

In den meisten Fällen werden die Opfer der DDR-Justiz rehabilitiert worden sein, denn es sind gerade diese Rehabilitationsverfahren, die von Amts wegen eine Untersuchung auf Rechtsbeugung einleiten.<sup>61</sup> Den zugrundeliegenden Verurteilungen jedoch wird durch den höchstrichterlichen Entscheid eines Rechtsstaates weiterhin attestiert, sie hätten sich im Rahmen des rechtlich Gestatteten gehalten.

Dem BGH fällt es offenbar schwer, Maßstäbe zu finden und anzuwenden, die dem repressiven Mißbrauch von Gesetzen in der DDR gerecht werden. Ursächlich ist m. E. vor allem der Ausgangspunkt der BGH-Rechtsprechung, daß das politische Strafrecht der DDR den »Kernbereich des Rechts« nicht verletze. Durch diese Argumentation bleiben die entsprechenden Paragraphen wirksam, und der BGH verbaut sich selbst den Rückgriff auf höherrangiges Recht, nämlich die Anwendung der DDR-Verfassung und der völkerrechtlichen Verträge, die die DDR unterzeichnet hat. Deshalb kann der BGH den repressiven Charakter der politischen Rechtsprechung zwar erkennen, jedoch nur, um ihm anschließend über seine Maßstabsbildung doch zu exkulpieren.

So läßt die Praxis von dem Versprechen, mit über 12 000 Ermittlungsverfahren dem Unrecht in der ehemaligen DDR Herr werden zu wollen, wenig mehr als den Schein. Die Rechtsprechung des BGH zu den Rechtsbeugungsverfahren hat bisher eine wahre Einstellungsflut<sup>62</sup> zur Folge gehabt, die zuweilen groteske Züge annimmt. So zitiert Spendel einen Fall vor dem LG Berlin, in dem das Gericht entgegen seiner Überzeugung »von der >schweren Schuld< der angeklagten SED-Funktionäre von deren Verurteilung abgeschenkt hat, weil diese vom BGH auf Grund seiner abzulehnenden Judikatur ja doch aufgehoben würde«.<sup>63</sup>

In der Sache handelt es sich damit um eine Art Amnestie für die Masse der DDR-Richter und Staatsanwälte. Für geringfügigere Straftaten in der DDR wäre eine Amnestie gewiß zu erwägen, aber nicht speziell und allein für Justizdelikte. Eine Amnestie hätte auch der Rechtsunsicherheit Rechnung tragen können, die sich daraus ergibt, daß sich die rechtlichen Maßstäbe der Bundesrepublik nicht bruchlos auf die DDR-Vergangenheit anwenden lassen. So ist es zu einer Überforderung der BGH-Rechtsprechung gekommen, die sich nun in eine Art Teillegitimation von DDR-Verhältnissen verstrickt hat.

## Joachim Perels

### Späte Entlegitimierung der NS-Justiz

Sieben Jahre existierte die Bundesrepublik, als ihr oberstes Strafgericht den Vorsitzenden SS-Richter eines Standgerichts im Konzentrationslager Flossenbürg, Otto Thorbeck, der Dietrich Bonhoeffer, Hans Oster, Admiral Canaris und andere Widerstandskämpfer wegen angeblichen Landesverrats und mindestens teilweise Hochverrats am 8. April 1945 zum Tode verurteilt hatte, rechtskräftig freisprach.

<sup>61</sup> Rautenberg/Burges, in: DtZ 1993, S. 71.

<sup>62</sup> Die aktuelle Zahl der Einstellungen liegt nicht vor, aber im August 1994 hatte erst ein Verfahren rechtskräftig mit einer Verurteilung geendet und stand 1523 Einstellungen gegenüber (BT-Dr. 12/8402, S. 4.). S. a. u. a. das Interview mit der Staatssekretärin der Justiz Sachsen-Anhalts, in: Die Zeit v. 23. 6. 1995, S. 12.

<sup>63</sup> Spendel, in: NjW 1996, S. 810.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Juni 1956<sup>1</sup> wurde seinerzeit nicht in die amtliche Entscheidungssammlung aufgenommen und weder in der Strafrechtslehre noch vom Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland kritisch thematisiert. In Zeiten der Restauration der traditionellen Eliten in allen gesellschaftlichen Bereichen lag das Bonhoeffer-Urteil im Trend. Auf vielfältige Weise hatten sich Abwehrmechanismen gegen die ungeschminkte Aufarbeitung der staatlichen Funktionsmechanismen des Dritten Reiches ausgebildet.

Um nur einige Stichworte zu nennen: Im Bundesgerichtshof, gleichsam eine »Traditionskompanie des Reichsgerichts« (F. Bauer), waren 80 Prozent der Richter vordem im Staats- und Justizdienst des Dritten Reiches tätig. So war es kein Wunder, daß der Bundesgerichtshof die Rolle der Beamenschaft in der NS-Diktatur entpolitisierter und im Kern als Wahrnehmung neutraler Staatsfunktionen ausgab.<sup>2</sup> In der Strafrechtslehre dominierten Professoren, die ebenfalls überwiegend als geistige Stützen des NS-Regimes fungiert hatten.<sup>3</sup> In der evangelischen Kirche, die vielfach auf Distanz zu Bonhoeffers politischem Widerstand ging, war eine starke Lobby zugunsten von Kriegsverbrechern aktiv; der Ratsvorsitzende der EKD, Bischof Otto Dibelius, einst führender Vertreter der Bekennenden Kirche, hatte 1950 in einer programmatischen Predigt die Frage der Schuld in der NS-Diktatur durch den Hinweis auf den umfassenden Willen des allmächtigen Gottes von der Tagesordnung abgesetzt.<sup>4</sup>

Bereits 1948 verwarf Reinhard Maurach die Verurteilung des Denunzianten Puttfarken, der einen Oppositionellen wegen des Wandspruchs – »Hitler ist ein Massenmörder und Schuld am Krieg« – dem Henker ausgeliefert hatte. Maurach behauptete, das NS-Recht sei nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich ohne weiteres gültig: »Wer . . . einen nach geltendem Recht Schuldigen zur Anzeige bringt, hält sich mit seiner Handlung innerhalb der (den Tatbestand ausschließenden) Sozialadäquanz.«<sup>5</sup>

Der Generalthese einer uneingeschränkten Rechtsgültigkeit des NS-Normensystems im Blick auf die Akte des nationalsozialistischen Staatsapparats, die auch die Verteidiger in den Nürnberger Prozessen vertraten,<sup>6</sup> folgte die Bundesregierung 1952. Sie lehnte es ausdrücklich ab, § 7 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention in innerstaatliches Recht zu inkorporieren. Die von der Bundesregierung verworfene Norm lautete: »Durch diesen Artikel (der das Rückwirkungsverbot enthält, J. P.) darf die Verurteilung oder Bestrafung einer Person nicht ausgeschlossen werden, die sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat, welche im Zeitpunkt ihrer Begehung nach allgemeinen, von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar war.« Das hieß, daß die rückwirkende juristische Außerkraftsetzung von NS-Recht, wie sie insbesondere im Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20. Dezember 1945 mit dem Tatbestand der Verbrechen gegen die

1 C. F. Rüter u. a. (Hg.), *Justiz und NS-Verbrechen*, Bd. XIII, Amsterdam 1975, S. 344 ff.

2 J. Feest, *Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite*, in: W. Zapf (Hg.), *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, 2. Aufl. München 1965, S. 104; BGHZ 13, 296, 301; vgl. dazu M. Kirn, *Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?*, Berlin 1972.

3 Vgl. K. Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin 1975, insb. S. 255 ff.; M. Frommel, *Welzels finale Handlungslehre*, in: U. Reifner u. a. (Hg.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Frankfurt/M. 1984, S. 86 ff.

4 E. Bethge, *In Zitz gab es keine Juden. Erinnerungen aus meinen ersten vierzig Jahren*, München 1989, S. 226 f.; W.-D. Zimmermann, *Wir nannten ihn Bruder Bonhoeffer*, Berlin 1995, S. 133; J. Perels, *Die Hannoversche Landeskirche im Nationalsozialismus 1933–1945. Junge Kirche H. 9/1994 Beiheft*, S. 2; N. Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München 1996, S. 137 ff., S. 166 ff.; O. Dibelius, *Predigt*, in: Berlin Weißensee 1950. Bericht über die zweite Tagung der ersten Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 23.–27. April 1950, S. 10, S. 11 f.

5 R. Maurach, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel 1948, S. 63 Anm. 27.

6 Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Bd. 1, Nürnberg 1947, S. 186 ff.

Menschlichkeit vorgesehen war, ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Damit war, in striktem Gegensatz zur alliierten, insbesondere amerikanischen Justiz, dem NS-Recht auch in Verfahren nach 1945 programmatisch Gültigkeit zugesprochen worden. Eine Folge war, daß nun die gesamte NS-Justiz Schritt für Schritt gerechtfertigt werden konnte.<sup>7</sup>

In diesem Kontext stand das Urteil des Bundesgerichtshofs zugunsten des SS-Richters Thorbeck von 1956. Das Normensystem der NS-Despotie wurde zu gültigem Recht; der BGH nahm an der Bestellung des KZ-Kommandanten von Flossenbürg als Beisitzer im Verfahren gegen Bonhoeffer u. a. keinerlei Anstoß. Im Gegensatz zu einer Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs gegen den SS-Ankläger von Flossenbürg vom 12. Februar 1952, die sich am Begriff gesetzlichen Unrechts orientierte und die Frage aufwarf, ob die Widerstandskämpfer nicht »in Wahrheit in einem gesetzlosen Verfahren willkürlich getötet worden sind«<sup>8</sup>, übernahm der Bundesgerichtshof 1956 die Blickrichtung des SS-Standgerichts. Die Tötung derjenigen, die angesichts des Systems des staatlichen Terrors für die Wiederherstellung der Unverbrüchlichkeit des Rechts eintraten<sup>9</sup>, war für den Bundesgerichtshof legal: »Bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuld des Beschwerdeführers (des SS-Richters Thorbeck, J. P.) ... ist ... ins Auge zu fassen, wie sich seine Aufgabe nach der Gesetzeslage und den sonstigen Gegebenheiten der Tatzeit darstellte ... Ausgangspunkt ist dabei das Recht des Staates auf Selbstbehauptung ... Auch dem nationalsozialistischen Staate kann man nicht ohne weiteres das Recht absprechen, daß er solche Gesetze erlassen hat ... Einem Richter, der damals einen Widerstandskämpfer wegen seiner Tätigkeit in der Widerstandsbewegung abzurichten hatte und ihn in einem einwandfreien(!) Verfahren für überführt erachtete, kann heute in strafrechtlicher Hinsicht kein Vorwurf gemacht werden ...«<sup>10</sup>

Dreißig Jahre hat es gedauert, bis diese vom Bundesgerichtshof festgeschriebene Fortgeltung der NS-Rechtsordnung außer Kraft gesetzt wurde. Von dem Urteil von 1956 war eine weichenstellende Exkulpationswirkung in den Nachfolgeprozessen – wie in dem Pilotverfahren gegen den Beisitzer am Volksgerichtshof Hans Joachim Rehse vor dem Landgericht Berlin im Jahre 1968 – ausgegangen,<sup>11</sup> die eine Ahndung der Justizverbrechen des Dritten Reiches ausschloß.

Am 1. August 1996 entschied das Landgericht Berlin in der »Aufhebungssache betreffend Pastor Dietrich Bonhoeffer« u. a., daß das SS-Urteil aus dem Konzentrationslager Flossenbürg bereits durch das Bayerische Gesetz Nr. 21 zur Wiedergutmachung des nationalsozialistischen Unrechts auf dem Gebiet des Strafrechts vom 28. Mai 1946 aufgehoben sei.<sup>12</sup> Wenn – wie das Landgericht argumentiert – dieses Gesetz, das den Begriff des gesetzlichen Unrechts normativ faßt und schon von Radbruch in seinem wegweisenden Aufsatz von 1946 als Exempel für die notwendige juristische Entlegitimierung des NS-Normensystems genannt wird,<sup>13</sup> durch den Überleitungsvertrag vom 26. Mai 1952 in der Bundesrepublik weiter in Kraft blieb,

<sup>7</sup> Vgl. J. Perels, Amnestien für NS-Täter, KJ H. 3/1995, S. 384; ders., Die schrittweise Rechtfertigung der NS-Justiz. Der Huppenkothenprozeß, in: P. Nahamowitz/St. Breuer (Hg.), Politik-Verfassung-Gesellschaft. O. Massing zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1995, S. 51 ff.; ders., Wider die ›Normalisierung‹ des Nationalsozialismus, Hannover 1996, S. 71 ff.

<sup>8</sup> C. F. Rüter (Fn. 1), S. 330.

<sup>9</sup> Entwurf einer Regierungserklärung (der Gruppe des 20. Juli), in: Bundeszentrale für Heimatdienst (Hg.), 20. Juli 1944, bearb. v. H. Royce, Bonn 1960, S. 160.

<sup>10</sup> C. F. Rüter (Fn. 1), S. 352.

<sup>11</sup> J. Perels, Die schrittweise Rechtfertigung der NS-Justiz (Fn. 7), S. 63 f.

<sup>12</sup> LG Berlin v. 1. 8. 1996 – 517 AR 4/96 (2P Aufh. 1/96) –, abgedruckt in: Frankfurter Rundschau v. 14. 7. 1996.

<sup>13</sup> G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: ders., Der Mensch im Recht, Göttingen 1961, S. 121.

macht dies deutlich, in welchem Maße sich der Bundesgerichtshof 1956 über die rechtsstaatliche, gegen das juristische Willkürsystem des NS-Staats gerichtete Gesetzgebung hinweggesetzt hatte. Mit keinem Wort erwähnte der Bundesgerichtshof die bayerische Landesgesetzgebung zugunsten der Widerstandskämpfer. Die Frage, ob ein SS-Standgericht, dessen Sitzungsort ein Konzentrationslager war, nicht den Inbegriff gesetzlichen Unrechts darstellte, wurde nicht aufgeworfen.

Das Landgericht begnügte sich nicht damit – wie dies Apologeten des Bundesgerichtshofs bei der Auseinandersetzung um die Rechtsgültigkeit der Urteile gegen Widerstandskämpfer im Zusammenhang mit dem Film »Weiße Rose« und jetzt wieder der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Fraktion Norbert Geis taten<sup>14</sup> – nur auf die frühe Landesgesetzgebung hinzuweisen. Vielmehr verwarf das Landgericht die so lange wirksame Legitimierung der NS-Justiz von Grund auf. Mit »ergänzenden Hinweisen«<sup>15</sup> verschaffte sich das Landgericht die Möglichkeit, in einer materiell-juristischen Argumentation – die angesichts der bereits aufgehobenen Flossenbürger-Entscheidungen nicht entwickelt werden konnte – eine grundsätzliche rechtliche Bewertung des Verfahrens gegen Dietrich Bonhoeffer und die anderen Widerstandskämpfer vorzunehmen. Ohne die Entscheidung des Bundesgerichtshofs von 1956 zu erwähnen, nahm das Landgericht auf die schon erwähnte, an den Kategorien des gesetzlichen Unrechts orientierte Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15. Februar 1952 Bezug. Die Handlungsmotive der Widerstandskämpfer, denen der Bundesgerichtshof 1956 die »Unerbitlichkeit der damals geltenden Gesetze«<sup>16</sup> entgegengehalten hatte, werden nun gewürdigt: »Ihr Handeln zielte nicht auf eine Gefährdung des Reiches ab, sondern – ganz im Gegenteil – darauf, durch das NS-Regime verursachten Schaden vom Land und seiner Bevölkerung abzuwenden. Ihr Motiv war nicht Zerstörung, sondern Vaterlandsliebe und Einsatz für die Sache der Menschlichkeit.«<sup>17</sup> Und das Verfahren im Konzentrationslager Flossenbürg, das der Bundesgerichtshof 1956 im Prinzip für einwandfrei erklärt hatte, wird endlich treffend charakterisiert: »Der Zweck des Standgerichtsverfahrens bestand ... nicht darin, die Wahrheit zu erforschen und Recht und Gerechtigkeit walten zu lassen. Zweck des Verfahrens war es vielmehr ausschließlich, die aufgrund ihrer Widerstandstätigkeit unbequem gewordenen Häftlinge unter dem Schein eines gerichtlichen Verfahrens, das de facto unter Mißachtung aller Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens stattgefunden hatte, beseitigen zu können.«<sup>18</sup>

Die Ursachen für die nun auch judizielle Kennzeichnung der NS-Justiz als ein exekutivstaatliches Terrorsystem sind vielfältig. Die traditionellen Eliten in der Justiz und der Rechtslehre, die aus dem Dritten Reich in den demokratischen Verfassungsstaat übernommen wurden und ihre einstige – wie immer unterschiedliche – Option für die NS-Diktatur nicht grundsätzlich in Frage stellten, sondern oftmals kritiklos durch die Verwandlung des NS-Regimes in einen normalen Staat fortsetzen, haben gesellschaftlich keine Bedeutung mehr.

In welchem Maße die Blockierungen einer angemessenen Wahrnehmung des juristischen Herrschaftsgefüges der NS-Diktatur nicht nur in der Wissenschaft, die die tatsächliche Rolle der Justiz im System planmäßiger Willkür in vielfacher Weise

<sup>14</sup> G. Frankenberg/F. J. Müller, Juristische Vergangenheitsbewältigung – Der Volksgerichtshof vorm BGH, KJ 1983, S. 159 ff.; N. Geis, Erklärung v. 22. 3. 1996, mitgeteilt im Schreiben des Staatsministers beim Bundeskanzler, Anton Pfeifer, MdB, v. 3. 4. 1996 an Barbel Bohley als Vertreterin der Initiative »Gerechtigkeit für Dietrich Bonhoeffer«.

<sup>15</sup> LG Berlin (Fn. 12).

<sup>16</sup> C. F. Rüter (Fn. 1), S. 352.

<sup>17</sup> LG Berlin (Fn. 12).

<sup>18</sup> Ebd.

erforscht hat, sondern auch in der Justiz gefallen sind, zeigt das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16. November 1995. In der Entscheidung heißt es: »Die nationalsozialistische Gewaltherrschaft hatte eine ›Perversion der Rechtsordnung‹ bewirkt, wie sie schlimmer kaum vorstellbar war (Spandel, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984 S. 3), und die damalige Rechtsprechung ist angesichts exzessiver Verhängung von Todesstrafen nicht zu Unrecht oft als ›Blutjustiz‹ bezeichnet worden ... Die vom Volksgerichtshof gefällten Todesurteile sind ungesühnt geblieben, keiner der am Volksgerichtshof tätigen Berufsrichter und Staatsanwälte wurde wegen Rechtsbeugung verurteilt, ebensowenig Richter der Sondergerichte und der Kriegsgerichte. Einen wesentlichen Anteil an dieser Entwicklung hatte nicht zuletzt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHSt 10, 294; BGH NJW 1968, 1339, 1340; vgl. dazu LG Berlin DRiZ 1967, 390, 393 r. Sp.). Diese Rechtsprechung ist auf erhebliche Kritik gestoßen, die der Senat als berechtigt ansieht.«<sup>19</sup>

Diese Bemerkungen setzten sich freilich noch nicht in eine förmliche justizielle Negation der am NS-Staat ausgerichteten Positionen des Bundesgerichtshofs von 1956 um. Noch während der Feiern zur 50. Wiederkehr des 20. Juli 1944 und zum 50. Jahrestag der Kapitulation Nazi-Deutschlands war von der Aufhebung der Justizakte gegen Widerstandskämpfer – obgleich die grundlegende Arbeit von Günter Spandel schon lange vorlag –<sup>20</sup> nicht die Rede.

Erst zwei Aktionen, die sich wechselseitig verstärkten, bereiteten den Boden für die juristische Negation des nationalsozialistischen Justizunrechts gegenüber Dietrich Bonhoeffer und anderen Widerstandskämpfern des 20. Juli. Studenten der Evangelischen Fachhochschule Hannover, die sich gemeinsam mit ihrem Professor Karl-Heinz Lehmann mit dem Bonhoeffer-Verfahren intensiv auseinandersetzt hatten, richteten am 31. Januar 1996 an die Staatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin ein auf zehn Seiten ausführlich begründetes Wiederaufnahmevergehen.<sup>21</sup> Damit war die Justiz selber gefordert.

Ohne formelle Absprache bildete sich parallel dazu eine für die Entwicklung der öffentlichen Meinung äußerst wirksame Gruppe ehemaliger Bürgerrechtler der DDR – unter ihnen Bärbel Bohley und Stephan Hilsberg –, die gemeinsam mit Juristen und Sozialwissenschaftlern der alten Bundesrepublik zum 90. Geburtstag Dietrich Bonhoeffers am 4. Februar 1996 – seine Theologie des Widerstands gegen die Unrechtsstrukturen der Welt hatte nicht wenige Oppositionelle beeinflusst – an die Öffentlichkeit trat. Die Initiative, die ihre Erklärung mit dem Wort von Bonhoeffer – »aus der Perspektive der Machtlosen und Verhöhnten sehen lernen« – überschrieb, fand quer durch die politischen Lager – von Arnold Vaatz, Michael Wolffsohn über Jens Reich und Ignatz Bubis bis Jürgen Fuchs, Wolfgang Thierse und Ralph Girordano – breite Unterstützung. An den Bundestag wurden folgende Forderungen gerichtet: »Eine Erklärung, mit der die Todesurteile gegen Bonhoeffer und Gefährten, stellvertretend für weitere vom Bundesgerichtshof bestätigte NS-Urteile gegen Widerstandskämpfer, als Terrorentscheidungen bewertet werden – analog zur Erklärung des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 1986 zu den Urteilen des Volksgerichtshofs; die förmliche Aufhebung der Vorbehalte der Bundesrepublik gegen die ›Nürnberg-Klausel in der ›Europäischen Menschenrechtskonvention.«<sup>22</sup>

<sup>19</sup> BGH v. 16. 11. 1995 – 5 StR 747/94 –, NJ 1996, S. 156; vgl. dazu auch F. Werkentin, Halbherzig – die Selbstkritik des Bundesgerichtshofs, Horch und Guck H. 18/1996, S. 13 ff.

<sup>20</sup> G. Spandel, Das »Standgerichtsverfahren« gegen Admiral Canaris u. a. in der Nachkriegsrechtsprechung (1983), in: ders., Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, Berlin 1984, S. 89 ff.; s. auch J. Perels, Die schrittweise Rechtfertigung der NS-Justiz (Fn. 7) und C. Schminck-Gustavus, Der ›Prozeß‹ gegen Dietrich Bonhoeffer und die Freilassung seiner Mörder, Bonn 1995.

<sup>21</sup> taz v. 5. 2. 1996.

<sup>22</sup> Initiativkreis »Gerechtigkeit für Dietrich Bonhoeffer«, Berlin 4. 2. 1996, S. 4.

Diese Aktion wurde symbolisch zugespitzt. Bürgerrechtler brachten an Bonhoeffers Geburtstag eine Tafel am Gebäude des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs in Berlin an. Auf der Tafel stand: »Zum Gedenken an den christlichen Widerstandskämpfer Dietrich Bonhoeffer. Seine Tötung am 9. April 1945, angeordnet durch ein SS-Gericht im Konzentrationslager Flossenbürg, wurde vom Bundesgerichtshof 1956 bestätigt – als Ausdruck des Rechts des NS-Staates auf Selbstbehauptung.«<sup>23</sup>

Durch die verschiedenen Aktionen wurde der Skandal der einstigen Rechtfertigung der NS-Justiz durch den Bundesgerichtshof in einem Maße – in der Berichterstattung und Kommentierung der führenden Zeitungen der Bundesrepublik – öffentlich,<sup>24</sup> wie dies zuvor selbst nach einer prononzierten Kritik des Präsidenten der Synode, Jürgen Schmude, an der Bonhoeffer-Entscheidung<sup>25</sup> nicht gelang. Zwar wurde die Gedenktafel auf Anweisung des BGH-Präsidenten Odersky abgehängt. Aber seine u. a. auch materielle Begründung, daß der Text der Tafel »in schwerwiegender Weise unrichtig« sei, denn die Entscheidung des Bundesgerichtshof von 1956 (deren »Formulierungen man in mancher Beziehung mißbilligen« könne) sei »weder formal noch inhaltlich ... mit einer Bestätigung der Tötung von Dietrich Bonhoeffer« gleichzusetzen,<sup>26</sup> lag neben der Sache. Odersky verstärkte, contra voluntatem, die Problematisierung des BGH-Urturts von 1956, zumal er die Gegenposition innerhalb seines Gerichts in Gestalt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs von 1952, in der es hieß, daß die Standgerichtsurteile vom April 1945 möglicherweise »nur in Urteilsform gekleidet willkürliche Machtssprüche waren«<sup>27</sup>, außer Acht ließ.

Ein wichtiges Indiz für den – auch durch einen ausführlichen Artikel von Peter Jochen Winters in der FAZ mit bewirkten –<sup>28</sup> Wandel der öffentlichen Meinung waren die Reden auf der Berliner Feier zur 52. Wiederkehr des 20. Juli 1944. Alle Redner, Ministerpräsident Bernhard Vogel (CDU), Justizsenatorin Peschel-Gutzzeit (SPD) und Bürgermeisterin Bergmann (SPD), sprachen sich für eine förmliche Aufhebung der Unrechtsurteile gegen Widerstandskämpfer aus. Dies steht nun auch auf der Tagesordnung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages.<sup>29</sup>

Natürlich kann die Frage aufgeworfen werden, ob eine »Rehabilitierung« Bonhoeffers überhaupt angezeigt war. Der Biograph und Freund Bonhoeffers, Eberhard Bethge, selber im NS-Regime inhaftiert und mit vielen Widerstandskämpfern existentiell verbunden, hat auf diese Frage eine treffende, dreifache Antwort gegeben: »1. Dietrich Bonhoeffer hat keine Rehabilitierung nötig. Es gibt nichts Ehrenvolles, als daß er und seine Mitstreiter, darunter auch sein Bruder Klaus und seine Schwäger Hans von Dohnanyi und Rüdiger Schleicher, ihr Leben im Widerstand eingesetzt und geopfert haben. 2. Dietrich Bonhoeffer ist es, der wie seine Freunde – nun 50 Jahre lang – Deutschland in der Welt rehabilitiert hat. 3. Hingegen bedarf der unglaubliche Freispruch der mörderischen Richter ... durch den Bundesgerichtshof, also durch die Justiz der Bundesrepublik, der Revision.«<sup>30</sup>

Daß die Achtung des Widerstands auch in der Justiz in Gang kommt, ist ein rechts-

<sup>23</sup> taz v. 5. 2. 96.

<sup>24</sup> Suddeutsche Zeitung v. 5. 2. 1996 und v. 10./12. 2. 1996, taz v. 5. 2. 1996, Frankfurter Rundschau v. 5. 2. 1996, Sonntagsblatt v. 9. 2. 1996, Die Kirche v. 11. 2. 1996, Tagesspiegel v. 4. 2. 1995, Die Zeit v. 19. 7. 1996; J. Perels, Ein Außenseiter, für den sich der Generalstaatsanwalt einsetzt. Zur Theologie des Widerstands von Dietrich Bonhoeffer, Frankfurter Rundschau, Dokumentationsseite, v. 3. 5. 1996.

<sup>25</sup> J. Schmude, »Dann wollen wir des Vergangenen gedenken«, in: W. Huber (Hg.), Mut in boser Zeit, Berlin 1995, S. 54.

<sup>26</sup> Frankfurter Rundschau v. 17. 2. 1996; s. hierzu die Leserbriefe von J. Perels, H. Kramer und C. Schminck-Gustavus in der Frankfurter Rundschau v. 23. 2. 1996, v. 27. 2. 1996 und v. 29. 5. 1996.

<sup>27</sup> C. F. Rüter (Fn. 1), S. 332.

<sup>28</sup> FAZ v. 4. 7. 1996.

<sup>29</sup> FAZ v. 22. 7. 1996 und v. 9. 8. 1996.

<sup>30</sup> Leserbrief in: Suddeutsche Zeitung v. 21. 3. 1996.

staatlicher Fortschritt. Aber damit ist die einstige restaurative Justiz gegen politische Oppositionelle des Dritten Reiches nicht aus der Geschichte der Bundesrepublik verschwunden. Die Bonhoeffer-Entscheidung des Bundesgerichtshofs war, wie weitere Schlüsselentscheidungen zeigen, kein Einzelfall. Mit der Rechtfertigung eines SS-Standgerichtsurteils gegen einen Bauern, der kurz vor Kriegsende in Brettheim Hitlerjungen die Panzerfäuste weggenommen hatte, negierte der Bundesgerichtshof die rechtliche Legitimität des Widerstands ebenso wie mit der Feststellung, daß Kriegsdienstverweigerung im Dritten Reich – da man sich der Wehrpflicht des NS-Regimes nicht entziehen dürfe – keinen entschädigungsrechtlich relevanten Verfolgungstatbestand begründen könne.<sup>31</sup> Es ist an der Zeit, daß die gesamte, durch den Rückgriff auf nationalsozialistisches Recht scheinlegal begründete Negation des Widerstands gegen die NS-Diktatur vom Bundesgerichtshof selbstkritisch zum Thema gemacht wird – mindestens bei der nächsten Jubiläumsveranstaltung.

## Oliver Tolmein Tödliches Mitleid. Kritische Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichtshofes im »Kemptener Fall« (NJW 1995, 204)

### *I. Der Kontext der Entscheidung*

Mit seiner Entscheidung im sogenannten »Kemptener Fall«<sup>1</sup> hat der Bundesgerichtshof nicht nur die rechtswissenschaftliche Diskussion über »Euthanasie«<sup>2</sup> wieder in Bewegung gebracht.<sup>3</sup> Die Bundesrichter haben auch ein Signal für die Praxis der Behandlung von bewußtlosen und dementen Menschen gesetzt, dem angesichts der gegenwärtigen Debatte über die Kostenentwicklung im Gesundheitswesen<sup>4</sup> und in

<sup>31</sup> BGH v. 7.12.1956, in: J. Friedrich, Freispruch für die Nazi-Justiz, Reinbek 1983, S. 355; BGH v. 14.7.1961, NJW 1962, S. 195 f.; s. dazu A. Arndt, *Agraphoi nomoi. Widerstand und Aufstand (1962)*, in: ders., *Gesammelte juristische Schriften*, München 1976, S. 87 ff.

<sup>1</sup> BGH 1/StR 357/94, NJW 1995, 204.

<sup>2</sup> Der Begriff »Euthanasie« wird hier in einem umfassenden Sinn gebraucht: Er bezeichnet das Handeln (oder Nicht-Handeln) von Medizinern, Pflegepersonal oder Angehörigen, dem die Entscheidung zugrundeliegt, das Leben eines behandlungs- bzw. pflegebedürftigen Menschen zu beenden. Als Oberbegriff scheint mir »Euthanasie« präziser als »Sterbehilfe«, weil die Handlungen ggf. sehr viel weiterreichen, als es Hilfe zu tun pflegt. Zudem wird durch Verwendung des Begriffes »Euthanasie«, der auf das Ergebnis, den Tod, abstellt, vermieden zu suggerieren, es gehe um die »Hilfe im Sterben« (während es oftmals tatsächlich um die Herbeiführung des Sterbens geht). Außerdem halte ich es für sinnvoll, die historische Dimension, die übrigens weit über den Nationalsozialismus hinaus reicht, in der Debatte anklingen zu lassen. In Anführungszeichen setze ich »Euthanasie«, weil ich es nicht für ausgemacht halte, daß es sich hierbei tatsächlich um einen »guten Tod« handelt.

<sup>3</sup> Ablesbar an den zahlreichen und kontroversen Besprechungen: Bernsmann, ZRP 1996, 87; BGH – Arztrecht 1995, 171 m. Anm. Zielinski; Deichmann, MDR 1995, 983; Dörner, ZRP 1996, 93; Eser, 1995, 151 (158); Merkel, ZStW 107, 545; Schöch, NStZ 1995, 153; Verrel, JZ 1996, 224; Weißauer/Opderbecke, MedR 1995, 456.

<sup>4</sup> Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, 427; Kühn, Jahrbuch f. Krit. Medizin 1995, 145; Sachverständigenrat, Sondergutachten 1995.