

# Günter Frankenberg / Franz J. Müller Juristische Vergangenheitsbewältigung – Der Volksgerichtshof vorm BGH

## 1. Nachspiel

»The play 's the thing  
Wherein to catch the fancy of the king.«  
W. Shakespeare, Hamlet

»Nach Auffassung des BGH bestehen die Urteile gegen die Weiße Rose zu Recht. Sie gelten noch heute.« – Mit diesen beiden lapidaren Behauptungen, zu lesen im Nachspann des Films »Die weiße Rose«, haben die Autoren, Michael Verhoeven und Mario Krebs, eine Lawine von Erklärungen und Gegenerklärungen, Richtigstellungen und Rechtfertigungen, offiziellen Anfragen und Antworten in den Medien<sup>1</sup> und in der Rechtsöffentlichkeit<sup>2</sup> losgetreten. Das vielstimmige Echo lässt vermuten: Ein Nerv wurde getroffen, ein Stück unbewältigte Vergangenheit wurde gegenwärtig. Die Präzisierung des Nachspans<sup>3</sup> wird die Affaire nicht aus der Welt schaffen. Längst und im Kontext neuerlicher Ermittlungen gegen »NS-Rechtswahrer« geht es um mehr: War die Spruchpraxis der NS-Sondergerichte, vor allem des Volksgerichtshofs *Recht-Sprechung*? Waren und sind die (Todes)Urteile rechtmäßig und gültig? Stehen die politische und rechtliche Verurteilung der »Mörder in der Robe« und die Ehrenrettung ihrer Opfer noch aus? Ist da überhaupt noch etwas für Juristen zu

<sup>1</sup> Pressemitteilung des BGH, in: Südd. Zeitg. v. 12. 10. 1982; Erkl. d. Bayer. Justizministeriums, in: Südd. Zeitg. v. 27. 10. 1982; F. K. Fromme, »Infam«, Kommentar, in: FAZ v. 18. 11. 1982; H. Heigert, Wie Moral zur Verleumdung verdickt, Kommentar, in: Südd. Zeitg. v. 22. 11. 1982; D. Strothmann, Die Dornen der »Weißen Rose«, in: Die Zeit v. 26. 11. 1982; ders., Unter dem Fallbeil der Zeit, in: Die Zeit v. 7. 1. 1983, S. 3; Leserbriefe dazu in: Die Zeit v. 28. 1. 1983, S. 12; W. Fikentscher, Leserbrief, in: FR v. 1. 10. 1982; R. M. W. Kempner, Leserbrief in: Südd. Zeitg. Nr. 265 (1982); Stellungnahme von M. Krebs und M. Verhoeven, »Blutrichter verzehren Pensionen«, in: FR v. 16. 10. 1982; Leserbrief von H. Hitzel (Mitglied der »Weißen Rose«), in: FAZ v. 15. 12. 1982.

<sup>2</sup> W. Fikentscher / R. Koch, Strafrechtliche Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts, in: NJW 1983, S. 12 ff.; U. Reifner, Juristen im Nationalsozialismus, in: ZRP 1983, S. 13 ff.; H. Hillermier, Vom Versagen der Richter gestern und heute, in: KJ 1/1983, S. 54 ff. und H. Weber/C. Engel, JZ 1983, 192 ff.

<sup>3</sup> 1. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs waren die Paragraphen, nach denen Widerstandskämpfer wie die »Weiße Rose« verurteilt wurden, kein Bestandteil des NS-Terrorsystems, sondern geltendes Recht.

2. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs haben Widerstandskämpfer wie die »Weiße Rose« objektiv gegen diese damals geltenden Gesetze verstoßen.

3. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs war ein Richter am Volksgerichtshof, der Widerstandskämpfer wie die »Weiße Rose« verurteilte, diesen damals geltenden Gesetzen unterworfen.

4. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs konnte Widerstandskämpfern wie der »Weißen Rose« dennoch strafrechtlich kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie in der Absicht, ihrem Land zu helfen, gegen diese damals geltenden Gesetze verstoßen haben.

5. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kann aber »einem Richter, der damals einen Widerstandskämpfer in einem einwandfreien Verfahren für überführt erachtete, heute in strafrechtlicher Hinsicht kein Vorwurf gemacht werden, wenn er angesichts der damaligen Gesetze glaubte, ihn zum Tode verurteilen zu müssen«.

6. Bislang haben noch keine Bundesregierung und kein Bundestag sich dazu entschließen können, sämtliche Urteile des Volksgerichtshofs per Gesetz zu annullieren. Michael Verhoeven, Mario Krebs, zit. nach FR v. 25. 11. 1982.

ver- oder beurteilen, zu ver- oder bearbeiten? Wurde die nationalsozialistische Terrorjustiz im wesentlichen rechtsförmig verdrängt und verschwiegen oder diskret »ausgeheilt«?<sup>4</sup>

## II. Aus der Praxis des Volksgerichtshofs

Es tut not, sich zu erinnern: Der Volksgerichtshof (VolksGH) wurde am 24. 4. 1934 durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens eingesetzt.<sup>5</sup> Zunächst als Sondergericht anstelle des RG für Hoch- und Landesverrat (§ 83 StGB) zuständig, wurde der VolksGH 1936 durch Gesetz zum »ordentlichen Gericht« erhoben<sup>6</sup> und seine Zuständigkeit auf weitere politische Straftaten ausgedehnt. Während des Krieges kamen die Fälle der Wehrkraftzersetzung und Feindbegünstigung (§ 91 b StGB, § 5 KStVO) hinzu.<sup>7</sup> Die Senate des VolksGH entschieden jeweils in der Besetzung von fünf Mitgliedern. Der Vorsitzende und ein weiteres Mitglied mußten die Befähigung zum Richteramt besitzen. Die jeweils für fünf Jahre bestellten ehrenamtlichen Beisitzer kamen aus der NSDAP und ihren Gliederungen, aus der Wehrmacht und Polizei; sie waren handverlesene »Führerschöffen«: Voraussetzung für ihre Berufung war ihre Zuverlässigkeit im Sinne der nationalsozialistischen Rechtsauffassung. Deren wesentliches Merkmal war, daß bestehendes Recht nach Maßgabe der Erfordernisse »völkischer Selbsterhaltung« und des »gesunden Volksempfindens« auszulegen, anzuwenden oder zu mißachten war.<sup>8</sup> Von zwingenden Normen des materiellen und des Verfahrensrechts nicht gebändigt,<sup>9</sup> verfügte allein der VolksGH 4951 Hinrichtungen zwischen 1942 und 1945.<sup>10</sup> »Etwa 11 000 Todesurteile fällte in diesem Zeitraum die übrige Justiz im ›Altreich‹. Aus dem angegliederten Teil Polens sind weitere 2316 Todesurteile deutscher Gerichte in diesen drei Jahren erfaßt.«<sup>11</sup> Exemplarisch für die kalte Alltäglichkeit der NS-Terrorjustiz und den bürokratischen Unrechtsvollzug dokumentieren wir nachfolgend ein Todesurteil des VolksGH, eine Kostenrechnung und einen Bericht über die Prozesse gegen die »Weiße Rose«.

<sup>4</sup> So die These von H. Lübbe, Es ist nichts vergessen, aber einiges ausgeheilt – Der Nationalsozialismus im Bewußtsein der deutschen Gegenwart (Abschlußvortrag beim Kongreß zur Erinnerung an die nationalsozialistische Machtergreifung), zit. nach FAZ v. 24. 1. 1983, S. 9. Vgl. dazu H. Dubiel / G. Frankenberg, Entsorgung der Vergangenheit, in: Die Zeit, Nr. 12 vom 18. 3. 1983, S. 44.

<sup>5</sup> Strafrechtsänderungsgesetz, RGBl. I S. 341.

<sup>6</sup> Gesetz vom 18. 4. 1936, RGBl. I S. 369.

<sup>7</sup> Gem. § 5 der Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz (KStVO) i. d. F. vom 1. 11. 1939 (RGBl. I S. 1455 und 2131) und vom 10. 10. 1940 (RGBl. I S. 1162). Vgl. auch VO zur Ergänzung und Veränderung der Zuständigkeitsverordnung vom 29. 1. 1943 (RGBl. I S. 76).

<sup>8</sup> Zu Recht und Justiz im Nationalsozialismus vgl. insbes. J. Staff, Justiz im Dritten Reich 2. Aufl. (Frankfurt, 1978); Johne, Die gleichgeschaltete Justiz (1967); U. Reifner (Hg.), Das Recht des Unrechtsstaates (Frankfurt/New York, 1981); Redaktion der KJ (Hg.), Der Unrechts-Staat, 2. Aufl. (Baden-Baden, 1983); Weinkauf (Hg.), Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus (1968); Boberach (Hg.), Richterbriefe – Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942–1944 (1975). Zur »Rechtsanwendung« s. Nachw. der damals »h. M.« in Anm. 39.

<sup>9</sup> Zur Praxis des VolksGH vgl. W. Wagner, Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat (Stuttgart, 1974); H. Hillermeier, Im Namen des Deutschen Volkes. Todesurteile des Volksgerichtshofs (Darmstadt, 1982).

<sup>10</sup> Informationszentrum Berlin, Stauffenbergstraße: »... für immer ehrlos«. Aus der Praxis des Volksgerichtshofs, Beiträge zum Widerstand Nr. 8, 3. Aufl. (1981), zit. nach U. Reifner, Juristen im Nationalsozialismus, (Anm. 2), S. 13; vgl. auch H. Hillermeier (Anm. 9), S. 35. Zum Vergleich: Im 1. Weltkrieg wurden insgesamt 48 Todesurteile verhängt, T. Rasehorn, Frankf. Hefte 4/1979, 14 (f., 36).

<sup>11</sup> U. Reifner, ebd.; vgl. W. Wagner, in: Weinkauf (Hg.), a. a. O., S. 277, D. Majer, Fremdvölkische im Dritten Reich (1981), S. 790 und G. Weisenborn, Der lautlose Aufstand (Reinbek, 1962), S. 240 f.

**Im Namen des Deutschen Volkes****In der Strafsache gegen**

den Postschaffner Georg Jurkowski aus Berlin-Weißensee, geboren am 31. Juli 1891 in Berlin, zur Zeit in dieser Sache in gerichtlicher Untersuchungshaft, wegen Wehrkraftzersetzung hat der 1. Senat des Volksgerichtshofs auf Grund der Hauptverhandlung vom 14. Oktober 1943, an welcher teilgenommen haben als Richter: Präsident des Volksgerichtshofs Dr. Freisler, Vorsitzender, Kammergerichtsrat Rehse, Gauhauptstellenleiter Bürgermeister Ahmels, Ortsgruppenleiter Kelch, Kreisleiter Reinecke, als Vertreter des Oberrechtsanwalts: Erster Staatsanwalt Domann,

für Recht erkannt:

Georg Jurkowski hat Anfang August in Danzig auf der Straße zersetzung und defaitistische Äußerungen getan, besonders gesagt, mit dem Führer werde es gehen wie mit Mussolini, und im Januar lebe er nicht mehr. Dadurch ist er für immer ehrlos geworden. Er wird als Zerstreuungspropagandist unserer Kriegsfeinde mit dem Tode bestraft.

**Gründe**

Georg Jurkowski ist als Postschaffner im Bahndienst tätig und war als solcher am 3. August mit dem Postbeamten Schönherr aus Berlin, der auch Bahndienst hatte, in Danzig. Gegen 10.30 Uhr wollte er nach Berlin zurückfahren. Um 10 Uhr ging er am Stockturm mit Schönherr in Richtung Bahnhof. Zufällig ging die Volksgenossin Rosemarie Grande hinter ihnen und hörte nun ganz deutlich, wie Jurkowski zu Schönherr sagte, Hermann Göring habe in Italien das sechste Besitztum, er habe sich an fremden Eigentum bercichert. Als sie das hörte, holte sie auf, stellte Jurkowski zur Rede, während Schönherr im Glauben, eine Bekannte rede Jurkowski an, etwas vorging und das Weitere nicht hörte. Volksgenossin Grande sagte zu Jurkowski, er solle seine Äußerungen nicht so herausposaunen, sondern so etwas für sich behalten. Jurkowski antwortete: »Fräulein, Sie werden in zwei Monaten anders darüber denken. Ich kann Ihnen nur sagen, der Duce ist verhaftet, mit Hitler wird es auch nicht anders gehen. Im Januar lebt er nicht mehr.«

Das alles hat die Volksgenossin Rosemarie Grande heute als Zeugin ebenso wie schon vor der Polizei mit größter Bestimmtheit bekundet. Sie macht einen radellosen Eindruck, und der Volksgerichtshof ist überzeugt, daß sie kein Wort zu wenig, so auch kein einziges Wort zuviel ausgesagt hat. (...)

Der Volksgenossin Rosemarie Grande ist ihr entschlossenes und richtiges Einschreiten zu danken. Sie hat damit so gehandelt, wie heute eine deutsche Volksgenossin handeln muß. Sie hat einen gefährlichen defaitistisch zersetzenden Hetzer entlarvt, noch dazu einen, der seinen Eid auf den Führer in so schmählicher Weise gebrochen hat (§ 5 KSSVO, § 91 b StGB).

Wer so handelt, zum Schluß des 4. Kriegsjahres, der zeigt, daß er bar jeder Ehre ist. Zum Schutze unserer inneren Einheit muß er deshalb für immer ehrlos mit dem Tode bestraft werden.

Weil Jurkowski verurteilt ist, muß er auch die Kosten tragen.

gez. Dr. Freisler

Rehse

<sup>12</sup> Az.: 1 J 551/43, 1 L 122/43. Zit. nach der Entscheidung des LG Berlin in der Strafsache gegen den Kammergerichtsrat a. D. Rehse vom 6. 12. 1968. Az.: (500) 3 P (K) Ks 1/67 (37/68), Anlage 3.

2. Kostenrechnung:<sup>13</sup>

REICHSANWALTSCHAFT  
beim Volksgerichtshof  
- Staatsanwaltschaft -  
Geschäftsnummer: 3 J 301/44

Nj 84

**Kostenrechnung**  
in der Strafsache gegen. . . wegen Wehrkraftzersetzung

| Lfd.<br>Nr. | Gegenstand des Kostenansatzes und<br>Hinweis auf die angewandte Vorschrift                          | Wert des<br>Gegenstandes<br>RM | Es sind zu<br>zahlen<br>RM | Rpf |
|-------------|---|--------------------------------|----------------------------|-----|
| 1           | 2   | 3                              | 4                          |     |
|             | Gebühr für Todesstrafe . . . . .  | 300                            | -                          |     |
|             | Postgebühren gem. § 72 GKG . . . . .  | 2                              | 70                         |     |
|             | Geb. für den Rechtsanwalt . . . . .   | 81                             | 60                         |     |
|             | Haftkosten gem. § 72 GKG<br>f. d. Unters.-Haft v. 24.12.43 bis<br>28.3.44 = 96 Tg. à 1,50 . . . . . |                                | 144                        | -   |
|             | f. d. Strafhaft v. 29.3.44 bis 8.5.44<br>= 40 Tg. à 1,50 . . . . .                                  |                                |                            |     |
|             | Kosten der Strafvollstreckung<br>a) Vollstreckung des Urteils . . . . .                             |                                | 158                        | 18  |
|             | Hinzu Porto für Übersendung der<br>Kostenrechnung . . . . .   |                                | -                          | 12  |
|             |   |                                | 686                        | 60  |

## 3. Zum Prozeß gegen die »Weiße Rose«:

Der 1. Senat des VolksGH Berlin tagte am 22. 2. und 19. 4. 1943 unter dem Vorsitz von Freisler in München. Mit dem ersten Prozeß vernichtete er Hans Scholl, den »Kopf« der Weißen Rose, Sophie Scholl und Christoph Probst. Im zweiten Prozeß bewirkte das Schlußwort Kurt Hubers den moralischen Sieg der Angeklagten. In beiden Verfahren gelang es ihm nicht, Überläufer oder Verräter zu schaffen. Um einen Eindruck von der Atmosphäre zu vermitteln, die während der Verhandlungen herrschte, geben wir die Erinnerungen von überlebenden Mitgliedern der »Weißen Rose« wieder:<sup>14</sup>

... Freisler und Beisitzer in Rot, drei »Schöffen« in Braun und Feldgrau, hohe Chargen der Partei und Waffen-SS. Freisler blaß, mit stechenden, kalten Augen, vom Flüstern bis zum Schrei »verhandelnd«. Absolut dominierend. Das Kolloquialgericht zur Staffage degradiert. Keine Frage von dort, keine Bemerkung. Uniformierte Schöffen schlafen zwischendurch. Keiner der Angeklagten hatte den Eindruck, diese Mitrichter über Leben, Tod und Freiheit hätten im Richterzimmer Abwägendes, Überlegendes, gar Widersprechendes zu sagen.

Der Oberrechtsanwalt verbindlich. Mit freundlicher Stimme verlangte er 4 Todesurteile. »Auf Spatzen nicht mit Kanonen schießen«. Deshalb beantragt er für zwei junge Ulmer Abiturienten nur 12 und 10 Jahre Gefängnis ...

... Viel braun vorne, Goldfasane! Deutlich drohendes Raunen von dort, als wir hereingeführt wurden. Zwei Generäle mit ihren Stäben. Zur Abschreckung vom Gericht zitiert? Junge Offiziere, denen offenbar unwohl ist, und die nachmittags teilweise nicht mehr da sind. Hinten Angehörige von uns: geduckt, blaß und verweint.

... »Wenn Sie hier etwas sagen, was mir nicht paßt, lasse ich Sie abführen. Ich komme auch ohne Sie zu einem Urteil«. Freisler erniedrigt die Angeklagten zu Objekten seiner Verhand-

<sup>13</sup> Zit. nach W. Hofer, Der Nationalsozialismus, Dokumente 1933-1945 (Frankfurt, 1957), S. 323.

<sup>14</sup> Der Prozeßbericht stützt sich auf die Erinnerungen von Falk Harnack, Hans Hirzel und Franz J. Müller.

lungsführung, zeigt seine Aversion, Mißachtung, Spott oder Herablassung. Das Wort wird den Inkriminierten abgeschnitten, entzogen, um- oder mißgedeutet. Es gibt keine institutionelle Gegenkraft im Gerichtssaal. Keiner von uns hatte das Gefühl, daß hier eine Gerichtsverhandlung abließ, die Recht suchen und sprechen wollte. Wir kamen, das ist bezeichnend, gar nicht auf den Gedanken, so etwas zu erwarten.

Der 19. 4. hatte etwas gespenstisch Monologisches, Theatralisches.

... »Wir brauchen kein Gesetz hier, Angeklagter Huber! Ich habe gar kein Gesetzbuch bei mir. Das ist nicht nötig.« sprach Freisler, von Prof. Huber auf die Verletzung der Rechte der Angeklagten hingewiesen.

Das Glück entschied, wer in der ersten oder zweiten Verhandlung verurteilt wurde. Dort die Vernichtungsurteile, rasch am gleichen Tag vollzogen, hier die mehr bagatellisierende Linie. Entweder waren die Angeklagten »Volksschädlinge« oder von diesen »verführte Narren«. Kein ehrenhaftes, begründetes, aus dem Gewissen kommendes Argument wurde akzeptiert. Die Launen des Vorsitzenden brachten auch Überraschungen: So wurde Harnack wider alle Erwartung freigesprochen, nachdem der Oberrechtsanwalt noch 5 Jahre Gefängnis gefordert hatte ... Die Geschwister Hirzel, als einzige von ihrem Pflichtverteidiger Dr. Eble gut und riskant verteidigt, kamen sehr glimpflich davon. Freisler sah in Suse Hirzel das »Urbild eines germanischen Mädchens« und im schwer belasteten Bruder Hans einen »jungen Mann aus erbgesunder Familie«. Damit lagen auch die relativ milden Urteile für die ganze Ulmer Gruppe fest. Rassentheorie als Strafmilderungsgrund!

Der General-Vorwurf war immer zu hören: Verbrechen gegen die Volksgemeinschaft. Dagegen gab es keine persönlichen Rechtfertigungsgründe.

... »Heil Hitler! Herr Präsident, hoher Gerichtshof! Da ich erst jetzt Kenntnis von dem Inhalt der Flugblätter erhalten habe, sehe ich mich als deutscher Mensch und Rechtswahrer des Deutschen Volkes außer Stande, ein solch ungeheures Verbrechen zu verteidigen. Ich bitte den hohen Gerichtshof, mich von meiner Verteidigung zu entbinden und die angeführten Gründe zu würdigen«, so Wahlverteidiger Dr. Deppisch. »Ihre Haltung ist ausgezeichnet. Wir haben volles Verständnis für Ihre Einstellung und entbinden Sie von Ihrer Pflicht als Verteidiger«, so Freisler.

Den Anwälten, Parteiaabzeichen an den Roben, wurden die Prozeßakten kurz vor Beginn der Verhandlung übergeben. Einige bekamen Mehrfachverteidigung zugewiesen.

Nach etwa einer Stunde Verhandlung wurden verspätet vier Studentinnen hereingeführt. Freisler verteilte sie auf die anwesenden Anwälte: »Sie können sich in der Mittagspause mit den Akten vertraut machen«. Die Plädoyers enthielten im wesentlichen eine formelle Bitte um Milde, auch »angesichts der schweren Delikte«. Sie waren kurz und völlig wirkungslos.

... Zu Schmorell, der von »Professor« Huber, nach Intervention von Freisler, von »Dr.« Huber sprach: »Ich kenne keinen Professor Huber. Auch keinen Dr. Huber. Ich kenne nur einen Angeklagten Huber. Dieser aber verdient gar nicht, ein Deutscher zu sein. Er ist ein Lump.«

Zu Professor Huber: »Sie machen es sich leicht, Huber. Sie lassen sich hinrichten und für Ihre Familie muß die NSV aufkommen.« Frau Huber saß im Saal ...

Prof. Huber zu Harnack während der Verhandlungspause: »Ist es nicht ein trostloses Bild, dieser sogenannte höchste deutsche Gerichtshof, ist es nicht eine Schande für das deutsche Volks?«

### III. Die Rechtsprechung des BGH zur Verantwortlichkeit der NS-Richter

... ist zunächst zu erörtern, ob das Todesurteil des Volksgerichtshofs zu Recht ergangen ist.«

BGHSt 4, 66/68.

In den ersten Jahren der Nachkriegszeit forderten namhafte Juristen, daß Justizverbrechen der geschilderten Art von deutschen Gerichten abgeurteilt werden sollten, um die Glaubwürdigkeit, Identität und Integrität der Justiz wiederherzustellen.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Vgl. A. Arndts Stellungnahme auf dem Konstanzer Juristentag v. 2.-5. 6. 1947, hrsg. v. Generaljustizdirektorium der Militärverwaltung d. franz. Besatzungsgebiets in Deutschland (Tübingen, 1947), S. 195; weitere Nachw. bei M. Brossat, Siegerjustiz oder strafrechtliche »Selbstreinigung«, in: Vierteljahreshefte f. Zeitgeschichte 4/1981, S. 477 ff.

Hintergrund dieser Forderung war ein leidenschaftlicher Antifaschismus, der sich in einer kompromißlosen Kritik an der nationalsozialistischen »Rechtsordnung« äußerte, die »jeder rechtlichen Gültigkeit entbehrt«.<sup>16</sup> Der von Radbruch eingeführte Begriff des »gesetzlichen Unrechts« implizierte damals:

»Kein Richter kann sich auf ein Gesetz berufen und die Rechtsprechung danach handhaben, auf ein Gesetz, das nicht nur ungerecht, das *verbrecherisch* ist. Wir berufen uns auf die *Menschenrechte*, die über allen geschriebenen Sätzen stehen, auf das unentziehbare, unvordenkliche Recht, das verbrecherischen Befehlen unmenschlicher Tyrannen Geltung versagt. Von diesen Erwägungen ausgehend, glaube ich, daß Richter angeklagt werden müssen, die mit den Geboten der Humanität unvereinbare Urteile gesprochen und wegen Nichtigkeiten auf Todesstrafe erkannt haben.«<sup>17</sup>

Diese Linie der radikalen Absage an die Gültigkeit der NS-Rechtsordnung, die sich auch im Urteil des Nürnberger Juristenprozesses von 1947 findet<sup>18</sup>, wurde im wesentlichen nur vom BVerfG fortgeführt.<sup>19</sup> Die Strafgerichte der Bundesrepublik, an ihrer Spitze der BGH, verfolgten einen anderen Kurs. Angeklagt waren seit 1946 Angehörige der juristischen Profession vor allem wegen Rechtsbeugung, Mord, Totschlag und schwerer Freiheitsberaubung sowie Laienrichter und andere Verfahrensbeteiligte wegen Beihilfe zu den genannten Straftaten. Zu beurteilen waren die Spruchpraxis der Sondergerichte und des VolksGH im je konkreten Fall, die Rechtsgültigkeit der angewandten Bestimmungen des Sonderstrafrechts, die Rechtmäßigkeit der Sondergerichtsbarkeit und Sondergerichtsverfahren sowie generell die normativen Grundlagen der Führerdiktatur. Da die unter Juristen herrschende Meinung frühzeitig den Rechtspositivismus und den auf die Justiz ausgeübten NS-Terror als Hauptursachen für deren »Gleichschaltung« ausgemacht hatte<sup>20</sup>, waren die Bahnen juristischer Vergangenheitsbewältigung vorgezeichnet: Staat, Justiz und einzelne Urteile wurden in einen nationalsozialistischen und einen rechtsstaatlichen Teil zerlegt.<sup>21</sup> Diese Zerlegung gestattete, die (rechtlich folgenlose) *moralische Verurteilung* des Hitler-Regimes mit der (rechtlich folgenschweren) *Übernahme von dessen Legitimitätsbehauptungen* zu verbinden.

In der Rechtsprechung des BGH werden diese beiden Elemente, ob absichtsvoll oder nicht, zu Argumentationsmustern verknüpft, die am Ende stets die strafrechtliche Unverantwortlichkeit der belasteten Richter und Staatsanwälte sicher stellen.

### 1. Amoralität und Legitimität des Unrechts-Staates

»Hitler hatte, wie geschichtlich feststeht, einen unheilvollen, seiner Vorherrschaft dienenden Angriffskrieg entfesselt und Deutschlands geachtete Stellung zerstört. In seinem Machtbereich hatte er bereits lange vorher und erst recht nach dem Kriegsbeginn die Menschenrechte planmäßig mißachtet, schwerste Verbrechen begangen und andere zu solchen verleitet.«<sup>22</sup>

Diese und ähnliche Charakterisierungen des NS-Regimes als »Terror-Regierung«, »Gewaltherrschaft des NS, der seinen das Recht mißachtenden Einfluß auf die Zivil-

<sup>16</sup> So der Oberstaatsanwalt von Sachsen, zit. nach G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: SJZ 1946, 105 ff., 106

<sup>17</sup> Ebd.; vgl. auch Buchwald, *Gerechtes Recht* (Weimar, 1946), S. 5 ff.

<sup>18</sup> Juristenprozeß, hrsg. von P. A. Steiniger/K. Leszczyński (Berlin/DDR, 1969), bes. S. 39 ff., 156 ff., 185.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 3, 58 ff.; 6, 152 ff.; 7, 313; 15, 112 ff.

<sup>20</sup> Nachw. und Kritik bei U. Reifner, *Juristen im Nationalsozialismus*, a. a. O.; zur »Selbstgleichschaltung« der Justiz vgl. H. Wrobel, *Der Deutsche Richterbund im Jahre 1933*, in: KJ 4/1982, S. 323 f.

<sup>21</sup> Nicht nur das BGH, auch der Bundesdisziplinarhof versuchte, durch Zerlegen zu retten, was nicht zu retten war – etwa den rechtsstaatlichen Teil des nationalsozialistischen Hitlergrußes (BDHE 2, 174).

<sup>22</sup> BGHSt 9, 303/306.

und Militärjustiz auszuüben bestrebt war“<sup>22</sup>, hinderten den BGH nicht daran, die formelle Gültigkeit (und Verbindlichkeit) von Rechtsnormen *nicht* nach der Weimarer Verfassung, sondern nach der nationalsozialistischen Staats- und Rechtsauffassung zu bestimmen:

»Die formelle Gültigkeit einer Rechtsnorm – die Frage, ob ein Gesetz oder eine RechtsVO verfassungsmäßig zustande gekommen ist – kann nur nach dem Staatsrecht beurteilt werden, das zur Zeit dieses Zustandekommens gilt oder gegolten hat. Der Prüfung, ob Hitler allein die VO vom 18. 10. 1936 rechtmäßig erlassen konnte, dürfen daher nicht die Grundsätze einer gewaltentrennenden Demokratie – insbesondere nicht die Normen der Weimarer Verfassung oder des Bonner GG – zugrunde gelegt werden, denn der Nationalsozialismus hat die Lehre von der Teilung der Gewalten stets mit Entschiedenheit abgelehnt. Maßgebend können nur die in der nationalsozialistischen Zeit – insbesondere im Jahre 1936 – herrschend gewesenen Anschauungen über die Gesetzesgebungsgewalt und das Zustandekommen von Rechtsnormen sein. Die Heranziehung dieser Anschauungen kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß sie ein geläutertes Rechtsempfinden verletzen, insbesondere natsoz. Lehre entsprechen. Nachdem einmal die Diktatur zur Regierungsform des Deutschen Reiches – ebenso wie anderer Staaten – geworden war, kann den in der Zeit dieser Diktatur gesetzten Rechtsnormen die Gültigkeit nicht deshalb abgesprochen werden, weil die Art ihres Zustandekommens den Grundsätzen einer Diktatur entspricht. Die gegenteilige Auffassung würde zu dem unmöglichen Ergebnis führen, daß *nabreuz* die ganze Gesetzgebung der natsoz. Zeit rechtsunwirksam wäre ( . . . ) Es ist anerkannten Rechtes, daß eine gelungene Revolution neues Verfassungsrecht und neue Gesetzgeber schafft, die neues, formalrechtlich gültiges Recht setzen können. Die durch die Umwälzung geschaffene neue Staatsgewalt muß staatsrechtlich anerkannt werden: die Rechtswidrigkeit ihrer Begründung steht dem nicht entgegen, weil die Rechtmäßigkeit der Begründung kein wesentliches Merkmal der Staatsgewalt ist. Der Staat kann ohne Staatsgewalt nicht bestehen; mit der Beseitigung der alten Gewalt tritt die sich durchsetzende neue Gewalt an ihre Stelle.“<sup>23</sup>

In der Tradition der Verfassungs- und Staatslehre Carl Schmitts bescheinigte der BGH dem »Dritten Reich« staatsrechtliche Legitimität. Aus dem äußeren Erfolg und der realpolitischen Anerkennung der nationalsozialistischen Diktatur folgte deren innere Existenzberechtigung. Als Legitimitätsgrundlage wurde interessanterweise nicht die WRV herangezogen, ja nicht einmal geprüft. Interessanterweise, weil der Große Zivilsenat des BGH unter Berufung auf Art. 129 WRV, gegen die Rechtsprechung des BVerfG, den Fortbestand der »wohlerworbenen Beamtenrechte« behauptete.<sup>24</sup> Den Grundsatz: »*Nackte Gewalt setzt nicht Recht und zerstört auch nicht Recht*. *Ex iniuria non oritur ius.*«<sup>25</sup> bezog der BGH wohl auf die Rechte der Beamten, nicht aber ihre (Rechts-)Pflichten. So konnte er sich – im Unterschied zu einigen Untergerichten<sup>26</sup> – von der nationalsozialistischen Terrorherrschaft distanzieren und dennoch an der Bindung der NS-Richter an die Normen der Diktatur festhalten. Für den BGH waren Führerbefehle also »Gesetze«.

<sup>22</sup> BGHSt 9, 303/307; BGH MDR 52, 694; vgl. auch BGHZ 6, 208/211; 13, 265/297 ff.

<sup>23</sup> BGH (5. Zivilsenat) – NJW 52, 622, 623 (Hervorh. nicht im Orig.); vgl. auch BGHSt 3, 110/113; 4, 66/68; 302/305 und – wenn auch einschränkend – Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Komm. z. GG, Rdhr. 8 zu Art. 123 I. Vgl. dagegen den radikalen Bruch mit der nationalsozialistischen Staatsauffassung in der Rsp. des BVerfG (E 3, 58 ff.; 15, 122 ff.).

<sup>24</sup> Art. 129 WeimVerf, der die wohlerworbenen Beamtenrechte unter Verfassungsschutz stellt . . . ist weder unter dem Nationalsozialismus noch in dem Zeitraum zwischen dem Zusammenbruch und dem Grundgesetz jemals ausdrücklich aufgehoben worden. Er ist allerdings durch die nationalsozialistische Einzelgesetzgebung, die sich verfassungsändernde Kraft zusprach, und vor allem durch die praktisch die Rechtlosigkeit der Beamten herbeiführende nationalsozialistische Verwaltungspraxis häufig durchbrochen worden. Dadurch wurde aber nur sein tatsächlicher Geltungsbereich, und zwar unrechtmäßig, zurückgedrängt und eingeschränkt, nicht aber seine rechtliche Geltung aufgehoben. BGHZ 6, 208/211. Ebenso: BGHZ 13, 265/296 ff. Vgl. hierzu M. Kirn, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? (Berlin, 1972).

<sup>25</sup> BGHZ 13, 265/298.

<sup>26</sup> Vgl. etwa die freisprechenden Urteile der Schwurgerichte Stuttgart (BGHSt 2, 234), München (BGHSt 3, 271), Ansbach (BGHSt 10, 294) und Berlin (BGH NJW 68, 1339).

## 2. Sonderstrafrecht und Sonderjustiz

Die grundsätzliche Anerkennung nationalsozialistischer Rechtsbefehle als »Gesetz« galt auch für das *Sonderstrafrecht*, schloß aber eine moralische Verurteilung wiederum nicht aus:

»Im Laufe der Jahre waren offenkundige Gewalttaten gegen Juden, gegen ihre Freiheit, ihr Vermögen, gegen Leib und Leben und gegen ihre heiligsten Gefühle ungesühnt geblieben, ohne daß jemand im Ernst auf den Gedanken kommen konnte, diese seien damit als ›Recht‹ anerkannt worden.«<sup>27</sup>

Das politische Sonderstrafrecht, dessen erklärter Zweck war, Oppositionelle, Juden und »Fremdvölkische« auszuschalten und zu liquidieren, wurde für rechtsgültig erklärt, als rechtsgültig unterstellt<sup>28</sup>, oder die grundsätzliche Frage der Gültigkeit wurde ausgeklammert –

»Die weitere schwierige Frage, inwieweit eine Terrorregierung überhaupt von Rechts wegen strafrechtliche Mittel anwenden darf, kann daher hier beiseite bleiben.«<sup>29</sup> –

oder aber die Gültigkeit einer Norm wurde nur soweit in Frage gestellt, als sie den überpositiven »Kernbereich« unantastbarer Rechtsgrundsätze verletzte:

»Die Freiheit eines Staates, für seinen Bereich zu bestimmen, was Recht und was Unrecht sein soll, mag noch so weit bemessen sein, sie ist doch nicht unbeschränkt. Im Bewußtsein aller zivilisierten Völker besteht bei allen Unterschieden, die die nationalen Rechtsordnungen im einzelnen aufweisen, ein gewisser Kernbereich des Rechts, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner anderen obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden darf. Er umfaßt bestimmte als unantastbar angesehene Grundsätze des menschlichen Verhaltens, die sich bei allen Kulturvölkern auf dem Boden übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der Zeit herausgebildet haben und die als rechtsverbindlich gelten, gleichgültig, ob einzelne Vorschriften nationaler Rechtsordnungen es zu gestatten scheinen, sie zu mißachten.«<sup>30</sup>

Die »Kernbereichs«-Theorie des BGH enthält insofern einen »richtigen Kern«, als sie die Gültigkeit nationalsozialistischer Rechtsnormen nicht allein von der Veröffentlichung im Reichsgesetzblatt abhängig macht; zugleich aber ersetzt sie den positiven Prüfungsmaßstab – die Weimarer Verfassung – und lenkt die juristische Auseinandersetzung mit dem NS-Recht auf den Widerspruch zwischen Naturrecht und Sittlichkeit einerseits und staatlichem Gesetz andererseits ab,<sup>31</sup> ohne der unbequemen, aber erhellenden Frage nachzugehen, was denn die Geltungsvoraussetzungen und Gültigkeitsbedingungen eines rechtsgültigen staatlichen Gesetzes sind:

»Genügt es für den Rechtsbegriff des staatlichen Gesetzes, daß eine Anordnung im äußeren Gewande eines Gesetzes ergeht und eine politische Macht dahinter steht, die ihre Identität mit den Staat behauptet und ihren Willen mit bewaffneter Zwang durchzusetzen entschlossen und in der Reichweite des Terrors auch fähig ist? Mit anderen Worten: Hatte der Staat damals eine Rechtsverfassung? Welche? Wer war Gesetzgeber? Würde man den Anspruch der nationalsozialistischen Machthaber unbesehnen anerkennen, ihre Organisation sei eins mit dem Staat und der Wille des ›Führers‹ sei das Gesetz des Staates, woher will man dann noch die Unterscheidung nehmen, daß dieser allein und ›selbstherrlich‹ den Staatswillen bestimmende und verkör-

<sup>27</sup> BGHSt 2, 234/242; vgl. dazu BGHSt 10, 294/300.

<sup>28</sup> BGHSt 4, 66/68 f. zum Tatbestand der »Wehrkraftzersetzung«; BGHSt 9, 302 zur »Feindbegünstigung« (ehem. § 91 b StGB); BGH MDR 52, 693 zu »Fahnenflucht« (§ 70 MSIGB).

<sup>29</sup> BGHSt 9, 303/307; vgl. auch BGHSt 2, 234/238 zur Rechtsgültigkeit der VO zum Schutz von Volk und Staat vom 28. 2. 1933 (»Rechtsgrundlage« der Judenverschleppungen durch die Gestapo).

<sup>30</sup> BGHSt 2, 234/237; vgl. auch BGH MDR 52, 693.

<sup>31</sup> Folglich kreiste auch die Kritik an der Rsp. des BGH um diesen Widerspruch und zog dem BGH den Vorwurf zu, die Rückprojektion von Normen der Sittlichkeit verstößt (bei Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nationalsozialistischer Gewalttäter und »Gerichtspersonen«) gegen das Verbot rückwirkender Strafgesetze; vgl. Coing, SJZ 47, 61 f.; Schlosser, NJW 60, 943; Begemann, NJW 68, 1361 und Hanack JZ 67, 297 ff. und 319 ff.

pernde ‚Führer‘ daran gebunden geblieben sei, den maßgeblichen und rechtsetzenden Willen in die papierende Form gedruckter und veröffentlichter Paragraphen zu bringen? Wo findet sich noch ein Rechtsgrund dafür, den Willen dieses ‚Führers‘, falls er der Staatswillen gewesen wäre, anders zu bewerten, wenn man ihn im Reichsgesetzblatt nachlesen konnte, als wenn er sich ohne Reichsgesetzblatt bemerkbar mache und durchsetze? Gilt etwa der Satz, der ‚Führer‘ hätte alles gekonnt, nur nicht das Reichsgesetzblatt abschaffen? Gilt dieser tragikomische Satz jedoch nicht, warum waren dann Tötungsbefehle, wenn sie gedruckt wurden, staatliches Gesetz, ungedruckte Tötungsbefehle, wie sie dem Geschehen in den Vernichtungslagern oder bei der ‚Euthanasie‘-Aktion aus derselben Quelle zugrunde lagen, aber nicht?«<sup>32</sup>

Die Beantwortung dieser Fragen hätte eine sorgfältige Überprüfung der Behauptung verlangt, die nationalsozialistische Machtergreifung und -ausübung seien formal legal gewesen, und hätte den BGH gezwungen, die Ersetzung einer Rechtsverfassung durch eine Führerbefehls-Diktatur systematisch zur Kenntnis zu nehmen.<sup>33</sup>

Ebensowenig wie der BGH dem politischen Sonderstrafrecht *generell* die Gültigkeit bestritt, sprach er den Sondergerichten, dem Volksgerichtshof und Standgerichten die Qualität von Organen der Rechtspflege ab. So figurierte der VolksGH, dessen Aufgabe es war, »nicht Recht zu sprechen, sondern die Gegner des Nationalsozialismus zu vernichten« (Reichsanwalt Parrisius), in der Spruchpraxis des BGH als »Kollegialgericht«<sup>34</sup>. Hauptamtliche Richter der Kriegsgerichte waren »Gerichtsherrn«, die »zum mindesten durch die Bestätigung der standesgerichtlichen Urteile richterliche Befugnisse (ausübten)«<sup>35</sup>; »nordienstverpflichtete Angehörige der Geheimen Staatspolizei« (Gestapo) behandelte der BGH als Beamte<sup>36</sup>; der Geheimen Feldpolizei gestand er »rechtmäßiges Handeln« zu<sup>37</sup>. Im Zusammenhang mit Standgerichten, die kurz vor Kriegsende von einem kommandierenden General eines SS-Armeekorps eingesetzt worden waren, befand der BGH:

»Strafsachen nach Art der den Standgerichten vorgelegten gehören zu den Rechssachen.«<sup>38</sup>

Mit Festlegungen dieser Art waren für den BGH alle prinzipiellen Zweifel auch an der Sondergerichtsbarkeit beiseite geschoben. Allerdings nicht ausgeräumt: Durch einen Blick in die einschlägige Fachliteratur der 30er Jahre<sup>39</sup> und in die Akten des Nürnberger Juristenprozesses von 1947 hätte sich der BGH kundig machen können, daß die von ihm behauptete Gesetzesbindung der NS-Justiz und Unabhängigkeit der Richter weder der Praxis noch der herrschenden Ideologie noch dem Selbst- und Berufsverständnis nationalsozialistischer Richter und Sonderrichter entsprachen. Für NS-Rechtswahrer stand vielmehr fest:

– Den Primat des Verfassungsrechts verdrängte der Vorrang des Programms der NSDAP; der »Wille des Führers« stellte »die Geltungsgrundlage unseres gesamten Gesetzesrechts« dar;<sup>40</sup>

<sup>32</sup> A. Arndt, NJW 60, 1140/1141 in seiner Erwiderung auf Schlossers Kritik am BGH (BGHSt 2, 173), a. a. O.

<sup>33</sup> Vgl. F. Neumann, Behemoth – Struktur und Praxis des Nationalsozialismus (Frankfurt, 1977), bes. S. 79 ff., 530, 553 ff.; E. Fraenkel, Der Doppelstaat (Frankfurt, 1974), Teil I; K. D. Bracher, Die deutsche Diktatur (1969), bes. S. 210 ff.

<sup>34</sup> BGH NJW 68, 1339/1340 (Hervorh. nicht im Orig.); vgl. auch BGH NJW 56, 1486/1487.

<sup>35</sup> BGH MDR 52, 693/694; BGHSt 10, 294/297.

<sup>36</sup> BGHSt 5, 105; BGH v. 14. 2. 1952 – 3 StR 517/51.

<sup>37</sup> BGHSt 4, 4/6.

<sup>38</sup> BGHSt 10, 294/302.

<sup>39</sup> Aus der umfangreichen Literatur vgl. nur Carl Schmitt, Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis, in: DR 1933, 201 ff.; Sauer, Rechtsprechung und Regierung zur Frage der Unabhängigkeit des Richters, in: DJ 1935, 181 ff.; Heintzeler, Autoritärer Staat und unabhängiges Richtertum, in: DJ 1934, 1438 ff.; Bung, Worauf stützt der deutsche Richter seine Entscheidung?, in: DRiZ 1935, 269 ff.; Henkel, Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt (1934); E. R. Huber, Die Einheit der Staatsgewalt, in: DJZ 1934, S. 950 ff.; Eichhorn, Bindung des Richters an das Gesetz und neuzeitliche Rechtsfindung, in: DRiZ 1935, 321 ff.; E. Schultze, Aufgaben der Nationalsozialistischen Rechtspolitik, in: DRiZ 1935, 6 ff.

<sup>40</sup> Bung, DRiZ 1935, 269.

- die gesamte Rechtsordnung und Justiz, vor allem das Sonderstrafrecht und die Sondergerichte waren Instrumente zur Durchsetzung der »nationalsozialistischen Weltanschauung« und zur Ausmerzung der politischen, rassischen und »fremdvölkischen« »Feinde der Bewegung« nach Maßgabe des »gesunden Volksempfindens«;<sup>41</sup>
- die Unabhängigkeit des Richters und seine Gesetzesbindung entsprachen der Bindung an den Führerwillen; von rechtsstaatlichen Grundsätzen, wie dem Rückwirkungsverbot und dem Analogieverbot im Strafrecht, von Verfahrensregeln war er weitgehend dispensiert.<sup>42</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die Rede (des BGH, anderer Gerichte und Juristen) von »rechtsgültigem Strafrecht« und »richterlicher Unabhängigkeit« makaber und, aus der Perspektive der Opfer solcher »Rechtspflege«, zynisch.

### 3. Normaler »Gebrauch« versus »Mißbrauch« des Strafrechts

Nachdem der BGH alle grundlegenden Fragen und Zweifel betreffend die nationalsozialistische »Rechtspflege« ausgeklammert hatte, konnte eine ebenso realitätsfremde wie gnadenlose Subsumtionslogik Triumphe feiern: zu prüfen war nur noch die Rechtsanwendung im Einzelfall. Nachträglich grenzte der BGH entgrenzte Tatbestände, wie etwa Feindbegünstigung, auf ihr »berechtigtes Anwendungsbereich«<sup>43</sup> ein; nachträglich schrieb der BGH den NS-Gerichten vor, bei der Anwendung von Bestimmungen, wie etwa der Wehrkraftzersetzung, »bindend festgelegte Grundsätze« zu beachten<sup>44</sup>; nachträglich verbot der BGH dem VolksGH, Tatbestandsmerkmale »im Interesse der damaligen Staatsführung in rechtlich nicht vertretbarer Weise ausdehnend (auszulegen)«<sup>45</sup> und folgerte aus dem »außerordentlich weiten Strafrahmen«, sprich: Todesstrafe, eine Pflicht »zur genauen Abwägung von Schuld und Sühne unter Berücksichtigung der gesamten Umstände«<sup>46</sup>. Statt die gesamte Spruchpraxis des VolksGH – mangels Tatbestandsklarheit der angewendeten Strafnormen, mangels bindender Verfahrensvorschriften, mangels minimaler Garantien für einen fairen Prozeß und eine rechtlich gesicherte Verteidigung – als fortgesetzte Willkür und unheilbares Unrecht verwerfen und den VolksGH als einen Vernichtungsapparat zu charakterisieren, der auch dann nicht *Recht* sprechen konnte, wenn ein Verfahren mit Freispruch endete, erkannte der BGH den VolksGH wie auch die Sondergerichte als Organe der Rechtspflege an und prüfte nur, ob sie *mißbräuchlich* judiziert haben könnten.

Freilich hatte der BGH sehr wohl einen Begriff von der »Möglichkeit staatlich genehmten Unrechts unter Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts«, von der »bewußte(n) Benutzung der Formen des Gerichtsverfahrens zur

<sup>41</sup> »Wie sich die Bewegung Adolf Hitlers die Erhaltung, Sicherung und Aufwärtsentwicklung unserer Volksgemeinschaft zum obersten Ziele gesetzt hat, so muß auch das neue Strafrecht geeignet sein, denselben Zwecken zu dienen. Es muß daher verlangt werden, daß *gemeingefährliche Verbrecher* rücksichtslos *ausgemerzt* werden, daß Handlungen, die eine *geistige Verseuchung* des Volkes herbeizuführen geeignet sind, am *schwersten bestraft* werden, und daß *Angriffe auf den Bestand der Gemeinschaft* nur durch *Ausrottung* des Verbrechers *gesühnt* werden können«, forderte der Reichsgerichtsrat E. Schultze, in: DRiZ 1935, 6 ff., 7. Vgl. auch Bung, a. a. O.; Eichhorn, a. a. O.; Strauß, DRiZ 1935, 8 ff. und weitere Nachw. bei G. Meyer, in: Hillermeier (Anm. 9), S. 115 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Strauß, a. a. O.; Bung, a. a. O.; vgl. auch C. Schmitt, Fünf Leitsätze, a. a. O.

<sup>43</sup> BGHSt 9, 302/303 unter Verweis auf »Beispiele unzweifelhafter gegenständlich-sachlicher Feindbegünstigung« aus der Kommentarliteratur vor 1945, »obgleich sie unter den angeblichen Erfordernissen des ‚totalen‘ Krieges einer Ausweitung der Vorschrift in ideller Beziehung bereits bedenklich Raum geben«.

<sup>44</sup> BGHSt 9, 302/308; vgl. auch BGH MDR 52, 693/694; BGHSt 3, 110.

<sup>45</sup> BGHSt 4, 66/68.

<sup>46</sup> BGHSt 4, 66/69; vgl. auch BGHSt 1, 131; 1, 305/308; BGH MDR 52, 693/694.

Erreichung von Zwecken, die mit Recht und Gerechtigkeit nichts zu tun haben.<sup>47</sup> In einzelnen Fällen kam der BGH zu dem Ergebnis, daß Todesurteile wegen mißbräuchlicher Rechtsanwendung »objektiv rechtswidrig« seien, daß der VolksGH einen Straftatbestand »willkürlich überspannt« und »nur zur Vernichtung eines lauteren Gegners, also zur widerrechtlichen Tötung benutzt«<sup>48</sup> habe, oder daß die Strafe »in einem unerträglichen Mißverhältnis« zu dem begangenen »Unrecht« stehe:

»Die Strafzumessung des Volksgerichtshofs in ihrer übertriebenen Härte entsprach deshalb sachlichen Erwägungen nicht mehr. Sie überstieg jedes vernünftige Maß und überschritt die dem Richter bei der Beurteilung der Straffrage gesetzten Grenzen so sehr, daß der Mißbrauch der Ermessensfreiheit ohne weiteres erkennbar ist. Die Art des Strafens war rechtsfehlerhaft. Sie war zugleich rechtswidrig, weil sie ohne Rücksicht auf die Sachlage, also willkürlich, allein darauf abzielte, durch übermäßige Strenge die politisch Andersdenkenden einzuschüchtern und damit die Herrschaft der damaligen Machthaber zu sichern.«<sup>49</sup>

Das »Übermaß« bestand hier darin, daß der von seinem Bruder bei der Gestapo denunzierte Angeklagte sich während des Krieges wiederholt »absällig über die Staatsführung und ungünstig über die Kriegsaussichten« geäußert hatte, weswegen ihn der VolksGH zum Tode verurteilte. Die juristische Beurteilung von Sachverhalten dieser Art durch den BGH drückt mehr aus als nur »hilflosen Antifaschismus«. Die Bundesrichter zeigen ein irritierendes und die historische Realität verleugnendes Maß an Verständnis für ihre belasteten Kollegen, das mit personellen Kontinuitäten<sup>50</sup> nicht hinreichend erklärt ist. Daß die Richter noch mit der Formel vom »Mißbrauch des Rechts« nur Übertretungen einer im übrigen rechtsgültigen Normalität sanktionieren, verweist auf Kontinuitäten in der judiziellen Realitätssicht und im juristischen Selbst- und Rollenverständnis:

Die Mitwirkung an »objektiv rechtswidrigen« Urteilen, »die Ausnutzung gerichtlicher Formen zur widerrechtlichen Tötung«<sup>51</sup> begründete für den BGH keineswegs die *strafrechtliche Verantwortlichkeit* der verfahrensbeteiligten Richter und Staatsanwälte. Auf den Einzelfall bezogen, klammerte die Feststellung, es sei hier und da objektiv rechtswidrig verfahren oder übermäßig bestraft worden, den systemischen Charakter der Terrorjustiz und die objektive Funktion der Sonderrichter gerade aus. Die moralische und juristische Mißbilligung einzelner Entscheidungen wird für die verfahrensbeteiligten Gerichtspersonen durch das *Richterprivileg* eingegrenzt und entschärft. Anders als Denunzianten, die sich wegen Beihilfe zum Mord und schwerer Freiheitsberaubung zu verantworten haben, und die noch der Vorwurf trifft, sie hätten die Richter unter Entscheidungzwang gesetzt<sup>52</sup>, verfährt der BGH bei Richtern und Laienrichtern strenger, d. h. milder: Der Vorwurf der Rechtsbeugung (§ 336 StGB) trifft sie nur, wenn ihnen *direkter Vorsatz* nachzuweisen ist. Während

<sup>47</sup> BGHSt 2, 234/241. Ein solcher Begriff fehlt Weber/Engel, a. a. O., für die das »Problem der angesprochenen Urteile darin (liegt), daß sie sich auf formal damals geltendes Recht stützen und den hierauf erforderlichen Sachverhalt auch richtig ermittelt haben.« (S. 194).

<sup>48</sup> BGH MDR 52, 693/694.

<sup>49</sup> BGHSt 4, 66/70 – Hervorh. nicht im Orig.; vgl. auch BGH MDR 52, 693/694.

<sup>50</sup> Vgl. dazu J. Feest, *Die Bundesrichter – Herkunft, Karriere und Auswahl der jurist. Elite*, in: W. Zapf (Hrsg.), *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, 2. Aufl. (München, 1965), S. 95 ff.

<sup>51</sup> BGHSt 9, 302/307.

<sup>52</sup> BGHSt 2, 194; 9, 303; 10, 294/300: »Wenn (in Entscheidungen des BGH – d. Verf.), etwa bei heimtückischen Anzeigerätern (»Denunzianten«) geringere Anforderungen an die innere Tatseite gestellt werden, so rechtfertigt sich die hier für richterliche Tätigkeit vertretene strengere Ansicht (zu § 339 StGB) aus der bereits hervorgehobenen Notwendigkeit des Schutzes der richterlichen Unabhängigkeit. Der Richter kann der Entscheidung – im Gegensatz zum Anzeigeräatter oder ähnlichen Fällen – nicht ausweichen, er ist verpflichtet und gezwungen zu entscheiden. Bei Auslegungszweifeln z. B. kann er sich irren; er mußte dann immer mit der Gefahr der Verdächtigung rechnen, er habe mit bedingtem Vorsatz unrichtig entschieden. Gegen diese Gefahr muß er wirksam geschützt werden.« (Hervorh. nicht im Orig.)

dem BGH in zwei unveröffentlichten Entscheidungen<sup>53</sup> »für eine durch richterliche Tätigkeit im Rahmen des § 336 begangene Tötungshandlung bedingter Vorsatz (genügte)«, gab er diese Auffassung »nach nochmaliger Überprüfung« auf:

»Der Richter, der ein Todesurteil fällt, kann sich dadurch nur dann strafbar machen, wenn er das Recht beugt. Dies setzt voraus, daß er bewußte und gewollte Verstöße gegen das Verfahrensrecht oder das sachliche Recht begeht, ohne die es zu keinem Todesurteil gekommen wäre . . . Die gegenteilige, eine strafrechtliche Verantwortung des Richters bei Entscheidung einer Rechssache auch bei fahrlässigen Verstößen gegen das Rechtfordernde Auffassung geriete in unerträglichen Widerspruch zu dem Grundsatz der sachlichen Unabhängigkeit des Richters (Art. 97 I GG; § 1 GVG). Sie wäre bedroht und damit die Rechtspflege gehemmt, ja auf die Dauer lahmgelegt, wenn der Richter befürchten müßte, wegen ungewollter Rechtsverletzungen strafrechtlich belangt werden zu können. Ihm ist der Vorzug, von allen Weisungen und Richtlinien außerhalb des Gesetzes unabhängig zu sein, deswegen verliehen, damit er dem Recht und der Gerechtigkeit und nur ihnen diene. Diese Aufgabe kann er aber nur dann erfüllen, wenn er innerlich frei ist und nicht in der Furcht zu leben braucht, ihm könnten Nachteile aus ungewollter, wenn auch fahrlässig falscher Anwendung der Gesetze erwachsen, vor der auch der beste und gewissenhafteste Richter nicht unter allen Umständen sicher sein kann.«<sup>54</sup>

Das Richterprivileg erstreckte der BGH außer auf § 336 StGB auch auf die Bestrafung aus anderen Vorschriften, wie etwa §§ 211, 212, 239 StGB:

»denn wenn ein Richter wegen eines falschen Urteilsspruchs bei Feststellbarkeit nur bedingten Vorsatzes zwar von der Anklage der Rechtsbeugung freigesprochen, dagegen wegen Tötung oder Freiheitsberaubung verurteilt werden müßte, so wäre das durch § 336 erstrebte Ziel einer Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit nur unvollkommen erreicht«<sup>55</sup>.

Daß Richter hinsichtlich ihrer Tätigkeit einer Haftungsbegrenzung bedürfen, läßt sich nicht bestreiten. Ebenso unstreitig ist, daß nicht jedes Fehlurteil und nicht jeder richterliche Irrtum als Rechtsbeugung gewertet werden darf.<sup>56</sup> Indem der BGH das Haftungsprivileg aber »bis zur subjektiv orientierten Grenze absoluter Bösgläubigkeit« ausdehnte<sup>57</sup> und mit der Unabhängigkeit der Richter begründete, schlug er drei Fliegen mit einer Klappe: Erstens konnte er sich eine rechtstatsächliche Untersuchung der Unabhängigkeit von NS-Richtern ersparen, ja er konnte – wider die Tatsachen – unterstellen, daß die Richter an Sondergerichten unabhängige Richter waren. Zweitens mußte er nicht die objektiven Prämissen und Rahmenbedingungen der Spruchpraxis etwa des VolksGH erwägen und die gängigen Legalitätsbehauptungen testen. Eben das wäre zu tun gewesen, wenn die strafrechtliche Haftungsbeschränkung *objektiv* aus dem Institut des fehlerhaften, aber wirksamen Staatsakts<sup>58</sup> abgeleitet worden wäre. Anstatt die formelle Gültigkeit des NS-Sonderrechts und der Sonderurteile zu behaupten, zu unterstellen oder gar nicht zu prüfen, hätte der BGH dann jeweils fragen und entscheiden müssen, ob sie gar *nichtig* waren und folglich den Bereich ausgeschlossener Haftung überschritten. Drittens konnte der BGH an der moralischen Verurteilung der Terrorjustiz bei gleichzeitiger (straf)rechtlicher Entlastung ihrer Mitglieder festhalten. Denn hätte er das Haftungsprivileg der Richter *objektiv* begründet und begrenzt, wäre es unausweichlich gewesen, bei Todesurteilen, die *objektiv* ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit darstellten, die Existenz eines wirksamen Rechtsprechungsaktes zu verneinen.

53 BGH v. 9. 6. 1953 – 1 StR 198/53 und vom 30. 11. 1954 – 1 StR 350/53.

54 BGH MDR 52, 693/695; vgl. BGHSt 5, 100; BGHSt 10, 294/298; BGH NJW 68, 1339/1340.

55 BGHSt 10, 294/298.

56 Vgl. Seebode, *Das Verbrechen der Rechtsbeugung*, 1961; I. Müller, NJW 1980, 2390 ff. m. w. Nachw.

57 Vgl. Begemann, NJW 68, 1361 ff.

58 Vgl. dazu Evers DRiZ 55, 189, der zur Rechtfertigung auf die Rechtkraft von Urteilen verweist, und Begemann, a. a. O.

Diese Konsequenz drängt sich auf, wenn man die Kernbereichstheorie des BGH beim Wort nimmt: »Verletzt der Ausspruch der Höchststrafe das Verbot grausamen und übermäßig harten Strafens, das von je ungeschriebener Grundsatz des deutschen Strafrechts war«<sup>69</sup> und zum »Kernbereich unantastbarer Rechtsgrundsätze« gehört, so dürfte das als ein Mangel zu werten sein, der einem Urteil *jede äußere Rechtswirksamkeit* nimmt. Damit fehlt auch ex tunc die Grundlage, die strafrechtliche Haftung der verantwortlichen Richter auszuschließen. Kritiker der Kernbereichslehre haben diese Konsequenz frühzeitig erkannt und davor gewarnt, die Verletzung übergesetzlichen Rechts strafrechtlich zu ahnden.<sup>70</sup> Ihre Sorge, das Haftungsprivileg könne Schaden nehmen, erwies sich als unbegründet. Von einem »Kernbereich des Rechts, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner anderen obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden darf«, sprach der BGH zunächst im Hinblick auf die vom RSHA angeordnete Verschleppung und Vernichtung von Juden.<sup>71</sup> Im Zusammenhang mit einer richterlichen Tätigkeit blieb die Kernbereichslehre folgenlos; bedeutsam war sie allenfalls für die Feststellung des objektiven Tatbestands, wie in der Entscheidung, die das Todesurteil des VolksGH gegen den Geistlichen Dr. Metzger behandelte:

»Der Mißbrauch des § 91b StGB durch den Volksgerichtshof gegen Dr. M. hat daher mit Rechtsprechung nichts zu tun. Er ist nur eine Ausnutzung gerichtlicher Formen zur widerrechtlichen Tötung. Folgerichtig weitergedacht, erfaßt eine derartige „Rechtsanwendung“ alle Menschen, die nicht jede Gelegenheit wahrnehmen, das Gewaltregime zu fördern, sondern die es statt dessen beim Namen nennen. Sie dient dann nur noch der Vernichtung des politischen Gegners und verletzt den unantastbaren rechtlichen Kernbereich. Gerade dadurch enthüllt eine derartige „Rechtsprechung“ ihr wahres Wesen als Terrorinstrument. Das Todesurteil des Volksgerichtshofs zeigt dies deutlich. Die Urteilsbegründung bemüht sich weder um die Eigenart des Falles M. noch um Rechtsanwendung. Sie geht schlechthin von der Todeswürdigkeit derartiger geistiger Gegnerschaft und von ihrer eigenen Macht aus.«<sup>72</sup>

Die Verletzung des »Kernbereichs« ließ die subjektive Tatseite unberührt. Die Verurteilung des an mehr als 230 Todesurteilen und auch an diesem Todesurteil beteiligten berufsrichterlichen Beisitzers des Volksgerichtshofs, Rehse, wegen Beihilfe zum Mord in sieben Fällen wurde vom BGH aufgehoben und zur erneuten Verhandlung an das LG Berlin zurückverwiesen. Das Haftungsprivileg wurde durch eine Täterschaftskonstruktion zusätzlich abgesichert:

»Als Mitglied eines Kollegialgerichts war der Angeklagte bei der Abstimmung nach dem auch damals geltenden Recht unabhängig, gleichberechtigt, nur dem Gesetz unterworfen und seinem Gewissen verantwortlich. Seine Pflicht forderte, allein der eigenen Rechtsüberzeugung zu folgen. Das konnte ihm kein anderer, auch kein Vorsitzender von der Art Freislers, abnehmen. Falls also der Angeklagte bewußt gegen seine richterliche Überzeugung von der Rechtslage für ein Todesurteil stimmte, so leistete er einen höchstpersönlichen Beitrag und konnte, wenn das Urteil rechtswidrig war, nur Täter, nicht Gehilfe eines Tötungsverbrechens sein.

Daraus folgt für die innere Tatseite, daß der Angeklagte nur noch bestraft werden kann, wenn er selbst aus niedrigen Beweggründen für die Todesstrafe stimmte.«<sup>73</sup>

Rehse wurde daraufhin vom LG Berlin freigesprochen.<sup>74</sup> (Vor der Behandlung der von der Staatsanwaltschaft eingelegten Revision, die ausdrücklich die These bestritt,

<sup>69</sup> BGH MDR 52, 693/694; BGHSt 2, 173, 3, 111; 10, 294.

<sup>70</sup> Vgl. insbesondere Schlosser NJW 60, 943 ff. und G. Schultz, MDR 52, 695 f. unter Berufung auf Coing, SJZ 47, 61 ff. und Radbruch, SJZ 46, 108; vgl. auch Leverenz, DRiZ 60, 169 ff.

<sup>71</sup> BGHSt 2, 234/237.

<sup>72</sup> BGHSt 9, 302/307.

<sup>73</sup> BGH NJW 68, 1339/1340. Vgl. die kritische Anmerkung von Steinebner, NJW 68, 1790 f.

<sup>74</sup> In dem Urteil v. 6. 12. 1968 – (500) 3 P (K) Ks 1/67 (27/68) heißt es u. a. hinsichtlich des Todesurteils gegen den Geistlichen Dr. Metzger: »Das Schwurgericht kann nicht widerlegen, daß sich der Angeklagte (Rehse – d. Verf.) allein von diesen Erwägungen („schwerwiegende Gefährdung der Sicherheit des Reiches“ und Vorrang der „Generalprävention“ – d. Verf.) bestimmen ließ, weil sie aus der Sicht des Jahres 1943 einfaßbar und verständlich sind.« (S. 28) – Hervorh. nicht im Orig.

der VolksGH sei ein ordentliches Gericht gewesen, verstarb der Angeklagte.) In ungewöhnlicher Schärfe kritisierte der Berliner Generalstaatsanwalt Günther: »Dieser Freispruch vollzieht voller Verständnis für die aus damaliger Sicht angeblich zu entschuldigende Praxis des Volksgerichtshofs, die inkriminierten Todesurteile, an denen Rehse als Beisitzer beteiligt war, geradezu gedanklich nach.«<sup>65</sup> Für seine Täterschaftskonstruktion bemühte der BGH die Fiktion richterlicher Unabhängigkeit, obwohl er zehn Jahre zuvor deren »Aushöhlung . . . durch ›Justizlenkung‹ von innen und planmäßigen Druck von außen« konstatiert hatte.<sup>66</sup> Der BGH stützte seine Argumentation formal auf § 1 GVG, der *de facto* und durch Reichstagsbeschuß vom 16. 4. 1942 auch legislatorisch aufgehoben war. Insbesondere nahm der BGH von der Entscheidungspraxis des VolksGH unter dem Vorsitz und der *absoluten* Verfahrensherrschaft von Freisler und der Abhängigkeit seiner Beisitzer keine Notiz. Auch im freisprechenden Urteil des LG Berlin blieben Feststellungen wie die folgende unbeachtlich:

»(Rehse) mißfielen die Freislerschen Urteilsbegründungen, er sah es jedoch als aussichtslos an, Freisler zu einer Änderung zu bewegen. Wenn ihm dessen Urteilsgründe zur Unterschrift vorgelegt wurden, prüfte er lediglich, ob der angegebene Sachverhalt den Urteilston trug, fügte hin und wieder Kleinigkeiten hinzu und unterschrieb das Urteil. ( . . . ) Auch der Angeklagte (Rehse – d. Verf.) erhob gegen Freislers Vorschläge keinen Widerspruch und stimmte ihnen dadurch zu . . . Aus dem Schweigen der ehrenamtlichen Beisitzer entnahm er, daß sie aus den gleichen Erwägungen mit Freislers Entscheidungsvorschlag einverstanden waren. Es wurde daher in allen Fällen von einer förmlichen Abstimmung über die Schuld- und Straffrage abgesehen.«<sup>67</sup>

Die Rechtfertigungsversuche des BGH, er sei »mit den Urteilen des Volksgerichtshofs gegen die Mitglieder der Weißen Rose nicht befaßt« gewesen und habe »im Verfahren gegen Rehse ein letztes Wort nicht mehr sprechen können«<sup>68</sup>, sind also höchst fragwürdig. Die Feststellung des BGH-Präsidenten Pfeiffer:

»Es ist bedauerlich, daß die Verfolgungsbehörden nach dem Rehse-Urteil resignierten. Das war nicht zwingend.«<sup>69</sup> –

ist zumindest irreführend. Denn das doppelt verstärkte, subjektiv fundierte Richterprivileg bei Rechtsbeugung<sup>70</sup> stellt die Ermittlungsorgane – zumal nach so langer Zeit – vor fast unlösbare Beweisprobleme. Nach Auffassung des BGH, die der höchst fragwürdigen subjektiven Rechtsbeugungstheorie nahe kommt, kann einem Richter, der seinerzeit einen Widerstandskämpfer in einem nach damaligen »Recht« einwandfreien Verfahren für überführt und die Zwecke des Sonderstrafrechts für legitim erachtete und deshalb auf Todesstrafe erkannte, heute strafrechtlich kein Vorwurf gemacht werden. Wegen Rechtsbeugung oder Mord wäre strafrechtlich nur der NS-Richter zu belangen, der offen bekennt, er habe mit Willen und Bewußtsein rechtliche Bestimmungen angewandt und Strafen verhängt, von deren Rechtswidrigkeit er damals überzeugt war. Der erste Satz des ursprünglichen Nachspanns des Films »Die weiße Rose« war also weder »verhängnisvoll« (Fikentscher) noch »infam« (Fromme) noch »verleumderisch« (Heigert), sondern eine zwar juristisch unpräzise, aber politisch und moralisch begründete Reaktion auf die vom BGH zu

65 Zit. nach D. Strothmann, Unter dem Fallbeil der Justiz, in: *Die Zeit* v. 7. 1. 1983, S. 3.

66 BGH I StR 639/58, zit. nach Baur, in: *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1961, S. 306. Vgl. auch I. Müller, a. a. O., S. 294.

67 Urteil des LG Berlin, a. a. O., S. 6, 14 f.

68 Presseerkl. d. BGH, in: *SZ* v. 12. 10. 1982, S. 2; vgl. auch Hillermeier, *KJ* 1/1983, S. 54 ff. und Brief des Richters am BGH, Zulch, an Hans Hirtzel (Mitglied der »Weißen Rose«) vom 25. 11. 1982.

69 Pressegespräch, zit. nach *FR* v. 18. 11. 1982.

70 In bezug auf Richter der DDR hat der BGH das Richterprivileg enger gefaßt. Nach BGH I StR 473/59 (NJW 60/1974) kann »Täter einer Rechtsbeugung auch ein Richter sein, denn es an der verfassungsmäßigen Unabhängigkeit fehlt, weil die politischen Machthaber die Verfassung nicht achten«.

verantwortende *Privilegierung von »NS-Rechtswahrern«* im Vergleich zu Denunzianten und nationalsozialistischen Gewaltverbrechern. Es bleibt das unbestreitbare Verdienst des Films, das fatale Defizit an Selbstreflexion und den Verzicht der Justiz auf »Selbstreinigung« publik gemacht zu haben.

159

#### IV. Zur Gültigkeit der Urteile des Volksgerichtshofs

»Ich bin mir nicht ganz sicher, ob ich Ihre Frage richtig verstanden habe; aber falls ich sie richtig verstanden habe, würde ich sie mit Nein beantworten.«

H. H. Klein (CDU),  
Parlam. Staatssekretär

Fest steht: Der BGH hat einzelne Urteile des VolksGH zwar als mißbräuchliche Rechtsprechung kritisiert, aber aufgehoben hat er keines. Zu prüfen ist, ob sie heute noch gültig sind, wie der Nachspann des Films behauptet. Der Präsident des BGH empfahl dem Gesetzgeber, Freislers Erbe zu bewältigen: »Es stellt sich die Frage, ob sich der Bundesgesetzgeber nicht für eine einheitliche Regelung entschließen sollte. Ich empfehle es.«<sup>71</sup> Nicht für alle Juristen stellt sich diese Frage. Für Fikentscher, dessen Auffassung von der Presse weithin rezipiert wurde, steht fest: »Richtig ist, daß die Urteile (gegen die Mitglieder der ›Weißen Rose‹ – d. Verf.) schon am 28. Mai 1946 aufgehoben wurden, ›ohne daß es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf.«<sup>72</sup> Und im Bundestag erklärte der Parlamentarische Staatssekretär beim Bundesminister der Justiz, H. H. Klein:

»Die Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile ist durch landes- oder zonenrechtliche Vorschriften bereits vor der Entstehung der Bundesrepublik Deutschland geregelt worden.«<sup>73</sup>

Wer hat Recht? Zwei Nichtjuristen, der Präsident des BGH oder die sich soeben herausbildende »herrschende Meinung«? Richtig ist, daß die Kontrollratsgesetze Nr. 1 v. 20. 9. 1945 und Nr. 11 vom 30. 1. 1946 Gesetze und Bestimmungen des StGB aufhoben, die einen »nationalsozialistischen Inhalt« hatten. Dazu gehörten auch die Vorschriften betreffend Hochverrat, Wehrkraftzersetzung und Feindbegünstigung, auf die die meisten Urteile des VolksGH, auch die in den Prozessen gegen die »Weiße Rose« ergangenen, Bezug nahmen – sofern diese überhaupt auf konkrete Tatbestände Bezug nahmen. Art. II Nr. 5 der Proklamation Nr. 3 des Alliierten Kontrollrates vom 20. 10. 1945 legte fest:

»Verurteilungen, die unter dem Hitler-Regime ungerechterweise aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen erfolgten, müssen aufgehoben werden.«<sup>74</sup>

71 BGH-Präsident Pfeiffer, zit. nach FR v. 18. 11. 1982.

72 Leserbrief, in: FAZ v. 18. 10. 1982. Für Fikentscher ist deshalb nicht die Rechtsprechung des BGH, sondern der Schlußtext des Films »Die weiße Rose« »verhängnisvoll«: »Wird der Film dadurch nicht in einem doppelten Sinne tragisch? Bis zum letzten Bild erlebt man die Tragik des deutschen Widerstands, der ein Unrechtsystem bekämpfte und an ihm zugrunde ging. In dem ebenso schockierenden wie falschen Schlußwort kommen die Einstellung eines deutschen Künstlers zum Ausdruck, der wie viele seiner Berufskollegen kein Verhältnis zu einem Rechtssystem findet, das eben jene Freiheit garantiert, von der er und seine Kunst leben, und wofür die Mitglieder der ›Weißen Rose‹ ihr Leben einsetzen. Darin liegt die zweite, die verborgene Tragik dieses Films.«

73 In der Fragestunde des Bundestages betr. die Gültigkeit der Urteile gegen Widerstandskämpfer, 131. Sitzung am 26. 11. 1982, BT-Drucks. 9/2078.

74 Zit. nach Fikentscher/Koch, a. a. O. (Anm. 2), S. 12.

- Für Groß-Berlin verfügte die Alliierte Kommandatur Berlin, daß diskriminierende Nazi-Urteile auf Antrag durch Gerichtsverfahren aufzuheben seien, »sofern festgestellt wird, daß das Urteil, die Entscheidung oder der Beschuß aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen erfolgte.« Wer die Aufhebung beantragte, hatte »den Beweis zu erbringen, daß das Urteil aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen gefällt wurde«<sup>75</sup>.
- Für die sowjetische Besatzungszone verfügte die Sowjetische Militäradministration durch Befehl 228/46 eine umfassende Annulierung von NS-Urteilen in politischen Verfahren.<sup>76</sup>
- In den Besatzungszonen der Westalliierten wurden in Ausführung der Proklamation Nr. 3 unterschiedliche Regelungen getroffen: das »Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege« (für die Amerikanische Zone)<sup>77</sup>, die »Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit« (für die Britische Zone)<sup>78</sup> und die Rechtsanordnung zur »Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege« (für die Französische Zone)<sup>79</sup>. Der Unterschied bestand formal darin, daß NS-Urteile entweder *automatisch* aufgehoben waren oder *auf Antrag* aufgehoben werden konnten oder der Staatsanwaltschaft aufgegeben war, die *Wiederaufnahme von Amts wegen* zu beantragen.<sup>80</sup> Vorreiterfunktion hatte die auf Betreiben des Ministerpräsidenten Hoegner (SPD) zustandekommene Regelung für Bayern und für die US-Zone, die wegen ihrer historischen und aktuellen Bedeutung für die Prozesse gegen die »Weiße Rose« auszugsweise zitiert wird<sup>81</sup>:

»Art. 1

Politische Taten, durch die dem Nationalsozialismus oder Militarismus Widerstand geleistet wurde, sind nicht strafbar.

Straffrei ist insbesondere:

1. wer es unternahm, die nationalsozialistische Gewaltherrschaft zu stürzen oder zu schwächen,
2. wer aus Überzeugung Vorschriften unbeachtet ließ, die überwiegend der Aufrechterhaltung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft oder der totalen Kriegsführung dienten,
3. wer für sein Verhalten allein nach nationalsozialistischer Auffassung zu bestrafen war,
4. wer einen anderen der politischen Bestrafung entziehen wollte.

75 VBl. f. Groß-Berlin, 4. Jg. Nr. 2 v. 8. 1. 1948, S. 10.

76 »Der Annulierung unterliegen Urteile, die von einem beliebigen deutschen Gericht in dem Zeitraum seit dem 30. Januar 1933 gefällt wurden, falls die von Gericht festgestellte Tat aus politischen Motiven begangen wurde und gegen den Hitlerstaat, seine Regierung oder seine Organe, gegen die Armeen, gegen die NSDAP und ihre Gliederungen gerichtet war oder irgendeinen anderen Akt des antifaschistischen Kampfes darstellte.

Es sind auch die Urteile zu annulieren, die auf Grund der nationalsozialistischen diskriminierenden Gesetzgebung nach rassischen, religiösen oder politischen Merkmalen gefällt wurden.«

Amtl. Verlautb. d. SMA, abgedr. in: ABl. Meckl.-Vorp. 1946, S. 89; vgl. auch DRZ 46, 183 und Weiß, Das Gesetz über die Kassation rechtskräftiger Urteile in Strafsachen, in: Neue Justiz 47, 213 f. Voraussetzungen für die Kassation waren eine Verletzung der §§ 337–339 StPO oder eine übermäßige Strafe. Die Kassation war innerhalb der Antragsfrist (= 6 Monate nach Rechtskraft) zu beantragen, in: Neue Justiz 47, 200.

77 Vom Länderrat am 17. 4. 1946 beschlossen und am 9. 9. 1947 zum zoneneinheitlichen Gesetz erklärt (Sammlung der Länderratsgesetze, 1950, Vorwort S. III, 67). Das Gesetz war gleichlautend in allen Ländern der Zone erlassen und verkündet worden; vgl. Bayero GVBl. 1946, S. 180; Bremen GesBl. 1947, S. 84; Hessen GVBl. 1946, S. 136; Württemberg-Baden RegBl. 1946, S. 205. Vgl. SZJ 1946, 17, 45 und 75; SJZ 1947, 285.

78 Vom 3. 6. 1947, erlassen vom Zentraljustizamt, ersetzte die vom OLG-Präsidenten beschlossenen Vorschriften über die Gewährung von Straffreiheit, VOBl. f. d. Brit. Zone 1947, S. 68; vgl. auch Gesetzgebungsübersicht Britische Zone 1947, in: Neue Justiz 1947, 68.

79 Gesetzgebung der Französischen Zone, in: Neue Justiz 1948, S. 31.

80 Vgl. im einzelnen dazu Fikentscher/Koch, a. a. O. mit Nachw. der einschlägigen Bestimmungen. Zur Gesetzgebung der Besatzungsmächte und der Rechtsentwicklung in den Besatzungszonen vgl. außerdem DRZ 1946, bcs. S. 18 ff., 53 ff., 78 ff., 106 ff.; DRZ 1947, 20 ff., 123 ff., 367 ff. und SJZ 1946, 158 ff.

81 Gesetz Nr. 21 zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege v. 8. Mai 1946 (Bay. GVBl. 1946, S. 180).

## Art. 2

Straftaten, die im Sinne des § 1 Ziff. 3 zu bestrafen waren, sind insbesondere Verstöße gegen:

(...)

- b) den § 1 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei vom 20. 12. 1934 (RGBl. I, S. 1269);
- c) den § 2 des Gesetzes zur Gewährleistung des Rechtsfriedens vom 13. 10. 1933 (RGBl. I, S. 723);
- d) das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. 9. 1935 (RGBl. I, S. 1146); (...)

## Art. 9

Straferkenntnisse, welche ausschließlich wegen Verstößes gegen eine der in § 2 bezeichneten Vorschriften ergangen sind, sind durch dieses Gesetz aufgehoben, ohne daß es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf. (...)

Aus den Bestimmungen der Besatzungsmächte und der einzelnen Länder folgern Fikentscher/Koch, daß weder für den BGH noch heute für den Bundesgesetzgeber Nennenswertes zu tun und auch der »Fall« »Weiße Rose« juristisch bewältigt sei: »Da aufgehobene Urteile nicht noch einmal aufgehoben werden können, hätte ein solches Gesetz *lediglich* Bedeutung für das Saarland bezüglich vom Volksgerichtshof verhängter Zeitstrafen, für Baden und Rheinland-Pfalz bezüglich vollstreckter Todesstrafen und Zeitstrafen und für das Gebiet des ehemaligen Württemberg-Hohenzollern bezüglich sämtlicher Strafen, und dies wiederum nur, soweit nicht in den genannten Ländern Anträge auf Wiederaufnahme gestellt worden sind; diese Möglichkeit stand innerhalb der – teilweise vorgeschenen – gesetzlichen Fristen den Opfern, ihren Hinterbliebenen und der Staatsanwaltschaft offen.«<sup>82</sup>

Die Autoren geben die Rechtslage formal korrekt wieder; jedoch erkennen sie die Rechtspraxis nach 1946 und die juristischen und politisch-moralischen Implikationen der NS-Terrorjustiz. Zunächst ist zu bedenken, daß den Betroffenen bzw. ihren Angehörigen Antragsfrist und Antragsverfahren weitgehend unbekannt waren. Nach Aussagen Überlebender der »Weißen Rose«, anderer Widerstandsgruppen und ihrer Angehörigen hatten die Regelungen im chaotischen Nachkriegsdeutschland nicht die etwa heutigen Verhältnissen entsprechende Publizität. Nicht einmal die Gerichte, denen die »Anwendung und Auslegung der Gesetze, auch der durch die Militärregierung erlassenen«<sup>83</sup> oblag, hatten hinreichende Kenntnis der Rechtslage. So beschied im November 1946 der Staatsanwalt beim LG Ulm Hans Hirtzel, dessen Urteil im »Weiße Rose«-Prozeß eben nicht automatisch aufgehoben worden war, eine Aufhebung sei nicht möglich.<sup>84</sup> Das gleiche gilt für ein anderes Mitglied der »Weißen Rose«, auf dessen Anfrage vom 14. 11. 1982 das Justizministerium Baden-Württemberg mutmaßte:

»Da uns das gegen Sie ergangene Urteil des Volksgerichtshofs nicht vorliegt, sehen wir uns nicht in der Lage, eine verbindliche Aussage bezüglich der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Sie betreffenden Volksgerichtshofsurteils zu machen. Vermöglich dürfte es sich bei der Entscheidung vom 19. 4. 1943 jedoch nicht um eine Erkenntnis im Sinne des § 9 des Gesetzes Nr. 29, sondern um eine der in § 4 genannten Entscheidungen handeln, die nur auf Antrag aufhebbar waren. Da die Antragsfrist bereits abgelaufen ist, wäre dann davon auszugehen, daß die Entscheidung nach wie vor gültig ist. Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben.«<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Fikentscher/Koch, a. a. O., S. 15 – Hervorh. nicht im Orig. Vgl. auch Weber/Engel, a. a. O.

<sup>83</sup> Verfg. d. OLG-Präs. Köln v. 28. 2. 1946, zit. nach DRZ 46, 58.

<sup>84</sup> So aber Fikentscher/Koch für die Urteile gegen Mitglieder der »Weißen Rose« in Baden-Württemberg, a. a. O., S. 13.

<sup>85</sup> Schreiben vom 20. 1. 1983 (1402 E – 706/82) unter Bezugnahme auf das Gesetz Nr. 29 zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege vom 31. 5. 1946 und das Gesetz Nr. 952 vom 16. 8. 1949 betreffend die Antragsfristen. § 9 des Gesetzes Nr. 29 läßt die Aufhebung durch

Wenn nicht einmal die zuständigen Justizbehörden hinreichend rechtskundig waren und sind<sup>86</sup>, ist das viel weniger von Laien zu erwarten. Doch kommt es darauf nicht primär an. Die Frage ist vielmehr, ob den Opfern der nationalsozialistischen Vernichtungsjustiz oder den Angehörigen der als »Staatsfeinde« Stigmatisierten Antragsverfahren zuzumuten waren und sind, ob es mit einer lückenhaften, undurchschaubaren juristischen »Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Strafrechtspflege« getan sein kann.

Wenn Juristen sich heute so vehement auf Rechtsakte der Alliierten berufen<sup>87</sup>, muß das nachdenklich stimmen. Zwar trifft es zu, daß die Besatzungsmächte NS-Gesetze aufgehoben, NS-Verbrechen abgeurteilt und in den Anfangsjahren die Justiz »entnazifiziert« haben. Und doch bleibt fragwürdig, ja skandalös, daß sich der BGH über die Beurteilung des NS-Rechts und die Verurteilung der NS-Justizverbrechen durch den Militärgerichtshof der Alliierten und namhafte Juristen in der Frühgeschichte der Bundesrepublik hinwegsetzte: Die Annahme einer *prinzipiellen* Gültigkeit des »Sonderstrafrechts«, der »Sonderjustiz« und der Todesurteile auch gegen Widerstandskämpfer eröffnete der nationalsozialistischen Rechtsfeindlichkeit eine verhängnisvolle Kontinuität. Die *einseitig* subjektiv ausgelegte<sup>88</sup> und mit der richterlichen Unabhängigkeit begründete Privilegierung der »NS-Rechtswahrer« bei Rechtsbeugung ist geeignet, diese Kontinuität zu verstetigen. Was Konservative als »integrative Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus«, als einen Prozeß des Ausheilens hin zur »öffentliche wiederhergestellten Normalität«<sup>89</sup> feiern mögen, entpuppt sich als eine ganz und gar unangemessene Bewältigung der Vergangenheit durch die Justiz. An dem Schicksal des – allerdings reichlich spät, nämlich nach dem Ende der sozialliberalen Ära – eingebrachten Entschließungsantrags der SPD-Bundestagsfraktion<sup>90</sup> zur Nichtigkeit der Entscheidungen des Volksgerichtshofs und der

Gesetz nur für Straferkenntnisse zu, die ausschließlich wegen Verstoßes gegen eine der in § 2 bezeichneten (vgl. dazu o. Art. 2 des Bayer. Gesetzes) Vorschriften ergangen sind. Vgl. dazu auch Fikentscher/Koch, a. a. O., die behaupten, das Urteil sei aufgehoben.

86 Im Schreiben des Hess. Justizministeriums v. 24. 4. 1980, Az.: 1101 E – III/2 – 256/80, an die Angehörigen des wegen Wehrkraftzersetzung verurteilten und hingerichteten H. Kammer (Urteil des VolksGH v. 5. 10. 1943 – J 529/43, 109/43) wurde auf ein nicht einschlägiges Gesetz aus dem Jahre 1946 verwiesen.

87 So zuletzt der Bundesmin. f. Justiz, Engelhard, in einem Schreiben an Robert M. W. Kempner vom 26. 11. 1982 (4021-2-2 II-23 433/82):

»In Ihrem oben bezeichneten Schreiben regen Sie eine Initiative des Bundesgesetzgebers mit dem Ziel einer Nichtigkeitsklärung der Todesurteile des Volksgerichtshofs an. Eines derartigen Gesetzes bedarf es aber nach meiner Ansicht nicht. Durch inhaltlich im wesentlichen gleiche länder- und zonenrechtliche Vorschriften ist die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege bereits vor der Entstehung der Bundesrepublik Deutschland in deren gesamten jetzigen Gebiete geregelt worden. Diese Vorschriften gelten nach Artikel 125 des Grundgesetzes heute als (partielles) Bundesrecht. Die von Ihnen gewünschte bundesrechtliche Regelung ist also vorhanden.«

88 Im Fall eines DDR-Richters war der BGH bereit, vorsätzliche Rechtsbeugung anzunehmen und nicht jede »Rechtsauffassung« unbesezen zu übernehmen: »Der Angekl. ist Volljurist, von dem erwartet werden kann, daß er ein Gefühl dafür hat, ob eine Strafe in unerträglichem Mißverhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters steht.« (NJW 60, 974/975).

89 Vgl. H. Lübbe, a. a. O. (Anm. 4).

90 »Antrag der Abgeordneten ... und der Fraktion der SPD zur Nichtigkeit der Entscheidungen der als »Volksgerichtshof« und »Sondergerichte« bezeichneten Werkzeuge des nationalsozialistischen Unrechtsregimes.

Der Deutsche Bundestag betrachtet die von der als »Volksgerichtshof« bezeichneten Institution ausgesprochenen Entscheidungen als von Anfang an nichtig.

Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf, die sich daraus ergebenen Maßnahmen unverzüglich in die Wege zu leiten und dem Deutschen Bundestag bis zum 31. 12. 1983 einen abschließenden Bericht vorzulegen.

Die Bundesregierung wird weiterhin aufgefordert, in dem vorzulegenden Bericht zur Frage der Nichtigkeit der Entscheidungen aller unter der nationalsozialistischen Herrschaft durch die Verordnungen vom 21. März 1933 und 5. Februar 1936 geschaffenen politischen Sondergerichte Stellung zu nehmen und ebenfalls die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.«

Die Begründung stützt sich auf die Nichtigkeit der Entscheidungen des VolksGH und verlangt eine

Sondergerichte wird sich ablesen lassen, ob die von der Justiz konstruierte Kontinuität durchbrochen werden und ob sich der Gesetzgeber zu einer auch rechtlich wirksamen generellen Ehrenrettung der Opfer des Nationalsozialismus durchringen kann<sup>91</sup>.

163

»rechtstatsächliche Aufarbeitung der Entscheidungspraxis« der Sondergerichte. Zit. nach FR v. 8. 12. 1982. Weber/Engel, s. a. O., geht dieser Antrag zu weit, »weil es möglich erscheint, daß Urteile aus der Anfangszeit des Volksgerichtshofs im Einzelfall keineswegs gegen das ethische Minimum verstossen . . .« (S. 194)

91 Beiläufig könnte der Bundestag damit auch eine irriuierende Pressemeldung widerlegen. Die Südd. Zeitg. berichtete am 7. 1. 1983: »Die deutschen Behörden hatten ihr Desinteresse an (dem Gestapo-Chef) Barbie bekundet, wie in Paris verlautet, unter anderem auch im Hinblick auf die bevorstehenden Bundestagswahlen.« (S. 2)

## EINMALIGE CHANCE

Gesucht:

### **JURIST**

der in zusammenarbeit mit didaktik-experten und evtl psychologen wege sucht nachzuweisen, dass man als student durch die ignoranz des lehrkörpers auf didaktischem und psychologischem gebiet – und die daraus resultierenden negativen folgen für lehrveranstaltungen und prüfungen – in seinen rechten verletzt ist.

### **JURIST**

zur beratung (ggf vertretung) im täglichen ärger gegen hochschulverwaltung und -lehrkörper. Geplant ist eine mehrjährige zusammenarbeit.

Wichtig ist, dass Sie dies nicht als irgendeinen zufallsjob auffassen, sondern als lohnende aufgabe, die auch zu einiger publizität führen könnte. Genuines interesse an der sache wäre also voraussetzung.

Fühlen Sie sich angesprochen, oder kennen Sie geeignete kollegen? Dann höre ich gerne von Ihnen. Über die bezahlung werden wir uns einigen. Zuschriften unter 2530 an Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.