

Susanne Benzler

Justiz und Anstaltsmord nach 1945

Die erste ausführliche Dokumentation der »Euthanasieaktion« des Dritten Reiches (und zugleich des Nürnberger Ärzteprozesses) erschien 1949 unter dem Titel »Wissenschaft ohne Menschlichkeit«.¹ Die Geschichte dieses Buches ist symptomatisch für die Auseinandersetzung mit den Morden an psychisch Kranken nach 1945.²

Der 51. Deutsche Ärztetag beschloß im Oktober 1948 die (auch finanzielle) Unterstützung einer Dokumentation des Nürnberger Ärzteprozesses. Trotz dieses Beschlusses, der die ernsthafte Intention der Ärzteschaft zur Beschäftigung mit ihrem Beitrag zum nationalsozialistischen Unrechtsstaat verdeutlichte, fand sich kein Arzt bereit, die Dokumentation zu erstellen. Ein Privatdozent (A. Mitscherlich) und ein Student (!) (F. Mielke) übernahmen schließlich diese Aufgabe. Die 10000 Exemplare der Schrift, die 1949 an die Ärzte verteilt wurden, riefen keinerlei öffentliche Reaktion – keine Rezension, keine Leserzuschriften – hervor. In den folgenden Jahren schien niemand das Buch zu kennen. Erst 1960 wurde es wieder aufgelegt.

Zwar erschienen in den 60er und 70er Jahren einige Untersuchungen zur »Euthanasieaktion«, im großen und ganzen fand die Auseinandersetzung mit diesem NS-Massenverbrechen jedoch fast ausschließlich im Gerichtssaal statt. An der Argumentation der Gerichtsurteile zum Tatkomplex »Euthanasie« läßt sich unschwer erkennen, daß die juristische Auseinandersetzung mit ihm eine ähnliche Stoßrichtung hatte wie die öffentliche Tabuisierung des Themas: Überwiegend wurden die Täter exkulpiert. Diese Exkulpation durch die Rechtspraxis ordnete sich fast bruchlos ein in die Restaurationsbestrebungen konservativer Rechtslehre, die »die Beteiligung bürgerlicher Funktionsgruppen (Richter[n] und Ärzte[n]) an der Terrorpraxis des NS-Staates in weitem Maße der Ahndung [zu] entziehen«³ suchten.

In den letzten Jahren haben sich vor allem Ernst Klee und die Autoren der Zeitschrift »Beiträge zur nationalsozialistischen Gesundheits- und Sozialpolitik« um die Aufhellung der Geschichte der Anstaltsmorde bemüht.⁴ Eine zusammenhän-

¹ Die Broschüre »Das Diktat der Menschenverachtung« erschien 1947 noch während des Ärzteprozesses und ist ein Vorläufer des genannten Buches.

² Vgl. die Darstellung bei Mitscherlich, A./Mielke, F. (Hg.): *Medizin ohne Menschlichkeit – Dokumente des Nürnberger Ärzteprozesses*, Frankfurt 1978, S. 14 f.

³ Honolka, B.: *Die Kreuzelschreiber – Ärzte ohne Gewissen – Euthanasie im Dritten Reich*, Hamburg 1961; Schmidt, G.: *Selektion in der Heilanstalt 1939–1945* (1965), Frankfurt 1983; Kaul, F. K.: *Nazimordaktion T 4 – Ein Bericht über die erste industriemäßig durchgeführte Mordaktion des Naziregimes*, Berlin (O) 1973 – in der Bundesrepublik erschienen unter dem etwas irreführenden Oberitel: *Die Psychiatrie im Strudel der Euthanasie*, Frankfurt 1979; Schmulh, H. W.: *Rassenhygiene, Nationalsozialismus, Euthanasie. Von der Verhütung zur Vernichtung »lebensunwerten Lebens« 1890–1945*, Göttingen 1987.

⁴ Perels, J.: *Die Restauration der Rechtslehre nach 1945*, in: *KJ* 4/1984, S. 359 ff.; Zitat S. 360 f.

⁵ Klee, E.: »Euthanasie« im NS-Staat – Die »Vernichtung lebensunwerten Lebens«, Frankfurt 1985; ders. (Hg.): *Dokumente zur »Euthanasie«*, Frankfurt 1985; Aly, G. u. a.: *Aussonderung und Tod – Die*

gende Untersuchung zur juristischen Aufarbeitung der »Euthanasieaktion« seit 1945 fehlt jedoch bis heute.⁶

Im folgenden soll die juristische Argumentation der »Euthanasie«-Urteile zwischen 1945 und 1974 dargestellt werden. Die innere Entwicklung der Rechtsprechung vollzog 1947/48 eine Wendung um 180 Grad: von der Ahndung des Anstaltsmords zur weitgehenden Exkulpation der »Euthanasie«-Täter. Dargestellt werden daher im ersten Teil die Rechtsprechung der Jahre 1946/47, die beispielhaft zeigt, mit welchen Argumentationen eine Ahndung der »Euthanasie«-Taten möglich war. Im zweiten Teil werden diejenigen juristischen Theorien analysiert, die zur Exkulpation der Täter dienten.

1. Erste Phase: 1946–1947/48 Verurteilung der »Euthanasie«-Täter

Bis 1933 hatte der Staat im wesentlichen als Garant des Rechts gegolten. Mit dem Machuantritt der Nazis verkörperte er das Unrecht selbst und leitete zur Teilnahme an seinen verbrecherischen Taten an oder vereinfachte ihre Durchführung. Diese veränderte Stellung des Staates im Nationalsozialismus ließ nach 1945 Täterschaft in einem neuen Licht erscheinen: der Täter war nun »gekennzeichnet gerade nicht durch den Widerspruch zu der Idee des damaligen Staates, sondern durch den Einklang mit ihr...«⁷

Wie war die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personen zu beurteilen, die nicht als Außenseiter der Gesellschaft und entgegen staatlichen Normen, sondern mit staatlicher Anleitung und Billigung hunderte, oft tausende Menschen getötet hatten? Die Beantwortung dieser Frage, die das grundsätzliche Verhältnis der Justiz zum Unrechtsstaat des Nationalsozialismus berührt, unterschied sich in der ersten Phase – 1946–1947/8 – grundsätzlich von der der späteren, etwa mit der Gründung der Bundesrepublik beginnenden Phase.

1. Rechtswidrigkeit der »Euthanasieaktion«

Die Massentötungen im Rahmen der »Euthanasieaktion« wurden durch eine Großorganisation in Gang gesetzt, die ihre scheinrechtliche Legitimation durch eine Ermächtigung Hitlers vom Oktober 1939/1.9.1939 zur Tötung »unheilbar Kranker« erfuhr. Da die Befolgung von Gesetzen unter rechtsstaatlichen Verhältnissen die Strafbarkeit in der Regel ausschließt, mußten die Richter der ersten »Euthanasie«-Verfahren zunächst prüfen, ob die »Gnadenrod«-Aktion rechtswidrig war, obwohl sie durch ein Schreiben des damaligen Inhabers der Staatsgewalt, Adolf Hitler, abgesichert schien.

klinische Hinrichtung der Unbrauchbaren (Beiträge zur nationalsozialistischen Gesundheits- und Sozialpolitik 1), Berlin 1985; dies.: Reform und Gewissen – »Euthanasie« im Dienst des Fortschritts (Beiträge zur nationalsozialistischen Gesundheits- und Sozialpolitik 2), Berlin 1985.

⁶ Wichtige Vorarbeiten hierzu sind: Brokmeier, P.: Die Vorstufe der Endlösung – Zum Frankfurter Euthanasieprozeß 1967/68, in: Gewerkschaftliche Monatshefte 21 (1970), S. 28 ff.; Gruchmann, L.: Euthanasie und Justiz im Dritten Reich, in: Vierteljahresshefte für Zeitgeschichte 20 (1972), S. 235 ff.; Kramer, H.: Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS-»Euthanasie«, in: KJ 1/1984, S. 25 ff.; Klee, E.: Was sie taten – was sie wurden. Ärzte, Juristen und andere Beteiligte am Kranken- und Judenmord, Frankfurt 1986; Friedrich, J.: Die kalte Amnestie – NS-Täter in der Bundesrepublik, Frankfurt 1984, S. 179 ff.

⁷ Lange, R.: Anmerkung zu der Entscheidung des KG Berlin vom 24.8.1946, in: DRZ 1947, S. 198 ff.; Zitat S. 200 r. Sp.

Die Rechtsprechung der ersten Jahre, die wesentlich durch die Urteile der Frankfurter und Berliner Gerichte geprägt wurde,⁸ stellte die Rechtswidrigkeit der Ermächtigung vom 1.9.1939 eindeutig fest. Damit erfüllten die Taten, die im Rahmen der »Euthanasieaktion« begangen worden waren, in der Regel den objektiven Tatbestand des § 211 StGB.⁹

Begründet wurde die Rechtswidrigkeit mit »rechtspositivistischen« bzw. formellen und naturrechtlichen bzw. materiellen Argumenten.

Dem Hitlerschen Ermächtigungsschreiben wurde vom OLG Frankfurt bereits aus formellen Gründen jede Rechtsgültigkeit abgesprochen:

»Das Ermächtigungsschreiben Hitlers vom 1.9.1939 war keine gültige Rechtsnorm. Es trägt weder am Kopf des Schreibens noch bei der Unterschrift einen die staatsrechtliche Stellung des Unterzeichneten bezeichnenden Zusatz, noch die Gegenzeichnung eines Ministers, noch ist es veröffentlicht worden. Die im nationalsozialistischen Schrifttum vertretene These, daß jeder Willensäußerung Hitlers Gesetzeskraft zukomme, ist zu keiner Zeit selbst Gesetz geworden. Bis zuletzt blieben auch während der nationalsozialistischen Herrschaft die Gegenzeichnungen durch den zuständigen Minister und die Verkündung im Reichsgesetzblatt Brauch.«¹⁰

Das LG Freiburg verwies auf das StGB, das auch während des Nationalsozialismus Euthanasie im eigentlichen Sinne und Massenmord nicht zuließ:

»Auch unter der Herrschaft des Nationalsozialismus war die Tötung von Geisteskranken als Mord zu beurteilen; vgl. ... Komm. zum StGB 12. Aufl. 1944, Anm. 4 zu § 211 S. 977.«¹¹

Das LG Frankfurt entwickelte demgegenüber – weil es die formelle Rechtswidrigkeit des Hitler-Schreibens wegen der möglicherweise bestehenden »normativen Kraft des Faktischen« nicht zweifelsfrei feststellen wollte¹² – eine naturrechtliche Argumentation, die der Ermächtigung aus materiellen, inhaltlichen Gründen die Legitimation entzog:

»Wenn ... aus Gründen der Rechtssicherheit auch grundsätzlich zugestanden werden muß, daß im *allgemeinen* das Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt als rechtsverbindlich angesehen werden muß, so findet dieser Satz doch *unter allen Umständen* seine äußerste Begrenzung darin, daß die Staatsführung nicht willkürlich bestimmen kann, was Recht oder Unrecht ist. Der Staat ist niemals die alleinige Quelle des Rechtes. Auch er selbst ist dem Recht unterworfen, auch er ist an die ewigen Normen des natürlichen Sittengesetzes gebunden, und verletzt er sie, so entbehrt sein Gesetz der verpflichtenden Kraft für alle Untertanen.

Dieses sogenannte Gesetz Adolf Hitlers verletzte aber das elementarste aller Naturrechtsgüter, das Recht des Individuums auf Leben, das der Staat als Kulturmation nur auf Grund eines Richterspruchs oder im Kriege fordern darf. Es verletzte alle Grundsätze von Sittlichkeit und Menschlichkeit und verleugnete die Errungenschaften einer zweitausendjährigen Kultur. Es verstieß gegen die Grundlehren des Christentums und sprach allem Hohn, was bisher als Recht und Sitte galt. Das Recht auf Leben aber ist ein unentbehrlicher Teil jeder sittlichen Gemeinschaftsordnung. Die sittlich und auch rechtlich verbindliche Kraft der Naturrechtsnorm: »Du sollst nicht töten« ist deshalb so stark, daß sie niemals von der formellen Rechtskraft eines Gesetzes verdrängt werden kann. Dieser Erlaß Hitlers hat somit kein Recht geschaffen, sondern nur das Unrecht in seiner krassesten Form, höchstensfalls zum formell gültigen Rechtssatz erhoben, auf den sich aber wegen seines Unrechtsgehalts niemand berufen kann. Ein Gesetz mit so elementar unsittlichem Inhalt ist immer und unter allen Umständen wegen dieses Inhalts rechtungsunwürdig. Daraus ergibt sich, daß das angebliche Gesetz rechtsunwirksam

⁸ LG Berlin 25.3.1946, abgedruckt in: Rüter, C.F. (Hg.): Justiz und NS-Verbrechen – Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1966, Amsterdam 1968 ff., Bd. I, S. 33 ff. Die folgenden Urteile werden, soweit sie in der o. a. Urteilssammlung aufgeführt sind, mit Bandnr. und Seitenzahl angegeben (z.B.: LG Berlin 25.3.1946, I 33 ff.); KG Berlin 24.8.1946, I 39 ff.; LG Frankfurt 21.12.1946, I 135 ff.; 30.1.1947, I 223 ff.; 9.2.1949, IV 47 ff.; OLG Frankfurt 12.8.1947, I 166 ff.; 16.4.1948, I 262 ff.; 20.10.1948, I 366 ff.; 23.6.1949, IV 71 ff.

⁹ Ich gehe nur auf die Aburteilung nach dem StGB ein, die Aburteilung nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 fand nur in wenigen Ausnahmen statt.

¹⁰ OLG Frankfurt 12.8.1947, I 171.

¹¹ LG Freiburg 16.11.1948, VI 484 ff., Zitat VI 510.

¹² LG Frankfurt 21.12.1946, I 156 und LG Frankfurt 30.1.1947, I 253.

ist und niemals materielle Gesetzeskraft erlangt hat. Die Handlungen der Angeklagten sind deshalb objektiv rechtswidrig.«¹³

Das LG Frankfurt fand mit dieser Argumentation Unterstützung bei Richard Lange, der die »Überordnung der Rechtsidee über die Staatsidee« forderte¹⁴, und Gustav Radbruch, der übergesetzliches Recht über das gesetzliche Unrecht gestellt wissen wollte.¹⁵

Unabhängig davon, welcher Argumentationsvariante die Gerichte zuneigten, das Ergebnis blieb das gleiche:

»Das Ermächtigungsschreiben Hitlers vom 1. 9. 1939 war also keine Rechtsnorm und hatte nicht die Wirkung einer solchen. Es war nichts anderes als ein Freibrief des tatsächlichen Gewalthabers an einen bestimmten Personenkreis, das Verbrechen des Mordes zu begehen; ein Freibrief, der diese Personen kraft der tatsächlichen Macht des Ausstellers de facto, aber nicht de jure vor Strafverfolgung schützte.«¹⁶

Die Abwehr des Hitler-Schreibens vom 1. 9. 1939 als Rechtsgrundlage der »Euthanasieaktion« wurde so zum Paradigma der juristischen Einschätzung dieses Schreibens für die gesamte Rechtspraxis seit 1945.

2. Keine Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe

Gesetzliche und übergesetzliche Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe wurden natürlich schon in den ersten Jahren nach dem Krieg diskutiert – und sämtlich zurückgewiesen.¹⁷

a. Befehl

Auch wenn das Hitler-Schreiben als Dienstbefehl und nicht als Gesetz verstanden wurde, dem manche nordienstverpflichtete Angeklagte nach ihren Angaben nachzukommen hatten, blieb die objektive Rechtswidrigkeit bestehen.

Das KG Berlin hatte einen Befehl als Rechtfertigungsgrund mit einer zweigleisigen Argumentation abgewehrt: Zum einen habe – so der formalrechtliche Gesichtspunkt – in der Anstalt Meseritz, in der im Rahmen der zweiten Phase der »Euthanasieaktion« Tötungen vorgenommen wurden, kein Befehl vorgelegen, zum anderen könne sich ein Angeklagter – so der naturrechtliche Gesichtspunkt – nicht auf ein dem allgemein anerkannten Sittengesetz widersprechenden Befehl berufen.¹⁸

Den folgenden Urteilen genügte das formalrechtliche Argument; im Urteil des LG Frankfurt vom 21. 12. 1946 hieß es:

»Es ist anerkanntes Recht, daß derjenige, der den rechtswidrigen Befehl ausführt, hier also einen Befehl zum Mord, sich nicht mit dem Hinweis, er habe nur auf Befehl gehandelt, von seiner Verantwortung befreien kann. Nach § 7 des Deutschen Beamtengesetzes ist jeder

¹³ LG Frankfurt 21. 12. 1946, I 156.

¹⁴ Lange, R. 1947, a. a. O. (Fn. 7), S. 200, r. Sp.

¹⁵ Radbruch, G.: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1 (1946), S. 105 ff.

¹⁶ OLG Frankfurt 12. 8. 1947, I 175.

¹⁷ Es kann hier selbstverständlich nur die allgemeine Argumentation der Gerichte bezüglich der »Euthanasie«-Taten wiedergegeben werden – der Einzelfall kann von dieser Einschätzung abweichen; dem Angeklagten wird in einem rechtsstaatlichen Verfahren *seine* und nicht eine allgemeine Schuld zugerechnet. Obwohl z. B. die Notstandssituation im allgemeinen für die »Euthanasieaktion« verneint werden muß, könnten Einzelne doch durch Drohungen im Sinne der Notstandsdefinition zur Teilnahme gezwungen worden sein.

¹⁸ KG Berlin 24. 8. 1946, I 42.

Beamte für die Gesetzmäßigkeit seiner Amtshandlungen verantwortlich, und kein Beamter darf Anordnungen befolgen, deren Ausführung eine strafbare Handlung ist.«¹⁹

141

Das OLG Frankfurt sekundierte mit dem MilStGB:

»Blinder Gehorsam gegenüber Befehlen der Vorgesetzten ist in keiner Amtspflicht begründet. Soweit ging nicht einmal die militärische Disziplin.«

Nach § 47 des MilStGB vom 28.6.1872 war ein Untergebener mit der Strafe des Teilnehmers bedroht, der einem Befehl nachkam, der »ein bürgerliches oder militärisches Vergehen bezweckte«.²⁰

b. Zusicherung von Straflosigkeit

Vielen Angeklagten war zugesichert worden, daß sie für ihre Taten nicht zur Verantwortung gezogen werden würden, und es waren ja tatsächlich mit der Juristenkonferenz vom April 1941²¹ Schritte unternommen worden, die eine Strafverfolgung der »Euthanasie«-Tötungen verhinderten.

»Auch [auf die Zusicherung von Straflosigkeit, S.B.] können die Angeklagten sich nach Auffassung des Gerichts nicht mit Erfolg berufen, weil die damalige Staatsführung ihnen nicht von Rechts wegen, sondern lediglich aus ihrer tatsächlichen Machtstellung heraus für die Teilnahme an strafbaren Handlungen Straflosigkeit zusichern konnte. Die Strafbarkeit ihrer Handlungsweise war somit nicht aufgehoben, sondern lediglich in der damaligen Zeit der gerichtlichen Verfolgung entzogen. Strafwürdig war das Verhalten der Angeklagten damals wie heute, und da die Strafverfolgung nach Beseitigung bestimmter tatsächlicher Machtverhältnisse heute möglich ist, können die Angeklagten sie wegen der Strafwürdigkeit ihrer Handlungen nicht mit Erfolg abwehren.«²²

Die Taten der Angeklagten waren also im 3. Reich *de facto* straflos geblieben, aber *de jure* strafbar.

c. Notstand

Die Angeklagten führten vielfach aus, daß sie im Fall einer Weigerung in ein Konzentrationslager eingewiesen worden wären oder mit dem Tod bedroht wurden und damit § 52 oder § 54 StGB (a. F.) erfüllt seien.

Auch dieses Rechtfertigungsvorbringen wurde ihnen widerlegt. Im Einzelfall wurde gezeigt, daß die Anwerbung als »Euthanasietäter« freiwillig erfolgt war.²³ Für die Organisatoren der »Euthanasieaktion« war die Freiwilligkeit sogar ein wichtiges Kriterium der Teilnahme gewesen:

»Denn für eine solche Tätigkeit wollte man auch damals gerade freiwillige Teilnehmer haben und keine dazu gepreßten Leute. Man hat sie offenbar vorher schon sehr sorgfältig ausgesucht, bevor man überhaupt an sie mit einem solchen Ansinnen herantrat. Man wollte von vornherein keine Saboteure in dieser Aktion.«²⁴

Es habe zwar Leib und Leben gefährdende Drohungen gegeben,

»aber es ist zweifelsfrei, daß diese ausschließlich zur Einhaltung der allen auferlegten Schweißpflicht ausgesprochen worden sind.«²⁵

19 LG Frankfurt 21. 12. 1946, I 158.

20 Vgl. OLG Frankfurt 12. 8. 1947, I 176 f.

21 Vgl. die Darstellung bei Kramer, H., a. a. O. (Fn. 6), S. 29 f.

22 LG Frankfurt 21. 12. 1946, I 158.

23 Vgl. dass., I 158 f. und LG Freiburg 16. 11. 1948, VI 519.

24 LG Frankfurt 30. 1. 1947, I 236.

25 LG Frankfurt 21. 12. 1946, I 159.

Die Weigerung, sich an der »Aktion« zu beteiligen, habe zwar Nachteile mit sich bringen können, aber nicht die in den §§ 52 und 54 StGB angedrohten; im Einzelfall wird dies nachgewiesen.²⁶

Das Vorliegen eines Putativnotstands wird ebenfalls verneint, da lediglich der Bruch der Schweigepflicht bedroht war und die Angeklagten nicht schlüssig nachweisen konnten, warum sie diese Drohung mit einer bezüglich der Weigerung zum Mitmachen verwechseln konnten.

»Wenn [der Angeklagte, S. B.] Sprauer in der Hauptverhandlung glauben machen wollte, er habe seinerzeit diese verschiedenen »Drohungen« durcheinandergeworfen ..., so kann das nur als eine reichlich starke Zumutung dem Gericht gegenüber bezeichnet werden.«²⁷

d. Ersetzbarkeit des Täters

Die nationalsozialistischen Mordtaten unterschieden sich von »gewöhnlichen« u. a. dadurch, daß die Täter bei einer individuellen Weigerung relativ sicher damit rechnen konnten, durch einen Nachfolger ersetzt zu werden. Diese Ersetzbarkeit hinderte die Gerichte jedoch nicht daran, den Angeklagten die jeweils eigene Schuld zuzumessen. Das LG Freiburg führte beispielsweise zum Tatbeitrag des Angeklagten Sprauer aus:

»An der Kausalität und dem persönlichen Schuldanteil ändert sich selbstverständlich dadurch nichts, daß Dr. Linden mit Leichtigkeit einen anderen gefunden hätte, der die Sprauer zugefallenen Verlegungsgeschäfte ebenso »gewissenhaft« oder vielleicht sogar noch aktivistischer besorgt hätte; in diesem Falle hätte sich eben an Stelle Sprauers dieser andere heute zu verantworten.«²⁸

e. Fehlendes Unrechtsbewußtsein/Verbotsirrtum

Viele Angeklagte argumentierten in den Gerichtsverfahren als Überzeugungstäter: sie seien Anhänger einer Euthanasie im Sinne einverständlicher Sterbehilfe und hätten das Vernichtungsprogramm so verstanden²⁹, sie seien von dem Tötungsprogramm selbst überzeugt³⁰ oder sie hätten wegen eines Gesetzes an seine Rechtmäßigkeit geglaubt³¹.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts war das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nur dann entscheidend, wenn die Rechtswidrigkeit zum gesetzlichen Tatbestand gehörte – also nicht bei Mord oder Totschlag. Die Gerichte sahen es aber mit Ausnahme der Berliner³² als notwendig an, das Vorliegen eines Schuld-ausschließungsgrundes durch fehlendes Unrechtsbewußtsein zu prüfen, obwohl sie sich sonst vielfach auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts bezogen. Sie reagierten damit auf Überlegungen der juristischen Literatur, die schon in der Weimarer Republik das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für den Vorsatz gefordert hatte.

²⁶ Z. B. LG Freiburg 16. 11. 1948, VI 520.

²⁷ Dass., VI 519. Die Mär vom Befehlsnotstand ist eine bis heute wirksame Schutzbehauptung, die empirisch keinen einzigen Fall zu ihrer Bestätigung anführen kann – für sämtliche NS-Verbrechen nicht, obwohl sich ganze Heerscharen von Verteidigern um diesen Nachweis bemühten, vgl. Rückert, A.: NS-Verbrechen vor Gericht – Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, Heidelberg 1982, S. 282.

²⁸ LG Freiburg 16. 11. 1948, VI 513. Der genannte Dr. Linden war Ministerialrat im Reichsinnenministerium. Sprauer hatte als Ministerialrat im Badischen Innenministerium für die Verlegung badischer Kranker in Tötungsanstalten gesorgt (»Verlegungsgeschäfte«).

²⁹ Vgl. LG Frankfurt 21. 12. 1946, I 140.

³⁰ Vgl. LG Freiburg 16. 11. 1948, VI 523.

³¹ Vgl. OLG Frankfurt 12. 8. 1947, I 175 f.

³² LG Berlin 25. 3. 1946, KG Berlin 24. 8. 1946, a. a. O. (Fn. 8).

Nach der Schließung des Reichsgerichts durch die Alliierten hatte sich die Auffassung der Literatur »überraschend schnell«³³ in der Rechtsprechung durchgesetzt.

Die konsequente Zuordnung des Unrechtsbewußtseins zum Vorsatz ließ jedoch gerade die Überzeugungstäter straffrei, sofern die Abwesenheit des Unrechtsbewußtseins unvermeidlich war. »So bleibt der moralisch tiefstehende Täter wegen einer Tat, die er eben auf Grund seiner sittlichen Fehlorientierung nicht für »Unrecht« im weitesten Sinne hält, strafflos...«³⁴ Es sei aber bei »den Verbrechen und bei den meisten Vergehen das Vorhandensein dieses Bewußtseins in der Regel anzunehmen; ein besonderer Beweis dieses Vorsatzbestandteils wird daher bei diesen Delikten meist nicht erforderlich sein (...).«³⁵

Die Ablehnung eines Schuldausschließungsgrundes wegen fehlenden Unrechtsbewußtseins bei den »Euthanasie«-Tätern durch die Gerichte der ersten Phase erfolgte durch ein formelles und ein materielles Argument.

Den Angeklagten wurde im Einzelfall nachgewiesen, daß sie – trotz ihres Vorbringens des fehlenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit – tatsächlich ein Unrechtsbewußtsein gehabt hatten:

»Der Grauenhaftigkeit dieser Vorgänge [in der Zwischen- und Tötungsanstalt Eichberg, S. B.] entsprach auch voll und ganz die innere Verfassung der Angeklagten während dieser Zeit... Hiernach war ihnen die ganze Aktion »schrecklich« und erschütterte teilweise ihr Seelenleben derart, daß zuweilen Kinder, die getötet worden waren, den Angeklagten Schmidt und Schürg im Traume erschienen. ... Alles dies konnte nach Überzeugung des Gerichts nur dahin gewertet werden, daß sie schweres Unrecht taten.«³⁶

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit müsse sich, so das LG Frankfurt, nicht auf einen bestimmten StGB-Paragraphen beziehen; es genüge »das Gefühl, Unrecht zu tun.«³⁷

Könne dem Angeklagten das Unrechtsbewußtsein im Falle von Tötung jedoch nicht nachgewiesen werden, zeuge dies von einer rechtlich unbeachtlichen Rechtsblindheit. Das Vorbringen von Angeklagten, sie hätten an eine Euthanasie im eigentlichen Sinne geglaubt, wird verworfen:

»Daß der Angeklagte Dr. Schmidt an das Bestehen einer die Tötung gestattenden Rechtsnorm geglaubt hat, könnte ihn – vielleicht – dann entschuldigen, wenn es sich um eine Euthanasie im eigentlichen Sinn gehandelt hätte...

Nicht um eine Hilfe für die unheilbar Kranken, sondern um eine Tötung im Dienste eines zynischen Utilitarismus handelte es sich (...). Dieses aber verstieß in einem solchen Maße wider die Natur des Menschen, wider die Natur des Rechts, entbehrte also so völlig der Rechtsnatur, daß ein wirklicher oder angeblicher Irrtum hierüber nicht beachtet werden kann. Darf und muß schon bei jedem Menschen ein gewisser Grundstock von rechtlichen Vorstellungen vorausgesetzt werden (Kohlrausch-Lange StGB 38. Aufl. Anm. II 8 zu § 59), so kann Rechtsblindheit eines Arztes, dessen Beruf das Heilen, nicht das Töten ist, gegenüber der Heiligkeit und Unverletzlichkeit jedes menschlichen Lebens, auch und gerade des schwächsten, ärmsten und wehrlosen, kein Entschuldigungsgrund sein.«³⁸

Da auch Rechtfertigungsgründe verneint wurden, wurden die Angeklagten damit in der Regel wegen Mordes verurteilt.

33 So die kritische Einschätzung von G. Radbruch in: Anmerkung zu OLG Frankfurt, in: SJZ 1 (1946), S. 634 ff., Zitat S. 634.

34 Winnefeld, H.: Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und Vorsatz, in: DRZ 1947, S. 365 ff., Zitat S. 365, r. Sp.

35 Schönke, A.: Unrechtsbewußtsein, Vorsatz und Irrtum, in: DRZ 4/1946, S. 101 ff., Zitat S. 102.

36 LG Frankfurt 21. 12. 1946, I 157.

37 Ebd.

38 OLG Frankfurt 12. 8. 1947, I 176.

3. Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe nach der eingeschränkten subjektiven Theorie

Nur wenn ein Angeklagter als Täter wegen Mordes verurteilt wird, hat das Gericht bei der Festsetzung des Strafmaßes keinen Spielraum: Es ist gesetzlich zur Verhängung einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe verpflichtet. Neben der Feststellung, ob Mord oder Totschlag gegeben sei und ob es Rechtfertigungs- oder Schuldtausschließungsgründe gebe, spielt es also eine erhebliche Rolle, ob auf Beihilfe oder Täterschaft erkannt wird.

Die Rechtsentwicklung vor 1933 gab dabei zwei mögliche Theorien zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe vor: die sogenannte eingeschränkte und die extrem subjektive Teilnahmelehre.

Im Gegensatz zur gesetzlichen Teilnahmekonzeption, die (Mit-)Täter, Anstifter und Beihilfer nach der »realen Tatnähe«, also nach objektiven Kriterien, unterscheidet³⁹, stellte sich das Reichsgericht (RG) im sog. »Badewannenfall« auf den Standpunkt der extrem subjektiven Theorie: Eine Frau, die im Interesse ihrer Schwester deren uneheliches Kind in der Badewanne ertränkt hatte, wurde von ihm als Gehilfin, nicht als Täterin angesehen.⁴⁰ Objektiv hatte sie zwar eigenhändig den Straftatbestand verwirklicht, subjektiv – so das RG – wollte sie die Tötung selbst nicht, sondern lediglich ihrer Schwester helfen. Das RG vertrat dabei die Auffassung, daß die Teilnahmeform – hier: Täterschaft oder Beihilfe – sich »vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, nach dem Grade des Interesses am Erfolg«⁴¹ richte.

Allgemeiner Widerspruch gegenüber dieser Entscheidung führte zur Entwicklung einer eingeschränkten subjektiven Theorie: Wer den Tatbestand allein voll verwirklichte, sollte in jedem Fall Täter sein. Das Vorliegen von Beihilfe oder Mittäterschaft sollte dagegen weiterhin nach der subjektiven Willensrichtung des Teilnehmers entschieden werden.⁴²

In der ersten Phase der »Euthanasie«-Verfahren war die anzuwendende Theorie umstritten. Das LG Frankfurt bevorzugte von Beginn an die extreme subjektive Theorie, das OLG revidierte LG-Entscheidungen jedoch mehrfach vom Standpunkt der eingeschränkten subjektiven Theorie aus.⁴³

Das OLG bezog sich bei seiner Argumentation auf Kohlrauschs Kommentar zum Strafgesetzbuch von 1944 (Vorbem. zu § 47 S. 167 Anm. A) und referierte:

»Fruchtbar sei der Gedanke vom Täterwillen dann, aber auch nur dann, wenn bei Beteiligung mehrerer es sich darum handele, Täterschaft von bloßer Beihilfe abzugrenzen. Hier solle einer, der die Tat nicht »ausgeführt« hat, den Tatbestand nicht verwirklicht hat, aber immerhin eine Bedingung zum Erfolge gesetzt habe, (z. B. Wache gestanden habe) dann als Täter bestraft werden können, wenn er mit Täterwillen mitgewirkt, die Tat als eigene gewollt, nicht nur eine fremde Tat hat unterstützen wollen. Das objektive Minus werde hier durch ein subjektives Plus ausgeglichen. Aber der Gedanke sei nicht auf die Fälle zu übertragen, in denen jemand den strafrechtlichen Tatbestand ganz in seiner Person verwirkliche. Hier fehle ein solches ausgleichungsbedürftiges Minus und daher auch der Anlaß, ein zusätzliches Element zu fordern. Wer einen anderen mit eigener Hand tötet, den tödlichen Schuß abgibt, ihm Gift in die Speisen mengt, ist Mörder, auch wenn er es im Interesse eines anderen, »für« ihn tue. ... Mit Recht bemerkt Kohlrausch, daß dieses Ergebnis mit dem Laienverstande übereinstimme.«⁴⁴

³⁹ Vgl. die Ausführungen bei Roxin, C.: Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, in: Goldammer's Archiv 1963, S. 193 ff., Zitat S. 194 f.

⁴⁰ RG 74, 84.

⁴¹ Ebd.

⁴² Vgl. Baumann, J.: Beihilfe bei eigener voller Tatbestandserfüllung (Besprechung des Staschinskij-Urteils des BGH), in: NJW 1963, S. 561 ff., Zitat S. 563, 1. Sp.

⁴³ Revidiert wurden: LG Frankfurt 21. 3. 1947, I 307 ff. und LG Frankfurt 28. 1. 1948, II 187 ff.

⁴⁴ OLG Frankfurt 20. 10. 1948, I 372.

Das Gericht wandte sich gegen eine Überspitzung der subjektiven Teilnahmelehre:

»Wenn eine Rechts- (Willenstheorie) in ihren letzten Auswirkungen zu einem der natürlichen Betrachtungsweise widersprechenden Ergebnis führt, besteht kein Bedenken, sie nicht bis in ihre letzten Konsequenzen zu verfolgen.«⁴⁵

Durch so begründete Entscheidungen der Revisionsinstanz wurden die Angeklagten in der ersten Phase überwiegend nach der eingeschränkten subjektiven Theorie verurteilt, obwohl diese schon umstritten war.

II. Zweite Phase: Seit 1947/48 weitgehende Exkulpation der »Euthanasie«-Täter

In vier Bereichen urteilten die Laien- und Berufsrichter⁴⁶ der zweiten Phase anders als die der ersten Phase:

Die rechtliche Würdigung des Tatbestandes änderte sich: In einigen Fällen wurde auf Totschlag statt Mord erkannt, die Einschätzung der Teilnahmeform verschob sich von Täterschaft auf die nun fast ausschließlich angenommene Beihilfe. Außerdem wurden nun in fast jedem Fall Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe anerkannt: durch die Annahme eines unvermeidlichen Verbotsirrtums bzw. Tatbestandsirrtums und durch die Anerkennung von übergesetzlichen Schuld-/Strafausschlussgründen.

Die Anerkennung von Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründen sowie die Erkennung auf Beihilfe waren für die Exkulpation der »Euthanasie«-Täter am Bedeutendsten; bei den Kinderrötungen spielte die Bewertung der Tötung als Totschlag statt Mord eine große Rolle.

Die Urteile der zweiten Phase enthielten auch Argumentationsstränge, die in der Tradition der ersten Phase standen: Nach 1947/48 erklärten alle Gerichte die »Euthanasieaktion« weiterhin für rechtswidrig, weil die Hitler-Ermächtigung keine Legitimationsgrundlage für die Anstaltstötungen sei. Dazu wurden die formalrechtlichen und/oder naturrechtlichen Begründungen vorgetragen, die in den Jahren zuvor entwickelt worden waren. Auch das Vorliegen der gesetzlichen Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe wurde abgelehnt.

Diese Anknüpfung an die Argumentationsstrukturen der ersten Phase veränderte jedoch – da die subjektive Tatseite mittlerweile grundsätzlich neu bewertet wurde – das Ergebnis von milder Verurteilung oder Freispruch nicht. Die zweite Phase der juristischen Bewertung der »Euthanasie«-Taten dauert bis 1974, d. h. bis zum letzten rechtskräftigen »Euthanasie«-Urteil des BGH⁴⁷ an. Fast die gesamte bundesrepublikanische Rechtsprechung ist also dieser zweiten Phase zuzurechnen.⁴⁸

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ »Euthanasie«-Prozesse fanden vor Schwurgerichten statt, die mehrheitlich mit Laienrichtern besetzt waren.

⁴⁷ BGH 20. 3. 1974, 2 StR 589/72.

⁴⁸ Das kürzlich ergangene Frankfurter »Euthanasie«-Urteil (vgl. die regelmäßige Berichterstattung der Frankfurter Rundschau im Sommer vergangenen Jahres) konnte nicht mehr analysiert werden. Es stellt in gewisser Weise den Beginn einer dritten Phase der »Euthanasie«-Rechtsprechung dar, da die Angeklagten im Gegensatz zur zweiten Phase wegen Beihilfe zum Mord verurteilt wurden.

1. Entwicklung neuer Rechtfertigungs- und Schuldaußschließungsgründe:
Anerkennung eines übergesetzlichen Rechtfertigungs- oder
Schuldausschließungsgrundes

a. Die Rechtsprechung 1948: Übergesetzlicher Notstand als persönlicher
Strafausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund

1948 standen zum ersten Mal Personen vor Gericht, die in sog. »Zwischenanstalten«⁴⁹ bzw. der staatlichen Gesundheitsverwaltung beschäftigt gewesen waren⁵⁰. Das LG Koblenz sprach am 4. 10. 1948 einen Anstaltsarzt und einen Anstaltsdirektor frei, da sie »im Zustande der Pflichtenkollision das Menschenmögliche getan hätten, um größeres Unheil abzuwenden.«⁵¹ Die Pflichtenkollision wurde so beschrieben:

»Darf das Bemühen, das Leben einzelner, ja vieler Menschen zu retten [indem sie etwa Patienten vom Transport in die Tötungsanstalten zurückstellten, S.B.], dazu führen, selbst dabei mitzuwirken, andere dem Tod zu überliefern? Hier setzt zum mindesten ein tragischer Pflichtenkonflikt ein, hier muß der Gehilfe – und nur von einem solchen, nicht vom Täter selbst soll hier gesprochen werden – Schuld auf sich nehmen, um größeres Unheil zu verhüten.«⁵²

Das Koblenzer Urteil bezog sich ausdrücklich auf zwei schon sehr früh (1947 und Febr. 1948) erschienene Artikel des Godesberger Strafrechtsprofessors Hellmuth von Weber, der den Gedanken der Pflichtenkollision entwickelt und festgestellt hatte:

»[M]an (wird) anerkennen müssen, daß oft der größere moralische Mut zum Ausharren in der Stellung und zur Mitwirkung bei hemmender Befehlsausführung gehört und daß durch diese von verantwortungsbewußten Männern bewiesene Haltung unter nationalsozialistischer Herrschaft oft viel Unheil verhindert worden ist.«⁵³

Er hatte dafür plädiert, die Lösungen, die Angeklagte in der »tragischen Pflichtenkollision« nach gewissenhafter Prüfung gewählt hatten, der strafrechtlichen Beurteilung gänzlich zu entziehen:

»Die Lösung derartiger Konflikte kann nur vom Absoluten her im Gewissen gefunden werden; sie muß der Einzelne mit seinem Gott ausmachen. Die Rechtsordnung gibt für ihre Lösung keinen Maßstab. Wegen dieses Mangels ihrer Zuständigkeit sollte aber auch der Entschluß, zu dem sich jemand nach ernster Gewissensprüfung in einem solchen Konflikt durchgerungen hat, keiner strafrechtlichen Beurteilung unterworfen werden.«⁵⁴

Das LG Koblenz nahm Webers Gedanken der ernsthaften Gewissensprüfung auf und fertigte eine Liste mit sechs Voraussetzungen an, die gegeben sein mußten, um Beihilfe zu Tötungshandlungen zu entschuldigen. Zu den Voraussetzungen zählten u. a. das Vorhandensein einer echten Zwangslage, aus der es keinen anderen Ausweg gab, um das Leben wenigstens eines Teils der Gefährdeten zu retten, die Beschränkung der Beihilfe auf das »alleräußerste Mindestmaß«, die unter Gefährdung der eigenen Sicherheit fortlaufend durchgeführte Sabotage, die

49 Seit Herbst 1940 wurden die Opfer zur Tarnung zunächst in »Zwischenanstalten« gebracht, um von dort nach einiger Zeit in die Tötungsanstalten transportiert zu werden. Das Personal kannte in der Regel Ziel und Zweck der Transporte, für die es durch Ausfüllen von Meldebögen und Vorbereitung der Kranken wesentliche Hilfe leistete.

50 In der Zeit zuvor waren vor allem Personen angeklagt gewesen, die in Tötungsanstalten selbst gearbeitet hatten.

51 LG Koblenz 4. 10. 1948, VII 5 ff., Zitat VII 16.

52 Ebd., VII 15.

53 Weber, H. v.: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, in: MDR 3/1948, S. 34 ff., Zitat S. 41, I. Sp.

54 Weber, H. v.: Die Pflichtenkollision im Strafrecht, in: Festschrift für Wilhelm Kisselbach, Hamburg 1947, S. 233 ff., Zitat S. 250.

»in solchem Umfange ausgeübt worden sein (muß), daß die Zahl der durch sie geretteten Menschenleben wenigstens in etwa in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der geopfert Menschenleben steht.«⁵⁵

Das LG Koblenz leitete aus der Situation der Pflichtenkollision einen persönlichen Strafausschließungsgrund für die Angeklagten ab, der zu ihrem Freispruch führte, obwohl der gesetzliche Tatbestand der Beihilfe zum Mord in etwa 1000 Fällen verwirklicht worden war.

Der *persönliche Strafausschließungsgrund*, der die Tat weiterhin für objektiv rechtswidrig erklärte, den Angeklagten jedoch wegen seiner persönlichen Situation straf-frei ließ, ging dem LG Münster nicht weit genug: Es wollte die Angeklagten in seinem Verfahren *gerechtfertigt* wissen.⁵⁶ Die Pflichtenkollision sei derart gewesen, daß die Angeklagten, zwei Angestellte der Gesundheitsverwaltung und ein Arzt, auf die eine oder andere Weise Schuld hätten auf sich laden müssen. Am 5. 3. 1949 hob der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone (OGHBZ) jedoch das Urteil des Schwurgerichts Münster vom 20. 10. 1948 auf.

Obwohl der OGH die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes befürwortete, nahm er die Revision zum Anlaß, um seine grundlegende Kritik an der Anwendung der Lehre vom übergesetzlichen Notstand auf die »Euthanasieaktion« darzulegen.

Zunächst stellte er fest, daß es keineswegs ausgemacht sei, ob der bestimmende Beweggrund für die beiden Angeklagten P. und S. wirklich der gewesen war, möglichst viele Patienten zu retten. Ihre Partei- und SA-Ämter sowie die freiwillige Teilnahme an der »Euthanasieaktion« stünden zunächst Rechtfertigungs- und Schuldaußschließungsgründen entgegen.⁵⁷ Diese seien erst nach genauer Prüfung anzunehmen.

Der OGH mochte es nicht ins Belieben des jeweiligen Täters stellen zu entscheiden, ob er sich in der Situation des übergesetzlichen Notstandes (bzw. des persönlichen Strafausschließungsgrundes) befinde, denn damit sei das Verbot der Teilnahme an einer Straftat durchlöchert. Selbst ein Notstandstäter müsse abwägen, ob gegebenenfalls der Eingriff in fremde Rechte das geeignete Mittel zur Rettung aus der *eigenen* Gefahr sei; um so mehr gelte das für denjenigen, der *andere* aus der Gefahr retten wolle. Der Notstandstäter habe seine Handlungen nicht am eigenen Maßstab auszurichten, sondern am gesetzlichen. Anderenfalls sei er unter Umständen zur Teilnahme an einer fremden Straftat berechtigt, was rechtlich unannehmbar sei.⁵⁸

Im Rahmen der »Euthanasieaktion« war der »allgemein geltende Maßstab«, der gesetzliche, eindeutig: Der Grundsatz der Pflichtenkollision war auf die zahlenmäßige Abwägung von (zu rettenden und preiszugebenden) Menschenleben nicht anwendbar, weil Menschenleben gegeneinander nicht abwägbar sind.

Das RG, auf dessen Rechtsprechung sich das LG Münster bezogen hatte, war bei der Annahme der Pflichtenkollision immer davon ausgegangen, daß zwei unterschiedlich zu bewertende Rechtspflichten kollidierten⁵⁹: In diesem Falle war der Täter gerechtfertigt, wenn er die *höhere* Rechtspflicht erfüllte, indem er die *mindere* verletzte. Der Täter verletzte dann nämlich lediglich das geringerwertige Rechtsgut

⁵⁵ LG Koblenz 4. 10. 1948, VII 16.

⁵⁶ Das Urteil des LG Münster liegt mir nicht vor; es wurde aus der Urteilszusammenfassung im Urteil des OGHBZ v. 5. 3. 1949 rekonstruiert, s. dazu unten. Ein ähnliches Urteil wie das des LG Münster erging am 24. 11. 1948 vom LG Düsseldorf, III 465 ff.

⁵⁷ OGHBZ 5. 3. 1949, XI 708 ff., Zitat XI 715.

⁵⁸ Ebd., XI 716.

⁵⁹ Z. B. RG 61, 242; abgewogen wurde das Leben der Leibesfrucht gegen das der Schwangeren: Der Arzt sei bei einer Abtreibung gerechtfertigt, wenn das Leben der Schwangeren auf dem Spiel stehe.

und schützte das höherwertige. Das Werteverhältnis der Rechtsgüter ergab sich aus dem Strafraum der sie schützenden Rechtssätze.

Der OGH hielt die Pflichtenkollision i. S. des RG bei den »Euthanasie«-Tätern nicht für gegeben, weil sie nicht ein höherwertiges Rechtsgut auf Kosten des geringerwertigen geschützt hatten. Ihre Rechtsgüter waren gleichwertig gewesen:

»Die Angeklagten haben sich *gegen* das Gesetz entschieden. Dieses wertet zwar das menschliche Leben höher als die Leibesfrucht oder die körperliche Unversehrtheit. Dagegen wertet es das menschliche Leben gleichmäßig, und das mit vollem Recht. Jeder andere Maßstab wäre unerträglich und entwürdigend. ... Daß das bloße günstige Zahlenverhältnis zwischen den Geretteten und den zur Rettung Aufgeopferten deren Tötung für sich allein niemals zu rechtfertigen vermag, ergibt sich danach von selbst und außerdem auch bereits aus dem Umstande, daß nicht der – vom Täter gar nicht beherrschte – später eintretende, mehr oder weniger zufällige Erfolg über die Rechtmäßigkeit der Tat entscheiden kann.«⁶⁰

Zudem habe es überhaupt keinen wirklichen Widerstreit von Rechtspflichten – keinen tragischen Pflichtenkonflikt – gegeben, denn:

»Ihre Arztpflicht, ihren Kranken mit ärztlichen Mitteln nach Kräften zu helfen und ihre allgemeine Staatsbürgerpflicht, sich von Straftaten fernzuhalten, geboten ihnen rechtlich nicht, sich an der Aktion zu beteiligen. Den Angeklagten wäre im Gegenteil rechtlich kein Vorwurf erwachsen, wenn diese Pflichten sie von jeder Beteiligung abgehalten hätten.«⁶¹

Es gab also *rechtlich* nur eine Pflicht: sich von Mordtaten fernzuhalten.

Nachdem der OGH mit klaren Worten das Vorliegen eines übergesetzlichen Notstandes bestritten hatte, weil dieser u. a. Menschenleben gegeneinander abwäge, entwickelte er einen *persönlichen Strafausschließungsgrund*, der durch die Hintertür diese kritisierte Folge bei der Annahme des übergesetzlichen Notstandes wieder hereinließ.

»Stand ein ... Arzt vor der Wahl, jede Teilnahme an dem Verbrechen abzulehnen, beiseitezutreten, dadurch willfähigeren Kräften Raum zu geben und so alle seine Patienten, soweit sie zum Tode bestimmt waren, widerstandslos zu opfern, oder aber möglichst viele von ihnen durch tätiges, nur ihm mögliches Eingreifen zu retten, freilich ausschließlich um den Preis seiner entfernten Mitwirkung bei der Vernichtung der Unreutbaren, so darf die Entscheidung für das Letztere, wenn sie nach sorgfältiger Prüfung und Abwägung allein aus sittlichen Beweggründen geschah, gerechterweise strafrechtlich nicht unbeachtet bleiben.«⁶²

Der Oberste Gerichtshof sah eine solche Handlung jedoch im Gegensatz zur Lehre vom übergesetzlichen Notstand nicht für rechtmäßig an und ließ den Angeklagten deshalb nur unter bestimmten Voraussetzungen, die etwa denen des Koblenzer Urteils vom 4. 10. 1948 entsprechen, persönlich straffrei.⁶³

Die Voraussetzung, daß die Widerstandshaltung des Angeklagten

»sich also nachgewiesenermaßen ... mit Erfolg ausgewirkt haben (muß)« und die »bloße, wenngleich bewiesene Absicht dazu nicht (genügt)«,⁶⁴

führte praktisch doch wieder zur Abwägung von Menschenleben. Denn der »Erfolg« der Widerstandshandlung wurde letztlich an der Anzahl der »Geretteten« gegenüber der Anzahl der »Geopferten« bemessen.

Dagegen umging die Konstruktion des persönlichen Strafausschließungsgrundes die übrigen vom OGH am übergesetzlichen Notstand kritisierten Folgen der Nichtbeachtung der Rechtspflicht, sich von Straftaten fernzuhalten und der tendenziellen nachträglichen Berechtigung zur Teilnahme an einer fremden Straftat, indem er die

⁶⁰ OGHBZ 5. 3. 1949, XI 716.

⁶¹ Ebd.

⁶² Ebd., XI 718.

⁶³ Ebd., XI 719.

⁶⁴ Ebd.

Handlungen der angeklagten Ärzte einer Zwischenanstalt weiterhin als rechtswidrig und schuldhaft einstufte.

149

Insgesamt läßt sich das Urteil des OGH vom 5. 3. 1949⁶⁵ also als ambivalent charakterisieren: Einerseits wehrte es die rechtlich unzulässige Konstruktion des übergesetzlichen Notstandes ab, andererseits entging es jedoch dem Problem der unterschiedlichen Bewertung von Menschenleben durch die Anerkennung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes nicht.

b. Die Rechtsprechung 1949–52: Übergesetzlicher Schuldaußschließungsgrund

Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone wurde in der juristischen Literatur breit diskutiert und nahezu einhellig abgelehnt. Die Strafrechtswissenschaftler plädierten fast sämtlich für die Anerkennung eines übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrundes.⁶⁶ Auch die Gerichte lehnten die OGH-Rechtsprechung eindeutig ab.

Das LG Münster (Urteil vom 29. 8. 1949) und das LG Düsseldorf (Urteil vom 27. 1. 1950) waren an die OGH-Rechtsprechung gebunden und sprachen die Angeklagten wegen Vorliegens eines persönlichen Strafausschließungsgrundes frei. Das LG Düsseldorf versäumte dabei nicht hervorzuheben, daß es das Handeln des Angeklagten C. für gerechtfertigt halte (dieser hatte für die Verlegung rheinischer Kranker in Zwischenanstalten gesorgt):

»Wenn er dann aber diese anzuerkennende sittliche Konfliktlage in beachtlichen und bewiesenen sittlichen Erwägungen nur mit dem Ausharren auf seinem Posten pflichtgemäß lösen zu können glaubte und dieser sittlichen Entscheidung seines Gewissens gefolgt ist, so entfällt damit allein schon das Recht jeglichen Vorwurfes nach menschlichem Maße.«⁶⁷

Indem seit 1949 die rechtliche Schuld der Angeklagten verneint und ihre mögliche sittliche Schuld in außerrechtliche Bereiche des je eigenen Gewissens abgedrängt wurde, war tendenziell der einzelne Handelnde zum Richter über sich selbst geworden: Nur er konnte entscheiden, welche Handlung »pflichtgemäß« war – objektive Kriterien darüber gab es nicht mehr.

Gleichzeitig wurde praktisch der unverbrüchliche rechtliche Schutz des Lebens nachträglich aufgehoben – die einzig wirklich (rechts-)pflichtgemäße Alternative, der Rücktritt von der Teilnahme an der »Aktion«, wurde in den Urteilen überhaupt nicht mehr diskutiert.

Die Grenzen, die der Oberste Gerichtshof hatte setzen wollen, wurden durchbrochen: »Gerettete« und »Geopferte« wurden ausgezählt, um die Schuld der Angeklagten auszuschließen. Um möglichst viele »Gerettete« nachzuweisen, wurden zunächst einmal alle Geisteskranken als schon verloren angesehen, um Zurückstellungen von Kranken in den Zwischenanstalten als »Rettung« definieren zu können. Oft wurde dann so lange mit den »Zahlen« (d. h. Menschen) jongliert, bis ein für

65 Ein ähnliches Urteil erging vom OGHZ am 23. 7. 1949, III 530 ff.

66 Vgl. zu OGHZ 5. 3. 1949 direkt: Schmidt, E.: Anmerkung zu OGHZ vom 5. 3. 1949, in: SJZ 8/1949, S. 559 ff.; Welzel, H.: Anmerkung zu OGH v. 5. 3. 1949, in: MDR 1949, S. 370 ff.; Peters, K.: Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, in: JR 1949, S. 496 ff. Peters war der einzige, der dem OGH in der Konstruktion des persönlichen Strafausschließungsgrundes zustimmte. Zu OGHZ 23. 7. 1949: Hartung, F.: Anm. zu OGHZ vom 23. 7. 1949, in: NJW 1950, S. 151. Zur OGH-Rechtsprechung allgemein: Reinicke, D.: Zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone über die Anwendbarkeit des Grundsatzes in dubio pro reo bei Strafausschließungsgründen, in: MDR 1950, S. 77 ff.; Klefisch, T.: Die nationalsozialistische Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre, in: MDR 1950, S. 258 ff.; Welzel, H.: Zum Notstandsproblem, in: Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft 63 (1950), S. 47 ff.

67 LG Düsseldorf 27. 1. 1950, VI 67.

den Angeklagten günstiges Verhältnis von »Geretteten« und »Geopferten« herauskam.⁶⁸

Das »Mitmachen« von Ärzten und Anstaltspersonal bei der Organisation von Transporten in die Tötungsanstalten wurde in der Argumentation der Gerichte tendenziell zur sittlichen Pflicht, indem davon ausgegangen wurde, daß der Angeklagte die Rettung einiger nicht hätte bewerkstelligen können, ohne die übrigen preiszugeben.⁶⁹

Die Beweggründe des Anstaltspersonals beim Zurückstellen von Patienten waren selten objektiv nachweisbar.⁷⁰ Sie wurden jedoch von den Gerichten in den allermeisten Fällen als Widerstandshandlung ausgelegt. Blickt man auf die Gesamtheit der Gerichtsurteile, so kommt man zu dem Ergebnis, daß anscheinend jeder der angeklagten Ärzte und Pfleger aus Zwischenanstalten Widerstand geleistet hat.

c. Die Rechtsprechung des BGH 1952 und 1953:

Vom übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund zum entschuldigenden Irrtum über das Vorliegen eines übergesetzlichen Schuldausschließungsgrundes

Der Bundesgerichtshof hatte sich in zwei Urteilen 1952 und 1953 mit der Lehre vom übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund zu befassen.⁷¹ Er grenzte dabei die Lehre vom übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund ein und überführte sie praktisch in die Lehre vom Verbotsirrtum.

In seinem Urteil vom 28. 11. 1952 sah sich der BGH an die Rechtsprechung des OGH gebunden und führte dessen Argumentation fort.

Der *rechtfertigende*, übergesetzliche Notstand wurde deshalb mit den Überlegungen des OGHZ abgelehnt.

»Das Vorliegen eines rechtfertigenden, übergesetzlichen Notstandes hat der erste Revisionsrichter [OGHZ, S. B.] mit bindender Wirkung für das gegenwärtige Verfahren verneint, weil die Angeklagten sich nicht in einem Widerstreit von *Rechtspflichten* befunden haben, und weil auch kein rechtlich beachtlicher Konflikt zwischen gesetzlich verschieden bewerteten Rechtsgütern bestanden hat. ...

Selbst wenn man aber wenigstens eine sittliche Pflicht der Angeklagten bejahen würde, die ihnen anvertrauten Kranken auch außerhalb des ärztlichen Aufgabenkreises vor dem ihnen durch staatliche Maßnahmen drohenden Tode zu schützen (...), so müßte eine solche Verpflichtung gegenüber sämtlichen Anstaltspfleglingen angenommen werden, von denen die Angeklagten nach den Urteilsfeststellungen jedoch nur den kleineren Teil retteten, während sie zur Tötung der größeren Anzahl beitrugen.

Ausschlaggebend war daher in jedem Fall die Rechtspflicht zur Befolgung des Tötungsverbots.«⁷²

Der BGH präjudizierte damit jedoch nicht eine Verurteilung der Angeklagten, sondern entwickelte eine Lehre, die man die »Lehre vom Verbotsirrtum wegen Rettungsabsicht« nennen könnte, und die wie die abgelehnte Lehre vom übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund zum Freispruch führen konnte. Der Verbotsirrtum wegen Rettungsabsicht wurde so beschrieben:

»Wenn die Angeklagten sich aber verpflichtet fühlten, möglichst viele dem Tode verfallene Kranke zu retten, läßt sich nicht ohne weiteres ausschließen, daß sie es nicht als Unrecht

68 Z.B. LG Hannover 29. 7. 1950, VII 87 ff., LG Koblenz 28. 7. 1950, VII 5 ff.

69 LG Koblenz 29. 7. 1948, XXII 585 ff., LG Koblenz 28. 7. 1950, a. a. O. (Fn. 68), LG Köln 24. 10. 1951, nach: BGH 19. 5. 1953, XII 58 ff.

70 Ein Anstaltsdirektor konnte etwa daran interessiert sein, die besser zahlenden Privatpatienten in der Anstalt zu behalten und die übrigen »abzugeben«.

71 BGH 28. 11. 1952, XI 723 ff. und BGH 19. 5. 1953, XII 58 ff.

72 BGH 28. 11. 1952, XI 725 f.

ansahen, wenn sie zu diesem Zweck zu der nach ihrer Überzeugung unvermeidlichen Vernichtung der übrigen Geisteskranken in entfernter Weise beitrugen.«⁷³

Die juristische Einschätzung eines solchen Irrtums über das Vorliegen eines übergesetzlichen Schuldausschließungsgrundes ist im Ergebnis dieselbe wie die bei der Annahme eines übergesetzlichen Schuldausschließungsgrundes: Sie entschuldigt den Angeklagten:

»...[D]em [darf] kein Schuldvorwurf gemacht werden, der in einem wirklichen oder vermeintlichen Widerstreit zwischen wirklichen oder vermeintlichen Forderungen des Gesetzes und wirklichen oder vermeintlichen Forderungen seines Gewissens der Stimme des Gewissens folgt, vorausgesetzt, daß er nach dem Maß seiner geistigen und sittlichen Kräfte sein Gewissen angespannt hat.«⁷⁴

So blieb der BGH theoretisch in der Tradition des kritischen Teils der OGH-Rechtsprechung, der die Rechtspflicht zur Befolgung des Tötungsverbots gestützt hatte.

Er entwickelte aber gleichzeitig mit der Kombination von Irrtumslehre und Lehre vom übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund eine Argumentation, die die praktischen Handlungen der Täter völlig ins Belieben ihrer subjektiven sittlichen und gewissenmäßigen Einschätzung der Situation stellte: Hatte der Täter sein Gewissen nur gehörig angespannt, so konnte er am Massenmord teilnehmen, um »Schlimmeres zu verhüten«, oder auch davon zurücktreten – entschuldigt war er in jedem Fall.

Die letzten Sätze des zweiten BGH-Urteils waren geradezu eine Einladung an die Landgerichte, nun doch statt nach übergesetzlichen Schuldausschließungsgründen nach fehlendem Unrechtsbewußtsein zu suchen:

»... auch der vorliegende (Fall bietet) keinen hinreichenden Anlaß, die Frage zu erörtern, ob es Lebenslagen gibt, in denen jemand, der sich gegen das Strafgesetz vergangen hat, infolge eines nicht im Strafgesetz vorgesehenen Schuldausschließungsgrundes straffrei bleiben muß. Es ist kaum ein Fall denkbar, in dem dann der Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit... gehabt haben könnte.«⁷⁵

Und die Einladung wurde angenommen: Die drei auf die BGH-Entscheidungen folgenden Urteile, die ihren Freispruch noch auf den übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund stützten, taten dies nur in Kombination mit dem Verbotsirrtum: Die Angeklagten hätten ihr Verhalten nicht als Unrecht betrachtet, da sie um die Rettung möglichst vieler Kranker bemüht gewesen waren.⁷⁶

2. Entwicklung neuer Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe: Die Irrtumslehre

Schon in der ersten Phase hatten sich die Gerichte mit dem Argument auseinanderzusetzen müssen, die Angeklagten hätten nicht gewußt, daß ihre Handlungen Unrecht seien. Sie hätten kein Unrechtsbewußtsein gehabt und über die Rechtmäßigkeit ihrer Taten geirrt. Die Gerichte wehrten diese Verteidigung ab, indem sie den Angeklagten ein Unrechtsbewußtsein nachwiesen oder es ihnen zurechneten. Die Tötung von Menschen wurde in den ersten Nachkriegsjahren als ein so schweres Verbrechen angesehen, daß die Rechtsblindheit eines Angeklagten, der sie aus ideologischen oder anderen Gründen als erlaubt ansah, für rechtlich unbeachtlich erklärt wurde.

⁷³ BGH 28. 11. 1952, XI 727.

⁷⁴ BGH 19. 5. 1953, XII 60.

⁷⁵ Ebd.

⁷⁶ Vgl. LG Dortmund 2. 12. 1953, XI 663 ff., LG Köln 4. 12. 1953, XII 3 ff., LG Münster 9. 7. 1959, XVI 3 ff.

Die Zurechnung von Unrechtsbewußtsein war eng mit naturrechtlichen Überlegungen verknüpft:

»Ganz allgemein stellt sich aber die Frage, ob nicht die Bejahung eines durch keinen Gesetzgeber antastbaren Kernbereich des Rechts – eines Minimums an Menschenrechten wie des Rechts auf Leben, auf physische Freiheit und auf Gleichheit aller ohne Ansehen der Person⁷⁷ – notwendigerweise auch die Bejahung eines Kernbereichs von Rechts- und Unrechtsbewußtsein bei einem jeden nach sich ziehen muß.«⁷⁸

1946 hatte es noch geheißen:

»Bei den Verbrechen und bei den meisten Vergehen ist das Vorhandensein dieses Bewußtseins [Unrecht zu tun, S. B.] in der Regel anzunehmen...«⁷⁹

Diese Voraussetzung war nach 1947/8 nicht mehr gegeben, der Irrtum über die Rechtmäßigkeit von Massenmord wurde in der Rechtsprechung wie ein Verbotsirrtum im Ordnungsstrafrecht behandelt:

»Fehlt dem Täter infolge eines entschuldbaren Tat- oder Rechtsirrtums das Unrechtsbewußtsein, so bleibt er straffrei. ...

Als entschuldigbar wird ein Irrtum immer dann anzusehen sein, wenn der Täter alles getan hat, was billigerweise von ihm verlangt werden kann.«⁸⁰

Was von den Angeklagten nach 1947/48 »billigerweise verlangt« wurde, war nicht viel. Folgt man der Rechtsprechung, hatte es im Dritten Reich viele Gründe gegeben anzunehmen, daß vielfacher Mord an Kranken und Behinderten erlaubt sei.

a. Verbotsirrtum oder: Das Lebensrecht von Behinderten ist kein allgemeines Sittengesetz⁸¹

In der zweiten Phase bezog man sich weiterhin auf die Naturrechtsargumente, um die Rechtswidrigkeit der Hitler-Ermächtigung vom Oktober 1939 zu begründen, lehnte aber gleichzeitig und im Widerspruch dazu mit historischen Hinweisen die Anerkennung eines Naturrechts auf Leben ab. Ein Urteil des LG Göttingen hat hierfür exemplarischen Charakter:

»Ob die Vernichtung lebensunwerten Lebens⁸² absolut und a priori als unsittlich und gegen eine höhere Rechtsordnung verstößend anzusehen ist, kann schon zweifelhaft sein. Insbesondere bestehen gegen den Ausgangspunkt des ... Urteils des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main⁸³ (...) erhebliche Bedenken, daß es sich hierbei um einen Verstoß gegen naturrechtlich evidente Sätze handle. ... Für besonders schwere Fälle geistigen Todes⁸⁴ oder körperlicher Mißbildungen (Monstra) sind solche Tötungen schon in vorchristlicher Zeit erörtert worden. Es ist bekannt, daß im klassischen Altertum die Vernichtung lebensunwerten Lebens durch Aussetzung und dergleichen eine gewisse Rolle gespielt hat (...). Seneca spricht... wie selbstverständlich von der Ausmerzung⁸⁵ Minderwertiger (...). Auch Plato gibt einem ähnlichen Gedanken Ausdruck...

Man wird kaum behaupten können, daß die Ethik Platos und Senecas sichtlich tiefer steht als diejenige des Christentums. Unter dessen Einfluß ist dann allerdings die Vernichtung lebensunwerten Lebens überwiegend abgelehnt worden...

Indessen hat Thomas Morus in seiner Utopia (1516) die Einschläferung⁸⁶ unheilbar Kranker (wenn auch nicht gerade geistig Minderwertiger) in einem Sinne diskutiert, daß sich der soziale

77 Bauer meint hier die Gleichheit aller vor dem Gesetz; die Gleichheit aller war noch nie ein erstrebenswertes Ziel.

78 Bauer, F.: Das gesetzliche Unrecht des NS und die deutsche Strafrechtspflege, in: Gedächtnisschrift für G. Radbruch (Hg. A. Kaufmann), Göttingen 1968, S. 302 ff., Zitat S. 305.

79 Schönke, a. a. O. (Fn. 35), S. 102, I. Sp.

80 Ebd., S. 102, I. Sp. Schönke sah den Umschwung kommen und kommentierte ihn abwägend.

81 Die verschiedenen Varianten des Verbotsirrtums tauchen in den Urteilen meist in einer Mischung, selten allein auf. Zwei Varianten werden hier ausführlicher dargestellt.

82 Hier wird NS-Terminologie übernommen!

83 OLG Frankfurt 12. 8. 1947, a. a. O. (Fn. 8).

Gedanke ankündigt (...). Auch Dr. Martin Luther hat sich in seinen Tischgesprächen über die Tötung eines »Wechselbalges« zu Dessau in zustimmendem Sinne geäußert.«⁸⁴

Hier wurden gelegentliche *Äußerungen* aus früheren Jahrhunderten verglichen mit einem in der Geschichte einzigartigen Massen-Mord an über 100 000 Behinderten.

Die Richter griffen auf Autoren zurück, deren Argumente von denen der Nationalsozialisten und ihrer Wegbereiter nicht weit entfernt waren: Luther begründete seine Zustimmung zum »homicidium« damit, daß das »Wechselbalg« ohne Seele sei⁸⁵ – was anderes sind die »geistig Toten« bei Binding und Hoche, den intellektuellen Vordenkern der NS-»Euthanasie«?

Morus stimmte der »Einschläferung unheilbar Kranker« aus dem »sozialen Gedanken« heraus zu. »Sozialer Gedanke«, das klingt altruistisch und ist in Wahrheit ein Euphemismus: Nach Morus sollten sich Kranke u. a. dann selbst töten, wenn sie anderen zur Last fielen.⁸⁶ Was anderes ist das nationalsozialistische Nützlichkeitsdenken, das den »Wert« der Behinderten nach den Kosten, die sie der »Volksgemeinschaft« verursachten, bemaß? Um keine Irritation aufkommen zu lassen, wurde eine wichtige Bestimmung des Thomas Morus unterschlagen:

»Gegen seinen Willen aber bringen die Utopier niemanden ums Leben ...«⁸⁷

Schließlich wurde auf die Schrift Bindings und Hoches von 1920 eingegangen⁸⁸:

»... [A]usschlaggebend ist allein, daß auch anderswo [im Ausland, S. B.] und unter rechtsstaatlichen Verhältnissen und Garantien die Beseitigung äußerst tiefstehender idiotischer Menschen ernsthaft erörtert worden ist.«⁸⁹

Zum einen ignorierte das Gericht, daß die »Euthanasieaktion« weit über das hinausging, was selbst Binding und Hoche angestrebt hatten, zum anderen wurde die zeitweise »Erörterung« der Menschen-tötung, die überdies mehrheitlich abgelehnt worden war, als Legitimationsgrundlage für ihre Durchführung angesehen.

Die angeklagten Leiter der Kinderfachabteilung Uchtspringe, die aufgrund von Berliner Tötungsermächtigungen 130 bzw. 60 »geistig minderwertige Kinder vernichtet«⁹⁰ hatten, wurden von der Anklage des Totschlags freigesprochen: Sie hätten nicht wissen können, daß die Auswahl der Kinder nicht nach dem geregelten Verfahren Binding/Hoches vonstatten ging. Im übrigen sei die »Erlösung aus Mitleid« mit den Kindern geschehen.⁹¹ Die Angeklagten hätten sich deshalb in einem Verbotsirrtum bezüglich der Rechtmäßigkeit von »Euthanasiemaßnahmen« befunden.

b. Verbotsirrtum oder: zu ungebildet und autoritätsgläubig, um das Unrecht zu erkennen

Speziell bei Angeklagten, die in abhängiger beruflicher Position getötet hatten, d. h. besonders bei Pflegern und Schwestern, wurde ein weiteres Argument für das Vorliegen des Verbotsirrtums entwickelt: Sie seien als Nichtakademiker zu ungebildet oder – aufgrund ihrer dienstlichen Stellung – zu autoritätsgläubig gewesen und hätten darum den Anordnungen der Vorgesetzten blind vertraut.

⁸⁴ LG Göttingen 2. 12. 1953, XI 735 ff., Zitat XI 758 f.

⁸⁵ Ebd., XI 759.

⁸⁶ Morus, T.: *Utopia* (1516), Leipzig 1982, S. 93.

⁸⁷ Ebd., S. 94.

⁸⁸ Auf die Schrift des ehem. Reichsgerichtspräsidenten K. Binding und des Psychiatrieprofessors Hoche »Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form« (Leipzig 1920), hatten sich nationalsozialistische »Euthanasie«-Ideologen und -Täter berufen.

⁸⁹ LG Göttingen 2. 12. 1953, XI 762.

⁹⁰ Ebd., XI 764.

⁹¹ Ebd.

Dieses blinde Vertrauen wurde ihnen jedoch nicht zum Vorwurf gemacht – es wurde geradezu als natürlich und unvermeidlich angesehen, daß Untergebene autoritätshörig und ungebildet sind:

»Allerdings ist niemand der eigenen Gewissensprüfung und der eigenen Verantwortung vor dem Gesetz enthoben. Daher würde ein kritikloses Vertrauen in das Handeln der vorgesetzten Ärzte die Angeklagte dann nicht vor Strafe schützen, wenn sie das Unrecht ihres Tuns erkannt hätte oder doch hätte erkennen können. Die Angeklagte war zur damaligen Zeit bereits 35 Jahre alt. Sie hatte also eine gewisse Lebensreife und Erfahrung. Sie war jedoch nach Herkunft und Schulbildung ein einfacher Mensch. Als Anstaltspflegerin hat sie eine solide Ausbildung genossen. Dabei hat sie insbesondere gelernt, sich dienstlich unterzuordnen und in den Ärzten und sonstigen Dienstvorgesetzten Persönlichkeiten zu sehen, die unbedingte Autorität genießen und deren dienstliche Anordnungen zu befolgen sind. Diese Umstände waren aber besonders geeignet, in der Angeklagten das Bewußtsein zu begründen, daß ihre von den Ärzten vorgeschriebene und geforderte Mithilfe bei den Einschläferungen in Einklang mit Gesetz und Recht stünden.«⁹²

Zum Argument vom Verbotsirrtum läßt sich allgemein sagen, daß es sämtliche Sicherungen durchbricht, die die erste Phase gegen leichtfertige Freisprüche aufgebaut hatte. Zwar wurden diese Sicherungen für die *objektive* Bewertung der »Euthanasieaktion« weiterhin anerkannt (ein Gesetz zur »Euthanasieaktion« hat es nicht gegeben, die Hitler-Ermächtigung war rechtswidrig usw.), aber in der *subjektiven* Bewertung zunichte gemacht: Die Anerkennung der objektiven Geltung des Rechtsschutzes und des § 211 StGB hatte keinerlei praktische Auswirkungen mehr: Die Angeklagten hatten faktisch jeweils selbst entschieden, ob sie sich nach dem Tötungsverbot zu richten hatten oder es durchbrechen durften. Dieses Vorgehen der Gerichte bedeutete praktisch die Aufhebung des Lebens-Rechtsschutzes für Behinderte in der NS-Zeit.⁹³

3. Milde Strafen durch die Beihilfekonstruktion der extrem subjektiven Theorie

Führten der übergesetzliche Schuldaußschließungsgrund und der Verbotsirrtum zur Entschuldigung der Täter und zum Freispruch, so ermöglichten die Beihilfekonstruktion der extrem subjektiven Theorie und die Erkennung auf Totschlag statt Mord vergleichsweise geringe Strafen für »Euthanasie«-Täter.

In der ersten Phase wurde noch nach der eingeschränkten subjektiven Theorie geurteilt, in der zweiten Phase fast durchgängig nach der extrem subjektiven Theorie, die – weil sie die kaum objektivierbare Willensrichtung des die Tat eigenhändig Ausführenden zum Hauptkriterium macht – für außerstrafrechtliche Einflüsse besonders anfällig ist.⁹⁴ In der ersten Phase war daher der Mord aus Gleichgültigkeit kein Hindernis, Täterschaft anzunehmen, wenn er eigenhändig ausgeführt worden war. In der zweiten Phase wurde bei Mord aus Gleichgültigkeit regelmäßig nur Beihilfe angenommen. Dies wiegt um so schwerer, als es bei Massenverbrechen nur wenige Personen gibt, die sie anordnen, aber viele, die sie

⁹² LG Düsseldorf 7. 2. 1953, X 339 ff., Zitat X 345.

⁹³ Es gab außer den zwei hier dargestellten Verbotsirrtumsargumentationen zahlreiche weitere: so der Verbotsirrtum wegen einer allgemeinen Ausnahmesituation im Krieg (so z. B. OGHZ 23. 7. 1949, III 530 ff.), wegen der Annahme einer Euthanasie im eigentlichen Sinne (z. B. LG Düsseldorf 31. 5. 1951, VIII 453 ff.) oder der Irrtum über das Vorliegen eines übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrundes, wie ihn der BGH anerkannte (vgl. die Darstellung der BGH-Rechtsprechung oben).

⁹⁴ Vgl. dazu auch Kruse, F.: Zweierlei Maß für NS-Täter? in: Redaktion Kritische Justiz (Hg.): Der Unrechtsstaat – Recht und Justiz im Nationalsozialismus, Frankfurt 1979, S. 190 ff.

ausführen, wie etwa Schwestern und Pfleger. Waren diese zwar eigenhändig, aber lediglich auf Anordnung von Vorgesetzten tätig gewesen und daher nur wegen Beihilfe verurteilt worden, so mußte logischerweise der Täterwille bei den Leitern der Mordorganisation zu finden sein und bei diesen zu Verurteilungen wegen Täterschaft führen.⁹⁵ Die 1968 und 1970 vor Gericht gestellten vier leitenden Funktionäre der »Euthanasie«-Organisation wurden jedoch wegen *Beihilfe* zum Mord zu Freiheitsstrafen zwischen 7 und 10 Jahren verurteilt.

Auch sie hätten – so das LG Frankfurt⁹⁶ – keinen eigenen Täterwillen gehabt, sondern nur den Willen der politischen Staatsführung ausgeführt – obwohl sie, wie das Gericht selbst feststellt, eigene Ideen zur besseren Tarnung der Krankentötungen entwickelt und durchgesetzt hatten⁹⁷:

»In subjektiver Hinsicht läßt sich nicht feststellen, daß die Angeklagten [Vorberg und Allers, S. B.] das der Mordaktion zugrundeliegende Motiv, nämlich einen Nutzen zu erzielen, zum Motiv ihres eigenen Handelns gemacht haben oder daß sie selbst den Opfern gegenüber feindselig gesonnen gewesen sind. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß die Angeklagten sich zur Mitwirkung an der Mordaktion lediglich durch die wenn auch zu mißbilligende Vorstellung veranlaßt sahen, sie schuldeten den damaligen Machthabern Gehorsam, zumal keine Anzeichen dafür ersichtlich sind, daß die Angeklagten sich zur Mitwirkung gedrängt oder irgendein persönliches Interesse an der Durchführung der Tötungsaktion gehabt haben.«⁹⁸

Wer blieb nun als Täter übrig? Die »maßgebenden Initiatoren wie Hitler, Bouhler, Brandt, Brack, Blankenburg, Heyde und Nitsche«,⁹⁹ deren Täterschaft juristisch nicht mehr feststellbar war, da die Genannten gestorben oder von Alliierten verurteilt waren.

4. Milde Strafen durch die Annahme von Totschlag statt Mord bei den Kindertötungen

Die an den Kindertötungen Beteiligten wurden nur halb so oft wegen Mordes verurteilt wie die Gesamtzahl der Täter.¹⁰⁰

Die Tatbestandsmerkmale Heimtücke¹⁰¹ und Grausamkeit¹⁰² galten bei den Erwachsenen- wie bei den Kindertötungen tendenziell als nicht gegeben. Niedrige

⁹⁵ Ärzte wurden meist wegen übergesetzlicher Schuldaußschließungsgründe freigesprochen.

⁹⁶ LG Frankfurt 20. 12. 1968, Ks 2/66 (GSStA). Das Urteil wurde vom BGH am 27. 10. 1972 bestätigt (2 StR 105/70).

⁹⁷ LG Frankfurt 20. 12. 1968, a. a. O. (Fn. 96), S. 115.

⁹⁸ Ebd., S. 116.

⁹⁹ Ebd.

¹⁰⁰ Eigene Berechnung. Die Berechnungsgrundlage bilden sämtliche verfügbaren »Euthanasie«-Urteile von 1946–1974. Als statistischer Bezugspunkt dienten 105 der 108 in den Jahren 1946–1974 wegen »Euthanasie«-Verbrechen Angeklagten. 20 von diesen waren wegen »Kindereuthanasie« angeklagt, 15 wurden verurteilt, bei 6 von ihnen wurde Mord angenommen (= ca. 40%). In der Gesamtgruppe der wegen »Euthanasie«-Verbrechen Verurteilten (= 43 Personen) wurde dagegen bei 31 Mord angenommen (= ca. 76%).

¹⁰¹ Heimtücke wurde oft abgelehnt, weil geistig Kranke nicht täuschbar seien (z. B. LG Göttingen 2. 12. 1953, a. a. O. (Fn. 84), weil die Tötungen heimlich, aber nicht rücksichlos ausgeführt worden seien (z. B. LG München I 15. 3. 1951, VIII 283 ff.) oder weil die Eltern angeblich zugestimmt hatten oder ihre Zustimmung vorausgesetzt wurde (z. B. I G Augsburg 30. 7. 1949, V 177 ff.). Oft weiß man nicht, welche Kranken die Gerichte vor Augen hatten: Die meisten waren durchaus täuschbar. Fast alle Eltern waren überdies mit der Tötung ihrer Kinder nicht einverstanden.

¹⁰² Das Merkmal der Grausamkeit wurde äußerst selten angenommen. Dagegen wurden die Gastötungen vom LG Frankfurt 1968 (Urteil vom 20. 12. 1968, [Fn. 96] S. 109) als »eine der humansten Tötungsarten« bezeichnet. Auch die Tötungen durch Giftinjektionen oder Tablettengaben wurden allgemein nicht als grausam angesehen, obwohl sie meist zu einer Schwächung des Körpers und Lungenentzündung vor dem Tod führten.

Beweggründe wurden aber bei den Kindertötungen häufiger verneint als bei den Erwachsenentötungen:

»Die Beweggründe der Angeklagten [Schwestern, S.B.], die anfänglich lediglich dem Auftrag des Dr. P. nachkamen und die im weiteren Verlauf der Aktion, nachdem ihnen der Zweck ihrer Tätigkeit offenkundig geworden war, aus, was ihnen geglaubt werden muß, rein menschlichen Gründen den Tod der Kinder als eine Erlösung für diese betrachteten, können nicht als niedrig angesehen werden.«¹⁰³

Die Gerichte der zweiten Phase faßten den Anstaltsmassenmord an Kindern oft als Mitleidsgeste auf.¹⁰⁴ Daneben wurde der Gedanke der Tötung behinderter und deshalb minderwertiger Menschen als achtenswertes Motiv anerkannt:

»Der Angeklagte handelte als Anhänger des Euthanasiegedankens, der von jeher und zum Teil auch heute noch, durchaus ernstzunehmende Verfechter hat, was nicht verkannt werden darf, also aus weltanschaulichen und menschlichen Gründen, Mordlust oder sonstige niedrige Beweggründe veranlaßten ihn nicht, Tötungen vorzunehmen.«¹⁰⁵

Die »Euthanasieaktion« unterscheidet sich an diesem Punkt deutlich von anderen NS-Massenverbrechen: Wurden hier aus »weltanschaulichen Gründen« Behinderte getötet, so war dies oft genug kein Grund für die Annahme niedriger Beweggründe, während Tötungen aus Rassenhaß als niedrig angesehen wurden.¹⁰⁶ Die Vorgeschichte der »Euthanasieaktion« und die Ideologie des Sozialdarwinismus wurden zustimmend dargestellt:

»Während des 1. Weltkrieges sah er [der Angeklagte, S.B.] in seiner Eigenschaft als Anstaltsarzt an der Nervenheilanstalt in Homburg/Pfalz, wie die Kranken an Hungerödemen unter den fürchterlichsten Verhältnissen wie die Fliegen wegstarben. Meistens waren es die arbeitenden Kranken, während die unheilbaren und nichtarbeitenden Kranken, die »menschlichen Leichen«, am Leben blieben.«¹⁰⁷

Die (verkappten und offenen) Anhänger von Krankentötungen verurteilten diejenigen, die sie ausgeführt hatten, nur zu geringen Strafen.

III. Hypothesen für die Erklärung der Exkulpation von »Euthanasie«-Tätern

Die Gerichte hatten seit 1947/48 durch die Entwicklung neuer Schuldausschließungsgründe und die Anwendung der extrem subjektiven Teilnahmelehre einen enormen Spielraum für ihre Einschätzung der »Euthanasie«-Taten gewonnen. Die zunehmende Subjektivierung der Frage der strafrechtlichen Ahndung der NS-»Euthanasie« fungierte als Eingangstor für außerjuristische politische Einschätzungen. Das Argumentieren mit dem übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund verhalf nicht allein einzelnen Angeklagten zu einem Freispruch. Es diente nicht nur dazu, die spezifische Situation des (vermeintlichen oder wirklichen) »tragischen Pflichtenkonflikts« angemessen juristisch zu erfassen. Dies hatte nämlich bereits der vom Obersten Gerichtshof der Britischen Zone entwickelte persönliche Strafausschließungsgrund erreicht.¹⁰⁸

103 LG München I 21.7.1948, III 19, Zitat III 25.

104 Dies führte oft zur Anerkennung eines Verbotsirrtums wegen der Annahme der Euthanasie im eigentlichen Sinne.

105 LG München I 15.3.1951, VIII 294.

106 Bongard, A.: Die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, in: Ratz, M. u.a.: Die Justiz und die Nazis – Zur Strafverfolgung von Nazismus und Neonazismus seit 1945, Frankfurt 1979, S. 79 ff., Zitat S. 81 f.

107 LG München I 15.3.1951, VIII 284.

108 Dies hat ein Befürworter des übergesetzlichen Schuldausschließungsgrundes früh festgestellt, vgl.

Das Ziel des rechtstheoretischen wie rechtspraktischen Übergangs vom persönlichen Strafausschließungsgrund zum übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrund kann m. E. nur die allgemeine (und nicht lediglich ausnahmsweise) Exkulpation derer sein, die vielleicht nicht zu den politischen Organisatoren der Massenmorde gehörten¹⁰⁹, sich aber dem an sie herangetragenen Ansinnen der Beihilfe oder Mittäterschaft bei Mord nicht entzogen. In der Mehrzahl der Fälle (der OGHBZ hätte einen persönlichen Strafausschließungsgrund nur für wenige Ausnahmen für möglich gehalten) dürfte nämlich das Motiv zum »Mitmachen« nicht die Verhinderung »größeren Übels« gewesen sein, sondern die Unannehmlichkeiten bei einer Weigerung. Daß beim »Mitmachen« auch vielleicht einige Kranke gerettet werden konnten, diente überwiegend der Gewissensberuhigung.

Diese Gewissensberuhigung sollte über 1945 hinaus weitergeführt werden. Dabei wurde die Reihenfolge von Haupt- (»Mitmachen«) und Nebenhandlung (»Rettung«) vertauscht: Nun war die »Rettung« der Kranken die Haupthandlung, die Mitwirkung am Anstaltsmord war pure Nebensache.

Vergegenwärtigt man sich, in welchem großem Ausmaß der Medizinerstand – über Gesundheitsverwalter, Anstaltsärzte und -psychiater sowie Wissenschaftler – in die »Euthanasieaktion« einbezogen war¹¹⁰, so wird die Bedeutung dieser »Verkehrung« deutlich. Die Ärzte verstanden sich im Dritten Reich wie in der Bundesrepublik als eine der Spitzen der »normalen« bürgerlichen Gesellschaft, die mit Verbrechen nicht in Verbindung gebracht werden konnte. Diese Selbsteinschätzung wurde von den Gerichten übernommen und durch geringe Freiheitsstrafen bzw. Freisprüche aufrechterhalten.

Nicht der persönliche Strafausschließungsgrund, sondern der übergesetzliche Schuldaußschließungsgrund machte die Beihilfe zum Mord oder sogar die Täterschaft bei Mord praktisch ungeschehen, indem sie sie entschuldigte. Darin lag das Ziel des Übergangs zum übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrund.

Die häufige Annahme von Verbotsirrtum zeigt ebenso wie die häufige Erkennung auf Totschlag bei den Kindertötungen, daß die Gerichte der zweiten Phase eine bestimmte Affinität zu einer »Euthanasie« im nationalsozialistischen Sinne hatten. Die verständnisvoll legitimierten Kindertötungen wurden dabei mit den aus der NS-Ideologie bekannten Mitleids- und Zweckmäßigkeit¹¹¹-Mäntelchen verschleiert und »hoffähig« gemacht. Bezüglich der Behinderten befand sich die bundesdeutsche Justiz seit 1947/48 in einem barbarischen Zustand, der Behinderten das Lebensrecht in bestimmten Ausnahmesituationen oder sogar generell absprach.

Die subjektive Teilnahmelehre, die besonders bei »Tötungen auf Befehl« zum Tragen kam, bevorzugte nicht nur nachträglich das autoritäre Bewußtsein, sondern basierte darauf: Ihr lag eine »imperative Rechtsauffassung«¹¹² zugrunde, die die Urform des Rechts in Befehlen, in Geboten oder Verboten, erblickte. Eine Straftat wurde weniger als Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes¹¹³ begriffen denn als

Reinicke, D.: Zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone ..., a. a. O. (Fn. 66), S. 78, 1. Sp.

¹⁰⁹ Mit dem übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrund wurden vor allem Ärzte aus Zwischenanstalten und Fachleute aus der staatlichen Gesundheitsverwaltung freigesprochen.

¹¹⁰ Vgl. die Darstellung bei Klec, E.: »Euthanasie« im NS-Staat ..., a. a. O. (Fn. 5), S. 395 ff. und ders.: Was sie taten – was sie wurden – Ärzte, Juristen und andere Beteiligte am Kranken- oder Judenmord, Frankfurt 1986, S. 144 ff.

¹¹¹ Z. B. durch die Anerkennung eines Irrtums über das Tötungsverbot in »krisenhaften Kriegzeiten«.

¹¹² Der Begriff stammt von Germann, vgl. Radbruch, G.: Anmerkung zu OLG Frankfurt, a. a. O. (Fn. 33), S. 634.

¹¹³ Der Begriff des »Rechtsgutes« verliert seine Konturen, wenn er im Nationalsozialismus mit »Gemeinschaftsinteressen« identifiziert und dadurch praktisch »entmaterialisiert« wird, vgl. Frommel, M.: Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstraf-

Ungehorsam gegenüber der rechtsetzenden Gewalt. Die Einschätzung staatlich angeordneter oder geduldeter Verbrechen bereitete dann besondere Schwierigkeiten.

Gustav Radbruch beurteilte diese Auffassung 1947 so:

»... Unrecht ist Unrecht nicht, weil es verboten ist, sondern es wird verboten, weil es Unrecht ist. Der Imperativ, die Bestimmungsnorm, ist nur eine sekundäre Form des Rechts, bestimmt, den einzelnen die Erfüllung des Rechts ins Gewissen zu schreiben; die Urform des Rechts aber ist die Bewertungsnorm, das Werturteil der rechtsetzenden Macht, durch das eine Handlungsweise für ungerecht und antisozial erklärt wird.«¹¹⁴

Nach Radbruchs Rechtsauffassung wird – nach einem Werturteil – lediglich negativ bestimmt, welche Handlungen rechtswidrig sind. Nicht der verbrecherische Wille führt zur Strafbarkeit, sondern bestimmte, pönalisierte Handlungen, die ein schützenswertes Rechtsgut verletzen.

Nach der »imperativen Rechtsauffassung« bestimmt das Recht nicht *negativ*, welche Handlungen wegen ihres Unrechtsgehalts zu unterbleiben haben, sondern stellt *positive* Verhaltensnormen auf, denen der Bürger zu folgen hat. Folgt er ihnen nicht, so ist er strafwürdig, weil er ungehorsam ist, nicht weil er ein bestimmtes schützenswertes Rechtsgut verletzt. Eine solche Rechtsauffassung ist autoritär.

Für die Teilnahmelehre hat die jeweilige Rechtsauffassung Konsequenzen: Nach Radbruchs Rechtsauffassung werden Täterschaft und Beihilfe nach dem Grad der Rechtsgutverletzung unterschieden, also stärker nach objektiven Kriterien¹¹⁵, während sie nach der »imperativen Rechtsauffassung« nach subjektiven Kriterien unterschieden werden, nämlich nach dem Grad des »Ungehorsams« gegenüber dem Gesetz:

»Wie die Entscheidung gegen das Gesetz, der böse verbrecherische Wille, zum Täter macht, so liefert konsequent auch die Willensstärke das Abgrenzungsmerkmal zwischen den verschiedenen Graden der Mitwirkung an einem Verbrechen.«¹¹⁶

Verbrechen aus »Gleichgültigkeit« oder in Erfüllung »dienstlicher Pflichten« sind nach dieser Rechtsauffassung, die nicht primär nach der Rechtsgutverletzung fragt, kaum exakt faßbar, weil ihnen der »verbrecherische Antrieb« fehlt.

Durch die extrem subjektive Teilnahmelehre wurde die Mitläuferhaltung im Nationalsozialismus nachträglich akzeptiert: Diejenigen, die das Mordsystem geleitet oder in Gang gehalten hatten, erscheinen als bloße Rädchen in einem ihnen fremden System.

recht – oder die Legende von der »Überwindung des Wertneutralismus« im Strafrecht, in: Reifner, U./Sonnen, B.-R. (Hg.): *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Frankfurt/New York 1984, S. 86 ff.

¹¹⁴ Radbruch, G.: Anmerkung zu OLG Frankfurt, a. a. O. (Fn. 33), S. 634.

¹¹⁵ Roxin schreibt: nach der »realen Tatnähe«, vgl. Roxin, C.: *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, a. a. O. (Fn. 39), S. 195.

¹¹⁶ Baumann, J.: Beihilfe bei eigener voller Tatbestandserfüllung, a. a. O. (Fn. 42), S. 563. I. Sp. Ähnliche Äußerungen finden sich in »Euthanasie«-Urteilen, vgl. LG Frankfurt 28. 1. 1948, a. a. O. (Fn. 43), II 196.