Kontrollrat und einzelne Besatzungsmächte ergriffen, werden erst verständlich, wenn man sie auf dem Hintergrund der großen juristischen Analysen der NS-Diktatur, die in den USA vor allem von Ernst Fraenkel und Franz L. Neumann vorgelegt wurden, betrachtet. Diese Arbeiten hatten, wie die im amerikanischen Außenministerium erstellten Expertisen der wesentlich von Juristen gebildeten Gruppe um Franz L. Neumann, zu der u.a. John Herz und Otto Kirchheimer gehörten, für die Deutschlandplanung der Regierung Roosevelt zeigen, einen starken politischen Einfluss auf die Erkenntnis der nationalsozialistischen Herrschaft und der Wahrnehmung der Pro-

11 Wolfgang Abendroth, *Aufstieg und Krise der deutschen Sozialdemokratie*, Anhang, Frankfurt/M. 1964, S. 83.

12 Wolfgang Abendroth, *Demokratie und Rechtspflege* (1946), ders., *Gesammelte Schriften Bd.1*, hrsg. v. Michael Buckmiller/Joachim Perels/Uli Schöler, Hannover 2006, S. 465 f.; vgl. auch Wolfgang Abendroth, *Ein Leben in der Arbeiterbewegung. Gespräche, aufgezeichnet und herausgegeben von Barbara Dietrich/Joachim Perels*, Frankfurt/M. 1976.

bleme ihrer Überwindung in den Vereinigten Staaten.<sup>13</sup> Fraenkel entwickelte in seinem 1938 abgeschlossenen, 1941 auf Englisch erschienen Buch „Der Doppelstaat“<sup>14</sup> einen bis heute relevanten Schlüsselbegriff für das NS-System. Bis auf die Sphäre der kapitalistischen Wirtschaft, in der die Rechtsregeln des Privatrechts, allerdings nicht für Juden, gelten, die durch den sog. Normenstaat geschützt werden, ist die Justiz Teil des sogenannten Maßnahmenstaats, der sämtliche Rechtsgarantien von den Grundrechten bis zum Zivil- und Verwaltungsrecht zur Disposition der NS-Führung stellt. Die Normbindung wird von der Justiz überwiegend zugunsten der politischen Vorgaben des Regimes beiseite geschoben. Über Fraenkels Kategorie des für den politischen, nicht für den ökonomischen Sektor bestimmenden Maßnahmenstaats hinausgehend begreift Neumann in seinem 1942 erschienenen Buch „Behemoth“ die NS-Herrschaft als System uneingeschränkter Rechtlosigkeit: „Das nationalsozialistische Rechtssystem ist nichts anderes als eine Technik der Manipulation der Massen durch Terror. Die Strafgerichte sind heute im Verein mit der Geheimen Staatspolizei, der Staatsanwaltschaft und den Henkern in erster Linie Praktiker der Gewalt, und die Zivilgerichte sind primär Vollzugsagenten der monopolistischen Wirtschaftsverbände.“<sup>15</sup>

Die antirechtsstaatliche Struktur des NS-Systems hat viele Seiten. Sie reichen von Blankettnormen wie der Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden von 1941, die Repressionsakte ohne begrenzende Tatbestandsmerkmale direkt mit den „Staatsnotwendigkeiten“ der Besatzungsdiktatur legitimiert, bis zur herrschaftskonformen Umdeutung des tradierten Hochverratstatbestands, dessen zentrales Merkmal des gewaltsamen Angriffs auf den Staat zum Verschwinden gebracht wird, um regimekritische Äußerungen oppositioneller Gruppen der Arbeiterbewegung – in zehntausenden von Verfahren – sanktionierbar zu machen. Ein großes Exempel der Rechtszerstörung durch die Justiz ist das Resultat der von Reichsjustizminister Schlegelberger einberufenen Konferenz vom April 1941 zur justiziellen Absicherung des Anstaltsmords. Die Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte lassen sich dazu verpflichten, die strafrechtliche Garantie des Rechts auf Leben außer Kraft zu setzen und Klagen – Graf Galen hatte 1941 in einer Predigt Strafantrag wegen Mord gegen Verantwortliche des Regimes gestellt – niederzuschlagen. So wird die sog. Justizelite zum Komplizen der rechtswidrigen Tötung von über 70.000 Menschen.<sup>16</sup>

#### IV.

Die NS-Diktatur war kein bloß autoritäres Regime, nicht einmal eine klassische Tyrannis, die ihre Gegner bekämpft. Sie war ein System antizivilisatorischer,

13 Zur Archäologie der Demokratie. Analysen politischer Emigranten im amerikanischen Geheimdienst 1933-1945, Bd. 1, hrsg. v. Alfons Söllner, Frankfurt/M. 1982.

14 Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat* (1941), Frankfurt/M. 1974.

15 Franz L. Neumann, *Behemoth, Struktur und Praxis des Nationalsozialismus* (1942/44), Köln 1977, S. 530.

16 Diemut Majer, „Fremdvölkische“ im Dritten Reich, Boppard 1981, S. 606 ff.; Ralph Angermund, *Deutsche Richterschaft 1919-1945*, Frankfurt/M. 1990, S. 133 ff.; zur rechtsauflösenden Methode der Justiz vgl. grundlegend Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung* (1968), Frankfurt/M. 1973; Helmut Kramer, Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS-„Euthanasie.“ Selbstentlastung der Justiz für die Teilnahme am Anstaltsmord, *Kritische Justiz* H. 1/1984, 25 ff. Bischof Clemens August von Galen, Predigt in der Lamberti Kirche in Münster am 3.8.1941, *Die Christen im Dritten Reich*, Bd. 2: Dokumente, hrsg. v. Georg Denzler/Volker Fabrizius, Frankfurt/M. 1984, S. 198 ff.

durch keinerlei Rechtsschranken begrenzter Gewalt, das die propagandistisch zu Feinden Erklärten – wie die psychisch Kranken, die Juden, die Roma und Sinti und andere – verfolgt und ausgerottet. Die Überwindung dieses Systems muss auf dem Feld des Rechts und der Justiz eine Form annehmen, die die Despotie von Grund auf überwindet.

Die Voraussetzung für den strukturellen Bruch mit der NS-Herrschaft wurde dadurch geschaffen, dass die Alliierten nach der bedingungslosen Kapitulation in der Erklärung vom 6. Juni 1945 die oberste staatliche Gewalt auf legislativem, exekutivem und judikativem Gebiet übernahmen und damit die Ausübung der nationalsozialistischen Staatsgewalt beendeten. Diese Entscheidung hatte für die Überwindung des Hitler-Regimes konstitutive Bedeutung. Hans Kelsen, aus der Kölner Juristischen Fakultät 1933 unter Mithilfe von Carl Schmitt entfernt, Hochschullehrer in den USA, hat die mit der Übernahme der Staatsgewalt durch das Kondominium der Alliierten intendierte Intention klar formuliert: „Nachdem die Periode des Kondominiums beendet ist und die Souveränität Deutschlands wiederhergestellt ist, wäre Deutschland rechtlich ein neuer Staat. Es bestünde keine Kontinuität zwischen dem zerstörten Nazi-Staat und dem neuen demokratischen Deutschland. Nur als ein Gemeinwesen, das durch keine legale Verbindungen mit Nazi-Deutschland verknüpft ist, sollte das demokratische Deutschland in die internationalen Organisationen nach diesem Krieg eintreten.“<sup>17</sup>

In den auf der Übernahme der deutschen Staatsgewalt beruhenden Normierungen des alliierten Kontrollrats steht die Neuordnung des Rechtssystems im Zentrum. Bestimmend sind die Aufhebung des nationalsozialistischen Normengefüges und die daran geknüpften Sanktionen gegen die Machträger der NS-Diktatur und die personelle Ausschaltung ihres Justizapparats. Die Dimension dieser Aufgabe hat ein britischer Besatzungsoffizier 1945 in diese Worte gefasst: „Die beste Lösung (ist) die Schließung der deutschen Gerichte auf zehn Jahre ... und die zwischenzeitliche Erziehung einer neuen Richtergeneration.“<sup>18</sup> Tatsächlich steht die Ausbildung einer durch den Nationalsozialismus nicht kompromittierten Juristenschicht in allen Besatzungszonen – und nicht nur in der SBZ – im Vordergrund.

In der Kontrollratsdirektive Nr. 24 vom 12. Januar 1946 heißt es ausdrücklich, dass politisch zuverlässige und möglicherweise sachlich weniger geeignete Bewerber für die Justiz eher herangezogen werden sollen.<sup>19</sup> Während in der amerikanischen Deutschlandplanung der Grundsatz des Vorrangs einer weitreichenden Entnazifizierung vor der technischen Effizienz des neuen Staatsapparats aufgestellt wird,<sup>20</sup> finden sich wiederum bei Abendroth konkrete Vorschläge für eine Umgestaltung der Justiz. Er plädiert 1946 von England aus dafür, zuverlässige demokratische Kräfte aus der Bevölkerung für Justizaufgaben auszubilden. „In mehrmonatlichen Kursen kann den erfahrenen und gereiften, besonders intellektuell begabten Menschen aus dem Volke (z.B. dem früheren Gewerkschaftsfunktionär) so viel Rechtskenntnis und juristisches Denken gelehrt werden, dass er im Bereich amtsgerichtlicher Zuständigkeit erfolgreich sein kann.“ Im Blick auf die Frage der Effizienz eines neu zu bildenden Justizapparats argu-

17 Hans Kelsen, *The International Legal Status of Germany, to be established immediately upon Termination of War*, *American Journal of Law*, Bd. 38 (1945), 693; zu Schmitts Rolle bei der Entfernung Kelsens aus dem Amt des Hochschullehrers vgl. Paul Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, München 1993, S. 185.

18 Joachim Reinhold Wenzlau, *Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945-1949*, Königstein 1979, S. 98.

19 Direktive des Kontrollrats Nr. 24 v. 12.1.1946, *Amtsblatt des Kontrollrats* Nr. 5 v. 31.3.1946, S. 115.

20 *Archäologie der Demokratie* (Fn. 13), S. 231.

mentiert Abendroth ähnlich wie der Kontrollrat, dessen Haltung in der amerikanischen Deutschlandplanung vorgeformt wurde. Die Heranziehung von Laien ist besser „als wenn bewusst oder unbewusst auf Grund antidemokratischer Vorurteile Recht gesprochen wird.“<sup>21</sup>

## V.

Die Umgestaltung der Justiz wird von den Alliierten im Einzelnen normiert. In den „Grundsätzen für die Umgestaltung der Rechtspflege“ der Proklamation Nr. 3 des Kontrollrats vom 30. Oktober 1945 heißt es: „Mit der Ausschaltung der Gewaltherrschaft Hitlers durch die Alliierten Mächte ist das terroristische System der Nazigerichte abgeschafft worden. An seine Stelle muss eine Rechtspflege treten, die sich auf die Errungenschaften der Demokratie, der Zivilisation und der Gerechtigkeit gründet.“<sup>22</sup> Hierfür werden im Gesetz Nr. 1 vom 20. September 1945, im Gesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946 und im Gesetz vom 20. Juni 1947 die grundrechtsfeindlichen Normen des Hitler-Regimes aufgehoben. Außer Kraft gesetzt werden, um nur einige Beispiele zu nennen, die Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933, die die Freiheitsrechte zur Disposition der nationalsozialistischen Staatsgewalt stellte und als Grundlage für die Einweisungen ins Konzentrationslager fungierte, das Gesetz über die Geheime Staatspolizei, das die Gestapo zur unkontrollierbaren Speerspitze des NS-Staats machte, die Nürnberger Gesetze, die den Gleichheitssatz zu Lasten der Juden beseitigten, das Heimtückegesetz, das die Meinungsfreiheit zur Disposition stellte, und die Kriegssonderstrafrechtsverordnung, die Wehrkraftzersetzung und Fahnenflucht mit drakonischen Strafandrohungen versah.<sup>23</sup>

In der Konsequenz der Aufhebung der Normen der Diktatur wird in der Proklamation Nr. 3 vom 30. Oktober 1945 gefordert, dass „Verurteilungen, die unter dem Hitler-Regime ungerechtfertigterweise aus politischen, rassischen und religiösen Gründen erfolgten, aufgehoben werden (müssen).“<sup>24</sup> Dies geschieht in der amerikanischen Zone durch das „Gesetz zur Wiedergutmachung des nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege“ vom 8. Mai 1946, durch das beispielsweise das Vernichtungsurteil gegen Dietrich Bonhoeffer im Konzentrationslager Flossenbürg, dessen Kommandant in dem Verfahren als Beisitzer fungierte, seine Gültigkeit verliert.<sup>25</sup>

Die Aufhebung der Nazi-Normen ist verbunden mit der Ausschaltung des zentralen Justizapparats der Diktatur. Im Gesetz Nr. 4 vom 30. Oktober 1945 wird für die Umgestaltung der Justiz der Grundsatz aufgestellt, dass das deutsche Gerichtswesen „auf der Grundlage des demokratischen Prinzips, der Gesetzmäßigkeit und der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterschied von Rasse, Staatsangehörigkeit oder Religion umgestaltet werden muss.“ Das führt zu der Konsequenz, „dass alle früheren Mitglieder der Nazi-Partei, die sich aktiv für deren Tätigkeit eingesetzt haben, und alle anderen Personen, die an den Strafmethoden des Hitler-Regimes direkten Anteil hatten, ihres Amtes als Richter und Staatsanwälte enthoben werden. Sie dürfen nicht zu solchen Ämtern zuge-

21 Abendroth (Fn. 12), S. 466 f.

22 Proklamation des Kontrollrats Nr. 3 v. 30.10.1945, Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 1 v. 29.10.1945, S. 22.

23 Gesetz Nr. 3 v. 20.10.1945, Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 1, S. 3 f.; Gesetz Nr. 55 v. 25.6.1947, Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 16 v. 31.7.1947, S. 93 f.

24 Proklamation des Kontrollrats Nr. 3 (Fn. 22), S. 3.

25 Gesetz Nr. 21 zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege v. 8.5.1946, Bay.GVBl. 1946, S. 180; vgl. auch Joachim Perels, Die schrittweise Rechtfertigung der NS-Justiz, in: ders., Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“, Frankfurt/M. 1999, S. 181 ff.



lassen werden.“<sup>26</sup> Aus dieser Zielsetzung resultierten entsprechend der Direktive Nr. 24 v. 12.1.1946 zahlreiche Einzelmaßnahmen gegen jene Träger des Justizapparats, „die nationalsozialistische Verbrechen, Rasseverfolgungen und ungleichmäßige und ungerechte Behandlung gutheißen oder an solchen Taten willig teilgenommen haben.“<sup>27</sup>

Die aus ihren Stellungen entfernten Personen behalten, entsprechend der Direktive Nr. 24 vom 12. Januar 1946, keinen Anspruch auf Ruhegehälter oder andere Beamtenrechte. Die Maßnahmen, die in der Direktive auf einer Stufe mit dem Vorgehen gegen die Stäbe der Konzentrationslager stehen, beziehen sich in den entsprechenden Einzelregelungen auf große Teile des Justizapparats. Ihr Funktionen verlieren alle Richter und Staatsanwälte des Volksgeschichtshofs, alle Vorsitzenden und ständigen Richter und Staatsanwälte der Sondergerichte, die Präsidenten des Reichsgerichts und alle Staatsanwälte, alle Präsidenten, Vizepräsidenten und Generalstaatsanwälte der Oberlandesgerichte, alle Präsidenten der Landgerichte und Oberstaatsanwälte, alle dienstaufsichtsführenden Richter der Amtsgerichte.<sup>28</sup>

Auffälligerweise werden keine Träger der Militärgerichtsbarkeit entlassen und keine ihrer Urteile aufgehoben, obgleich einzelne von der Wehrmachtsjustiz angewandte repressive Normen außer Kraft gesetzt wurden.<sup>29</sup> Dies stand zwar im Gegensatz zur Qualifizierung von Militärjuristen im OKW-Prozess der USA von 1948, in dem insbesondere die verbrecherischen Normsetzungen des juristischen Apparats der Wehrmacht im Vernichtungskrieg gegen die Sowjetunion geahndet wurde.<sup>30</sup> Diese Sichtweise spielte jedoch für die Einordnung der nationalsozialistischen Militärjustiz in der Kontrollratsgesetzgebung keine Rolle, zumal es im Nürnberger Prozess ehemaligen Vertretern der Wehrmachtsführung mit einem von v. Meinstein bestimmten Gutachten gelang, die Wehrmacht vom Odium der verbrecherischen Organisation zu befreien. Gleichwohl wurden die Untaten der Wehrmacht im Nürnberger Urteil konkret festgehalten, ohne dass dies in der Öffentlichkeit die Ausbildung der Ideologie von der sauberen Wehrmacht behinderte.<sup>31</sup> Die Einordnung der Wehrmachtsjuristen als unpolitische Funktionsträger, die ihrer wirklichen Rolle bei der – über Rechtsschranken vielfach hinausgehenden – Durchsetzung der politischen Ziele des Regimes nicht entspricht,<sup>32</sup> trug dazu bei, dass Hindernisse für den Wiederaufstieg der juristischen Fachelite des Militärs des Dritten Reiches fast vollständig wegfielen.

## VI.

Die mit der Niederrückung der NS-Diktatur verbundene Aufgabe der normativen und personellen Konstituierung einer rechtsstaatlich-demokratischen Justiz war nicht allein das Ziel der Alliierten, sondern auch der maßgebenden deutschen politischen Kräfte. In der verfassungsgebenden Versammlung von Groß-Hessen

26 Gesetz Nr. 4 zur Umgestaltung des Gerichtswesens, Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 2 v. 30.11.1945, S. 26 f.

27 Direktive Nr. 24 v. 12.1.1946, Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 5 v. 31.3.1946, S. 98.

28 Ebd., S. 100, 110 ff.

29 S. Fn. 23; Hans Wrobel, Verurteilt zur Demokratie. Justiz und Justizpolitik in Deutschland, Heidelberg 1989, S. 155.

30 Fall 12. Das Urteil gegen das Oberkommando der Wehrmacht, Berlin (Ost) 1961.

31 Das Urteil von Nürnberg, München 1946, S. 117 ff.; Manfred Messerschmidt, Vorwärtsverteidigung. Die „Denkschrift der Generale“ für den Nürnberger Gerichtshof, Vernichtungskrieg. Verbrechen der Wehrmacht 1941-1944, hrsg. v. Hannes Heer und Klaus Naumann, Hamburg 1995, S. 531 ff.

32 Messerschmidt (Fn. 2), vgl. dazu die Rezension von Joachim Perels zum rechtstheoretischen Bezugsrahmen von Messerschmidt, Militärgeschichtliche Zeitschrift 67, H. 1/2008, 264 ff.

wurde 1946 von den Sprechern der CDU, der SPD und der KPD die Notwendigkeit einer Ausschaltung der Träger der Justiz des Hitler-Regimes in den Mittelpunkt gerückt. In den Beratungen des Verfassungsausschusses erklärte der Abgeordnete der KPD, Leo Bauer, der als Berichterstatter fungierte, dass „ein großer Teil der Richter in der Nazi-Zeit den Nazis sich angeschlossen hat und dass diese Richter heute ... versuchen, das mit unmöglichen Argumenten zu entschuldigen.“<sup>33</sup> Heinrich v. Brentano, der spätere Außenminister der Regierung Adenauer, wurde noch deutlicher. Er sagte: „Die deutsche Justiz hat zum großen Teil zu den Verbrechen des Dritten Reichs geschwiegen; sie hat zu großen Teilen die Verbrechen des Dritten Reiches gedeckt und sie hat zu großen Teilen Verbrechen begangen ... In meinen Augen ist der Justizmord das schwerste Verbrechen ..., denn das Opfer ist dem, der diesen Justizmord begeht, wehrlos ausgeliefert.“<sup>34</sup> Elisabeth Selbert (SPD), später Mitglied des Parlamentarischen Rats, setzte hinzu, dass „aus der Erfahrung der Vergangenheit heraus ... Sicherungen in der neuen Verfassung (ge)schaffen (werden müssen), um eine Justiz gegen die Demokratie ein für allemal zu verhindern.“<sup>35</sup>

In der ersten Nachkriegszeit geht die Ausschaltung der NS-Justiz und ihrer Normen mit einer bemerkenswerten rechtsstaatlich-demokratischen Erneuerung einher. Der weitgehende personelle Bruch mit der Justiz des Hitler-Regimes, der etwa dazu führt, dass die amerikanische Militärregierung von 302 Richtern des Oberlandesgerichtsbezirks Bamberg lediglich sieben im Amt belässt,<sup>36</sup> führt dazu, dass das nationalsozialistische Diskriminierungs-, Verfolgungs- und Ausmerzungsrecht durch Entscheidungen der Gerichte überwunden wird.

In dem am 15. Dezember 1945 ergangenen Urteil des Landgerichts Darmstadt werden die Angeklagten, ehemalige SA-Leute, die sich am 9. November 1938 in Groszimmern zu einem Judenpogrom zusammengerottet hatten, als „eigenverantwortliche Haupttäter“ qualifiziert, die sich nicht damit herausreden könnten „nur einem Befehl gehorcht zu haben.“ Sie werden wegen Landfriedensbruch zu einem halben Jahr Gefängnis verurteilt.<sup>37</sup> Die in der Justiz der Bundesrepublik oftmals verdrängte Frage nach der politischen Übereinstimmung zwischen dem Befehlenden und dem Täter wird angemessen behandelt. Das Handeln eines Deserteurs, der gegen das Hitler-Regime aufbegehrte und sich dem Todesurteil des nationalsozialistischen Kriegsgerichts durch Flucht entzog, wird vom Dresdner Generalstaatsanwalt Schröder – trotz des Vormarschs der SED hatte sich das Justizsystem in der ersten Phase der Sowjetischen Besatzungszone noch nicht in jeder Beziehung verändert– auf der Grundlage der neuen demokratischen Rechtsordnung bewertet. Der Generalstaatsanwalt stellt das Verfahren gegen den Deserteur mit einer Begründung ein, die Gustav Radbruch, der für den Umgang mit dem NS-Recht den Begriff des „gesetzlichen Unrechts“ geprägt hatte, so wiedergibt: „Was damals als Recht gelte, heute nicht mehr gelte. Fahnenflucht aus Hitlers Armee enthalte für unsere Rechtsauffassung keine Verfehlung, die den Flüchtigen entehre und seine Bestrafung rechtfertige; sie gereiche ihm nicht zur Schuld.“<sup>38</sup>

33 Wrobel (Fn. 29), S. 275 m.w.N.

34 Ebd., S. 276 m.w.N.

35 Ebd., S. 277 m.w.N.

36 Wenzlau (Fn. 18), S. 104 Anm. 1.

37 Landgericht Darmstadt, NS-Verbrechen vor Gericht 1945-1955, hrsgg.v. Klaus Moritz/Ernst Noam, Wiesbaden 1978, S. 91 ff.

38 Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: ders., Rechtsphilosophie, Anhang, hrsg. v. Erik Wolf, Stuttgart 1963, S. 347 ff., 352; Christian Meyer-Seitz, Die Verfolgung von NS-Straftaten in der Sowjetischen Besatzungszone, Berlin 1998.



Die gerichtliche Institution, die den Neubeginn der Justiz am deutlichsten markiert, ist der 1948 geschaffene Oberste Gerichtshof der Britischen Zone, der schon personell eine Alternative zur Justiz der NS-Diktatur darstellt. An dem Gerichtshof judizieren unter anderem der Sozialdemokrat Curt Staff, der von den Nazis entlassen und verfolgt wurde, und Ernst Wolff, der aus dem englischen Exil nach Deutschland zurückkehrte. Insgesamt standen die Richter dieses halbvergessenen Gerichts uneingeschränkt auf dem Boden der von den Alliierten erkämpften rechtsstaatlichen Demokratie. Programmatisch hieß es in einer Entscheidung: „Nach der Auffassung aller sittlich empfindenden Menschen wurde (durch) den NS-Staat schweres Unrecht begangen, dessen Bestrafung rechtsstaatliche Pflicht gewesen wäre. Die nachträgliche Heilung solcher Pflichtversummisse ... entspricht der Gerechtigkeit. Das bedeutet auch keine Verletzung der Rechtssicherheit, sondern die Wiederherstellung ihrer Grundlage. Unrechtssicherung ist nicht Aufgabe von Rechtssicherheit.“<sup>39</sup>

Diese Argumentation ist die Grundlage für eine ganze Reihe von Urteilen. In einem Urteil gegen einen Marinekriegsgerichtsrat, der einen U-Boot-Kommandanten wegen der Entfernung eines Hitlerbilds aus der Messe und kritischer Äußerungen zur Kriegspropaganda zum Tode verurteilt hatte, wurde die Rechtsgültigkeit des Todesurteils verneint, weil es durch das Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen Geschehen und dem Todesurteil Ausdruck der nationalsozialistischen Willkürherrschaft war. Entsprechend wurde der Marinekriegsgerichtsrat wegen der Praktizierung von NS-Terrorrecht verurteilt.<sup>40</sup>

## VII.

Der Bruch mit dem nationalsozialistischen Justizsystem war jedoch während der Besatzungsherrschaft, ungeachtet der eindeutigen Festlegungen der Kontrollratsgesetzgebung, keineswegs vollkommen. Schon früh bildeten sich – wohl noch als Minderheitsströmung – personelle Kontinuitäten aus, die in bestimmten Fällen mit der Neulegitimation des NS-Rechts einhergingen.

Während in der amerikanischen, der sowjetischen und der französischen Besatzungszone noch 1946 die strikte, in der Kontrollratsgesetzgebung niedergelegte Regel galt, frühere NSDAP-Mitglieder vom Justizdienst a limine auszuschließen, ging die britische Besatzungsmacht einen eigenen Weg. Abgesichert durch eine Ausnahmeregelung des Kontrollrats, die wohl aus der Übertragung von Erfahrungen der britischen Kolonialpolitik und ihrer Kooperation mit einheimischen Führungsschichten beruhte, wurde der Justizapparat sukzessiv für ehemalige NSDAP-Mitglieder geöffnet. Einen erheblichen Einfluss auf die Personalentscheidungen der Briten hatten die neu ernannten Chefpräsidenten, die der NSDAP nicht angehört hatten, sich aber den rechtsstaatlich-demokratischen Gedanken des Neuanfangs nur begrenzt zu eigen machten. Dafür brachten sie für ehemalige NS-Juristen um so mehr Verständnis auf. Während der Präsident des Hamburger OLG, Kiesselbach, behauptete, dass die auf die Beseitigung der Freiheitsrechte gegründete Machtergreifung der Nazis mit der demokratischen Revolution der Vereinigten Staaten im Jahre 1776 vergleichbar sei, kritisierte der Präsident des OLG Celle, v. Hodenberg, in Übereinstimmung mit den Verteidigern in den Nürnberger Prozessen, den Tatbestand des durch staatliche Norm-

39 OGHSt 1, 4f.; zur Rolle des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone vgl. Ulrike Homann, Die verleugnete Alternative. Der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone, Recht und Politik H. 4/2001, 210 ff.

40 OGHSt, Justiz und NS-Verbrechen, Bd.10, hrsg.v. Christiaan Frederic Rüter, Amsterdam 1968, S. 515.

setzung verwirklichten Verbrechens gegen die Menschlichkeit des Kontrollratsgesetzes Nr. 10, obgleich es ermöglichte, Straftaten des NS-Staats wie die Morde in der Reichspogromnacht, denen das Regime Sanktionsfreiheit zusicherte, zu ahnden.<sup>41</sup> Auf der Basis derartiger, rechtsstaatsferner Vorstellungen konnte sich bei diesen Chefpräsidenten kein wirklich kritisches Bewusstsein gegenüber den einstigen NS-Juristen ausbilden.

Die Inkorporation bestimmter Gruppen von NS-Juristen durch die britische Besatzungsmacht, die Ende Oktober 1945 mit der Einführung der sog. Huckepack-Klausel begann, der zufolge für einen Unbelasteten jeweils ein Belasteter in den Justizdienst zurückkehren konnte, wurde schon Mitte 1946 so ausgeweitet, dass sämtliche NSDAP-Mitglieder ein grundsätzliches Rückkehrrecht in die Justiz bekamen. Ein leitender Vertreter der britischen Justizadministration sprach am 21. Oktober 1948 „vom Wiedereinströmen von Nazis in die deutsche Richterschaft und in den Justizdienst“. Tatsächlich waren 1948 in der britischen Zone die leitenden Posten bis zu 30 % mit ehemaligen NSDAP-Mitgliedern besetzt. Bei den Landgerichtsräten und Landgerichtsdirektoren stieg der Anteil der früheren NSDAP-Mitglieder auf 80-90 % ... Einen gewichtigen Anteil hatten dabei die früheren Wehrmachtrichter. Sie galten, wie schon erwähnt, in den Augen der britischen Besatzungsmacht als generell unbelastet. Fast 10 % der Richter an den Oberlandesgerichten waren frühere Wehrmachtrichter. Insgesamt war in der britischen Zone „unterhalb der Führungsebene ... der frühere Personalbestand wiederhergestellt.“<sup>42</sup>

Die Auswirkungen der in weitem Maße wiederhergestellten personellen Kontinuität des einstigen nationalsozialistischen Justizapparats können an einer ganz Reihe von Entscheidungen abgelesen werden, die die juristische Machtordnung der NS-Diktatur erneut in Geltung setzen. In einer Entscheidung eines maßgebenden Obergerichts, des OLG Kiel, vom 26. März 1947 wird die Verurteilung eines Fahnenflüchtigen, der von der Wehrmachtsjustiz der NS-Diktatur zum Tode verurteilt wurde und sich der Vollstreckung des Todesurteils entzogen hatte, rechtlich legitimiert. Entgegen der Argumentation der Verteidigung, die die gleiche Position wie der schon erwähnte Generalstaatsanwalt in Sachsen vertrat, „dass Fahnenflucht aus Hitlers Armee angesichts der Verkörperung des Unrechts durch den Hitlerstaat kein Verbrechen war“, löste das OLG den Tatbestand der Fahnenflucht aus dem geschichtlichen und juristischen Zusammenhang der im Dienst der NS-Diktatur stehenden Wehrmachtsjustiz und erklärte, dass das Wehrmachtsgericht, das die Todesstrafe für Fahnenflucht aus der Armee des NS-Regimes verhängte, „lediglich einen allgemeinen Ordnungsgedanken im Einzelfalle“ realisiere. Daher sei das Todesurteil auch nach dem Untergang des Dritten Reichs rechtsgültig. Diese Verkenning der nationalsozialistischen Prägung des Militärrechts und seiner Anwendung, die insbesondere in den exorbitanten Todesurteilen für Fahnenflucht zum Ausdruck kam, fasste Adolf Arndt in die bitter ironische Formel, dass sich der Angeklagte, nach der Logik des Gerichts, seiner Rechtspflicht, sich totschießen zu lassen, entzogen hatte.<sup>43</sup>

41 Wenzlau (Fn. 18), S. 113, 114, 131, 133; Hodo v. Hodenberg, Zur Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 durch deutsche Gerichte, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1947, Sp. 113 ff., Sp. 120; s. dazu Joachim Perels, Die Restauration der Rechtslehre, in: ders., Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“ (Fn. 25), S. 85 f.

42 Wenzlau (Fn. 18), S. 130, 131, 138, 137.

43 OLG Kiel, Urteil v. 26.3.1947, *Süddeutsche Juristenzeitung*, Sp. 323 ff.; Adolf Arndt, Urteilsanmerkung, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1947; vgl. auch Wrobel (Fn. 29), S. 249 f., Sp. 330; Messerschmidt (Fn. 2), S. 173 ff.

Angesichts des widersprüchlichen Umgangs mit dem nationalsozialistischen Justizapparat und den Normen der NS-Diktatur brechen Ende der 40er Jahre – auch in Folge der von einflussreichen Juristen wie Eberhardt Schmidt und Emil Niethammer bestimmten öffentlich wirksamen Sichtweise, der zufolge die NS-Justiz keine eigene Verantwortung für ihre Rolle im Hitler-Regime trug und „nicht die Justiz (des Dritten Reichs), sondern ganz allein der Gesetzgeber (der Diktatur) die Fahne des Rechts verlassen“ habe –<sup>44</sup> im Parlamentarischen Rat fundamentale Differenzen im Blick auf den Umgang mit den Trägern der NS-Justiz aus. Der kurze Konsens der unmittelbaren Nachkriegszeit verschwindet. Übereinstimmend mit den Sprechern der CDU, in der die frühen Positionen von Heinrich v. Brentano nicht mehr vertreten werden, erklärt der spätere Justizminister Thomas Dehler (FDP), dass sich der deutsche Richter im Nationalsozialismus „heroisch ... im Rahmen des Möglichen für das ewige Recht eingesetzt hat“ und dass es daher fragwürdig ist, wenn man „der Justiz aus der Vergangenheit ... mit Misstrauen“ gegenübertritt.<sup>45</sup> Gleichwohl fällt in dieser Zeit der Redaktionsausschuss des Parlamentarischen Rats im Dezember 1948 eine durch Georg August Zinn (SPD), Justizminister des Landes Hessen, herbeigeführte Entscheidung, die den Bruch mit dem Beamten- und Justizapparat der NS-Diktatur verfassungsrechtlich verankerte. In dem Ausschuss wurde beschlossen, in das Grundgesetz eine Bestimmung aufzunehmen, die einen Wiedereinstellungsanspruch der von den Alliierten entlassenen Beamten, zu denen auch Richter und Staatsanwälte des NS-Staats gehörten, definitiv ausschloss.<sup>46</sup>

Diese weitreichende Entscheidung, die etwa 53000 Beamte getroffen und eine andere Entwicklung des Rechtssystems herbeigeführt hätte, wurde jedoch nicht ins Grundgesetz aufgenommen. Nach heftigen politischen Interventionen der Beamtenverbände bei Konrad Adenauer, dem Vorsitzenden des Parlamentarischen Rats, machte der Justizminister von Nordrhein-Westfalen, Sträter (CDU), die inzwischen verbreitete These der grundlegenden Differenz von Justiz und NS-Führung mit den Worten, dass „der deutsche Richter ... im Dritten Reich intakt geblieben ist (und) er nicht vor Hitler kapitulierte (hat),“ zu einer wirksamen politischen Waffe. Sie wurde, im Sinne der Intervention der Beamtenverbände, gegen die Position des Redaktionsausschusses eingesetzt. Am Ende wurde der Art. 131 verabschiedet, der die Übernahme des Beamtenapparats des Hitlerregimes zwar nicht gebietet, aber ermöglicht. Die SPD-Abgeordneten Zinn, Menzel und Katz, die an der Entscheidung des Redaktionsausschusses festhielten, waren in die Minderheit geraten.<sup>47</sup>

Die Durchsetzung der Kontinuität der personellen Trägerschichten der NS-Justiz hatte nicht nur innenpolitische Gründe. Dass sich die weltpolitische Konstellation, auf der 1945/46 der Bruch mit den Funktionseliten des Hitler-Regimes

44 Eberhardt Schmidt, Unabhängigkeit der Rechtspflege, Tagung deutscher Juristen, Bad Godesberg 30.9./1.10.1947. Reden und Vorträge, Hamburg 1947, S. 231; „Der weitüberwiegende Teil der deutschen Richter versah (im Nationalsozialismus J.P.) ..., ohne sich vom rechten Weg ablenken zu lassen, das richterliche Amt auch fernerhin pflichtbewusst im reinen Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit.“ Emil Niethammer, Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, ebd., S. 196.

45 Wrobel (Fn. 29), S. 328, 124 m.w.N.

46 Udo Wengst, Beamtentum zwischen Tradition und Reform. Beamtengesetzgebung in der Gründungsphase der Bundesrepublik Deutschland, 1948–1953, Düsseldorf 1988, S. 60 f.; Wolfgang Langhorst, Beamtentum und Artikel 131 des Grundgesetzes, Frankfurt/M. 1994.

47 Wengst (Fn. 46), S. 60 f.; Lutz Niethammer, Zum Verhältnis von Reform und Rekonstruktion in der US-Zone am Beispiel des öffentlichen Dienstes, in: Die Bundesrepublik Deutschland. Entstehung, Entwicklung, Struktur, hrsgg. v. Wolf-Dieter Narr/Dietrich Thränhardt, Königstein 1979, S. 52; Wrobel (Fn. 29), S. 266 m.w.N.

im wesentlichen Maße beruhte, grundlegend änderte, hatte gravierende Folgen für die schrittweise Rekonstituierung des Staats- und Justizapparats der NS-Diktatur. Der Beginn des Kalten Krieges in der zweiten Hälfte der vierziger Jahre und die mit ihm verbundene West-Ost-Konfrontation führte dazu, dass sich die Stellung der Westalliierten, allen voran der USA, zu den NS-Funktionseleiten in einem längeren, widerspruchsvollen Prozess stark veränderte. Symptomatisch war, dass die meisten der wenige Jahre zuvor von amerikanischen Gerichten verurteilten kriminellen Funktionsträger des Staats- und Wirtschaftsapparats des Dritten Reichs Anfang der 50er Jahre von den USA amnestiert wurden. Aus der Perspektive des Kalten Krieges spielte die einstige politische und rechtliche Auseinandersetzung mit den Funktionseleiten des Hitler-Regimes keinen gewichtigen Rolle mehr. Führende Träger des NS-Regimes – wie der Raketenspezialist Werner von Braun und der auf den Krieg gegen die Sowjetunion spezialisierte Geheimdienstler Reinhard Gehlen oder der im Kampf gegen Kommunisten der Resistance erfahrene Gestapo-Chef von Lyon, Klaus Barbie – wurden von den Vereinigten Staaten weiter verwendet und mit zentralen Aufgaben betraut. So war es kein Wunder, dass die Westalliierten zu der mit Art. 131 GG eröffneten Möglichkeit der Wiederherstellung des Beamtenapparats der NS-Diktatur 1949 keinen Einwand erhoben.

## IX.

Durch die weitgehende Wiederherstellung des Justizapparats des Nationalsozialismus, die sich, wie die inzwischen vorliegende große empirische Untersuchung von Hubert Rottleuthner nachweist, in einer drei Viertel des Gerichtspersonals der NS-Diktatur umfassenden, nahezu 40 % der Richter am Volksgerichtshof einschließenden Kontinuität niederschlägt,<sup>48</sup> trat jene Realität ein, die in der unmittelbaren Nachkriegsperiode angesichts der fessellosen Gewaltförmigkeit der Justiz der Nazi-Diktatur ausgeschlossen werden sollte. Die schon erwähnte Arbeitsgruppe des amerikanischen Außenministeriums zog in ihren 1949 abgeschlossenen Studien aus dem Scheitern der Ausschaltung der staatlichen Träger des Hitler-Regimes eine kritische Schlussfolgerung: Die Beendigung der Entnazifizierung „gefährdet die Demokratisierung Deutschlands und die politische Moral allgemein“, denn es sei „sehr zweifelhaft, ob die Masse der Einzugliederten bereit sei, auf demokratische Art und Weise zu kooperieren.“ Die Gefahr für die politische Moral bestehe darin, „dass die strafrechtliche Verfolgung von nationalsozialistischen Straftätern weitgehend vernachlässigt“ werde.<sup>49</sup>

Diese frühe Analyse, die in der Historie der Bundesrepublik ganz überwiegend der These weicht, dass, wie Hermann Lübke schreibt, „die Erblast nationalsozialistischer Vergangenheit, die diese Republik zu tragen hatte, ihr nicht hinderlich gewesen ist“,<sup>50</sup> wird durch einen Blick auf den Umgang der Justiz der Bundesrepublik mit der NS-Herrschaft bestätigt. Die Justiz hat in ihrer ganz überwiegenden Mehrheit, ungeachtet minoritärer, vom Bundesverfassungsgericht,

48 Hubert Rottleuthner, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, Berlin 2010.

49 Zur Archäologie der Demokratie in Deutschland, Bd. 2: *Analysen politischer Emigranten im amerikanischen Außenministerium 1946-1949*, hrsgg. v. Alfons Söllner, Frankfurt/M. 1986, S. 244, 245, 247.

50 Hermann Lübke, *Der Nationalsozialismus im deutschen Nachkriegsbewusstsein*, Historische Zeitschrift Bd. 236 (1983), 599.

von Generalstaatsanwalt Fritz Bauer und anderen vertretenen Positionen,<sup>51</sup> den juristischen Machtstrukturen des NS-Staats in weitem Maße erneut Gültigkeit verschafft und die Sanktion seiner Mordpraxis systematisch minimiert.<sup>52</sup>

Tatsächlich büßt das Grundgesetz durch die herrschende Rechtsprechung seine Geltungskraft bei der Bewertung von NS-Verbrechen vielfach ein. Wenn das ins Grundgesetz inkorporierte Völkerrecht (Art. 24 GG) – wie die Regelung zum Schutz der Nichtkombattanten – durch die Umdeutung eines Massakers der Wehrmacht mit über tausend Toten im griechischen Kalavrita Dortmunder Staatsanwaltschaft ausgeschaltet wird, wenn dem politischen Widerstand gegen Hitler entgegen der Gesetzgebung der Alliierten von 1946, die nach Art. 139 GG ihre Gültigkeit behält, vom Bundesgerichtshof die Rechtmäßigkeit abgesprochen wird, wenn in einer Entscheidung des Landgerichts Nürnberg die Diskriminierung der Juden, entgegen Art. 3 Abs. 3 GG, Gültigkeit behält und auf der Basis der Nürnberger Gesetze vom rechtswidrigen Geschlechtsverkehr zwischen einem sog. Arier und einem Juden gesprochen wird, läuft der normative Anspruch des Grundgesetzes in Leere.<sup>53</sup>

Sobald NS-Täter, zumal Mitglieder der SS, die in der Übereinstimmung mit ihrer nationalsozialistischen Weltanschauung Mordbefehle erlassen und eigenhändig töten, nicht als Täter, sondern ganz überwiegend als Gehilfen, die die Tat vorgeblich nicht als eigene wollten, qualifiziert werden und zu relativ niedrigen Strafen verurteilt werden, während sog. einfache Kriminelle, die einen Mord begehen, die volle Härte des Gesetzes trifft, wird die Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt. 90 % der Verantwortlichen der mobilen Tötungskommandos, die unter dem Schutz der Wehrmacht vor allem auf dem Gebiet der Sowjetunion hunderttausende Juden ermordeten, werden von der Justiz zu Gehilfen erklärt. So wurde der Leiter der Einsatzgruppe 8, SS-Obersturmbannführer Dr. Otto Bradfisch, der 15.000 Juden töten ließ und selber mitschoss, vom Landgericht München I als Gehilfe eingestuft, dem vom Gericht, ungeachtet der systematischen Auslöschung der Existenz Schuldloser, zu Feinden erklärten Menschen, eine feindselige Einstellung gegenüber den Juden abgesprochen wird.<sup>54</sup> Eine derartige Judikatur, die die Täterrolle von nationalsozialistischen Gewaltverbrechern auflöst, hat zur Folge, dass, wie die Oberstaatsanwältin Barbara Just-Dahlmann errechnet hat, für einen Toten eine Strafe von 10 Minuten Gefängnis verhängt wurde.<sup>55</sup>

Erst nachdem die Generation der einstigen Richter und Staatsanwälte der nationalsozialistischen Diktatur abgetreten ist, beginnt sich die Achtung des Grundgesetzes im Umgang mit nationalsozialistischen Verbrechen auch in der Justiz durchzusetzen. Das am 11. August 2009 ergangene Urteil des Landgerichts München, das früher ein Exponent der Gehilfenjudikatur zugunsten von NS-Verbrechern war, verurteilte einen für die Tötung von zehn schuldlosen italie-

51 BVerfGE 3, 58 ff.; 6, 132 ff.; Fritz Bauer, Die Humanität der Rechtsordnung, hrsgg.v Joachim Perels/Irmtrud Wojak, Frankfurt/M. 1998, S. 51 ff., 167 ff.; Irmtrud Wojak, Fritz Bauer 1903-1968. Eine Biographie, München 2009, S. 217 ff.

52 Vgl. Michael Greve, Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, Frankfurt/M. 2001; Kerstin Freudiger, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, Tübingen 2002.

53 Eberhard Rondholz, Tausend unbekannte Lidice. Ungesühnte deutsche Kriegsverbrechen auf dem Balkan, Blätter für deutsche und internationale Politik H. 12/1993, 1509 ff., 1512; Perels, Die schrittweise Rechtfertigung der NS-Justiz (Fn. 25), S. 181 ff.; Joachim Perels, Antisemitismus in der Rechtsprechung? Entsorgung der NS-Herrschaft?, Hannover 2004, S. 183 ff., 186 f.

54 Freudiger (Fn. 52), S. 178 ff.; Joachim Perels, Die Aushöhlung des Rechtsstaats durch die Umwandlung von NS-Tätern in Gehilfen, in: ders., Recht und Autoritarismus. Beiträge zur Theorie realer Demokratie, Baden-Baden 2009, S. 86 ff.

55 Barbara Just-Dahlmann/Helmut Just, Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945, Königstein 1988, S. 40 ff., 45.

nischen Zivilisten verantwortlichen Wehrmachtsleutnant der Armee Hitlers, Josef Scheungraber, als Täter und schob die Verantwortung nicht auf den zuständigen Generalfeldmarschall Kesselring ab.<sup>56</sup> Es bleibt zu hoffen, dass diese Linie vom Bundesgerichtshof, der die Umwandlung von Nazi-Tätern in Gehilfen interpretativ vorangetrieben hat,<sup>57</sup> aufgenommen wird.

# Jahrbuch für direkte Demokratie.



Weitere Informationen: [www.nomos-shop.de/13638](http://www.nomos-shop.de/13638)

## Jahrbuch für direkte Demokratie 2010

Herausgegeben von Prof. Dr. Lars P. Feld | Prof. Dr. Peter M. Huber | PD Dr. Otmar Jung | Prof. Dr. Christian Welzel | Prof. Dr. Fabian Wittreck

2011, 429 S., brosch., 59,- €  
ISBN 978-3-8329-6612-6



# Nomos

<sup>56</sup> Süddeutsche Zeitung v. 12.8.2009.

<sup>57</sup> Greve (Fn. 52), S. 171 ff. m.w.N.; Freudiger (Fn. 52), S. 143 ff. m.w.N.