

# Clea Laage

## Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945

Es ist bekannt, daß der Versuch, den neu entstehenden demokratischen Rechtsstaat in der Bundesrepublik nach 1945 auf die juristische und politische Aufarbeitung der NS-Vergangenheit zu gründen, gescheitert ist. Nur ein Bruchteil der NS-Täter wurde bestraft. Ihre Exkulpation implizierte die weitgehende Legitimation des NS-Staates und seiner Rechtsordnung.<sup>1</sup> Hierzu gab es eine inzwischen fast vergessene Alternative. Sie bestand in der Kategorie des gesetzlichen Unrechts, die die juristische Aufarbeitung nationalsozialistischen Unrechts 1946/47 prägte, danach aber systematisch verdrängt wurde.

### *1. Die Radbruchsche Formel »gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht«<sup>2</sup>*

#### *1. Entwicklung einer materiellen Geltungslehre<sup>3</sup>*

Ausgehend von der nach 1945 drängenden Frage, ob z.B. die Beschlagnahme jüdischer Vermögen durch den NS-Staat, Denunziationen und Gerichtsurteile, die sich auf NS-Gesetze stützten, rechtsgültig sind<sup>4</sup>, entwickelte Radbruch eine materielle, philosophische<sup>5</sup> Geltungslehre. Danach kommt positivem Recht nur dann Geltung zu, wenn es dem übergesetzlichen Recht entspricht. Andernfalls liegt »gesetzliches Unrecht« ohne Geltung vor.

»Wir haben einschen müssen, daß es ein Unrecht in der Form des Gesetzes gibt, ein »gesetzliches Unrecht«, und daß nur an dem Maßstab eines übergesetzlichen Rechts ermesen werden kann, was Recht ist, mag man dieses Recht über allen Gesetzen nun Naturrecht, göttliches Recht oder Vernunftrecht nennen.«<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Frankenberg, Müller, Juristische Vergangenheitsbewältigung – Der Volksgenichtshof vorm BGH, KJ H. 2/1983, S. 145 ff.; Friedrich, Freispruch für die Nazi-Justiz, Hamburg 1983; Benzler, Justiz und Anstaltsmord nach 1945, KJ H. 2/1988, S. 137 ff.; Kim, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum 3. Reich, insbesondere die Konflikte um die Beamtenrechte und Art. 131 Grundgesetz, Berlin 1972.

<sup>2</sup> Der Begriff »Radbruchsche Formel« zuerst bei Evers, Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, JZ 1961, S. 241 (246). Er bezeichnet im engeren Sinne die Unerträglichkeitsthese (vgl. unten), so bei Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, Berlin 1969, S. 44. Im weiteren Sinne, so ist der Begriff hier verwendet, bezeichnet er die gesamte Radbruchsche Geltungslehre nach 1945; Schumacher, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Diss. Göttingen 1985, S. 24.

<sup>3</sup> Zu beachten ist, daß Radbruchs Lehre vom übergesetzlichen Recht kein Plädoyer für eine Naturrechtsrenaissance im demokratischen Rechtsstaat ist. Radbruch betonte: »Ihre Anwendung findet ihre Grenze in den völlig singulären Verhältnissen der zwölf Nazi-Jahre«, Radbruch, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1947, Sp. 131 (136).

<sup>4</sup> Diesen praxisorientierten Ausgangspunkt unterstreicht Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105 f.; ders., Vorschule der Rechtsphilosophie, Heidelberg 1948, S. 108 f.

<sup>5</sup> Zum Begriff philosophische Geltungslehre vgl. Radbruch, Vorschule ... (Fn. 4), S. 35.

<sup>6</sup> Radbruch, Gesetz und Recht, Stuttgarter Rundschau, H. 1/1947, S. 5; ebenso ders., Erneuerung des

Hiermit gewinnt Radbruch ein Instrument zur Entlegitimierung der NS-Rechtsordnung. Ein Gesetz, das in einem bestimmten Maß<sup>7</sup> ungerecht ist, schafft kein Recht, sondern ist »gesetzliches Unrecht« ohne Geltung. Durch diese *Entlegitimierungsfunktion* der Kategorie des gesetzlichen Unrechts wird die Ahndung von NS-Verbrechen (*Bestrafungsfunktion*) möglich<sup>8</sup>, denn Nichtgeltung gesetzlichen Unrechts impliziert, daß der Mensch im Falle eines Konflikts zwischen positivem Gesetz und übergesetzlichem Recht verpflichtet ist, sich an letzterem zu orientieren und dem gesetzlichen Unrecht den Gehorsam zu verweigern.

»Wenn Gesetze den Willen zur Gerechtigkeit bewußt verleugnen, ... dann schuldet das Volk ihnen keinen Gehorsam, dann müssen auch Juristen den Mut finden, ihnen den Rechtscharakter abzuspochen.«<sup>9</sup>

Befolgt jemand dennoch das positive Gesetz, bleibt sein Handeln rechtswidrig, da es dieses nicht rechtfertigen kann.

Mit beiden Funktionen erweist sich die Kategorie des gesetzlichen Unrechts als Alternative zu der 1947/48 einsetzenden Restauration, die gerade auf der Legitimation des NS-Staates und seiner Rechtsordnung beruhte und deren Kernstück die Nicht-Ahndung von NS-Verbrechen war.<sup>10</sup> Die Kategorie des gesetzlichen Unrechts steht im Spannungsfeld Neubeginn versus (Rechts-)Kontinuität auf der Seite des politischen und rechtlichen Neuanfangs.

## 2. Wann ist ein NS-Gesetz »gesetzliches Unrecht«?

Zur Abgrenzung gesetzlichen Unrechts von trotz unrichtigem Inhalt dennoch geltenden Gesetzen entwickelte Radbruch die sogenannte Unerträglichkeitsthese.<sup>11</sup>

Rechts, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, hg. v. A. Kaufmann, Göttingen 1968, S. 26; ders., Die Erneuerung des Rechts, in: Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Bad Homburg 1962, S. 2.

Das Verhältnis von übergesetzlichem Recht und Naturrecht ist bei Radbruch nicht klar. Einerseits setzt er übergesetzliches Recht mit Vernunftrecht, Naturrecht und göttlichem Recht gleich (Radbruch, Gesetz und Recht, ebd., S. 5). Andererseits warnt er vor der Gleichsetzung von Naturrecht und übergesetzlichem Recht, da letzterem »nicht die übermoralische, überzeitliche Universalität des Naturrechts der Vergangenheit« zukomme, sondern es ein »Naturrecht mit wechselndem Inhalt, wandelbar nach Zeit und Volk« sei (Radbruch, Neue Probleme der Rechtswissenschaft, in: ders., Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß, hg. v. E. Schmidt, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, H. 172, Tübingen 1953, S. 32 f.).

<sup>7</sup> Vgl. dazu unten die Unerträglichkeitsthese.

<sup>8</sup> Perels, Die Restauration der Rechtslehre nach 1945, KJ H. 4/1984, S. 359 (363); a. M. Engisch, Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph, ARSP 1949/50, S. 305 (315): »Man würde Radbruch sehr mißdeuten, wollte man annehmen, er habe hier eine Theorie als Waffe geschmiedet gegen die verabscheute Vergangenheit. ... Um Abrechnung mit der Vergangenheit war es Radbruch nicht zu tun.«

<sup>9</sup> Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: ders., Rechtsphilosophie, 8. Aufl., hg. v. Wolf, Schneider, Stuttgart 1973, S. 328.

<sup>10</sup> Vgl. zu diesem Restaurationsbegriff Perels, (Fn. 8), S. 360 f. Weitere wesentliche Determinanten des Restaurationsprozesses sind:

erstens die Übernahme der NS-Trägerschichten in die Exekutive und Justiz der Bundesrepublik: Vgl. dazu Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945–1949, Königstein 1979; Feest, Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite, in: Zapf (Hg.), Beiträge und Analysen zur deutschen Oberschicht, 2. Aufl., München 1965, S. 95 ff.; Fangmann, Die Restauration der herrschenden Staatsrechtswissenschaft nach 1945, in: Reifner (Hg.), Das Recht des Unrechtsstaates, Frankfurt a. M. 1981, S. 211 ff.;

zweitens die Ablösung der Kondominiumstheorie Kelses (Vgl. dazu: ders., The International Legal Status of Germany to be Established Immediately upon Termination of the War, in: American Journal of Law, Bd. 38 (1944), S. 689 ff.; ders., The Legal Status of Germany to the Declaration of Berlin, in: American Journal of Law, Bd. 39 (1945), S. 518 ff.) durch die Identitätstheorie (vgl. Stödter, Deutschlands Rechtslage, Hamburg 1948, S. 36 ff.; Greve, Ein Besatzungsstatut für Deutschland, Stuttgart 1948, S. 47 ff. bes. S. 77 ff.; Kaufmann, Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung, Stuttgart 1948);

drittens das Scheitern der Neuordnung der Wirtschaftsstruktur, vgl. dazu Winter, Sozialisierung in Hessen 1946–1955, KJ H. 2/1974, S. 157 ff. Zur Diskussion über die Kontinuität Kocka, Restauration oder Neubeginn? Deutschland 1945–1949, L'76, H. 11/1979, S. 112 ff. m. w. N.

<sup>11</sup> Mit Unerträglichkeitsthese bezeichnet Schumacher, (Fn. 2), S. 25 folgende Passage in Radbruchs

Da nach Ansicht Radbruchs jedes Gesetz – also auch das nationalsozialistische – Rechtssicherheit garantiert<sup>12</sup>, besteht eine Vermutung für die Geltung auch des ungerechten und unzumutbaren Gesetzes.

»Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist.«<sup>13</sup>

Gesetzliches Unrecht sei deswegen innerhalb jedes Rechtssystems die Ausnahme:

»Wenn sich also in der Regel der Fälle die Geltung positiven Rechts durch die Rechtssicherheit rechtfertigen läßt, so bleibt in gewissen Ausnahmefällen horrend ungerechter Gesetze die Möglichkeit, solchen Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung abzusprechen.«<sup>14</sup>

Gesetzliches Unrecht liegt erst vor, wenn

»der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat.«<sup>15</sup>

Ergänzt wird die Unerträglichkeitsthese durch eine zweite von Radbruch benutzte Formel zur Abgrenzung von geltendem und nicht-geltendem Recht, die sogenannte Verleugnungsthese.<sup>16</sup> Sie lautet:

»Wo die Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur »unrichtiges Recht«, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren, denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.«<sup>17</sup>

Da die Verleugnungsthese das einzelne NS-Gesetz in Beziehung setzt zur allgemeinen rechtsverleugnenden Intention des nationalsozialistischen Gesetzgebers,<sup>18</sup> ist »gesetzliches Unrecht« nicht mehr der Ausnahmefall, sondern

»[a]n diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt.«<sup>19</sup>

Die Unerträglichkeits- und die Verleugnungsthese, der Gerechtigkeitsbegriff und der Gleichheitssatz sind bei Radbruch bezogen auf die »Humanität als Rechtsbegriff«, d. h. »Menschenfreundlichkeit gegen unmenschliche Grausamkeit, ... Menschenwürde gegen unmenschliche Erniedrigung, ... Menschenbildung gegen unmenschliche Kulturvernichtung,«<sup>20</sup> und auf die Menschenrechte, in denen die Humanität zum Rechtsbegriff wurde.<sup>21</sup> Daraus ergeben sich zwei weitere unum-

Aufsatz, Gesetzliches Unrecht ..., (Fn. 4), S. 107 1. Sp.: »Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen.«

<sup>12</sup> Radbruch, Gesetzliches Unrecht ..., (Fn. 4), S. 107 1. Sp.: »[E]inen Wert führt schon jedes Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich. Es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zumindest Rechtssicherheit schafft.«

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> Radbruch, Vorschule ..., (Fn. 4), S. 35; ebenso ders., Neue Probleme ... (Fn. 6), S. 33: Die Annahme gesetzlichen Unrechts ist beschränkt auf »Fälle eines flagranten, für niemand ernstlich bestreitbaren, schlechthin verbrecherischen Mißbrauchs in Gesetzesform.«

<sup>15</sup> Radbruch, Gesetzliches Unrecht ..., (Fn. 4), S. 107 1. Sp.

<sup>16</sup> Vgl. Schumacher, (Fn. 2), S. 26.

<sup>17</sup> Radbruch, Gesetzliches Unrecht ..., (Fn. 4), S. 107 1. Sp.

<sup>18</sup> »Die hervorstechendste Eigenschaft in Hitlers Persönlichkeit, die von ihm aus zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen »Rechts« wurde, war sein völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechtssinn.« Ebd., hervorh. C.L.

<sup>19</sup> Ebd.; der Widerspruch zwischen Ungültigkeit ganzer Parteien des NS-Rechts und dem Ausnahmecharakter gesetzlichen Unrechts bleibt bei Radbruch unvermittelt nebeneinander stehen.

<sup>20</sup> Radbruch, Vorschule ..., (Fn. 4), S. 94 f.

<sup>21</sup> Ebd., S. 95.

stößliche Kriterien für das Vorliegen gesetzlichen Unrechts. Gesetzliches Unrecht liegt somit vor:

- bei »Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandeln und ihnen die Menschenrechte versagen«,<sup>22</sup>
- bei Gesetzen, die Menschen zum Objekt staatlichen Handelns erniedrigen, also bei all »jenen Strafdrohungen, die ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur geleitet von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedener Schwere mit der gleichen Strafe, häufig mit der Todesstrafe, bedrohen.«<sup>23</sup>

Die Radbruchsche Formel kann durch diese Betrachtung des aus der NS-Rechtsordnung isolierten einzelnen Gesetzes nur eine punktuelle Entlegitimierung der NS-Rechtsordnung erreichen.<sup>24</sup> Deswegen muß sie erweitert werden. Die Frage nach dem gesetzlichen Unrecht muß bezogen werden auf die Frage nach der demokratischen Legitimität bzw. Illegitimität des nationalsozialistischen Gesetzgebers und auf die Frage nach dem Charakter der ganzen NS-Rechtsordnung und der Rechtspraxis.<sup>25</sup> Die Radbruchsche Formel bedarf der Einbindung in die materiellen Analysen des Unrechts-Staates<sup>26</sup> von Fraenkel, Kirchheimer und Neumann<sup>27</sup> unter dem Gesichtspunkt, ob den NS-Gesetzen – wie Radbruch unterstellt<sup>28</sup> – Rechtssicherheit als Wert innewohnt, der eine Vermutung für deren Gültigkeit rechtfertigt. Nach Fraenkel ist die »Rechtsordnung des Doppelstaates« durch das Nebeneinander von Normen- und Maßnahmenstaat gekennzeichnet.<sup>29</sup> Der Maßnahmenstaat, das Herrschaftssystem der unbeschränkten Willkür und Gewalt,<sup>30</sup> kann durch die Definition des seiner Herrschaft unterstehenden politischen Bereichs den normenstaatlichen Rechtsbereich auf Null reduzieren, mit der Folge, daß tendenziell die *gesamte* Rechtsordnung weder Rechtssicherheit noch Rechtsschutz garantiert.<sup>31</sup>

Während Fraenkel die Negation einer Rechtssicherheit während des Rechts nur als Möglichkeit bezeichnet, die 1938 erst zum Teil Wirklichkeit geworden sei,<sup>32</sup> kommen Kirchheimer und Neumann zu dem Ergebnis, daß es im NS-Staat kein Rechtssicherheit garantierendes Recht gab. Der nationalsozialistische Staat degradierte das Recht zum reinen Funktionsmodus der Macht, von Recht, das »nicht nur voluntas, sondern auch ratio« ist, könne keine Rede sein.<sup>33</sup> Bei Neumann heißt es:

<sup>22</sup> Radbruch, Gesetzliches Unrecht..., (Fn. 4), S. 107 r. Sp.

<sup>23</sup> Ebd.

<sup>24</sup> Grünewald, Zur Kritik der Lehre vom übergesetzlichen Recht, in: Bonner akademische Reden, Bd. 40, Bonn 1971, S. 14, meint sogar, daß die Betrachtung des einzelnen NS-Gesetzes zur Legitimation der NS-Rechtsordnung führt, denn »[d]iese punktuelle Betrachtung der einzelnen Gesetze bewirkt, daß für jeden Staat zu jeder Zeit festgestellt werden kann, daß in ihm eine intakte Rechtsordnung gelte oder gegolten habe – nämlich eine Rechtsordnung, bestehend aus den jeweiligen staatlichen Gesetzen, korrigiert durch die Normen des überstaatlichen Rechts.«

<sup>25</sup> Ebd., S. 10, 16.

<sup>26</sup> Ansätze zu einer materiellen Analyse des Unrechts-Staates, bei: Radbruch, Autoritäres und soziales Strafrecht, in: ders., Der Mensch im Recht, hg. v. F. v. Hippel, Göttingen 1937, S. 63 ff.; ders., Faschistisches Strafrecht, in: Der Morgen H. 6/1933, S. 433 ff.; ders., Strafrechtsreform und Nationalsozialismus, in: Neue Freie Presse v. 15. 1. 1933 und 22. 1. 1933.

<sup>27</sup> Fraenkel, Der Doppelstaat (1941), Frankfurt a. M. 1981; Kirchheimer, Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus (1941), in: ders., Funktionen des Staates und der Verfassung. 10 Analysen, Frankfurt a. M. 1972, S. 115 ff.; Neumann, Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944 (1942), Frankfurt a. M. 1984; ders., Die Herrschaft des Gesetzes (1936), Frankfurt a. M. 1981, S. 340 ff.

<sup>28</sup> Radbruch, Gesetzliches Unrecht..., (Fn. 4), S. 107 l. Sp.

<sup>29</sup> Fraenkel, (Fn. 27), S. 21 ff.

<sup>30</sup> Ebd., S. 21.

<sup>31</sup> Ebd., S. 88.

<sup>32</sup> Ebd., S. 23, 88 ff.

<sup>33</sup> Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: ders., Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt a. M. 1984, S. 7 (44).

»Es gibt heute in Deutschland kein Recht mehr. Was Recht genannt wird, ist ausschließlich eine Technik, um den politischen Willen des Führers in Verfassungswirklichkeit zu transformieren.«<sup>34</sup>

Kirchheimer faßt den Gedanken noch genauer:

»[D]as ökonomisch atomisierte Individuum wird zum bloßen Objekt der Herrschaft von monopolistischen Gruppen und Staatsmaschinerie. Gleichzeitig verliert die Legalität ihre Funktion als Waffe zum Schutz des Individuums. Sie wird völlig bedeutungslos und löst sich in technische Rationalität auf. Diese ist nunmehr das Strukturprinzip der Rechtsinstitutionen, des Gesetzgebungsapparates und des Anwendungsinstruments, der Richterschaft.«<sup>35</sup>

Vor diesem Hintergrund kann davon, daß die Rechtssicherheit in der Regel die Geltung nationalsozialistischer Gesetze rechtfertigt, nicht gesprochen werden. Zumindest ist das »unerträgliche Maß« schnell erreicht, wenn ein Gesetz weder Rechtssicherheit schafft noch Gerechtigkeit intendiert. Eine Vermutung für die Geltung positiven Rechts kann es nur im rechtsstaatlichen Staatswesen, nicht für den Rechtssicherheit und Gerechtigkeit verleugnenden NS-Unrechts-Staat geben.

## II. Alliierte Gesetzgebung im Sinne der Radbruchschen Formel

### 1. Entnazifizierung der NS-Rechtsordnung

Der Umgang der Alliierten mit dem NS-Rechtssystem ist gekennzeichnet durch die Kombination von drei Strategien, die die Kontinuität zwischen NS-Rechtsordnung und neuem Recht unterbinden sollen:

- a) Außerkraftsetzung der »Grundgesetze« des NS-Staates,
- b) Festlegung von Anwendungs- und Auslegungsregeln für das inkraftbleibende NS-Recht<sup>36</sup> und
- c) Handhabung des Rechts durch eine »entnazifizierte« demokratische Justiz.

Das Militärregierungsgesetz Nr. 1 (MilReg 1)<sup>37</sup> und das Kontrollratsgesetz Nr. 1 (KRG 1) vom 20. 9. 1945<sup>38</sup> setzten die 25 wichtigsten »Gesetze politischer Natur oder Ausnahmegesetze, auf welchen das Nazi-Regime beruhte«, außer Kraft. Aufgehoben wurden das Ermächtigungsgesetz, viele judendiskriminierende Gesetze<sup>39</sup> und Gesetze, die dem Schutz des NS-Staates und der NSDAP dienten. Dieser offene Katalog<sup>40</sup> wurde durch das KRG 11 vom 30. 1. 1946<sup>41</sup> ergänzt, das u. a. den § 2 StGB, der die strafrechtliche Analogie und die Bestrafung nach »gesundem Volksempfinden« zuließ, die Hoch- und Landesverratsbestimmungen (§§ 80–94 StGB) und das diskriminierende Sonderstrafrecht (z. B. die Kriegssonderstrafrechtsverordnung<sup>42</sup>, die Volksschädlingsverordnung<sup>43</sup>, die sogenannte Polen- und Judenstrafrechtsverordnung<sup>44</sup>) aufhob.

Die Handhabung des weiterhin geltenden nationalsozialistischen Rechts wurde

<sup>34</sup> Neumann, Die Herrschaft ..., (Fn. 27), S. 355.

<sup>35</sup> Kirchheimer, (Fn. 27), S. 141 f.

<sup>36</sup> Zu dieser Kombination von Ungültigkeitserklärung der NS-Gesetze und deren Auslegung nach »zivilisierten Maßstäben« vgl. Neumann u. a. in ihren Studien im amerikanischen Office of Strategic Services, in: Söllner (Hg.), Zur Archäologie der Demokratie in Deutschland, Bd. 1, Analysen von politischen Emigranten im amerikanischen Geheimdienst 1943–1945, Frankfurt a. M. 1986, S. 196 f.

<sup>37</sup> Amtsbl. d. MilReg. Deutschl. Nr. 1, S. 11.

<sup>38</sup> Amtsbl. d. Kontrollrats Nr. 1, S. 6.

<sup>39</sup> Z. B. das Reichsbürgergesetz vom 15. 9. 1935 (RGBl. I, S. 1146) mit allen Durchführungsverordnungen.

<sup>40</sup> So ausdrücklich Art. 1 Ziff. 2 MilRegG 1.

<sup>41</sup> Amtsbl. d. Kontrollrats Nr. 3, S. 55.

<sup>42</sup> 17. 8. 1938, RGBl. I, S. 1455.

<sup>43</sup> 5. 9. 1939, RGBl. I, S. 1679.

<sup>44</sup> 4. 12. 1941, RGBl. I, S. 759.

durch die Formulierung allgemeiner Anwendungs- und Auslegungsvorschriften im MilRegG 1, im KRG 1 und in den Allgemeinen Anweisungen der Militärregierung an Richter Nr. 1<sup>45</sup> geregelt:

- a) Die Auslegung und Anwendung des Rechts nach nationalsozialistischen Lehren oder unter Bezugnahme auf Gerichtsentscheidungen oder Schriften, die nationalsozialistische Gedanken vertreten, wurde verboten.<sup>46</sup>
- b) Das weiterbestehende NS-Recht war »entsprechend dem klaren Sinn des Wortlauts auszulegen und anzuwenden«.<sup>47</sup>
- c) Die Bestrafung unter Anwendung von Analogie oder nach angeblich »gesundem Volksempfinden« wurde untersagt.<sup>48</sup>

Abgesichert wurden diese Auslegungs- und Anwendungsvorschriften dadurch, daß die Handhabung des nicht außer Kraft gesetzten NS-Rechts in die Hände einer entnazifizierten, demokratischen Justiz gelegt werden sollte. Die ordentlichen und die Verwaltungsgerichte wurden bis auf weiteres<sup>49</sup> geschlossen.<sup>50</sup> Der Volksgerichtshof, die Partei- und Sondergerichte wurden abgeschafft.<sup>51</sup> Das KRG 4<sup>52</sup> verfügte die Amtsenthebung der Richter und Staatsanwälte, die sich als Mitglieder der NSDAP aktiv für deren Tätigkeit eingesetzt hatten.<sup>53</sup>

In der Kontrollratsproklamation Nr. 3 wurden die Grundsätze der neuen Justiz festgelegt. Sie mußte sich orientieren an Demokratie, Gerechtigkeit, Gleichheit vor dem Gesetz und den Grundsätzen eines fairen Verfahrens.<sup>54</sup>

## 2. Das Kontrollratsgesetz Nr. 10<sup>55</sup>

Parallel zur Entnazifizierung des NS-Rechtssystems und der NS-Justiz vollzog die alliierte Gesetzgebung den rechtlichen und politischen Bruch mit dem NS-Staat und seiner Rechtsprechung vor allem durch das Kontrollratsgesetz Nr. 10 (KRG 10). »Das Kontrollratsgesetz gab der deutschen Rechtspflege eine Chance, einer Zeit revolutionären Unrechts... durch revolutionäres Recht Herr zu werden.«<sup>56</sup> Art. II Ziff. 1a–d KRG 10 erklärt vier Tatbestände für strafbar: Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Zugehörigkeit zu verbrecherischen nationalsozialistischen Organisationen. Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>57</sup> ist als Positivierung der Radbruchschen Formel zu

<sup>45</sup> SchlHA 1946, S. 4.

<sup>46</sup> Art. III MilRegG 1, Amtsbl. d. MilReg. Deutschl. Nr. 1, S. 11.

<sup>47</sup> Ebd.

<sup>48</sup> Art. IV Ziff. 7 MilRegG 1, ebd. Ob damit alle Strafvorschriften, die die Formulierung »gesundem Volksempfinden« enthielten, unanwendbar wurden, ob sich also aus dieser Auslegungsvorschrift eine Nicht-Anwendungsvorschrift ableiten läßt, vgl. Fn. 73 und III.1.bb. (2).

<sup>49</sup> Art. III, IV MilRegG 2, Amtsbl. d. MilReg. Deutschl. Nr. 1, S. 13.

<sup>50</sup> Art. III der Proklamation Nr. 1, Amtsbl. d. MilReg. Deutschl. Nr. 1, S. 1; Art. I MilRegG 2, Amtsbl. d. MilReg. Deutschl. Nr. 1, S. 13.

<sup>51</sup> Art. II MilRegG 2, ebd.

<sup>52</sup> Amtsbl. d. Kontrollrats Nr. 2, S. 26.

<sup>53</sup> Zu diesem Ansatz eines qualitativen Entnazifizierungskonzepts auch Direktive Nr. 24, Ziff. 1 u. 2 v. 12. 1. 1946, Amtsbl. d. Kontrollrats Nr. 5, S. 26.

<sup>54</sup> Amtsbl. d. Kontrollrats Nr. 1, S. 22. Einen entsprechenden Eid hatten Richter, Staatsanwälte, Notare und Rechtsanwälte zu leisten, Art. V Ziff. 8 MilRegG 2, Amtsbl. d. MilReg. Deutschl. Nr. 1, S. 13.

<sup>55</sup> Amtsbl. d. Kontrollrats Nr. 3, S. 50.

<sup>56</sup> Bauer, Das »gesetzliche Unrecht« des Nationalsozialismus und die Strafrechtspflege, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, hg. v. A. Kaufmann, Göttingen 1968, S. 302 (307); ähnlich Kim, (Fn. 1), S. 74.

<sup>57</sup> Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit kann in drei »den... Tatbestand jedoch nicht erschöpfende« (Art. II Ziff. 1c KRG 10) Tatbestandsgruppen gegliedert werden:

- a) auch im StGB gebräuchliche Deliktsbezeichnungen, wie Mord, Freiheitsberaubung und Vergewaltigung
- b) Massenverbrechen: Ausrottung, Versklavung, Zwangsverschleppung oder andere an der Zivilbevölkerung begangene unmenschliche Handlungen

verstehen.<sup>58</sup> Denn Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit ist nicht das staatliche Gesetz, sondern das überpositive Recht. Geschütztes Rechtsgut sind die Menschenrechte, die Menschheit als Trägerin dieser Rechte.<sup>59</sup> Dieses Schutzgut wird vom Obersten Gerichtshof für die britische Zone (OHG)<sup>60</sup> in prägnanter Weise in die Formulierung des objektiven Tatbestands des KRG 10 aufgenommen. Er fordert, daß Menschen oder Menschenrechte angegriffen oder geschädigt werden und daß diese Schädigung in einer Weise geschieht, die die »für Nichts-Achtung des ideellen Menschenwerts mit Wirkung für die Menschheit« ausdrückt.<sup>61</sup> Diese geforderte überindividuelle Wirkung ist gegeben, wenn die Tat

»in ihrem Gesamthergang, abgesehen von der Rechtsgüterverletzung in bezug auf das Opfer, zugleich auch allgemein als grundlegend anerkannte Kulturgüter verletzt, wie etwa die im europäischen Rechtskreis unabdingbare Gleichheit aller Menschen ohne Unterschied der Rasse und des Bekenntnisses vor dem Gesetz..., ferner, wenn die Tat die innerhalb rechtsstaatlicher Grenzen garantierte Freiheit der politischen Meinungsbildung und Meinungsäußerung verletzt. Die Menschheit ist ferner berührt, wenn die Tat ... darüber hinaus in einem human denkenden, rechtsstaatlich organisierten Volke als Antwort auf das konkrete Verhalten des Opfers objektiv in dieser Art und Schwere nicht denkbar wäre.«<sup>62</sup>

Neben dem gemeinsamen Schutzgut ergibt sich der Zusammenhang zwischen KRG 10 und dem Begriff des gesetzlichen Unrechts daraus, daß beide davon ausgehen, daß die Verletzung der Menschenrechte auch dann Unrecht bleibt, wenn sie gesetzlich geboten ist.

»Der Verstoß gegen diese Grundsätze der Menschlichkeit bleibt strafbares Unrecht, auch wenn er von einem Staat geduldet, gefördert oder veranlaßt wird. ... Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 geht davon aus, daß dieser, gewisse Grundsätze der Menschlichkeit umfassende Kernbereich des Rechts durch innerstaatliche Gesetze und ihre Handhabung nicht abgewandelt werden kann.«<sup>63</sup>

Indem das KRG 10 die Einwendungen der Angeklagten – sie seien durch das Nazi-Regime begnadigt oder amnestiert worden oder sie hätten auf Befehl der Regierung oder eines Vorgesetzten gehandelt – für irrelevant erklärt<sup>64</sup> und indem es bestimmt, daß Verbrechen gegen die Menschlichkeit unabhängig davon vorliegen, ob die Taten »das nationale Recht des Landes, in welchem die Handlung begangen worden ist, verletzen«,<sup>65</sup> schneidet es jede Berufung auf die NS-Rechtsordnung, auf ein dem übergesetzlichen Recht entgegenstehendes nationales (Un-)Recht ab.

»Es gehört nicht zu den Voraussetzungen des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, daß die Handlung auch von der innerstaatlichen Rechtsordnung eindeutig als strafbares Unrecht

c) Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen.

Zu dieser Tatbestandsgruppierung vgl. Güde, Die Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 durch deutsche Gerichte, DRZ 1947, S. 111 (113).

<sup>58</sup> »Auch dieses übergesetzliche Recht kann Gesetzesform annehmen ... solcher Art ist das KRG 10.« Radbruch, Gesetz und Recht, (Fn. 6), S. 5.

<sup>59</sup> Deswegen übersetzt Radbruch »Crimes against Humanity« mit Verbrechen gegen die Menschheit, Radbruch, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1947, Sp. 131 (133).

<sup>60</sup> Der OGH (Tätigkeit von Frühjahr 1948 bis 1950) war zunächst nur mit Gegnern des Nationalsozialismus besetzt: E. Wolff (1938 aufgrund der nationalsozialistischen Rassegesetzgebung als Rechtsanwalt in Berlin gelöscht, nach London emigriert), A. Wimmer (1938 aus politischen Gründen in den Ruhestand versetzt), K. Staff (nach der »Machtergreifung« durch den Nationalsozialismus aus dem Justizdienst entlassen). Er wurde dann erweitert durch Richter, die teilweise auch zwischen 1933 und 1945 als Rechtsanwälte oder in Ministerien tätig gewesen waren, vgl. ZJBl. 1/1948, S. 7.

<sup>61</sup> OGHSt 1, 11 (Leitsatz) v. 20. 5. 1948; 1, 19 (20 f.) v. 22. 6. 1948; 1, 36 (38) v. 13. 7. 1948.

<sup>62</sup> OGHSt 1, 43 (Leitsätze 1 und 3) v. 27. 7. 1948; 1, 11 (14 f.) v. 20. 5. 1948.

<sup>63</sup> OGHSt 2, 269 (271 f.) v. 13. 11. 1949; 1, 19 (21) v. 22. 6. 1948; 2, 67 (69) v. 24. 5. 1949; 2, 117 (132) v. 18. 10. 1949.

<sup>64</sup> Art. II Ziff. 4b, Ziff. 5 KRG 10.

<sup>65</sup> Art. II Ziff. 1c KRG 10. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Klausel nur beim Verbrechen gegen die Menschlichkeit steht. Tatsächlich findet der in ihr enthaltene Gedanke nach dem Willen des Gesetzes auf sämtliche in KRG 10 enthaltenen Tatbestände Anwendung, vgl. Kraus, Kommentar zum Kontrollratsgesetz Nr. 10, Hamburg 1948, S. 80.

gewürdigt wird, es ist vielmehr gerade der Sinn und Zweck des KRG 10, daß Verletzungen jener Grundsätze der Menschlichkeit als Verbrechen im Sinne des Art. II 1c KRG 10 auch dann bestraft werden, wenn die Handhabung der staatlichen Rechtsordnung sie straflos ließ oder sie gar begünstigte. Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 fordert dabei von jedem, daß er sich für die Grundsätze der Menschlichkeit entschied, wenn ihm ein staatliches Gesetz oder seine Handhabung die Möglichkeit bot, sie zu verletzen.«<sup>66</sup>

### III. Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts

#### 1. Was sind typisch nationalsozialistische Gesetze?

Ob ein Gesetz »typisch nationalsozialistisch« ist, »typischen Nazigeist« enthält oder »ausgesprochen nationalsozialistische Ziele verfolgte«, so lautete die Frage, die Rechtsprechung und Rechtslehre nach 1945 stellten, um zu entscheiden, ob ein Gesetz als gesetzliches Unrecht unanwendbar geworden war.<sup>67</sup> Diese Fragestellung schränkte Radbruchs Überlegungen zur Geltung nationalsozialistischer Gesetze an einem entscheidenden Punkt ein. Während Radbruch meinte, daß gesetzlichem Unrecht von Anfang an (ex tunc) jede verbindliche Kraft fehlte, so daß auf solche Gesetze gestützte Handlungen schon in der NS-Zeit rechtswidrig waren, zielte die Frage nach dem typisch nationalsozialistischen Gesetz nur auf die Zukunft. Gefragt wurde allein, ob ein Gesetz »nicht mehr anwendbar«<sup>68</sup> sei. Soll die Geltung dem Gesetz nicht auch rückwirkend versagt werden, entfällt die Bestrafungsfunktion der Radbruchschen Formel, denn dann waren die diesen Gesetzen entsprechenden Handlungen damals rechtmäßig.

Parallel dazu einigte man sich in den Westzonen schon Anfang 1947 darauf, daß – entgegen der Intention der alliierten Gesetzgebung<sup>69</sup> – die Aufhebung von NS-Gesetzen durch die Alliierten nur für die Zukunft (ex nunc) wirke.<sup>70</sup> Begründet wurde dies mit der andernfalls entstehenden Rechtsunsicherheit, spricht: mit dem Wunsch, eine Unterbrechung der (Rechts-)Kontinuität selbst bei gesetzlichem Unrecht zu verhindern.

»Es würde zu einer ungeheuren Verwirrung und Rechtsunsicherheit führen, wenn man der heutigen Anschauung entgegenstehende Gesetze des nationalsozialistischen Staates als niemals vorhanden gewesen betrachten und alle dadurch entstehenden Rechtsverhältnisse so beurteilen wollte, als ob es diese Gesetze niemals gegeben hätte. Gerade auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens, das durch die einschneidenden Maßnahmen der Arierisierung ... betroffen worden ist, wären die Folgen höchst unheilvoll.«<sup>71</sup>

#### a) Das Prüfungsrecht des Richters

Da die Alliierten die NS-Rechtsordnung nur einer sehr lückenhaften Revision unterzogen hatten,<sup>72</sup> stellte sich die Frage, ob die Richter weitere Gesetze außer Kraft setzen durften. In Übereinstimmung mit dem 1946/47 noch herrschenden

<sup>66</sup> OGHSt 2, 269 (272) v. 15. 11. 1949.

<sup>67</sup> OLG Braunschweig 7. 6. 1946, SJZ 1946, S. 119; OLG Freiburg 12. 9. 1946, DRZ 1947, S. 65; OLG Kiel 22. 1. 1947, DRZ 1947, S. 198; OLG Neustadt 4. 8. 1949, MDR 1949, S. 706; OLG Kassel 29. 9. 1948, NJW 1949, S. 385 (386); v. Weber, *Recht und Pflicht des Richters zur Prüfung der Gültigkeit des Strafgesetzes*, in: *Tagung deutscher Juristen, Bad Godesberg, Sonderveröff. des ZJBl. für die britische Zone, Hamburg 1947*, S. 163 (167).

<sup>68</sup> OLG Braunschweig 7. 6. 1946, SJZ 1946, S. 119; OLG Freiburg 12. 9. 1946, DRZ 1947, S. 65.

<sup>69</sup> OGHZ 4, 121, (124 f.) v. 5. 7. 1950.

<sup>70</sup> Stollers, *Rechtsordnung und Justizpolitik 1945–1949*, in: *Horst (Hrsg.), Festschrift für H. Conig zum 70. Geburtstag*, Bd. 1., München 1982, S. 383 (402); OLG Kiel (Garbe-Fall) 26. 3. 1947, SJZ 1947, Sp. 323 (327); LG Hagen 1. 3. 1947, MDR 1947, S. 29 (30); OLG Saarbrücken 21. 5. 1947, DRZ 1947, S. 341 (342), mit Anm. Conig, DRZ 1947, S. 342; a. M. OGHZ 4, 121 (124) v. 5. 7. 1950.

<sup>71</sup> LG Hagen 1. 3. 1947, MDR 1947, S. 29 (30); ebenso OLG Saarbrücken 21. 5. 1947, DRZ 1947, S. 341.

<sup>72</sup> Wengler, *Die Nichtanwendung nationalsozialistischen Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre*, JR 1949, S. 77; Wenzlau, (Fn. 10) S. 145; Stollers, (Fn. 70), S. 388.

Standpunkt einer angestrebten Unterbrechung der Kontinuität zwischen NS-Rechtsordnung und neuem demokratischen Recht befürwortete die Rechtsprechung – gestützt auf Art. III Ziff. 7 MilRegG 1<sup>73</sup> – zu diesem Zeitpunkt ein Prüfungsrecht des Richters.<sup>74</sup>

Die gegenteilige Auffassung – der Richter könne kein NS-Recht außer Kraft setzen<sup>75</sup> – konnte erst 1948/49 vordringen im Zusammenhang mit der sich durchsetzenden Auffassung, daß der vor 1945 bestehende Staat und damit auch seine Rechtsordnung weiter existierte.<sup>76</sup>

Problematisch wurde das Prüfungsrecht erst dadurch, daß die von den Alliierten für den adäquaten Umgang mit dem NS-Recht gemachte Voraussetzung – die Handhabung dieses Rechts obliegt einer neuen demokratischen Justiz – durch die Übernahme von NS-Juristen in den Justizapparat der Bundesrepublik<sup>77</sup> enfiel. Von dieser Justiz war die Aufhebung weiterer NS-Gesetze als »typisch nationalsozialistisch« nicht zu erwarten, da dies immer das Verdikt implizierte, damals selbst Unrechts-Gesetze angewandt zu haben.

#### *b) Die Ausübung des Prüfungsrechts*

##### *aa) Bekenntnisse zur Radbruchschen Formel*

Ab 1946 bekannten sich Rechtslehre und Rechtsprechung mehrheitlich – oft unabhängig von der konkreten Prüfung eines NS-Gesetzes – zur Radbruchschen Lehre vom übergesetzlichen Recht und gesetzlichen Unrecht.<sup>78</sup> Die Radbruchsche Verleugnungsthese fand – fast wörtlich – Eingang in die sogenannte Kernbereichstheorie des BGH:

»[I]m Bewußtsein aller zivilisierten Völker [besteht] ein gewisser Kernbereich des Rechts, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner sonstigen obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden darf. ... Der Senat hat deshalb in der angeführten Entscheidung [BGHSt 2, 234] ausgeführt, daß Anordnungen, die die Gerechtigkeit nicht einmal anstreben, die den Gedanken der Gleichheit bewußt verleugnen und die allen Kulturvölkern gemeinsamen Rechtsüberzeugungen, die sich auf den Wert und die Würde der menschlichen Persönlichkeit beziehen, deutlich mißachten, kein Recht schaffen und daß ein solchen Anordnungen entsprechendes Verhalten Unrecht bleibt.«<sup>79</sup>

73 Obwohl Art. III Ziff. 7 MilRegG 1, der die Anwendung und Auslegung des Rechts nach nationalsozialistischen Lehren verbietet, eine Auslegungsregel ist, entspricht die Ableitung eines richterlichen Prüfungsrechts vermutlich dem Willen der Alliierten. Denn es wäre widersinnig anzunehmen, daß die Alliierten dem Richter zwar verboten hätten, Gesetze im nationalsozialistischen Sinn auszulegen, daß es ihm aber andererseits nicht erlaubt sei zu prüfen, ob nicht ein Gesetz bereits nach dem klaren Sinn des Wortlauts nationalsozialistischen Geist wiedergibt und deshalb untragbar sei. Zu dieser Argumentation: Wengler, (Fn. 72), S. 77 1. Sp.; BVerfGE 6, 389 (417).

74 KG Berlin 29. 12. 1946, JR 1947, S. 27; OLG Freiburg 12. 6. 1946, DRZ 1947, S. 65; LG Celle 20. 12. 1946, Hann. RpfL 1947, S. 14; OLG Kiel 22. 1. 1947, DRZ 1947, S. 198; OLG Tübingen 24. 2. 1947, DRZ 1947, S. 164; gegen ein Prüfungsrecht zu diesem Zeitpunkt nur OLG Hamburg 26. 3. 1947, MDR 1947, S. 137.

75 Insbesondere ließe sich ein Prüfungsrecht nicht aus Art. III Ziff. 7 MilRegG 1 herleiten, vgl. Beitzke, Urteilsanmerkung, SJZ 1948, Sp. 263; OGHZ 4, 35 (36 f.) v. 11. 4. 1949.

76 Diesen Zusammenhang zur Identitätstheorie (vgl. Fn. 10) betont Wengler, (Fn. 72), S. 67 f.

77 Mitte 1948 gab es in der britischen Zone unter den Landgerichtspräsidenten und Landgerichtsdirektoren 80–90% ehemalige Mitglieder der NSDAP, vgl. Stollens, (Fn. 70), S. 395. Zur Renazifizierung der Justiz vgl. auch Wenzlau, (Fn. 72), S. 94 ff.

78 In der Rechtslehre: Roemer, Von den Grenzen und Ananomien des Rechts, SJZ 1946, S. 9; Kisselbach, Zwei Probleme aus dem Gesetz Nr. 10 des Kontrollrats, MDR 1947, S. 2. Weitere Nachweise bei Schumacher, (Fn. 2), S. 31 ff.; a. M. nur Jahreis, Plädoyer im Nürnberger Prozeß v. 4. 7. 1946, in: Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem internationalen Militärgerichtshof, Bd. XVII, Nürnberg 1948, S. 499 (500).

In der Rechtsprechung: AG Wiesbaden 13. 11. 1945, SJZ 1946, S. 36; OLG Frankfurt 12. 8. 1947, SJZ 1947, Sp. 622 (627). Weitere Nachweise bei Langner, Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, Bonn 1959, S. 93 ff.; a. M. in den veröffentlichten Urteilen nur OLG Hamburg 18. 6. 1947, SJZ 1948, Sp. 35 (36).

79 BGHSt 3, 357 (362 f.) v. 19. 12. 1952; ebenso BGHSt 2, 234 (238) v. 29. 1. 1952; 2, 173 (177) v. 12. 2. 1952.

Auch die Unerträglichkeitsthese Radbruchs wird vom BGH und vom Bundesverfassungsgericht übernommen.<sup>80</sup>

#### bb) Neue Prüfungskriterien

Im Gegensatz zu diesen Bekenntnissen entwickelten Rechtslehre und Rechtsprechung ab Mitte 1947 in der täglichen Praxis, d. h., wenn konkret nach dem »typisch nationalsozialistischen« Charakter eines NS-Gesetzes gefragt wurde<sup>81</sup>, eine Reihe von Prüfungskriterien, die der Verleugnungs- und der Unerträglichkeitsthese diametral entgegenstehen.

##### (1) Der objektive Wortlaut eines Gesetzes

Die Frage, ob zur Ermittlung des typisch nationalsozialistischen Gehalts eines NS-Gesetzes die Motive des Gesetzgebers, der politische Zweck und die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes oder allein der klare Sinn des Wortlauts und der objektive Inhalt entscheidend sein sollten, wurde 1946 bis Mitte 1947 anders beantwortet als ab Mitte 1947. In der ersten Phase wurde in Übereinstimmung mit Radbruchs Verleugungsthese das Gesetz im »Lichte der nationalsozialistischen Weltanschauung und ihrer Ziele«<sup>82</sup> betrachtet. Entscheidend waren die »seinerzeitigen Motive«<sup>83</sup> und der Makel der ursprünglichen Zweckbestimmung des Gesetzes.<sup>84</sup>

Der objektive Wortlaut der Norm war gerade nicht maßgeblich:

»[Die Verordnung] beruht gemäß ihrem Inhalt auf typisch nationalsozialistischem Gedankengut, was zwar aus ihrem Wortlaut und ihrer formellen Gestaltung allein nicht ohne weiteres erkennbar ist, aus ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Zweck jedoch mit Sicherheit geschlossen werden kann.«<sup>85</sup>

Aufgrund dieser Prüfungskriterien erklärt die Rechtsprechung der ersten Phase z. B. den § 1595a BGB in der Fassung vom 12. 4. 1938 (wonach der Staatsanwalt neben den Eltern die Möglichkeit hatte, im öffentlichen Interesse die Ehelichkeit eines Kindes zeitlich unbegrenzt anzufechten) wegen seiner expliziten rassenpolitischen Zielsetzung, wie sie in der Begründung des Gesetzes zum Ausdruck kommt<sup>86</sup>, für

Diese Kernbereichstheorie gilt allerdings nach Ansicht des BGH nur für die materielle Geltung des Rechts. Für sein formelles Zustandekommen wird jedes übergesetzliche Recht verneint:

»Die formelle Gültigkeit einer Rechtsnorm – die Frage, ob ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung verfassungsmäßig zustande gekommen ist – kann nur nach Staatsrecht beurteilt werden, das zur Zeit dieses Zustandekommens gilt oder gegolten hat... Die gegenteilige Auffassung... [die] die Gültigkeit von Rechtsnormen deshalb verneinen will, weil sie nach nationalsozialistischen Grundsätzen zustande gekommen seien, [wurde] zu dem unmöglichen Ergebnis führen, daß nahezu die ganze Gesetzgebung der nationalsozialistischen Zeit rechtsunwirksam wäre... Es ist anerkanntes Recht, daß eine gelungene Revolution neues Verfassungsrecht und neue Gesetzgeber schafft, die neues formalrechtlich gültiges Recht setzen können.« BGHZ 5, 76 (94 ff.) v. 8. 2. 1952.

Diese Ausführungen begründen den lautlosen Wiedereinstieg in das NS-Recht. Nur vom 1952 herrschenden Standpunkt einer angestrebten (Rechts-)Konunität stellt sich die Rechtsunwirksamkeit nahezu der ganzen nationalsozialistischen Gesetzgebung als »unmögliches Ergebnis« dar.

<sup>80</sup> BGHSt 2, 234 (238) v. 29. 1. 1952; BVerfGE 3, 225 (232) v. 18. 12. 1953; ähnlich BVerfGE 6, 132 (198) – sog. Gestapo-Beschluß.

<sup>81</sup> Eine Liste der NS-Gesetze, deren Fortgeltung diskutiert wurde bei Stollens, (Fn. 70), S. 40 f.

<sup>82</sup> Das Nürnberger Juristenurteil, zit. nach Steiniger, Lyszczyński, Fall 3. Das Urteil im Juristenprozeß, (Ost-)Berlin 1969, S. 90.

<sup>83</sup> Buchwald, Gerechtes Recht, 2. Aufl., Weimar 1947, S. 27; Nathan, Urteilsanmerkung, NJ 1947, S. 249; Weiss, Urteilsanmerkung, NJ 1947, S. 104.

<sup>84</sup> Nathan, Urteilsanmerkung, NJ 1947, S. 163 f.; OLG Gera 30. 10. 1946, NJ 1947, S. 63.

<sup>85</sup> LG Konstanz (Tillessen-Urteil) 18. 2. 1947, SJZ 1947, Sp. 343.

<sup>86</sup> »[Die Befristung der Anfechtung ist] mit heutiger Rechtsauffassung unvereinbar. Dies wird besonders deutlich dann, wenn sich erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist herausstellt, daß das Kind von einem Manne stammt, der einer anderen Rasse als der Ehemann angehört. Aber auch in weniger krassen Fällen zwingt die Bedeutung, die nach heutiger Anschauung der blutsmäßigen Abstammung eines Menschen zukommt dazu, die Anfechtung... stets zu ermöglichen.« (Begründung zu dem Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. 4. 1938 (RGBl. I, S. 380) in: Deutsche Justiz 1938, S. 619).

»typisch nationalsozialistisch« und deswegen unanwendbar.<sup>87</sup> Ebenso wurde 1946 auch die Weitergeltung des § 640 StPO, der es ermöglichte, die rassenmäßige Abstammung eines Kindes festzustellen, wegen seiner »offensichtlichen Beziehung zur nationalsozialistischen Rassegesetzgebung« verneint.<sup>88</sup>

Ab Anfang/Mitte 1947 meinten Rechtsprechung und Rechtslehre plötzlich, aus Art. III Ziff. 6 MilRegG 1, wonach die *Auslegung* eines NS-Gesetzes an dem »klaren Sinn des Wortlauts« zu orientieren ist, herleiten zu können, daß der Wille und die Motive des Gesetzgebers und der damalige Zweck des Gesetzes bei der Frage nach der Weitergeltung eines Gesetzes nicht zu berücksichtigen seien:

»[D]er Umstand, daß politische Motive bei der Neufassung einer Rechtsnorm von erheblichem Einfluß waren, verleiht für sich allein dieser noch nicht den Charakter eines nationalsozialistischen Gesetzes. Ebenso wenig ist die Tatsache entscheidend, daß eine Rechtsnorm in nationalsozialistischer Zeit zu politischen Zwecken mißbraucht [!] wurde, oder daß sie von vornherein zu diesem Zweck geschaffen wurde, zu politischen Zwecken mißbraucht zu werden. ... Maßgebend für die Beurteilung ist der objektive Inhalt. Denn Gesetze führen nach ihrem Erlaß ein Eigenleben.«<sup>89</sup>

Nach einer solchen Reinigung der NS-Gesetze von jeder politischen Zielsetzung und von jeder die reine Norm »mißbrauchenden« Anwendung steht auch § 1595a BGB im demokratischen Staat nichts mehr entgegen.

»Der Umstand allein, daß § 1595a BGB nationalsozialistischen Gedankengängen seinen Ursprung verdankt, kann jedoch diese Vorschrift nicht unanwendbar machen.«<sup>90</sup>

Das Prüfungskriterium objektiver Wortlaut negiert das oben entwickelte Prüfungsschema für gesetzliches Unrecht in drei Punkten: Die in der Verleugnungsthese berücksichtigten Motive des Gesetzgebers bleiben unberücksichtigt, die Frage nach der Legitimität des Gesetzgebers wird überhaupt nicht gestellt, und indem ein »reines Gesetz« angenommen wird, das nur durch die Rechtsprechung »mißbraucht« wurde, wird die Praxis des Unrechts-Staates, das Zusammenspiel von diskriminierender Gesetzgebung und willkürlicher Gesetzesanwendung, verkannt.

## (2) Bereinigende Auslegung

Ist entscheidend für den nationalsozialistischen Charakter eines Gesetzes allein dessen sachlicher, objektiver Inhalt, werden Formulierungen wie »Schutz des Volkes« (§ 359 StPO) oder »gesundes Volksempfinden« (§§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 StGB) zu den Gesetzen bloß äußerlicher »Phraseologie«<sup>91</sup>, zu bloßen »nationalsozialistischen Schlagworten«<sup>92</sup>, zu einer »nationalsozialistischen Verbrämung eines richtigen Rechtssatzes«<sup>93</sup>, die die Norm noch nicht zum typisch nationalsozialistischen Gesetz stempeln. Vielmehr seien, um den richtigen, auch im demokratischen Staat anwendbaren Rechtssatz aus dieser »Verbrämung« herauszuschälen, diese Schlagworte einfach durch »objektive Betrachtungsmaßstäbe« zu ersetzen und das

<sup>87</sup> Nathan, Urteilsanmerkung, NJ 1948, S. 51 f.; OLG Halle 22. 11. 1946, DRZ 1948, S. 99.

<sup>88</sup> OLG München 8. 11. 1946, SJZ 1947, Sp. 33; OLG Celle 28. 5. 1946, SJZ 1946, S. 154 mit zust. Anm. Rosenberg, SJZ 1946, S. 155; OLG Stuttgart 7. 8. 1946; OLG Köln 4. 7. 1946; anders nur OLG Hamm 22. 5. 1946, SJZ 1946, S. 154.

<sup>89</sup> OLG Neustadt 4. 8. 1949, MDR 1949, S. 702; ebenso KG Berlin 1. 8. 1947, SJZ 1948, Sp. 262 (263); KG Berlin 22. 10. 1947, JR 1948, S. 165; OLG Hamburg 30. 7. 1947, MDR 1948, S. 26; OLG Kassel 29. 9. 1948, NJW 1949, S. 385 mit krit. Anm. Schrodt, NJW 1949, S. 385; OGHZ 2 v. 35, 11. 4. 1949.

<sup>90</sup> OGHZ 2, 35 (37) v. 11. 4. 1949; ebenso zu § 1595a BGB, KG Berlin 1. 8. 1947, SJZ 1948, Sp. 242 f.; OLG Kassel 29. 8. 1948, NJW 1949, S. 385; Guggemos, Urteilsanmerkung, NJW 1947/48, S. 388; ders., Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, SJZ 1948, Sp. 247 f.; Beitzke, Urteilsanmerkung, (Fn. 75), Sp. 263.

<sup>91</sup> Guggemos, Urteilsanmerkung, NJW 1947/48, S. 388.

<sup>92</sup> OLG Neustadt 4. 8. 1949, MDR 1949, S. 702; OLG Koblenz 24. 4. 1947, SJZ 1947, Sp. 441.

<sup>93</sup> OLG Dresden 14. 6. 1946, DRZ 1946, S. 158.

Gesetz einer rechtsstaatlichen Auslegung zu unterstellen. Schon erhält man ein rechtsstaatliches Gesetz!

»Die Ausdrucksweise ›zum Schutz des Volkes‹ stellt allerdings einen ausgesprochen nationalsozialistischen Begriff dar. Eine Rechtsnorm wird jedoch nicht schon dadurch unanwendbar, daß in ihr ein nationalsozialistisches Schlagwort enthalten ist. Auch hier ist der sachliche Inhalt der Rechtsnorm entscheidend und das bei objektiver, politisch unbeeinflusster, rechtsstaatlicher Gesetzesauslegung erzielte Ergebnis. Hierbei müssen Begriffe wie ›Schutz des Volkes‹ und ›gesundes Volksempfinden‹ durch objektive Betrachtungsmaßstäbe ersetzt werden.«<sup>94</sup>

Damit ist die Anwendbarkeit der §§ 240 und 253 StGB bejaht

»mit der Einschränkung, daß an die Stelle des Begriffs ›gesundes Volksempfinden‹ der Begriff ›gute Sitten‹ zu treten hat.«<sup>95</sup>

Bis Ende 1946/Anfang 1947 war sich die Rechtsprechung hingegen weitgehend einig, daß nach Art. III Ziff. 7 MilRegG 1, der die Bestrafung nach gesundem Volksempfinden verbot, auch die Anwendbarkeit der §§ 240 und 253 StGB entfällt, da der Begriff ›gesundes Volksempfinden‹ das ganze Gesetz prägte.

»Alle Strafgesetze, die den Begriff des gesunden Volksempfindens verwenden und damit den Anwendungsbereich des Strafgesetzes umschreiben, [haben] die Geltung verloren.«<sup>96</sup>

(3) *Das nationalsozialistische Gesetz als Ergebnis einer normalen Rechtsentwicklung*  
Ist das NS-Gesetz so durch die Eliminierung der ihnen zugrundeliegenden (rassen-) politischen Motive ›entnazifiziert‹, und ist durch die Ersetzung der nationalsozialistischen Schlagworte durch neue Begriffe nachgewiesen, daß das Gesetz einer »objektiven Gesetzesauslegung aus dem Geiste des rechtsstaatlichen Denkens«,<sup>97</sup> einer Füllung »der gegebenen gesetzlichen Tatbestände mit neuem Inhalt«<sup>98</sup> zugänglich ist, erscheint das Gesetz als Ergebnis »einer einwandfreien Rechtsentwicklung«. <sup>99</sup>

»Die meisten Richter machen es sich auch heute wiederum sehr leicht. Sie lesen aus der amtlichen Begründung der natsoz. Gesetze oder aus der Begründung oberstrichterlicher Entscheidungen der Nazizeit ›typisch natsoz. Gedankengut‹ heraus und verneinen schon deshalb die weitere Gültigkeit eines natsoz. Gesetzes... Nur wenige Richter besinnen sich wie chedem auf das wesentliche und versuchen demgemäß, in geeigneten Fällen nachzuweisen, daß das während der NS-Zeit erlassene Gesetz... trotz der nationalsozialistischen Phraseologie der tatsächlichen Entwicklung der Dinge gefolgt, somit als Ergebnis einer normalen Rechtsentwicklung, die es ja auch in der Nazizeit gegeben hat, anzusehen und daher weiterhin anwendbar und brauchbar ist.«<sup>100</sup>

Das Abstellen auf den objektiven Wortlaut, die bereinigende Auslegung und die Unterstellung der NS-Gesetze unter einen rechtsstaatlich-rationalen Rechtsbegriff und einer entsprechenden Gesetzesauslegung ermöglichte, die NS-Gesetze als »normales Abweichen des ›Seins‹ von dem rechtlichen ›Sollen‹ zu bewältigen«, <sup>101</sup> ohne sich die fundamentale Differenz zwischen einem rechtsstaatlichen und dem nationalsozialistischen Recht vergegenwärtigen zu müssen. Die genannten Prüfungskriterien erweisen sich damit als Grundlage der Konstruktion einer Kontinuität des

<sup>94</sup> OLG Neustadt 4. 8. 1949, MDR 1949, S. 702; ebenso OLG Pfalz 8. 1. 1947, DRZ 1947, S. 235.

<sup>95</sup> OLG Koblenz 24. 4. 1947, SJZ 1947, Sp. 441; Niehammer, Urteilsanmerkung, DRZ 1946, S. 62.

<sup>96</sup> OLG Koblenz, ebd.; Niehammer, ebd.; OGH 7. 6. 1949, MDR 1949, S. 502; ebenso OLG Dortmund 16. 4. 1946, SJZ 1946, S. 120; KG Berlin 10. 7. 1946, NJ 1947, S. 40 mit zustimmender Anm. Weiss, NJ 1947, S. 41; OLG Freiburg 5. 6. 1946, DRZ 1946, S. 61.

<sup>97</sup> OLG Neustadt 4. 8. 1949, MDR 1949, S. 702.

<sup>98</sup> Weiss, Das Gesetz über die Kassation rechtskräftiger Urteile in Strafsachen, NJ 1947, S. 213.

<sup>99</sup> Ledig, Zum Kontrollratsgesetz 10, NJ 1948, S. 188 (190); Habel, Ehehlichkeitsanfechtung durch den Staatsanwalt, JR 1948, S. 176.

<sup>100</sup> Guggemos, Urteilsanmerkung, NJW 1947/48, S. 388.

<sup>101</sup> Kim, (Fn. 1), S. 69.

Rechts über 1945 hinaus. Vor dem Hintergrund der durch die alliierten Gesetzgebung eingeleiteten Entlegitimierung der NS-Rechtsordnung sind sie als Formen des lautlosen Wiedereinstiegs<sup>102</sup> in das NS-Rechtssystem zu bezeichnen.

*(4) Die Brauchbarkeit eines nationalsozialistischen Gesetzes im neuen Staat*

Diese Überordnung der Rechtskontinuität über die Entlegitimierung der NS-Rechtsordnung dokumentiert besonders deutlich ein weiteres Prüfungskriterium. Ein NS-Gesetz sollte auch dann weitergelten, wenn es »auch unter den heutigen Verhältnissen inhaltlich einem Bedürfnis der Rechtspflege entspricht.«<sup>103</sup>

Auch deswegen sollte z. B. § 1595a BGB weitergelten. Denn auch heute gäbe es »ein öffentliches Interesse an der Anfechtung. Fälle, in denen ein uneheliches Kind als ehelich behandelt wird, erzeugen oft Unruhe in der Öffentlichkeit.«<sup>104</sup>

Auch die Kriegswirtschaftsverordnung könne nicht einfach außer Kraft gesetzt werden, da ihr Fortfall »untragbare Konsequenzen« für die Versorgungslage der Bevölkerung mit sich bringen würde. Deswegen sei es

»sachlich geboten, daß man zunächst die inhaltlich unentbehrlichen Gesetze aus der Nazizeit einfach bestehen läßt.«<sup>105</sup>

Die Frage nach der Brauchbarkeit eines NS-Gesetzes im neuen Staat kehrt die Frage nach dem typisch nationalsozialistischen Gesetz bzw. nach dem gesetzlichen Unrecht und dessen (Weiter-)Geltung um. Es wird nicht gefragt, ob ein Gesetz typisch nationalsozialistischen Charakter trägt und *deswegen* keine Geltung hat, sondern es wird die kontinuierätsichernde Frage gestellt, ob der neue Staat das Gesetz braucht, und daraus gefolgert, daß es dann nicht typisch nationalsozialistisch sein könne.

*(5) Auch ein Rechtsstaat hat solche Gesetze*

Das Vorliegen eines typisch nationalsozialistischen Gesetzes wurde weiter dann verneint, wenn sich eine dem NS-Gesetz entsprechende Regelung auch in demokratischen Rechtsstaaten findet. Dieses Prüfungskriterium wurde schon im Nürnberger Juristenurteil angewendet. Dort heißt es zur sog. Gewohnheitsverbrecherverordnung:

»Was die Bestrafung von Gewohnheitsverbrechern betrifft, so glauben wir, ist die Antwort klar. In vielen zivilisierten Staaten verlangen gesetzliche Bestimmungen, daß die Gerichte lebenslängliche Freiheitsstrafen wegen Verbrechen verhängen, wenn bewiesen ist, daß drei oder mehr Verbrechenstrafen vorgelegen haben. Wir können nicht in einem Atemzug sagen, daß lebenslängliche Haft für Gewohnheitsverbrecher eine heilsame und vernünftige Bestrafung in Amerika in Friedenszeiten ist, daß aber die Verhängung der Todesstrafe in Deutschland ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit war, als die Nation unter dem Druck des Krieges stand.«<sup>106</sup>

Dieser Vergleich zum Rechtsstaat wurde von der Rechtslehre und der Rechtsprechung ab 1948, vor allem bei der Prüfung der sogenannten Rundfunkverordnung,<sup>107</sup> der Kriegssonderstrafrechtsverordnung,<sup>108</sup> den Bestimmungen über Hoch- und

102 Kirn, (Fn. 1), S. 64 spricht von »Formen des geräuschlosen Aussteigens aus der NS-Verfassung«. Doch auf dem Hintergrund der Unterbrechung der Rechtskontinuität durch die alliierte Gesetzgebung ist besser von einem Wiedereinstieg zu sprechen.

103 KG Berlin 22. 10. 1947, JR 1948, S. 165.

104 OGHZ 2, 35 (39) v. 11. 4. 1949; ebenso Benzke, (Fn. 75), S. 264.

105 OLG Dresden 14. 6. 1946, DRZ 1946, S. 158; OLG Kiel 7. 2. 1946, SJZ 1946, S. 118; OGHZ 2, 259 (263).

106 Das Nürnberger Juristenurteil, zit. nach Ostendorf, Veen, Das Nürnberger Juristenurteil, Frankfurt a. M. 1985, S. 171.

107 Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen v. 1. 9. 1939, RGBl. I, S. 1683.

108 Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz v. 17. 8. 1938, RGBl. 1939 I, S. 1455.

Landesverrat und der Standgerichtsverordnung<sup>109</sup> aufgegriffen.<sup>110</sup> Durch diese »kriegsrechtlichen Bestimmungen« habe der NS-Staat nur dem ihm – wie jedem (Rechts-)Staat – zustehenden Anspruch auf Schutz seines Bestandes und seiner staatlichen Organe normiert. Deswegen könnten diese Normen keine typisch nationalsozialistischen Gesetze, kein gesetzliches Unrecht sein.

»[Die Strafkammer schließt sich der von Radbruch vertretenen Ansicht an, wonach] nur solche ordnungsgemäß verkündeten Gesetze und Verordnungen des Hitlerstaates rechtsungültig waren, die ihrem Inhalt nach klar gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit... verstoßen... Von den rein kriegsrechtlichen Bestimmungen läßt sich ein solcher Blankettcharakter nicht behaupten, mögen sie auch der Aufrechterhaltung des inneren Regimes zuweilen dienen; denn ihr hauptsächliches Schutzobjekt ist – hiervon unabhängig – die Souveränität des Staates als solchem.«<sup>111</sup>

Dieser Vergleich zum rechtsstaatlichen (Staatsschutz-)Gesetz verkennt die für die Radbruchsche Formel als essentiell herausgearbeitete Berücksichtigung des Zusammenhanges des einzelnen Gesetzes zum gesamten NS-Rechtssystem. Er ignoriert die Einbettung z. B. der Kriegssonderstrafrechtsverordnung in die Praxis des Unrechts-Staates, wodurch diese nicht dem Schutz des Staates, sondern der Vernichtung Andersdenkender diene. Auf die Unerträglichkeit der mit diesem Vergleich zum Rechtsstaat einhergehenden Aufwertung der NS-Gesetze zum rechtsstaatlichen Recht und des NS-Staates zum im Notstande befindlichen Rechtsstaat wies der OGH mehrfach mit scharfen Worten hin:

»Die vergleichenden Hinweise des Schwurgerichts auf gewisse Rechtsentwicklungen in England, der Schweiz und den Vereinigten Staaten sind sachlich unzureichend. Straftaten, die sich etwa als »Wehrkraftzersetzung« kennzeichnen lassen, sind im Kriege allerdings überall denkbar. Ein despotischer Staat, der die Menschenrechte seinen Zielen bedenkenlos unterordnet, versteht und benutzt den Begriff der Wehrkraftzersetzung aber anders als ein Rechtsstaat... [E]nglische Bürger [werden nicht] wegen zweifelhafter Äußerungen im Familienkreise über die Rechtslage willkürlicher Polizeiverfolgung und einer weithin gelenkten Sonderjustiz, grausam harten Strafen und Konzentrationslagermethoden [ausgesetzt]... Nicht auf die etwaige Strafbarkeit arger Quertreibereien nach rechtsstaatlichen, gerecht gehandhabten Grundsätzen kommt es an, sondern auf die grausame, willkürliche »Ausmerzung« Andersdenkender oder auch nur Zweifelnder, die der nationalsozialistische Staat derart zum Grundsatz erhoben hatte, daß sich ein Vergleich mit rechtsstaatlich gesinnten Völkern verbietet... Diesen grundsätzlichen, rechtlich entscheidenden Unterschied verkennt das Schwurgericht.«<sup>112</sup>

Der deutliche Umschwung der Prüfungskriterien zwischen Ende 1946 und Anfang 1947 fällt zusammen mit der Änderung des gesellschaftlichen Gesamtklimas von versuchtem Neubeginn zur Restauration.<sup>113</sup> Diese zeitliche Parallelität zeigt, daß die Beantwortung der Frage nach dem typisch nationalsozialistischen Gesetz mit diesem Wandel, insbesondere mit dem Vorverständnis der ab 1947 verstärkt in die Justiz eindringenden NS-Juristen zusammenhängt.<sup>114</sup>

»Jede dieser Entscheidungen [ob ein typisch nationalsozialistisches Gesetz vorliegt], barg ein Stück Diagnose des Nationalsozialismus und zugleich ein Stück der »Moralität« des nachträglichen Umgangs mit dieser Vergangenheit.«<sup>115</sup>

Und wie sah diese »Moralität« des nachträglichen Umgangs aus?

109 Verordnung über die Errichtung von Standgerichten v. 15. 2. 1945, RBG I, S. 30.

110 Feldmann, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Essen 1948, S. 51; LG Weiden 19. 2. 1948, in: Rüter (Hg.), Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1966, Bde I–XXII, Amsterdam 1968–1981, Bd. II, S. 235 (275 f.), LG Aschaffenburg 6. 12. 1948, in: Rüter, ebd., Bd. III, S. 625 (649).

111 LG Weiden, ebd.

112 OGHSt 1, 385 (386 f.) v. 20. 4. 1949; ähnlich OGHSt 2, 17 (18) v. 10. 5. 1949; 1, 239 (241) v. 4. 1. 1949.

113 Vgl. Fn. 10.

114 Stollens, (Fn. 70), S. 398, 400.

115 Broszat, Siegerjustiz oder strafrechtliche »Selbstreinigung«, VfZ 1981, S. 477 (481).

Die von der Rechtsprechung und Rechtslehre ab 1947 entwickelten Prüfungskriterien führten zu einem »entnazifizierten« nationalsozialistischen Recht. Dabei bedeutet Entnazifizierung nicht die völlige Beseitigung des NS-Rechts, sondern die innerliche Reinigung, das Reinwaschen<sup>116</sup> des NS-Gesetzes durch dessen Reduzierung auf einen angeblich rechtsstaatlichen, objektiven Wortlaut. Das Ergebnis ist ein »purifiziertes, nationalsozialistisches Recht«,<sup>117</sup> die Legitimierung der Rechtsordnung des NS-Staates.

#### IV. Die Auseinandersetzung um das Kontrollratsgesetz Nr. 10

##### 1. Das Verhältnis von KRG 10 und deutschem Strafrecht

In Art. III Ziff. 1d KRG 10 war die Möglichkeit vorgesehen, daß die Besatzungsbehörden für

»die Aburteilung von Verbrechen, die deutsche Staatsbürger oder Staatsangehörige gegen andere deutsche Staatsbürger oder Staatsangehörige oder gegen Staatenlose begangen haben«, deutsche Gerichte für zuständig erklären.

Im Gegensatz zur amerikanischen Zone, die eine solche Ermächtigung nicht erteilte<sup>118</sup>, wurde in der französischen Zone mit einer generellen Ermächtigung<sup>119</sup> und in der britischen Zone mit der Verordnung Nr. 47<sup>120</sup> von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Diese Verordnung bestimmte: Wenn ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit

»auch als Verbrechen nach den geltenden deutschen Gesetzen anzusehen [ist], so kann gegen den Angeklagten Alternativklage erhoben werden.«<sup>121</sup>

Was mit Alternativklage gemeint war, war in Rechtsprechung und Rechtslehre umstritten. Nach der h. M. in der Rechtsprechung bedeutete Alternativklage ein Entweder-Oder, so daß ein Urteil nur auf KRG 10 oder nur auf deutsches Strafrecht gestützt werden könne.<sup>122</sup> Dieser Meinung, die darauf zielte, das KRG 10 zu

<sup>116</sup> Vgl. parallel dazu den Wandel des Entnazifizierungsbegriffs bei der personellen Entnazifizierung. Schon Ende 1946 konnte die Entnazifizierung in Deutschland nur noch als »whitewashing« bezeichnet werden, so Herz, *The Fiasco of Denazification in Germany*, in: *Political Science Quarterly*, Bd. 63 (1948), S. 569 (573).

<sup>117</sup> Grünwald, (Fn. 24), S. 16.

<sup>118</sup> Nur auf besonderen Antrag erfolgte eine Freigabe des KRG 10, soweit gleichzeitig deutsches Recht verletzt war, vgl. Lange, *Zum Denunziantenproblem*, SJZ 1948, Sp. 302.

Stattdessen erging in den Ländern der amerikanischen Zone ein von deutschen Gerichten anzuwendendes »Schwestergesetz« zu KRG 10, das »Gesetz zur Abhandlung nationalsozialistischer Straftaten«, Bayern: 31. 5. 1946, GVBl., S. 182; Bremen: 27. 6. 1947, GBl., S. 83; Hessen: 29. 5. 1946, GVBl., S. 136; Württemberg-Baden: 31. 5. 1946, RegBl., S. 171.

<sup>119</sup> Vgl. Broszat, (Fn. 115), S. 496.

<sup>120</sup> 30. 8. 1946, Amtsbl. d. MilReg. Deutschl. Nr. 13, S. 306.

<sup>121</sup> Diese allgemeine Ermächtigung wurde durch einen Erlaß der Militärregierung v. 10. 9. 1946 (JMBL NRW 1947, S. 50) eingeschränkt: Nach KRG 10 durften nur Verbrechen von Gefängniswächern, der Gestapo, der SS und der zivilen Polizei gegen Insassen von Gefängnissen, Konzentrations- und Zwangsarbeitslagern abgeurteilt werden. Später wurde die Anwendung des KRG 10 wieder auf andere Fallgruppen erweitert: a) auf Denunzianten (Erlaß der MilReg. v. 21. 11. 1946, JMBL NRW 1947, S. 50), b) auf Sterilisationsfälle und auf Fälle von politischer und rassistischer Verfolgung, soweit sie sich nicht gegen Juden aufgrund ihrer Religion oder Volkszugehörigkeit richteten. (Erlaß der MilReg. v. 20. 12. 1946, JMBL NRW, S. 51)

c) Diese Einschränkung entfiel durch einen Erlaß vom 5. 7. 1947, (ebd.), so daß deutsche Gerichte nun ermächtigt waren, alle Verbrechen nach KRG 10 abzuurteilen, soweit sie an deutschen Staatsangehörigen oder Staatenlosen begangen wurden.

d) Auch diese Einschränkung auf deutsche Staatsangehörige und Staatenlose wurde durch das Gesetz Nr. 13 der Alliierten Hohen Kommission am 25. 11. 1949 aufgehoben (Amtsbl. d. Alliierten Hohen Kommission, S. 54).

<sup>122</sup> OLG Oldenburg 23. 9. 1947, Nds. Rpfl. 1948, S. 17; OLG Hamburg 1. 8. 1947, SJZ 1948, Sp. 35; OLG

umgehen, lag die Auffassung zugrunde, daß das KRG 10 kein neuer, selbständiger Tatbestand, sondern nur eine Zusammenfassung deutscher Strafgesetze unter einem neuen Terminus sei<sup>123</sup> und deswegen das deutsche Strafrecht in der Regel zur Ahndung von NS-Verbrechen ausreiche.<sup>124</sup>

Nach anderer Ansicht mußte das KRG 10 neben dem StGB angewendet werden, denn Alternativklage bedeute, daß sich zwar die Anklageschrift entweder auf KRG 10 oder deutsches Strafrecht stützen könne, der Richter aber die Tat nach allen möglichen rechtlichen Gesichtspunkten, also nach KRG 10 und nach dem StGB, zu würdigen habe.<sup>125</sup>

Für diese Ansicht spricht, daß KRG 10 zweifellos ein selbständiger, über das deutsche Strafrecht hinausgehender Tatbestand ist.<sup>126</sup> Das KRG 10 wurde gerade geschaffen, weil davon ausgegangen wurde, daß das StGB, welches jede Handlung zunächst als Einzeldelikt betrachtet, den kriminologischen Gehalt der NS-Verbrechen, den besonderen Unrechtsgehalt der massenhaften Häufung von Verbrechen des Staates nicht erfassen kann.<sup>127</sup>

Ob der sich aus der Durchsicht der juristischen Zeitschriften von 1946–1950 ergebende Eindruck, daß diese zweite Auffassung von der Mehrheit der Rechtslehre vertreten wurde,<sup>128</sup> den wirklichen Mehrheitsverhältnissen entspricht, ist fraglich. Denn die Militärregierung griff durch eine gezielte Veröffentlichungspolitik in die Diskussion ein.<sup>129 130</sup>

## 2. Die Einengung des Tatbestands von KRG 10

Eine weitere Form des Widerstands gegen das KRG 10 bestand darin, die Ahndung

Köln 14. 10. 1947, JR 1948, S. 53. In der Rechtslehre: Hühnemörder, Rundschau, MDR 1947, S. 286; Meyer, Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 in der Praxis der deutschen Strafgerichte, MDR 1947, S. 110 (111).

123 LG Erfurt-Nordhausen 7. 5. 1946 (Puttfarcken-Fall), in: Akten des Zentraljustizamtes für die britische Zone, Z 21/1334 fol. 136, S. 7 (Bundesarchiv). Zweifel am Vorliegen eines selbständigen Tatbestands, Hodenberg, Zur Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 durch deutsche Gerichte, SJZ 1947, Sp. 113 (117).

124 Daraus leitete eine zweite Ansicht sogar die Subsidiarität des KRG 10 ab, so Hodenberg, (Fn. 123), S. 116; OLG Oldenburg 20. 1. 1948, Nds. Rpfl. 1948, S. 68; LG Aachen 21. 4. 1948, in: Rüter (Fn. 110), Bd. II, S. 433; LG Göttingen 12. 2. 1951, MDR 1951, S. 312.

125 Diese Auffassung, wonach KRG 10 und deutsches Strafrecht in Idealkonkurrenz (§§ 73 a. F., § 2 n. F. StGB) stehen, wurde in der Rechtsprechung der Westzonen nur vom OLG Braunschweig 29. 11. 1947, SJZ 1947, Sp. 268 und vom OGH, OGHSt 1, 1 (Leitsatz 3) v. 20. 5. 1948; 1, 39 (41) v. 20. 7. 1948 vertreten.

126 E. Schmidt, Rechtsgutachten über Art. II 1c, 3 und 5 des Kontrollratsgesetzes Nr. 10, in: Akten des Zentraljustizamtes für die britische Zone, Z 21/799 (Bundesarchiv), S. 1 ff.; Kraus, Kommentar zum Kontrollratsgesetz Nr. 10, Hamburg 1948, S. 73 f., Feldmann, (Fn. 110) S. 19 ff.; Güde, (Fn. 57), S. 114; Radbruch, Zur Diskussion..., (Fn. 3), Sp. 133; Wimmer, Die Bestrafung von Humanitätsverbrechen und der Grundsatz »nulla poena sine lege«, SJZ 1947, Sp. 123 (126); Strucksberg, Zur Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10, DRZ 1947, S. 277; OLG Köln 14. 10. 1947, JR 1948, S. 53.

127 Güde, (Fn. 57), S. 114; Wimmer, (Fn. 126), Sp. 129. Zum Versuch, staatlich organisierte Massenverbrechen mit den Teilnahmekonstruktionen des StGB zu erfassen: Roxin, Straftaten im Rahmen organisierter Machtapparate, GA 1963, S. 193 ff., Baumann, Beihilfe bei eigener voller Tatbestandsverwirklichung, NJW 1963, S. 561 ff.

128 Vgl. Fn. 126.

129 Broszat, (Fn. 115), S. 529, weist einen Fall nach, wo die Veröffentlichung eines für die MDR geplanten Artikels, der für die wahlweise Verurteilung nach KRG 10 oder nach StGB plädierte, verhindert wurde.

130 Nach einer vertretenen (Minder-)Meinung ist das KRG 10 lex specialis, d. h. bei der Ahndung von NS-Verbrechen allein anzuwenden (Kraus, (Fn. 65), S. 76; LG Konstanz 28. 2. 1947 (Tillessen-Urteil), SJZ 1947, Sp. 337 (342); OLG Tübingen 14. 3. 1950, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. V, S. 122). Das wird damit begründet, daß die Anwendung deutschen Strafrechts den Eindruck erweckt, als seien die NS-Verbrechen das vereinzelte Abweichen von einer sonst intakten Rechts- und Staatsordnung gewesen. Denn das StGB »baut auf der Voraussetzung auf, daß eine von der vollziehenden Gewalt geschützte und behütete Rechtsordnung besteht und daß das Strafrecht dazu dient, einen Angriff abzuwehren, der sich gegen die solchermaßen geschützte Rechtsordnung richtet. Die Handlungen der Angeklagten aber hielten die von der vollziehenden Gewalt eingeschlagene Richtung ein. Das Staatsoberhaupt hatte die bestehende rechtliche Ordnung... selbst zerstört« (OLG Tübingen, ebd.).

von NS-Verbrechen durch die Entwicklung zusätzlicher, nicht in KRG 10 enthaltener Tatbestandsvoraussetzungen zu begrenzen. So wurde für die Bejahung des objektiven Tatbestands nicht für ausreichend gehalten, daß die Tat in Zusammenhang mit der Gewalt- und Willkürherrschaft des Nationalsozialismus stand,<sup>131</sup> sondern der Täter mußte gehandelt haben, um die NS-Herrschaft zu unterstützen oder aufrechtzuerhalten.<sup>132</sup> Zweitens sollte die Tat – obwohl das KRG 10 Einzeltaten und Massenverbrechen für strafbar erklärt – kein Einzeldelikt sein dürfen, sondern müsse sich als Teilnahme an einem Massenverbrechen darstellen.<sup>133</sup>

Ab Mitte 1948 wurde von der Rechtsprechung und der Rechtslehre – vor allem bei den sogenannten Denunziationsverbrechen – für den subjektiven Tatbestand gefordert, daß der Täter aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen oder aus unmenschlicher, verwerflicher Gesinnung gehandelt haben müsse,<sup>134</sup> anstatt es – wie der OHG – ausreichen zu lassen, daß der Denunziant den Angezeigten den willkürlich handelnden Organen des NS-Staates auslieferte und sich des darin liegenden Angriffs auf das Opfer bewußt war.<sup>135</sup>

Diese Forderung zielte darauf, den sogenannten Mitläufer zu exkulpieren. Freigesprochen wurde derjenige, der einen anderen in der Überzeugung anzeigte, damit seine staatsbürgerlichen Pflichten zu erfüllen, ohne dabei explizit aus politischen Gründen zu handeln:

»Nicht jeder Denunziant als solcher ist strafbar. Eine auf schuldloser Verkennung staatsbürgerlicher oder amtlicher Pflichten und auf innerster, wenn auch verkehrter Überzeugung beruhende Denunziation seitens einer dadurch irregeleiteten Person wird nicht als eine schuldhaft Handlung zu beurteilen sein... Der Senat hat deshalb den strafrechtlichen Schwerpunkt des Delikts der Denunziation in subjektiver Hinsicht in der Gesinnung des Denunzianten erblickt und für die Strafbarkeit erfordert, daß die Denunziation einer verwerflichen, niedrigen Gesinnung entsprungen sein muß.«<sup>136</sup>

Die mit der Forderung einer unmenschlichen Gesinnung einhergehende Vergeistigung der Verletzung menschenrechtlicher Kerngarantien verlegt die Strafbarkeit des Verbrechens gegen die Menschlichkeit von der objektiven Rechtsverletzung in das Innere des Täters:

»Der Oberste Gerichtshof verlangt, das Opfer müsse in seiner Menschenwürde zutiefst getroffen sein. Würde ist Ausdruck einer Gesinnung. Sie wird nur durch eine verwerfliche Gesinnung... verletzt.«<sup>137</sup>

Damit unterliegt die Strafbarkeit von NS-Verbrechen dem restaurativen Bewußtsein der Zeit. Die Verdrängung eigener Schuld, die Auffassung, nur eine kleine Clique sei für die nationalsozialistischen Verbrechen verantwortlich gewesen<sup>138</sup>, während der

<sup>131</sup> Der OGH wies die Untergenichte wiederholt darauf hin, daß dies ausreichend sei. OGHSt 1, 6 (7 f.) v. 25. 5. 1948; 1, 11 (Leitsatz) v. 20. 5. 1948; 1, 45 (49) v. 27. 7. 1948; 1, 67 v. 17. 8. 1948; 1, 122 (123) v. 26. 10. 1948; 1, 167 (168) v. 16. 11. 1948.

<sup>132</sup> Erdsiek, Urteilsanmerkung, SJZ 1948, Sp. 39; OLG Oldenburg zit. nach OGHSt 1, 167 (168) v. 16. 11. 1948.

<sup>133</sup> Erdsiek, ebd.; Güde (Fn. 57), S. 115; v. Weber, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Rechtsprechung, MDR 1949, S. 261 (264); Radbruch, Urteilsanmerkung zum Tillessen-Urteil, SJZ 1947, Sp. 343 (344); Kraus, (Fn. 65), S. 78; OLG Konstanz (Tillessen-Urteil) 2. 9. 1947, MDR 1947, S. 305; OLG Kiel, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. III, S. 406 f.

<sup>134</sup> Feldmann, (Fn. 110), S. 36 ff.; OLG Celle 15. 9. 1948, Nds. Rpfl. 1948, S. 218; LG Hannover 1. 7. 1948, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. VI, S. 252 f.; LG Hildesheim 13. 12. 1949, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. V, S. 664 ff., LG Hamburg 28. 8. 1950, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. VII, S. 300 f.

<sup>135</sup> OGHSt 1, 11 (16) v. 26. 5. 1948; 1, 60 (61) v. 17. 8. 1948; ebenso OLG Düsseldorf 14. 11. 1947, MDR 1948, S. 123 (124); OLG Braunschweig 28. 11. 1947, Nds. Rpfl. 1948, S. 48 (52); LG Berlin 22. 11. 1947, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. II, S. 182.

<sup>136</sup> OLG Hamm 29. 11. 1947, MDR 1948, S. 94.

<sup>137</sup> OLG Celle 15. 8. 1948, Nds. Rpfl. 1948, S. 218.

<sup>138</sup> A. u. M. Mitscherlich, Die Unfähigkeit zu trauern, München 1977, S. 27; M. Mitscherlich, Erinnerungsarbeit. Zur Psychoanalyse der Unfähigkeit zu trauern, Frankfurt a. M. 1987; Pollock (Bearbeiter),

Durchschnittsdeutsche nur ein »verführter Christ« gewesen sei, fand Eingang in die Rechtsprechung zum KRG 10:

»Der Angeklagte von W. steht und stand stets auf dem Boden eines gläubigen Christentums. ... Nach den Feststellungen zur Persönlichkeit beider Angeklagten haben sie in ihrem Denken und Handeln in einem mehr oder weniger offenen Gegensatz zu wesentlichen Grundzügen des Nationalsozialismus ... gestanden und von ihrer Stelle aus gemeinsam versucht, auf dem Boden der damaligen politischen Wirklichkeit das von ihnen für Recht und richtig Erkannte durchzusetzen und so ihrem Volk und Staat zu dienen. [...] Es ist nicht als erwiesen anzusehen, daß der Angeklagte von W. den M. aus politischen Gründen verfolgt hat.«<sup>139</sup>

Solche Äußerungen zeigen, daß die Argumentation der Rechtslehre und der Rechtspraxis sich von der öffentlichen und massenhaften Derealisation der NS-Vergangenheit<sup>140</sup> nicht unterscheidet, diese vielmehr in der juristischen Argumentation ihren Fortgang findet. Im Widerstand gegen das KRG 10 nimmt die Schuldabwehr die »Gestalt juristischer Konstruktionen« an; sie lassen sich als »Unfähigkeit, in rechtlichen Formen Trauerarbeit zu leisten«, charakterisieren.<sup>141</sup>

### 3. Die Verletzung des Rückwirkungsverbots

Schon im Dezember 1945, neun Tage vor dem Erlaß des KRG 10, bezog Lange in einem Gutachten Stellung gegen ein rückwirkendes Gesetz, weil

»das demokratische Recht seinen Neuaufbau unmöglich mit der Verletzung seines fundamentalsten Grundsatz[es] beginnen [dürfe].«<sup>142</sup>

Dieses Argument wurde von E. Schmidt, Hodenberg und Feldmann aufgegriffen.<sup>143</sup> Es wurde verbunden mit der an die Alliierten adressierten Forderung, die Anwendung des KRG 10 durch deutsche Gerichte nicht zu ermöglichen,<sup>144</sup> und der Aufforderung an den deutschen Richter, zu prüfen, ob er dem KRG 10 nicht wegen der Verletzung des Rückwirkungsverbots die Anwendung versagen müsse.<sup>145</sup> Hodenberg, der sich 1948 durch einen Artikel in der Sondernummer der SJZ vom März 1947 an die Spitze der Opposition gegen das KRG 10 setzte, fügte ein weiteres Argument hinzu. Er meinte, daß die Argumentation der Verfechter des KRG 10, eine rückwirkende Bestrafung sei aus Gerechtigkeitsgründen notwendig,<sup>146</sup> Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit wie in der NS-Zeit negiere.

»[Es] werde an die Stelle des den Richter bindenden Gesetzes – genau wie in der Nazizeit – das gesunde Rechtsgefühl der Volksgemeinschaft gesetzt. Es wird dabei im Ergebnis wiederum dieses Rechtsgefühl der Volksgemeinschaft in Gegensatz gestellt zu dem durch das formelle Gesetz gewährleisteten Schutz des Individuums, es würde also auch insoweit der 1935 betonte,

Gruppenexperiment, in: Frankfurter Beiträge zur Soziologie, Bd. 2, hg. v. Adorno, Dirks, Frankfurt a. M. 1955, S. 308 ff.

<sup>139</sup> LG Hamburg 28. 8. 1950, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. VII, S. 300 f., ähnlich LG Essen 9. 3. 1953, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. X, S. 594; LG Hannover 1. 7. 1948, in: Rüter, Bd. VI, S. 257.

<sup>140</sup> A. und M. Mitscherlich, (Fn. 138), S. 34.

<sup>141</sup> Perels, (Fn. 8), S. 372.

<sup>142</sup> Lange, Gutachten zur Strafbarkeit von Denunzianten, in: Akten des Zentraljustizamtes für die britische Zone, Z 21/1334 (Bundesarchiv), S. 2.

Gegen ein rückwirkendes Gesetz führte Lange zusätzlich Art. IV Ziff. 7 MilRegG 1 an, wonach »Urteile nur erlassen, Strafen nur verhängt werden [dürfen], falls ein zur Zeit der Handlung in Kraft befindliches Gesetz diese Handlung ausdrücklich für strafbar erklärt.« Daraus ein Verbot zum Erlaß rückwirkender Gesetze abzuleiten, stimmt mit dem Zweck des MilRegG 1 nicht überein. Das MilRegG 1 wollte nur nationalsozialistische Vorschriften, die die rückwirkende Bestrafung zuließen, aufheben. Es sollte damit kein Grundsatz für die künftige alliierte Gesetzgebung aufgestellt werden, vgl. Graveson, Der Grundsatz »nulla poena sine lege« und Kontrollratsgesetz Nr. 10, MDR 1947, S. 278. Das ergibt sich schon daraus, daß die Alliierten das KRG 10 mit »voller Klarheit und betonter Absicht« trotz des MilRegG 1 erließen, Bader, Umschau, DRZ 1946, S. 140 (141).

<sup>143</sup> Schmidt, (Fn. 126), S. 5 ff., Feldmann, (Fn. 110), S. 20 f.; Hodenberg, (Fn. 123), Sp. 119 f.

<sup>144</sup> Schmidt, (Fn. 126), S. 11, 16.

<sup>145</sup> Hodenberg, (Fn. 123), Sp. 119; Feldmann, (Fn. 110), S. 20 f.

<sup>146</sup> Vgl. die Argumentation im folgenden.

damals neue Grundsatz der Nazizeit durchgesetzt, daß der »Schutz der Volksgemeinschaft den unbedingten Vorrang vor den Belangen des Individuums...« zu beanspruchen habe.«<sup>147</sup>

Diese Argumentation ist aus zwei Gründen unhaltbar. Indem die materielle Gerechtigkeit der Rechtssicherheit gegenübergestellt wird, wird übersehen, daß hier die Herstellung der Gerechtigkeit gerade auch der Rechtssicherheit dient, weil sie die durch die Nicht-Ahndung von NS-Verbrechen eingetretene Rechtsunsicherheit beseitigt. Zweitens verkennt die Gleichstellung der ausnahmsweisen Durchbrechung des Rückwirkungsverbots durch das KRG 10 mit dem Recht des NS-Staates, daß das Rückwirkungsverbot im NS-Staat nicht nur für einen Fall außer Kraft gesetzt wurde, sondern die Rechtsunsicherheit zum generellen Prinzip erhoben wurde.<sup>148</sup> Der Vergleich zwischen KRG 10 und NS-Rechtspraxis erhebt das NS-Recht in unerträglicher Weise zum ein wenig von der Norm abweichenden rechtsstaatlichen Recht, diffamiert das KRG 10 als Ausfluß nationalsozialistischen Rechtsdenkens und verwischt dadurch die Grenze zwischen Rechts- und Unrechts-Staat.

In den juristischen Zeitschriften der Jahre 1946–1950 ist nur ein Gerichtsurteil veröffentlicht, das die Anwendung des KRG 10 wegen der Verletzung des Rückwirkungsverbots ablehnt.<sup>149</sup> Nach Ansicht aller anderen Gerichte steht das Rückwirkungsverbot der Anwendung des KRG 10 nicht entgegen.<sup>150</sup>

Dieses Bild entspricht wohl nicht den wirklichen Mehrheitsverhältnissen, denn der Oberstaatsanwalt in Konstanz, Güde, schreibt im April 1947: Die deutsche Rechtsprechung hat »unverkennbar Hemmungen«, das KRG 10 wegen der Verletzung des Rückwirkungsverbot anzuwenden.<sup>151</sup> Erst im September 1949, nachdem der OGH mehrfach ausgeführt hat, daß das Rückwirkungsverbot nicht verletzt ist,<sup>152</sup> kann gemeldet werden:

»Die Verbindlichkeit des KRG 10 steht, abgesehen von ganz vereinzelt, aus dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot hergeleiteten Zweifeln im Schrifttum, in der deutschen Rechtspraxis fest.«<sup>153</sup>

Die Auffassung, daß das Rückwirkungsverbot der Anwendung des KRG 10 nicht entgegensteht, kann sich auf eine Vielzahl von Argumenten stützen, die sich dadurch auszeichnen, daß sie das Rückwirkungsverbot zurückführen auf seine das Individuum schützende, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit intendierende Funktion und es einbinden in die Lehre vom übergesetzlichen Recht.

Nach einem vor allem von Radbruch vertretenen Argument wirkt das KRG 10 gar nicht zurück, weil die Taten, die das KRG 10 für strafbar erklärt, schon zur Zeit ihrer Begehung – freilich in nicht positiver Form – nach übergesetzlichem Recht Verbrechen waren. Dem KRG 10 komme nur deklaratorische, nicht rückwirkend

<sup>147</sup> Hodenberg, (Fn. 123), Sp. 119; ebenso Lange auf einer strafrechtlichen Arbeitstagung, in: Akten des Zentraljustizamtes für die britische Zone Z 21/1334, fol. 140f. (Bundesarchiv).

<sup>148</sup> Diese Kritik an Hodenberg bei Wimmer, (Fn. 126), Sp. 126 u. Strucksberg, (Fn. 126), S. 278.

<sup>149</sup> LG Siegen 8. 5. 1947, MDR 1947, S. 203. Aufgehoben von OLG Hamm 21. 6. 1947, MDR 1947, S. 205. Daraufhin nimmt das LG Siegen von seinen Bedenken Abstand, LG Siegen 9. 9. 1947, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. I, S. 663 (668).

<sup>150</sup> Das case-law-Argument verwenden: OLG Hamburg 18. 5. 1947, MDR 1947, S. 241 (242); OLG Braunschweig 29. 11. 1947, NJW 1947/48, S. 353; LG Freiburg 9. 12. 1947, in: Rüter, (Fn. 110), Bd. I, S. 681 (688 f.); das Gerechtigkeits-/Rechtssicherheitsargument führen: OLG Hamm 21. 6. 1947, MDR 1947, S. 205; KG Berlin 12. 2. 1947, DRZ 1947, S. 334; OLG Köln 14. 10. 1947, JR 1948, S. 53; OLG Braunschweig 24. 11. 1947, NJW 1947/48, S. 353; das Funktionsargument benutzen: KG Berlin 17. 5. 1947, DRZ 1947, S. 305 (305 f.). Zur Einteilung dieser Argumente vgl. im folgenden.

<sup>151</sup> Güde, (Fn. 57), S. 111.

<sup>152</sup> OGHSt 1, 1 (4) v. 4. 5. 1948; 2, 293 (297) v. 15. 2. 1949; 2, 334 (335) v. 12. 7. 1949; 2, 375 (378 ff.) v. 21. 3. 1950.

<sup>153</sup> Jagusch, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone, SJZ 1949, Sp. 620.

strafbegründende Bedeutung zu. Die bestehende ethische Verbotsnorm wird durch das KRG 10 nur positiv-rechtlich festgeschrieben.<sup>154</sup>

Ein zweites, ebenfalls von Radbruch entwickeltes, sogenanntes »case-law-Argument« besagt, daß ein Widerspruch zwischen KRG 10 und dem Rückwirkungsverbot auch deshalb nicht bestehe, weil das Rückwirkungsverbot nur für kodifiziertes Recht, nicht für das case law oder common law des anglo-amerikanischen Rechtskreises gelte. Das Rückwirkungsverbot kann für Fallrecht, das »judge-made-law«, wie das KRG 10, das nur beispielhaft bestimmte Handlungen für strafbar erklärt, das nur einen Leitsatz enthält, den die Justiz weiterzuverfolgen hat,<sup>155</sup> gar nicht gelten, da es

»im Wesen des judge-made-law (liegt) zurückzuwirken: Der erste Fall einer neuen Rechtsprechung fällt notwendig unter ein Recht, das noch nicht bestand, als er sich verwirklichte.«<sup>156</sup>

Nach anderer Ansicht verletzt das KRG 10 zwar das Rückwirkungsverbot, doch ist seine Durchbrechung vom Standpunkt der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ausnahmsweise geboten, weil eine große Zahl schwerer Verbrechen vorliegt, die aus politischen Gründen nicht bestraft wurden, und weil das Strafrecht der Begehungszeit zu ihrer Ahndung nicht ausreicht. Deswegen ist zur Wiederherstellung der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dieses Pflichtversäumnis des NS-Staates im Wege der Durchbrechung des Rückwirkungsverbotes nachzuholen.<sup>157</sup>

»Nach der Auffassung aller sittlich empfindenden Menschen wurde schweres Unrecht begangen, dessen Bestrafung rechtsstaatliche Pflicht gewesen wäre. Die nachträgliche Heilung solcher Pflichtversäumnisse durch rückwirkende Bestrafung entspricht der Gerechtigkeit. Das bedeutet auch keine Verletzung der Rechtssicherheit, sondern die Wiederherstellung ihrer Grundlage und Voraussetzung. Unrechtssicherung ist nicht die Aufgabe der Rechtersicherheit.«<sup>158</sup>

Die Notwendigkeit der Durchbrechung des Rückwirkungsverbots läßt sich am überzeugendsten mit dessen Funktion begründen. Das Rückwirkungsverbot, das den Schutz des einzelnen Bürgers gegenüber willkürlicher Ausübung der Staatsgewalt bezweckt, ist historisch aufs engste verbunden mit dem Kampf des liberalen Bürgertums für den Rechtsstaat, für die Herrschaft des Gesetzes.<sup>159</sup> Es ist also funktional auf eine rechtsstaatliche Ordnung bezogen. Würde das Rückwirkungsverbot aus diesem Zusammenhang des Kampfes um Individualrechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit gelöst und übertragen auf die Frage, ob die Verbrechen des Staates, seiner Organe und Träger nachträglich einer Ahndung zugeführt werden dürfen, würde das Schutzobjekt und damit die rechtsstaatliche Funktion des Rückwirkungsverbotes ins Gegenteil verkehrt. Es würde zum »Garanten der sanktionsfreien Willkür-Staatsgewalt des NS-Systems«.<sup>160</sup> Die Schlußfolgerung liegt auf der Hand: Nur wenn das Rückwirkungsverbot für die Ahndung der Verbrechen des

<sup>154</sup> Radbruch, (Fn. 3), S. 135 f.; ders., Gesetz und Recht (Fn. 6), S. 5; Lange, (Fn. 118), Sp. 303; Bauer, (Fn. 56), S. 307; Güde, (Fn. 57), S. 114; Wimmer, (Fn. 126), Sp. 127.

<sup>155</sup> Radbruch, (Fn. 3), Sp. 133; v. Weber, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Rechtsprechung, MDR 1949, S. 261 (263); Hodenberg, (Fn. 123), Sp. 117. Auf den Vorwurf Feldmanns, (Fn. 110), S. 22, 74, das KRG 10 verletze das Bestimmtheitsgebot, weil es nur beispielhaft bestimmte Handlungen für strafbar erklärt und keinen fest umrissenen Tatbestand enthält, soll hier nicht eingegangen werden, weil er in der Diskussion um das KRG 10 nur eine untergeordnete Rolle spielte. Der OGH meinte, daß »der Fassung des Gesetzes in Verbindung mit dem klaren Sinn und Zweck ein eindeutiger gesetzlicher Tatbestand von hinreichender Bestimmtheit zu entnehmen« ist, OGHSt 1, 293 (297).

<sup>156</sup> Radbruch, (Fn. 3), Sp. 134; s. a. Kisselbach, (Fn. 78), S. 4; Meyer, (Fn. 122), S. 112; Werner, Die ersten Entscheidungen des OGH zum Kontrollratsgesetz Nr. 10, NJW 1949, S. 170, Anm. 4.

<sup>157</sup> Wimmer, (Fn. 126), Sp. 129 ff.; Graveson, (Fn. 142), S. 280; Strucksberg, (Fn. 126), S. 279; Lange, Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 in Theorie und Praxis, DRZ 1948, S. 155.

<sup>158</sup> OGHSt 1, 1, (5) v. 8. 5. 1948; 2, 375 (380 f.) v. 21. 3. 1950; 2, 231 (232) v. 21. 3. 1950.

<sup>159</sup> Neumann, Die Herrschaft ..., (Fn. 27), S. 257.

<sup>160</sup> Perels, (Fn. 8), S. 369.

Unrechts-Staates durchbrochen wird, kann es seine ursprüngliche Funktion, die Staatsgewalt an Strafaxzessen gegenüber den Bürgern zu hindern, auch wirklich erfüllen.<sup>161</sup> Dieses Argument findet in prägnanter Formulierung Eingang in die Rechtsprechung des OGH:

„Das Rückwirkungsverbot gehört aber zu den Rechtsgrundsätzen, die dem Staatsabsolutismus im Kampf für die Menschen- und Bürgerrechte abgerungen worden sind, um den Bürger gegen Staatswillkür zu schützen. Daher empfängt es seinen Sinn. Es hieße aber diesen Sinn ins Gegenteil zu verkehren, wenn das Rückwirkungsverbot dazu dienen sollte, die gerechte Sühne für solche Verbrechen zu vereiteln, die gerade in der Betätigung schrankenloser *Staatswillkür* bestanden. Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 verstößt deshalb, auch wenn es auf vor seinem Inkrafttreten begangene Handlungen angewendet werden will, nicht gegen den dem Rückwirkungsverbot zugrundeliegenden Rechtfertigungsgrund.“<sup>162</sup>

Die Durchsicht der juristischen Zeitschriften von 1946–1950 legt den Schluß nahe, daß die Mehrheit der Juristen den Argumenten von Radbruch und Wimmer folgte.<sup>163</sup> Broszat, der auch unveröffentlichtes Material auswertete, kommt dagegen zum Ergebnis, daß die Richter und Rechtsanwälte der britischen Zone in ihrer Mehrheit das KRG 10 wegen der Verletzung des Rückwirkungsverbotes ablehnten.<sup>164</sup> Diese Diskrepanz zwischen veröffentlichter und durchschnittlicher Meinung könnte wiederum mit der alliierten Veröffentlichungskontrolle zu erklären sein. Das Zentraljustizamt für die britische Zone wurde durch die britischen Besatzungsbehörden angewiesen, die Veröffentlichung von Artikeln, die sich ablehnend zum KRG 10 äußerten, zu verhindern. Gleichzeitig bemühte sich die britische Militärregierung um Publizierungsmöglichkeiten für Juristen, die den Artikel Hodenbergs kritisierten.<sup>165</sup>

#### V. Statistische Aussagen zur Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 durch deutsche Gerichte

Anhand der Kriminalstatistiken der Länder Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen<sup>166</sup> lassen sich zwei Fragen beantworten:

- Inwieweit wirkten sich die vor allem in der Rechtslehre entwickelten Gegenpositionen zum KRG 10 in der Rechtsprechung aus?
- Besteht ein Zusammenhang zwischen gesamtgesellschaftlicher Restauration und der Anwendung des KRG 10 durch die Gerichte?

<sup>161</sup> Ebd.

<sup>162</sup> OGHSt 2, 375 (380) v. 21. 3. 1950; sehr ähnlich Radbruch, Die Erneuerung... (Fn. 6), S. 2; ders., (Fn. 3), Sp. 136.

<sup>163</sup> Werner, (Fn. 156), S. 170; Lange, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone, SJZ 1948, Sp. 655 (656); Jagusch, (Fn. 153), Sp. 620; Strucksberg, (Fn. 126), S. 272; Kisselbach, (Fn. 78), S. 2.

<sup>164</sup> Broszat, (Fn. 115), S. 527.

<sup>165</sup> Ebd.

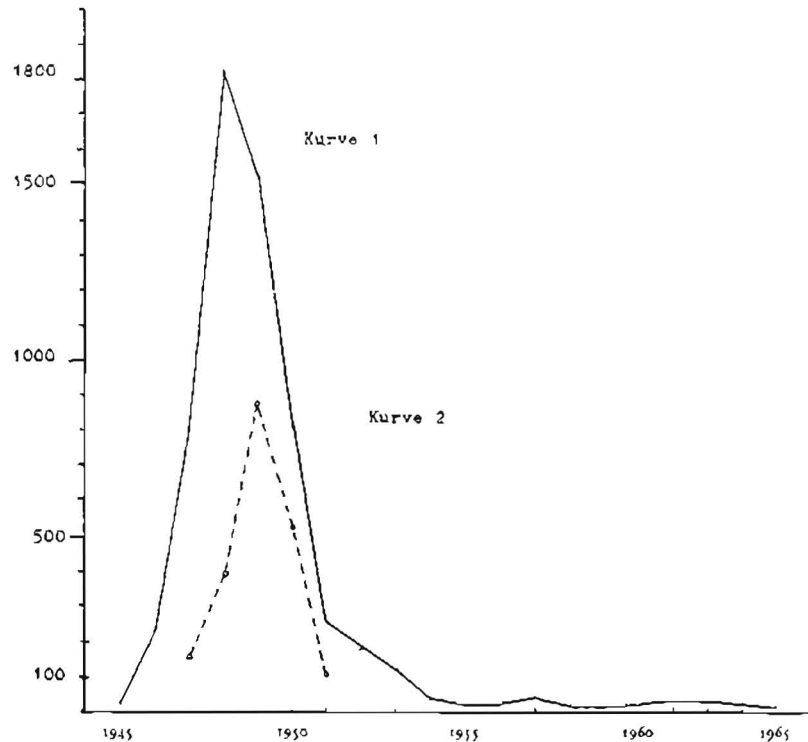
<sup>166</sup> Nur die Kriminalstatistiken dieser Länder enthalten annähernd vollständiges Zahlenmaterial, so daß die gemachten Aussagen nicht allgemeingültig für alle Länder sein können.

Eine bundesweite (ohne West-Berlin und Saarland) Erfassung der rechtskräftigen Ab- und Verurteilungen von NS-Verbrechen nach KRG 10 liegt nur für die Jahre 1950/51 vor; vgl. Statistik der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 110: Die Kriminalität in den Jahren 1950 und 1951. Daraus geht hervor, daß in diesen beiden Jahren zusammen noch 1866 Personen nach KRG 10 angeklagt, aber nur 620, d. h. jeder Dritte verurteilt wurde. Diese Statistik um die Jahre 1946–1949 zu ergänzen ist unmöglich, da die Statistischen Landesämter über kein (für Bayern, Bremen, Württemberg-Hohenzollern, Saarland) oder nur über sehr unvollständiges (für Württemberg-Baden; Hessen, Süd-Baden, Hamburg, Schleswig-Holstein) Zahlenmaterial zum KRG 10 verfügen.

Für Berlin (ab 1950 West-Berlin) sind folgende Verurteilungszahlen ermittelbar: 1946: 3; 1947: 71; 1948: keine Angabe; 1949: 97; 1950: 79; 1951: 31. Quellen: Wegen Verbrechen oder Vergehen rechtskräftig abgeurteilte Personen 1946, 1947, 1949. Wegen Verbrechen oder Vergehen rechtskräftig abgeurteilte Personen nach der Art der Entscheidung in West-Berlin 1950; Berliner Statistik, Sonderheft 23, Die rechtskräftig abgeurteilten Personen in West-Berlin 1950, Juni 1952; Wegen Verbrechen oder Vergehen rechtskräftig abgeurteilte Personen nach der Art der Delikte 1951.

Wie die Verurteilung von NS-Verbrechen insgesamt erfolgte auch die Verurteilung nach KRG 10 in zwei Phasen. In der ersten Phase von 1947–1949 ist ein stetiges Ansteigen, ab 1949 ein Zurückgehen der Verurteilungen nach KRG 10 zu verzeichnen (Abb. 1). Von 1947–1951 sind in den Ländern Berlin, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz 1980 Personen verurteilt worden. 1369, das sind 69,2%, wurden in den ersten Jahren von 1947–1949 verurteilt.

Abb. 1: Jahresgliederung der rechtskräftigen Verurteilungen von NS-Verbrechen durch Gerichte insgesamt und nach KRG 10



Kurve 1: Jahresgliederung der rechtskräftigen Verurteilungen durch Gerichte in der Bundesrepublik

Kurve 2: Jahresgliederung der rechtskräftig nach KRG 10 Verurteilten durch Gerichte der Länder Nordrhein-Westf., Berlin, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz

Das Ansteigen der Verurteilungszahlen von 1947–1949 ist weniger auf die wachsende Bereitschaft zur Ahndung von NS-Verbrechen zurückzuführen als auf die zunehmende Funktionsfähigkeit der Justiz, die ab 1948 die unerledigten Verfahren von 1945–1947 aufarbeitete. Mehr Aufschluß über die Bereitschaft zur Ahndung von NS-Verbrechen gibt die Verurteilungsquote, d. h. das Verhältnis der eingeleiteten Verfahren zu den Verurteilungen (vgl. Tab. 1–3). Diese ist in Rheinland-Pfalz 1947/48 mit 69% bzw. 60%, in Niedersachsen 1947 und 1949 mit 100 bzw. 50% und Nordrhein-Westfalen 1948/49 mit 55 bzw. 62% am höchsten. In der zweiten Phase ab Anfang 1950 bis Ende 1951 sinkt die Verurteilungsquote auf durchschnittlich 30%. Gleichzeitig steigt die Verfahrenseinstellungsquote 1950/51 auf durchschnittlich 34% in Rheinland-Pfalz, auf 44% in Niedersachsen und auf 46% in Nordrhein-Westfalen.<sup>167</sup>

<sup>167</sup> Die meisten Verfahrenseinstellungen wurden auf das „Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit“ vom 31. 12. 1949, BGBl. 1949, S. 37f. gestützt. Nach § 3 Abs. 1 konnten Verfahren wegen Straftaten

Tab. 1: Die rechtskräftigen Aburteilungen nach KRG 10 durch deutsche Gerichte in Niedersachsen

Jahr	Abgeurteilte	Verurteilte	Freispruch	Verfahrenseinstellung	Verurteilungsquote %	Freispr.-quote %	Einstellungsquote %
1947	15	15	keine Angabe		100	0	0
1948	34	11	22	1	32	65	3
1949	203	102	94	7	50	46	4
1950	244	105	56	83	43	23	34
1951	129	34	27	68	26	21	53

Quelle: Die Kriminalität in Niedersachsen 1948–50, 1950, 1951

Tab. 2: Die rechtskräftig Abgeurteilten nach KRG 10 durch deutsche Gerichte in Nordrhein-Westfalen

Jahr	Abgeurteilte	Verurteilte	Freispruch	Verfahrenseinstellung	davon nach Amnestie-Gesetz (1. 12. 49)	Verurteilungsquote %	Freispr.-quote %	Einstellungsquote %
1947		keine Angaben						
1948	350	192	194	4		55	45	0
1949	584	364	210	10		62	36	2
1950	377	127	105	145	97	34	28	39
1951	62	20	10	32	17	32	16	52
1952	7	0	1	6	5	0	14	86

Quellen: Ergebnisse der Kriminalstatistik in Nordrhein-Westfalen 1948 und 1949; Statistischer Bericht Verurteilte 1951; Kriminalstatistik 1952 und 1953.

Tab. 3: Die rechtskräftig Abgeurteilten nach KRG 10 durch deutsche Gerichte in Rheinland-Pfalz

Jahr	Abgeurteilte	Verurteilte	Freispruch	Verfahrenseinstellung	davon nach Amnestie-Gesetz (31. 12. 49)	Verurteilungsquote %	Freispr.-quote %	Einstellungsquote %
1947	16	11		5		69	31	
1948	141	85	51	5		60	36	4
1949	369	174	194	1		47	53	0,3
1950	624	181	217	226	182	29	35	36
1951	163	34	77	52	42	21	47	32

Quellen: Ergebnisse der Kriminalstatistik in Rheinland-Pfalz 1947–1949 (Heft 7); Ergebnisse der Kriminalstatistik in Rheinland-Pfalz 1950–1951 (Heft 16)

Es erstaunt, daß sich die Abwendung der Rechtsprechung vom KRG 10 erst 1950 und nicht zeitlich parallel mit der Änderung der »Großwetterlage« vollzog. Der Umschwung von Neubeginn zu Kontinuität erfolgte im wesentlichen schon 1947/

oder Ordnungswidrigkeiten eingestellt werden, soweit diese vor dem 15. 9. 1949 begangen wurden und wenn nur eine geringe Freiheitsstrafe (bis zu sechs Monaten) oder eine Geldstrafe zu erwarten war.

48.<sup>168</sup> Aber gerade von Anfang 1948 bis 1949 verurteilte die deutsche Justiz vermehrt nach KRG 10. Diese Restauration mit Zeitverschiebung könnte mit der bindenden Kraft der Rechtsprechung des OGH zu erklären sein, der die Untergerichte wiederholt zur Anwendung des KRG 10 ermahnte.

Nachdem 1950/51 fast die Hälfte der Verfahren eingestellt wurden, der OGH zu Ende seiner Tätigkeit die Anwendung des KRG 10 vermied<sup>169</sup> (ab 30. 5. 1950 nur noch 6 Urteile zum KRG 10) und der BGH<sup>170</sup>, aus »Gründen, die sich einer öffentlichen Erörterung entziehen«,<sup>171</sup> über eingelegte Revisionen zum KRG 10 nicht entschied, war hinsichtlich der Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein Zustand eingetreten, der »objektiv an der Grenze einer Justizverweigerung« lag.<sup>172, 173</sup>

<sup>168</sup> Vgl. Fn. 10.

<sup>169</sup> Storz, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Strafsachen, Tübingen 1969, S. 13; Schultz, Rundschau, Blick in die Zeit, MDR 1951, S. 406.

<sup>170</sup> Er löste im Oktober 1950 den OGH ab.

<sup>171</sup> Hülle, Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, NJW 1951, S. 295 (296).

<sup>172</sup> Schultz, (Fn. 169), S. 406.

<sup>173</sup> Die Justizverweigerung war insofern von Erfolg gekrönt, als die britische Militärregierung mit der Verordnung Nr. 234 und die französische Militärregierung mit der Verordnung Nr. 171 am 31. 8. 1951 die Ermächtigung deutscher Gerichte zur Aburteilung von NS-Verbrechen nach KRG 10 zurücknahmen, Amtsbl. d. Alliierten Hohen Kommission 1951, S. 1137 f.

Das KRG 10 selbst hat erst durch § 2 des »Ersten Gesetzes zur Aufhebung des Besatzungsrechts« vom 30. 5. 1964 seine Wirksamkeit im Geltungsbereich des Grundgesetzes verloren, BGBl. I, S. 437. Seit der Rücknahme der Ermächtigung am 31. 8. 1951 wurden NS-Verbrechen ausschließlich nach deutschem Recht abgeurteilt.

Gleichzeitig wurde versucht, die Ahndung von NS-Verbrechen überhaupt zu beenden, indem behauptet wurde, daß durch die Rücknahme der Ermächtigung ein Prozeßhindernis eingetreten sei, das die Einstellung der NS-Verfahren nach § 206a Abs. 1 StPO ermögliche, OLG Hamburg 8. 12. 1951, MDR 1952, S. 183; LG Lübeck 24. 12. 1951, in: Rüter, (Fn. 170), Bd. IX, S. 169; Schultz, (Fn. 169), S. 410. Hier war der politische Wunsch, NS-Verbrechen überhaupt nicht mehr zu ahnden, offensichtlich Herr der juristischen Argumentation. Ein Verfahrenshindernis ist ein Umstand, der den Erlaß eines Sachurteils ausschließt. Ein solcher Umstand ist durch die Verordnung 234 bzw. 171 nicht eingetreten, denn die Bestrafung der Tat war in den meisten Fällen weiterhin nach deutschem Strafrecht möglich, so daß eine Einstellung nach § 206a StPO nicht in Frage kam.