

# Joachim Perels

## Der Nürnberger Juristenprozeß im Kontext der Nachkriegsgeschichte\*

### *Ausgrenzung und späte Rezeption eines amerikanischen Urteils*

#### *I. Ein Fremdkörper in der Rechtsgeschichte der frühen Bundesrepublik*

Je länger der Nürnberger Juristenprozeß der Vereinigten Staaten gegen führende Repräsentanten des nationalsozialistischen Justizapparates – er dauerte vom 14. Februar bis zum 4. Dezember 1947 – zurückliegt, um so intensiver wird die Beschäftigung mit ihm. (Die frühe Veröffentlichung des Urteils in der DDR im Jahr 1969 wurde bei uns aus vielerlei Gründen kaum wahrgenommen.) 1985 ist, herausgegeben von *Heribert Ostendorf* und *Heino ter Veen*, die erste, noch nicht vollständige Dokumentation des Nürnberger Juristenurteils in der Bundesrepublik erschienen; 1996 wurde das gesamte Urteil – mit einer höchst informativen Einleitung von *Klaus Bastlein* – bei uns zum ersten Mal publiziert. *Hans Wrobel*, *Ingo Müller* und jüngst *Hubert Rottlenthner* haben zum Juristenurteil Studien geliefert, welche die in die Formel der Siegerjustiz gekleideten Bewertungen weitgehend widerlegen.<sup>1</sup>

Die jahrzehntelange Ausgrenzung des Urteils eines amerikanischen Gerichtshofs auf deutschem Boden, das die Rolle der Justiz im NS-System paradigmatisch bestimmte und rechtsstaatlichen Verfahrensprinzipien folgte, bei den Angeklagten belastende, aber auch entlastende Momente herausarbeitete und in einigen Fällen zu Freisprüchen gelangte<sup>2</sup>, hängt damit zusammen, daß dieses Verfahren, ungeachtet unterschiedlicher Rechtstraditionen anglo-amerikanischer und kontinental-europäischer Provenienz, die mit Beginn der 50er Jahre einsetzende Neulegitimierung des nationalsozialistischen Justizapparates und seiner technischen Rechtsgrundlagen in Frage gestellt hätte.

Im Rehse-Urteil des Berliner Landgerichts von 1968, das den Beisitzer *Freislers*, gestützt auf den Bundesgerichtshof und das NS-Normensystem, freisprach, wird die Verdrängung der Erkenntnisse des Juristenurteils besonders deutlich. Der in Nürnberg wegen juristisch drapierter Terrorhandlungen, unter anderem manifestiert in nahezu tausend sog. Nacht- und Nebelverfahren, verurteilte Oberreichsanwalt *Erwin Lautz* wird im Urteil des Berliner Landgerichts als Entlastungszeuge mehrfach positiv herausgestellt.<sup>3</sup> Die Bezugnahme auf den ehemaligen Oberreichsanwalt *Lautz*

\* Vortrag, gehalten am 4. 12. 1997 in der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt/Main auf Einladung des Fritz-Bauer-Instituts und des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt/Main.

<sup>1</sup> *P. A. Steiniger/K. Leszcynsky* (Hrsg.), Fall 3. Das Urteil im Juristenprozeß, Berlin(-Ost) 1969, *H. Ostendorf/H. ter Veen*, Das »Nürnberger Juristenurteil«, Frankfurt/M. 1985; *K. Bastlein*, Der Nürnberger Juristenprozeß und seine Rezeption in Deutschland, in: *L. M. Peschel-Gutzeit* (Hrsg.), Das Nürnberger Juristenurteil von 1947, Baden-Baden 1996, S. 9 ff.; *H. Wrobel*, Verurteilt zur Demokratie. Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945–1949, Heidelberg 1989, S. 169 ff.; *I. Müller*, Furchtbare Juristen, München 1987, S. 270 ff.; *H. Rottlenthner*, Das Nürnberger Juristenurteil und seine Rezeption in Deutschland – Ost und West, NJ 12/1997, S. 617 ff.; vgl. auch Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus, Köln 1989, S. 331 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Peschel-Gutzeit* (Fn 1); *Bastlein* (Fn 1).

<sup>3</sup> LG Berlin v. 6. 12. 1968, abgedruckt in: *J. Friedrich*, Freispruch für die Nazi-Justiz, Reinbek 1983, S. 482, S. 485.

– er war im übrigen auch Ankläger der Männer des 20. Juli – ist ein unverzichtbares Begründungselement für den Freispruch des Beisitzers von *Freisler*.

85

## II. Schuldkenntnis als Neubeginn

Der Nürnberger Juristenprozeß ist Teil des insbesondere von den USA nach der Kapitulation Nazi-Deutschlands in Gang gesetzten Versuchs, die Kontinuität zwischen der politischen Spitze des NS-Regimes und seinen Trägerschichten nicht nur durch die administrative Ausschaltung dieser Funktionsebenen und der Aufhebung der nationalsozialistischen Diskriminierungs- und Repressionsnormen herbeizuführen<sup>4</sup>, sondern auch durch die Ahndung der von ihnen begangenen Staatsverbrechen den Bruch mit der Terrorordnung deutlich zu markieren. Die von den Alliierten intendierte Konstituierung eines neuen demokratischen Staates ist unlöslich daran gebunden, daß die systematische Beseitigung rechtsstaatlicher Schutzpositionen zahlloser Individuen – Juden, Polen, Deutsche und vieler anderer – nicht etwa einem zudeckenden Vergessen überantwortet, sondern durch Strafprozesse aufgearbeitet wird, um mindestens zukünftig die unverbrüchliche Bindung des Staates an eine freiheitliche Rechtsordnung zum Ausdruck zu bringen.

Diese Grundposition gegenüber den Staatsverbrechen des Dritten Reiches, die wesentlich im Office of Strategic Services von der Gruppe um *Franz L. Neumann* für die Regierung *Roosevelt* entwickelt wurde, findet 1945/46 in der sich gerade formierenden deutschen Öffentlichkeit – das zeigen Meinungsumfragen zur Bewertung des ersten Nürnberger Prozesses, aber auch Beiträge in den »Frankfurter Heften«, im »Aufbau«, im »Ruf« – zunächst einen gewissen Rückhalt.<sup>5</sup> Im Zentrum steht die Schuldfrage – so lautet der Titel einer von *Karl Jaspers* 1946 publizierten Vorlesung. Er behandelt die Frage in ihren politischen, moralischen und juristischen Aspekten. Bei aller Unterschiedlichkeit der Ausgangspositionen ist für geistig führende Gruppen die selbstreflexive Aufarbeitung der unermeßlichen Schuld die *conditio sine qua non* eines strukturellen demokratischen Bruchs mit dem NS-Regime. *Karl Jaspers*, der das Verfahren gegen die Nürnberger Haupt-Kriegsverbrecher voll unterstützt, faßt diesen Gedanken so: »Die Schuldfrage ist mehr noch als eine Frage seitens der anderen an uns eine Frage von uns an uns selbst. ... Reinigung ist die Bedingung auch unserer politischen Freiheit. ... Wo das wirkliche Schuldbewußtsein untigbarer Stachel ist, wird das Selbstbewußtsein in eine neue Gestalt gezwungen. ... Die Reinigung macht uns frei. ...«<sup>6</sup>

*Martin Niemöller*, von dem der Schlüsselsatz der Stuttgarter Schuldklärung der Evangelischen Kirche vom Oktober 1945 stammt – »durch uns ist unendliches Leid über viele Völker und Länder gebracht worden« –, verwandelt die philosophische Deduktion in einem Beitrag von 1946 in eine prophetisch anklagende Anrede, um die Notwendigkeit der Schuldkenntnis zu begründen. Bei *Niemöller* heißt es: »Unter uns sind Dinge geschehen, von denen wir in unseren schlimmsten Träumen nicht

<sup>4</sup> Vgl. *M. Stolleis*, Rechtsordnung und Justizpolitik 1945–1949, in: *N. Horn* (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für *H. Conrads* zum 70. Geburtstag, Bd. I, München 1982, S. 383 ff.; *T. Taylor*, Die Nürnberger Prozesse, Zürich 1950, S. 50 ff.

<sup>5</sup> *A. Sollner* (Hrsg.), Zur Archäologie der Demokratie in Deutschland. Analysen politischer Emigranten im amerikanischen Geheimdienst, Bd. 1: 1943–1945, Frankfurt/M. 1982, S. 163 ff., S. 184 ff.; *U. Herbert*, Best, Bonn 1996, S. 438 m. w. Nachw.; Nürnberg und die Geschichte, Frankfurter Hefte 1/1946, S. 3 ff.; *E. Kogon*, Ärzte als Knechte des Todes, Frankfurter Hefte 2/1947, S. 123 ff.; *A. Andersch*, Notwendige Aussage zum Nürnberger Prozeß (1946), abgedruckt in: *Vaterland, Muttersprache. Deutsche Schriftsteller und ihr Staat seit 1945*, zusammengestellt von *K. Wagenbach* u. a., Berlin 1979, S. 33; *E. Reger*, Das Weltgericht in Nürnberg (1946), ebd., S. 34 f.

<sup>6</sup> *K. Jaspers*, Die Schuldfrage. Zur politischen Haftung Deutschlands (1946), München 1987, S. 16, S. 82 f.

geträumt haben; ich brauche sie nicht aufzuzählen. Keine Feder kann das beschreiben, was unsere Augen schauen mußten und was durch unsere Herzen gegangen ist. Ein Berg von Schuld ist vor unseren Augen aufgetürmt worden ... Fünf bis sechs Millionen Juden wurden ausgerottet ... und der Berg von Schuld wuchs bis in den Himmel. Es folgte alles, was uns nun als Kriegsverbrechen vorgehalten wird: die Ausrottung ganzer Ortschaften in der Tschechei, die planmäßige Dezimierung der Bevölkerung in Polen, wo nicht nur Männer, wo Greise, Frauen, Kinder und Säuglinge massenweise erschossen wurden. Die Geiselschießungen in Holland und Belgien, in Norwegen und Frankreich, das Sterben der Tausende in Griechenland und auf dem Balkan. ... Doch wen geht diese Schuld nun eigentlich etwas an? Wir sagen: Ich war bei der Bekennenden Kirche, wir haben es immer kommen sehen als etwas Furchtbares, das nicht zu verantworten war, und die anderen sagen: Wir waren nie bei der Partei und haben mit solchen Dingen nie etwas zu tun gehabt, aber die Menschen aus der Partei sagen wiederum: Unsere Schuld ist das nicht. Wir waren ja nur kleine Leute und sind nur gezwungenermaßen beigetreten, weil wir für unser Leben, für unsere Familie, für unsere Stellung und unser Geschäft fürchteten: Die SS ist es gewesen und die Gestapo. Doch die lehnten ab, sich diese Schuld aufbürden zu lassen: Wir haben nur Befehle ausgeführt und wollen von dieser Schuld nichts wissen – so bleibt zuletzt alles hängen an *Adolf Hitler* und *Heinrich Himmler*. Aber die sind nicht mehr da – und der Berg von Schuld bleibt und niemand rührt ihn an.«<sup>7</sup>

*Niemöllers* Feststellung der Verbindung übergroßer Schuld und der Abwesenheit von Schuldkenntnis faßt *Hannah Arendt* analytisch in einem Aufsatz in der von *Dolf Sternberger* redigierten Zeitschrift »Die Wandlung« von 1946, der die Erkenntnis entwickelt, daß die Linie, die die Verbrecher von normalen Menschen, Schuldige und Schuldlose trennt, im Nationalsozialismus verwischt worden ist. *Hannah Arendt* schreibt: »(Der Massenmensch) hat die Zweiteilung von Privat und Öffentlich, von Beruf und Familie so weit getrieben, daß er noch nicht einmal in seiner eigenen identischen Person eine Verbindung zwischen beiden entdecken kann. Wenn sein Beruf ihn zwingt, Menschen zu morden, so hält er sich nicht für einen Mörder, gerade weil er es nicht aus Neigung, sondern beruflich getan hat.«<sup>8</sup>

Angesichts der Ubiquität krimineller Akte der öffentlichen Gewalt hat die Aufarbeitung juristischer Schuld der für Staatsverbrechen Verantwortlichen besonderes Gewicht. In einem Kommentar im Radio Frankfurt/Main vom 2. Oktober 1946 bringt *Hans Mayer*, einst Schüler von *Hans Kelsen*, Autor der Zeitschrift des Republikanischen Richterbundes »Die Justiz«, die mit dem Nürnberger Verfahren gegen die Haupt-Kriegsverbrecher verknüpfte Intention auf den Begriff: »Die Richter von Nürnberg bedeuten eine Etappe in der Weltrechtsentwicklung, denn sie zeigen den internationalen Rechtsbrechern, den jetzigen und als Warnung allen künftigen, daß die Willkür der Staatsmänner und internationalen Abenteurer der Politik ihre Schranken findet im Völkerrecht und in den Gesetzen der Menschlichkeit. Hier liegt die zukunftsweisende Bedeutung des Nürnberger Prozesses.«<sup>9</sup>

7 *M. Niemöller*, Zur gegenwärtigen Lage der Christenheit (1946), in: ders., Reden 1945–1954, Darmstadt 1958, S. 46 f.; Stuttgarter Schuldklärung, ebd., S. 322.

8 *H. Arendt*, Organisierte Schuld (1946), in: dies., Die verborgene Tradition, Frankfurt/M. 1976, S. 43.

9 *H. Mayer*, Nach dem Urteil im Nürnberger Prozeß, in: ders., Ein Deutscher auf Widerruf, Frankfurt/M. 1982, S. 349.

Der Nürnberger Juristenprozeß, einer jener zwölf Nürnberger Nachfolgeprozesse – gegen das Oberkommando der Wehrmacht, gegen Wirtschaftsführer, gegen Leiter von Einsatzgruppen, gegen Repräsentanten des Auswärtigen Amtes, gegen Ärzte –, basierte im Prinzip auf der gleichen Rechtsgrundlage wie das Pilotverfahren gegen die Haupt-Kriegsverbrecher.<sup>10</sup> Die Rechtsgrundlage des Verfahrens beruhte auf Vereinbarungen, die die Alliierten vor allem im Londoner Abkommen vom 8. August 1945 getroffen hatten. Die Funktion dieser Vereinbarungen, durch die »die Gesetze, die Hitler-Erlasse und das drakonische, korrupte und verderbte nationalsozialistische Rechtssystem«<sup>11</sup> in einem rechtsstaatlichen Verfahren überprüft werden sollten, läßt sich anhand der Deutschland-Planung der amerikanischen Regierung, wie sie von der schon erwähnten Gruppe um *Franz L. Neumann* konzipiert wurde, genauer bestimmen. In einer Expertise zum Verhältnis von »Führerprinzip und strafrechtlicher Verantwortung«, die die staatsrechtliche Literatur der Ideologen des Regimes von *Ernst Rudolf Huber* über *Werner Best* bis *Theodor Maunz* eingehend rezipierte, wurde der zentrale Gegenstand für die Prozesse gegen die aktiven Träger des NS-Regimes darin gesehen, daß für den politischen Sektor des Dritten Reiches »ganz offen das Prinzip der im Grunde »gesetzlosen« Aktion der öffentlichen Behörden anerkannt war.« Damit standen die vielfältigen Repressionshandlungen der NS-Führung und der sie stützenden funktionellen Eliten »im Gegensatz zu dem, was die überwiegende Mehrheit der Völker und Nationen für die Grundregeln von Recht und Moral halten. Diese Grundregeln auf die Nazi-Führer anzuwenden, bedeutet ... das Einklagen von Gerechtigkeit.«<sup>12</sup>

Zur Konstituierung der Prozesse gegen Repräsentanten der juristischen Führungsschichten des Dritten Reiches bedurfte es zweier Schritte. Das deutsche (Nazi-)Reich mußte als Staat untergegangen sein, so daß die Regierungs-, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsgewalt uneingeschränkt in den Händen der Alliierten, insbesondere der Vereinigten Staaten, lag. Diese Voraussetzung wurde nach der Kapitulation vom 8. Mai 1945 durch die Erklärung der Alliierten über die Übernahme der obersten Autorität in Deutschland vom 5. Juni 1945, durch die alle Elemente deutscher Staatlichkeit auf die Alliierten übergingen, erfüllt.<sup>13</sup> Auf dieser – von der herrschenden Staatsrechtslehre der Bundesrepublik (trotz der Gegenpositionen von *Wolfgang Abendroth*, *Hans Nawiasky* und *Willibald Apelt*) vollständig verdrängten – Basis der staats- und völkerrechtlichen Diskontinuität zwischen dem Deutschen Reich und einem erst wieder zu gründenden neuen Staat konnte am 20. Dezember 1945 das Kontrollratsgesetz Nr. 10 ergehen, das die wesentlichen Tatbestände für die Ahndung von NS-Verbrechen – Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Organisationsverbrechen – festlegte.<sup>14</sup>

Auch der analytische Ansatz des Verfahrens gegen die Haupt-Kriegsverbrecher, der vor allem von den amerikanischen, französischen und englischen Anklägern – von

<sup>10</sup> *Taylor* (Fn. 4); s. auch zum Folgenden *J. Perels*, Verpaßte Chancen. Zur Bedeutung der Nürnberger Nachfolgeprozesse, in: *Die frühen Nachkriegsprozesse. Beiträge zur Geschichte der nationalsozialistischen Verfolgung in Norddeutschland*, H. 3, Bremen 1997, S. 30 ff.

<sup>11</sup> *Ostendorf/ter Veen* (Fn. 1), S. 139.

<sup>12</sup> *Sollner* (Fn. 5), S. 168, S. 172.

<sup>13</sup> *H. Kelsen*, The legal Status of Germany According to The Declaration of Berlin, *American Journal of Law*, Bd. 38 (1945), S. 689 ff.

<sup>14</sup> Zur Kontinuitätsthese s. *R. Stodter*, Deutschlands Rechtslage, Hamburg 1948; *W. Grewe*, Ein Besatzungsstatut für Deutschland, Stuttgart 1948; zur Diskontinuitätsthese s. *Kelsen* (Fn. 13); *W. Abendroth*, Die Haftung des Reichs, *Neue Justiz* 4/5/1947, S. 73 ff.; *H. Nawiasky*, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1950, S. 7 ff.; vgl. auch die Diskussionsbeiträge von *Abendroth*, *Nawiasky* und *Apelt*, *VVDStRL* 13 (1955), S. 59 ff.

*Jackson, Shawcross* und *de Menthon* und seinem Stellvertreter – entwickelt wurde, prägte den Juristenprozeß. Die Ankläger wiesen nach, daß die Herrschaftseliten des Regimes – vom Militär über die Bürokratie bis zur SS – in einem weitgehenden Kooperationsverhältnis zueinander standen. Die angeklagten Einzelpersonen wie etwa Innenminister *Frick* oder der Chef des Reichssicherheitshauptamtes, *Kaltenbrunner*, fungierten als aktive Träger eines terroristischen Gesamtsystems. Bei *du Bost*, dem stellvertretenden französischen Hauptankläger, heißt es: »Die totalitäre Politik, der totale Krieg, die Vorbereitung und die Führung des gegen die anderen Völker gerichteten Vernichtungsplans zur Eroberung des Lebensraums setzen eine Koordinierung, eine enge Verbindung zwischen allen an der Macht befindlichen Einrichtungen voraus: Polizei und Wehrmacht – Auswärtige Angelegenheiten und Polizei und Wehrmacht, Justiz und Polizei – Wirtschaft und Justiz – Universitäten und Propaganda und Polizei.«<sup>15</sup>

Der amerikanische Hauptankläger *Jackson* machte auf das schließlich für alle Nürnberger Verfahren charakteristische, außerordentliche Maß an Schuldabwehr gerade derjenigen aufmerksam, die, mit umfassender Befehlsgewalt ausgestattet, selbständig handelnd die Mordmaschine in Gang hielten. *Jackson* konstatierte: »Die Angeklagten waren einmütig, wenn es darauf ankam, die Schuld auf andere abzuwälzen, manchmal auf den einen, manchmal auf den anderen. Aber die Namen, die sie immer wieder herausuchten, sind *Himmler*, *Hitler*, *Heydrich*, *Goebbels* und *Bormann*, alle diese sind tot und unauffindbar ... Man kommt in Versuchung, die wunderbare Fügung eines Schicksals zu bestaunen, das nur die Schuldigen sterben und nur die Unschuldigen am Leben ließ.« *Jackson* fährt fort: »Wenn Sie von diesen Männern sagen wollten, daß sie nicht schuldig seien, so wäre es ebenso wahr zu sagen, daß ... niemand erschlagen und kein Verbrechen begangen worden sei.«<sup>16</sup>

#### IV. Gegensätzliche Positionen zur Aufarbeitung von Staatsverbrechen

Die historische Lage, in der der Juristenprozeß stattfand, war von der des Haupt-Kriegsverbrecherprozesses verschieden. Der erste Prozeß gegen führende Staatsverbrecher des NS-Regimes erfuhr in der Öffentlichkeit, übereinstimmend mit Forderungen des Prager Manifests von 1934, des Kreisauer Kreises vom Sommer 1943, des Buchenwald-Manifestes vom 13. April 1945 nach Ahndung von Staatsverbrechen durch Gerichte, eine gewisse positive Reaktion – nicht zuletzt auch deshalb, weil in dieser Periode justitielle und beamtete Stützpfiler des Regimes institutionell weitgehend ausgeschaltet waren; allein 53 000 Beamte wurden entlassen.<sup>17</sup>

Inzwischen hatte sich das Bezugsfeld für die Ahndung von Staatsverbrechen geändert: Sowohl auf deutscher Seite als auch zum Teil auf amerikanischer Seite entsteht eine Ambivalenz, in der sich legitimierende und entlegitimierende Positionen einer juristischen Aufarbeitung der Justizverbrechen etwa die Waage halten.

In der Rechtsprechung, vor allem in der des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone, des Kammergerichts Berlin und des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main existierte eine durchgehende Linie, die NS-Normen und ihre Anwendung unter dem übereinstimmenden Gesichtspunkt der Negierung rechtsstaatlicher Kernprin-

<sup>15</sup> Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Bd. XIX, Nürnberg 1948, S. 610.

<sup>16</sup> Ebd. S. 476, S. 480.

<sup>17</sup> W. Abendroth, Aufstieg und Krise der deutschen Sozialdemokratie, Frankfurt/M. 1964, Anhang, S. 117, S. 124; G. van Rooy, Neuordnung im Widerstand. Der Kreisauer Kreis innerhalb der deutschen Widerstandsbewegung, Dokumentenanhang, München 1967, S. 553 ff.; L. Niehammer, Zum Verhältnis von Reform und Rekonstruktion in der US-Zone am Beispiel der Neuordnung des öffentlichen Dienstes, in: W. D. Narr u. a. (Hrsg.), Die Bundesrepublik Deutschland, Königstein 1979, S. 52.

zipien (von rechtlicher Gleichheit und der Achtung der Integrität der Individuen) systematisch zu überprüfen und die Verantwortlichen gerade auch für jene Handlungen, die durch das juristische Repressionsgefüge des Regimes legitimiert waren, zur Rechenschaft zieht, um die konstitutive Bedeutung der Bindung des Staates an egalitäre Schutznormen deutlich zu machen. In dieser Linie lag es, daß das Oberlandesgericht Frankfurt – in einer Entscheidung zum Anstaltsmord von 1947 – von naturrechtlich evidenten Sätzen wie des Rechts auf Leben spricht (die durch staatliche Verfügung faktisch, aber nicht rechtlich außer Kraft gesetzt werden können)<sup>18</sup>. Zur gleichen Zeit verwarf der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone die Fiktion, daß die Justiz des NS-Regimes unabhängig gewesen sei. Er betrachtete die Nazi-Justiz – wie schon *Kirchheimer* in seiner großen, in den USA erschienenen Untersuchung über die nationalsozialistische Rechtsordnung von 1941 – als Teil des Exekutivapparates.<sup>19</sup> Das hatte zur Folge, daß für diese Träger der NS-Justiz das Richterprivileg des § 336 StGB keine Anwendung findet. Richter und Staatsanwälte sind, sofern sie Straftaten begehen, vielmehr als einfache Kriminelle zu behandeln.

Die Position einer systematischen Entlegitimierung des NS-Diskriminierungs- und Ausmerzungsrechts, die auch von *Adolf Arndt* und *Richard Lange* und später systematisch von *Otto Kirchheimer* vertreten wurde,<sup>20</sup> machte *Radbruch* 1947 auf eindringliche Weise an zwei Humanitätsverbrechen anschaulich: »Sollte wirklich das deutsche Volk einschließlich der Täter so von allen guten Geistern verlassen gewesen sein, daß ihm etwa bei den Anstaltsmorden gar nie der Gedanke gekommen wäre, daß es sich hier trotz des gesetzsgleichen Führerbefehls um gesetzliches Unrecht handelte? Sollten Denunzianten sich wirklich keinerlei Unrechts bewußt gewesen sein, wenn sie ihre Opfer einer entarteten Justizmaschine auslieferten, die eine Inschrift an der Abort-Wand oder das Abhören eines feindlichen Senders mit dem Tode ahndete, sei es auch auf Grund bestehender Unrechtsgesetze?«<sup>21</sup>

Dem Gedanken einer Außerkraftsetzung des nationalsozialistischen Repressionsrechts stand in der Justiz und in der sich rekonsolidierenden Rechtslehre schon bald eine Position gegenüber, die das Nazi-Recht vorbehaltlos für gültig und die Justizhandlungen der Diktatur juristisch für uneingeschränkt verbindlich erklärte. So sprach, um nur das bekannteste Beispiel einer Kette derartiger Entscheidungen zu nennen, das Landgericht Offenburg 1946 den Mörder des Reichsfinanzministers *Matthias Erzberger, Tillessen*, unter Rückgriff auf die vorgeblich gültige Amnestieverordnung vom 21. März 1933, die politische Morde einem Strafausspruch ausdrücklich entzog, frei; übereinstimmend mit seiner Fixierung auf das Sonderrecht des Regimes erkannte das Gericht *Tillessen* auch noch positive Motive, eine nur »über-eifrige Vaterlandsliebe« zu. Zwar wurde die Entscheidung von der französischen Besatzungsmacht aufgehoben, aber erhebliche Teile der Richterschaft waren gegen diese Urteilskorrektur eingestellt.<sup>22</sup>

Auf verschiedenen Ebenen systematisierte die Lehre – übereinstimmend mit den Verteidigern des Haupt-Kriegsverbrecherprozesses und der Nürnberger Nachfolge-

<sup>18</sup> OLG Frankfurt/M., SJZ 1947, Sp. 627.

<sup>19</sup> OGHSt 1, S. 272 f.; O. *Kirchheimer*, Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus (1941), in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat, 2. Aufl. Baden-Baden 1983, S. 9 ff., insbes. S. 23.

<sup>20</sup> A. *Arndt*, Anm. zu OLG Kiel, SJZ 1947, Sp. 330 ff.; R. *Lange*, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1948, S. 655 ff.; O. *Kirchheimer*, Politische Justiz (1961), Neuwied 1965, S. 480 ff.

<sup>21</sup> G. *Radbruch*, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1947 (Marz-Sondernummer), Sp. 135; vgl. auch ders., Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht (1946), in: ders., Der Mensch im Recht, 2. Aufl., Göttingen 1961, S. 111 ff.

<sup>22</sup> M. *Broszat*, Siegerjustiz oder strafrechtliche »Selbstreinigung«, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 4/1981, S. 498 f., S. 500 Anm. 46; ähnlich wie das LG Offenburg: OLG Kiel, SJZ 1947, Sp. 323 ff.

prozesse<sup>23</sup> – die gegen das Kontrollratsgesetz Nr. 10 und den Begriff des gesetzlichen Unrechts gerichtete Position einer fraglosen Gültigkeit der gesamten Rechtsordnung des Nationalsozialismus. Das hatte zur Folge, daß alle Staatshandlungen des Regimes, die auf einer Norm oder auf einem Befehl des Herrschaftsapparates beruhten, sanktionsfrei gestellt werden mußten. *Hermann Jarreiß*, Völkerrechtler und führender Verteidiger im Nürnberger Prozeß, der seine Rolle als »rein wissenschaftliche Aufgabe« und dabei allein »der Wahrheit verpflichtet« deklarierte, hat diese Position umfassend in seinem Plädoyer vom 4. Juli 1946 in Nürnberg entwickelt. Zwar machte *Jarreiß* die Einschränkung, daß *Hitlers* Befehlsgewalt keine »Vollmacht zu Unmenschlichkeiten« einschloß, um aber sogleich die Konsequenz dieser Erkenntnis mit der Bemerkung zurückzunehmen, daß die Grenze zur Unmenschlichkeit verschwommen sei. Grundsätzlich erklärte *Jarreiß*: »Haben, wie die Dinge nun einmal waren, die Angeklagten, ehemalige Minister, militärische Führer, Lenker der Wirtschaft, Leiter höherer Behörden zur Zeit der Tat ein Verhalten als pflichtwidrig empfunden oder auch nur empfinden können, das nun durch nachträgliches Gesetz unter Strafe gestellt wird? Die Antwort auf diese Frage kann nicht anders gegeben werden als mit einem Einblick in das Wesen der deutschen Rechtsordnung im Augenblick der Tat. ... Seit *Hitler* Staatsoberhaupt geworden war, hat die Praxis rasch dahin geführt, daß *Hitler* als unbestrittener und unbestreitbarer Inhaber jeder Zuständigkeit vor der Hierarchie wie vor dem ganzen Volk stand. Das Ergebnis der Entwicklung war jedenfalls: *Hitler* wurde der oberste Setzer der Normen wie auch der Einzelbefehle. ... Wer sich als Funktionär der Hierarchie auf den Befehl des Führers beruft, will nicht für eine rechtswidrige Handlung einen Strafausschließungsgrund angeben, sondern er bestreitet die Behauptung, sein Verhalten sei rechtswidrig, denn der Befehl sei unangreifbar, den er befolgt habe. ... Müssen nicht diejenigen Menschen, die nach dieser Ordnung gern oder ungern in der Hierarchie ihre Pflicht erfüllten, die Verurteilung wegen einer Handlung oder Unterlassung, die der Führer befohlen hatte, als ein ihnen angetanes Unrecht empfinden? ... Ein Befehl des Führers war für den Angesprochenen verbindlich und zwar rechtsverbindlich, auch wenn die Weisung dem Völkerrecht oder anderen überkommenen Wertungen zuwiderlief.«<sup>24</sup> Diese, gegen den Gedanken eines »gesetzlichen Unrechts« (*Radbruch*) gerichtete Auffassung fand in der Rechtslehre, wenn auch ohne formellen Bezug auf *Jarreiß*, starken Rückhalt – von *Eberhard Schmidt* bis *Reinhard Maurach* und *Helmut Coing*.<sup>25</sup>

#### V. Das Justizsystem als Teil des Maßnahmenstaats

Der Juristenprozeß und sein Urteil spielten sich auf dem Hintergrund einer gespaltenen juristischen und politischen deutschen Öffentlichkeit ab – ein Vorzeichen für die späteren Schwierigkeiten der Integration dieses Prozesses in die rechtsstaatliche Konstituierung der Bundesrepublik und ihrer Justiz.

Das Ergebnis des Prozesses gegen Spitzen des Justizministeriums – gegen Staatssekretäre, gegen leitende Ministerialbeamte, gegen Staatsanwälte und Richter – läßt sich insgesamt als Ahndung der maßnahmestaatlichen Praktiken der Justizverwaltung und der Gerichtsbarkeit begreifen. Die von *Ernst Fraenkel* in seinem in den USA

23 Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Bd. I, Eingabe der Gesamtverteidigung vom 19. 11. 1945, Nürnberg 1947, S. 186 ff.; Plädoyer des Verteidigers *Kubuschok* für den Angeklagten *Schlegelberger*, in: *Ostendorf/ter Veen* (Fn. 1), S. 237.

24 Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Bd. XVII, Nürnberg 1948, S. 522 f., S. 530, S. 533.

25 *Broszat* (Fn. 22), S. 522; *R. Maurach*, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, Wolfenbüttel 1948, S. 63 Anm. 27; *H. Coing*, Zur Frage der strafrechtlichen Haftung für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze, SJZ 1947, Sp. 61 ff.

veröffentlichten Buch »Dual State«<sup>26</sup> entwickelte Erklärungskategorie des Maßnahmenstaats – auf dieses grundlegende Werk wird vom juristischen Berater der amerikanischen Militärregierung, *Karl Loewenstein*, in einer zeitgenössischen Veröffentlichung von 1948 ausdrücklich hingewiesen<sup>27</sup> – bedeutet bekanntlich, daß die individuellen Schutzpositionen zugunsten politischer und ideologischer Machtziele in Form beliebiger Maßnahmen – wie außergesetzlicher Tötungen im KZ – beseitigt werden. Der Maßnahmenstaat hat im Bereich des Justizsystems zwei Funktionen. Er bedient sich je nach Lage technisch-juristischer Instrumentarien oder geht über vorhandene Normen hinweg. Die Normsetzung und die Normanwendung des NS-Systems folgen einer Einzelrechte negierenden Diskriminierungs- und Ausmerzungslogik. Dem gleichen Ziel dienen exekutivisch verfügte Ad-hoc-Durchbrechungen noch bestehender Rechtsgarantien.

Die Angeklagten erscheinen als aktive Träger maßnahmenstaatlicher Herrschaftstechnik. Staatssekretär *Schlegelberger*, der, vor 1933 als konservativer Fachjurist in dieses Amt gelangt, den inneren Rechtszersetzungsprozeß wie andere Vertreter des sog. Bildungsbürgertums wie *Carl Schmitt* oder der Präsident des Reichsgerichts, *Erwin Bumke*, aktiv vorantrieb,<sup>28</sup> war gewissermaßen eine Charaktermaske des Maßnahmenstaates. Das zeigen die von ihm zu verantwortenden Normsetzungen. Der Nacht- und Nebel-Erlaß vom 4. Februar 1942 entstand, wie das Juristenurteil eingehend herausarbeitet, im Zusammenwirken von Justizministerium, Gestapo und Wehrmacht.<sup>29</sup> Führend beteiligt war *Schlegelberger* als amtierender Justizminister, dem *Hermann Weinkauff*, der erste Präsident des Bundesgerichtshofs, später attestierte, er habe »noch viel furchtbarere Zustände für das Recht verhindern«<sup>30</sup> wollen. Nach der Regelung des Nacht- und Nebel-Erlasses konnten Menschen wegen Unbotmäßigkeiten gegenüber der deutschen Besatzung im Geheimen nach Deutschland verschleppt, dort von einem Sondergericht abgeurteilt oder, besonders, wenn sie unschuldig waren, der Gestapo ausgeliefert und in ein Konzentrationslager verbracht werden. Die vollständige Vernichtung der Individuen ergab sich daraus, daß bei ihrem Tod keinerlei Mitteilung ergehen durfte. Selbst in Hinrichtungsbüchern wurden diese Gefangenen nicht mit Namen, sondern nur mit Zahlen angegeben. Die Erinnerung an sie wurde ausgelöscht.

Die Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden vom 4. Dezember 1941, wiederum von *Schlegelberger* entworfen und auch noch rückwirkend in Kraft gesetzt,<sup>31</sup> ist eine Terrornormierung. In einem Memorandum des Reichsjustizministeriums vom 22. April 1941 heißt es: »... (Ein) drakonisches Sonderstrafrecht für Polen und Juden auf, das sehr weite Tatbestände formuliert und überall die Todesstrafe zuläßt.«<sup>32</sup> Die Verordnung enthält keine tatbestandlichen Begrenzungen: »Polen und Juden werden auch bestraft, ... wenn sie eine Tat begehen, die gemäß dem Grundgedanken eines deutschen Strafgesetzes nach den in den eingegliederten Ostgebieten bestehenden Staatsnotwendigkeiten Strafe verdient.« (Abschn. II).<sup>33</sup>

Der schrankenlosen Entfesselung der Staatsgewalt bei der Normsetzung entsprach,

26 *E. Fraenkel*, Der Doppelstaat (1941), Frankfurt/M. 1974.

27 *K. Loewenstein*, Law and the Legislative Process in Occupied Germany I, Yale Law Journal, Vol. 57, Nr. 5 (March) 1948, S. 733 Anm. 40.

28 Vgl. *E. Nathans*, *Franz Schlegelberger*, Baden-Baden 1990; *D. Kolbe*, Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke, Karlsruhe 1975; s. dazu die Rezension von *R. Schmid*, in: Der Unrechts-Staat (Fn. 19), S. 134 ff.; *C. Schmitt*, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar–Genf–Versailles (1940), Berlin 1994; *F. Neumann*, Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus (1942/1944), Köln 1977, S. 517 ff.

29 *Ostendorf/ter Veen* (Fn. 1), S. 176 ff., S. 188 ff.

30 *H. Weinkauff*, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Bd. 1, Stuttgart 1968, S. 126; s. dazu die Rezension von *R. Schmid*, in: Der Unrechts-Staat (Fn. 19), S. 123 ff.

31 *Ostendorf/ter Veen* (Fn. 1), S. 237.

32 Ebd. S. 205.

33 *I. v. Munch* (Hrsg.), Gesetze des NS-Staates, 3. erw. Aufl., Paderborn 1994, S. 142.

daß *Schlegelberger* gerichtliche Entscheidungen durch eine von rechtlichen Begrenzungen freie Intervention außer Kraft setzte: Der wegen Eier-Hamsterns zu zweieinhalb Jahren Gefängnis verurteilte Jude *Markus Luftgas* wurde – nachdem *Hitler* sich eingeschaltet hatte – auf Weisung *Schlegelbergers* – dies sind seine Worte – der Geheimen Staatspolizei »zur Exekution überstellt.«<sup>34</sup>

*Curt Rothenberger*, der einst bei einem national eingestellten, »halbjüdischen« Professor, *Kurt Perels*, in Hamburg promoviert hatte,<sup>35</sup> praktizierte die maßnahmenstaatliche Logik in gleicher Weise. Er verfügte, daß den Juden das letzte Minimum einer geschützten Rechtsposition, das ihnen gesetzlich nach wie vor zustehende Armenrecht, durch einen extra-legalen, nicht einmal rechtstechnisch verkleideten Akt abgesprochen wurde.<sup>36</sup>

Nach *Rothenberger* übernahm *Herbert Klemm* das Amt des Staatssekretärs, ein Karriere-Nationalsozialist der ersten Stunde. Wie *Schlegelberger* und *Rothenberger* verfügte *Klemm* entsprechend der Logik des Maßnahmenstaats Ad-hoc-Tötungen ohne jeglichen Rechtsgrund, die in der Endphase des Regimes Formen des Massenmords annahmen. Auf Grund einer Rundverfügung des Justizministeriums vom 12. Februar 1945, in der es hieß, daß sog. »asoziale, staatsfeindliche Gefangene in den Strafanstalten« »der Polizei zur Beseitigung zu überstellen« seien, wurden mehrere Strafvollzugsanstalten mit Billigung von *Klemm* auf diese Weise »geräumt« und so mindestens 800 Menschen rechtswidrig getötet.<sup>37</sup>

Zum inneren Gesetz der schrankenlosen Staatsgewalt gehörte, daß Straftaten des Staates der Ahndung entzogen wurden. Diese Strafvereitelung im Amt beging der Angeklagte *Günter Joel*, Referent in der Abteilung Strafrechtspflege und Verbindungsmann zwischen dem Justizministerium und der SS, gemeinsam mit dem damaligen Justizminister *Gürtner* nach der Reichspogromnacht vom 9. November 1938. *Joel* verfaßte einen Bericht über eine Besprechung vom 1. Februar 1939: »Der Reichsjustizminister und Oberstaatsanwalt *Joel* hat darauf hingewiesen, daß es natürlich unmöglich sei, diese Sachen in der üblichen justizförmigen Weise abzuwickeln. Wenn man zunächst die Rechtsordnung von oben her aufhebe, sei es nicht möglich, dann die an der Ausführung beteiligten Personen strafrechtlich zu belangen. ... Rechtlich begründet ist das unter anderem damit, daß den Tätern das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefehlt hat, weil sie ja auf Anordnung gehandelt haben.«<sup>38</sup> (Hier nimmt die fatale – von einer legitimen Erörterung unterschiedene – Seite der Lehre vom Verbotsirrtum bei Staatsverbrechen ihren Ausgangspunkt).<sup>39</sup>

Nicht nur die Justizverwaltung, auch die Justiz selber verhalf der unbegrenzten Zugriffskapazität auf die Individuen, die rechtlich getarnt wurde, zum Durchbruch. Das galt vor allem für die Unterdrückungspolitik gegen Polen, dem ersten Opfer des nationalsozialistischen Herrenwahns. Der Vorsitzende des Sondergerichts Nürnberg, *Oeschy*, wandte die Blankettnorm der Polenstrafrechtsverordnung gegen eine polnische Frau an, die einen Stein auf einen Deutschen geworfen hatte, ohne ihn zu treffen. *Oeschy* verurteilte sie zum Tode.<sup>40</sup> Oberreichsanwalt *Lautz* entwickelte im Zusammenwirken mit der SS eine dem geltenden Recht vollständig entgegengesetzte

<sup>34</sup> *Ostendorf/ter Veen* (Fn. 1), S. 164.

<sup>35</sup> *K. Bastlein*, Vom hanseatischen Richtertum zum nationalsozialistischen Justizverbrechen. Zur Person und Tätigkeit *Curt Rothenbergers* 1896–1959, in: Justizbehörde Hamburg (Hrsg.), »Für Führer, Volk und Vaterland ...« Hamburger Justiz im Nationalsozialismus, Hamburg 1992, S. 78, S. 80; vgl. *H. P. Ipsen*, Kurt Perels (1878–1933), AoR 83, Bd. 4, Tübingen 1958, S. 374 ff. Kurt Perels nahm sich, angesichts der antisemitischen Aktionen des NS-Staats, im September 1933 das Leben.

<sup>36</sup> *Peschel-Gutzeit* (Fn. 1), S. 169.

<sup>37</sup> Ebd. S. 161 ff.

<sup>38</sup> Ebd., S. 192.

<sup>39</sup> Vgl. *S. Benzler*, Justiz und Anstaltsmord nach 1945, KJ 2/1988, S. 151 ff.

<sup>40</sup> *Peschel-Gutzeit* (Fn. 1), S. 211 f.

Konstruktion, durch die Polen, die sog. Volksdeutsche noch vor dem 1. September 1939 gegenüber polnischen Behörden angezeigt hatten, unter Verletzung des Territorialitätsgrundsatzes rückwirkend wegen der erfundenen Straftat des Hochverrats bestraft werden konnten.<sup>41</sup>

*Schlegelberger, Klemm und Oeschy* wurden zu lebenslänglicher Haft, *Lautz und Joel* zu 10 Jahren und *Rothenberger* zu 7 Jahren Haft verurteilt. Insgesamt wurden zehn Angeklagte verurteilt und vier Angeklagte freigesprochen; ein Angeklagter beging Selbstmord, und ein anderer Angeklagter wurde wegen Verhandlungsunfähigkeit außer Verfolgung gesetzt.<sup>42</sup> Eine Exkulpation der Justizadministration und der Justiz in Form des Rückgriffs auf das maßnahmenstaatliche Normen- und Befehlsgefüge des NS-Regimes wurde ausgeschlossen. Entsprechend der Bestimmung des Art. 2 Ziff. 1 c des Kontrollratsgesetzes Nr. 10, daß Strafsanktionen für Mord, Ausrottung, Zwangsverschleppung und für andere, an der Zivilbevölkerung begangene unmenschliche Handlungen, für Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen möglich sind, »ohne Rücksicht darauf, ob sie das nationale Recht des Landes, in welchem die Handlung begangen worden ist, verletzen«, wurde der in technisch-juristische Formen gekleidete Terror der Ahndung zugänglich – vom Nacht- und Nebel-Erlaß bis zur Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen: »Die Beschuldigung ist die der bewußten Teilnahme an einem über das ganze Land verbreiteten und von der Regierung organisierten System der Grausamkeit und Ungerechtigkeit unter Verletzung der Kriegsgesetze und der Gesetze der Menschlichkeit, begangen im Namen des Rechts, unter der Autorität des Justizministeriums mit Hilfe der Gerichte. Der Dolch des Mörders war unter der Robe der Juristen verborgen.«<sup>43</sup> Entsprechend wurden die für die Konzipierung und Praktizierung der verbrecherischen Normen Verantwortlichen exemplarisch zur Rechenschaft gezogen.

Die formelle Durchbrechung des Rückwirkungsverbots gegenüber gesetzlichem Unrecht ist – ganz im Gegensatz zur Argumentation der Verteidiger und der Angeklagten, die die Geltung der NS-Ausgrenzungsnormen uneingeschränkt aufrecht zu erhalten suchten<sup>44</sup> – gerade das Mittel, um wenigstens im nachhinein Rechtsstaatlichkeit gegenüber einer schrankenlosen Staatsgewalt durchzusetzen. Konsequenterweise wurde der geschäftsführende Justizminister *Schlegelberger* auch wegen der Mitwirkung an der Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden von 1941 verurteilt.<sup>45</sup>

## VI. Abwehr des Juristenurteils in der Justiz und der Öffentlichkeit

Zu Beginn der 60er Jahre – so hatten sich die Zeiten geändert – wurde gerade die Polenstrafrechtsverordnung als Grundlage für Einstellungsverfügungen gegenüber Staatsanwälten und Richtern herangezogen. Am 12. Juli 1960 stellte der Oberstaatsanwalt beim Landgericht Bamberg ein Verfahren gegen den Oberlandesgerichtsrat *Riepenhausen*, der am Sondergericht I in Leslau am 11. September 1942 einen Polen insbesondere wegen der »drohenden Erhebung eines großen Feldsteins gegen deutsche Behördenangehörige« nach Art. 1 Abs. 4 Ziff. 1 der Polenstrafrechtsverordnung zum Tode verurteilt hatte, mit folgender Begründung, genauer Rechtfertigung von NS-Terrornormen ein: »Der Tatbestand einer Rechtsbeugung wurde aber nicht

<sup>41</sup> Ebd. S. 179 f.

<sup>42</sup> Ebd. S. 247.

<sup>43</sup> *Ostendorf/ter Veen* (Fn 1), S. 140.

<sup>44</sup> Ebd. S. 236 f. (Plädoyer des Verteidigers *Kubuschok*).

<sup>45</sup> Ebd. S. 219.

schon dadurch erfüllt, daß der Richter die Polenstrafrechtsverordnung überhaupt anwandte. ... Der im Urteil festgestellte Sachverhalt rechtfertigte die Anwendung der Polenstrafrechtsverordnung ... Nach dem damals geltenden Gesetz läßt sich bei Berücksichtigung der damaligen Kriegsverhältnisse auch nicht feststellen, daß die ausgesprochene Strafe nicht vertretbar war. ...<sup>46</sup> Im Rahmen der seit 1960 gezeigten Ausstellung »Ungesühnte Nazi-Justiz« – in Frankfurt/M. hatte sie der CDU-Bundestagsabgeordnete Prof. *Franz Böhm* eröffnet – waren von ihrem Initiator *Reinhard M. Strecker* 153 Anzeigen gegen NS-Staatsanwälte und -Richter gestellt worden; keine dieser Anzeigen hatte Erfolg.<sup>47</sup>

Der Blick des amerikanischen Gerichts auf die reale Stellung der Justiz in der NS-Diktatur war, anders als in der vorherrschenden, die NS-Justiz noch nachträglich legitimierenden Rechtsprechung, ungetrübt. Das Juristenurteil spricht von der »Nazifizierung der Justiz«. Diese Formel unterscheidet sich vollständig von der durch die Verteidiger im Nürnberger Verfahren ins Spiel gebrachten, lange Jahre in der Literatur aufrechterhaltenen Sicht, derzufolge die Justiz Opfer eines ihr fremden politischen Systems wurde.<sup>48</sup>

Wie in früheren Veröffentlichungen von Emigranten in den USA ging auch der Nürnberger Gerichtshof davon aus, daß Richter, die über politische Sachverhalte zu urteilen hatten, im NS-System keinerlei Unabhängigkeit gegenüber der politischen Führung besaßen. Sie waren vielmehr überwiegend überzeugter und aktiver Teil der politischen Repressions-Apparatur: »Die Unterstellung (halten wir) nicht für gerechtfertigt, daß Nazi-Richter Anspruch auf richterliche Immunität im Sinne der amerikanischen Lehre haben. Die Lehre, daß Richter für ihre richterlichen Handlungen nicht persönlich belangt werden können, basiert auf dem Begriff einer unabhängigen Richterschaft, die unparteiisch Recht spricht. Die Funktion der Nazi-Gerichte war nur in einem beschränkten Sinne richterlich. Sie erinnerten an Verwaltungsgerichtshöfe, die auf Grund höherer Weisungen auf quasi gerichtliche Art handelten.«<sup>49</sup>

Diese Erkenntnis, die dazu führen mußte, daß – wie dies dann der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone tatsächlich praktizierte – NS-Richter nicht das Richterprivileg nach § 336 StGB in Anspruch nehmen konnten, das für eine rechtsstaatliche, nicht aber für eine Justiz im Dienste der Diktatur gelten konnte, ging in der Judikatur der Bundesrepublik verloren. Die NS-Richter wurden so behandelt, als seien sie unabhängige Richter – mit der Folge, daß der schwierigere Nachweis der vorsätzlichen Rechtsbeugung jenes NS-Rechts, dem fraglos Geltung zugesprochen wurde, geführt werden mußte.<sup>50</sup>

Die Exkulpation der NS-Richter hat eine lange Vorgeschichte. Als das Nürnberger Juristenurteil am 3./4. Dezember 1947 erging, verschlechterten sich bereits die Bedingungen für dessen Rezeption in der westdeutschen Justiz und in der juristischen Öffentlichkeit, auch wenn *Radbruch*, trotz gewisser Einschränkungen im Grundsatz, das Urteil, insbesondere gegenüber *Schlegelberger*, begrüßte.<sup>51</sup> Es entstand nicht einmal der Versuch, das Juristenurteil aufzugreifen oder auch nur zu diskutieren.

<sup>46</sup> Der Oberstaatsanwalt beim LG Bamberg v 12. 7. 1960 – 2 Js 76/60 –, in: *W. Koppel* (Hrsg.), *Ungesühnte Nazi-Justiz. Hundert Urteile klagen ihre Richter an*, hektographiert, Karlsruhe 1960, S. 56.

<sup>47</sup> Ebd. S. 68 ff.; *FAZ* v 30. 1. 1962.

<sup>48</sup> *Weinkauff* (Fn. 30), S. 205. *Weinkauff* übernimmt der Sache nach die Sicht des Angeklagten *Schlegelberger*, zur Auseinandersetzung mit dem Selbstbild *Schlegelbergers* s. *Peschel-Gutzeit* (Fn. 1), S. 146.

<sup>49</sup> *Ostendorfer Veen* (Fn. 1), S. 170.

<sup>50</sup> OGHSt 1, S. 272 f.; vgl. *I. Müller*, Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestandes zu politischen Zwecken, *KJ* 2/1984, S. 120 ff.; zur Übereinstimmung des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone und des amerikanischen Gerichts s. *Rottleuthner* (Fn. 1), S. 619 f.

<sup>51</sup> *G. Radbruch*, Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende. Zum Nürnberger Juristenprozeß, *SJZ* 1948, Sp. 57 ff.

Nur wenige Berichte und kurze Kommentare finden sich in der Fachpresse, die Dimension des Problems der Umwandlung der Justiz in eine Waffe der Diktatur wird nicht einmal in Ansätzen ins Auge gefaßt.<sup>52</sup> Das gleiche gilt auch für das Nürnberger Ärzte-Urteil. Auch hier setzt die Verdrängung auf allen Ebenen der Ärzteschaft, unter anderem angeführt durch *Ferdinand Sauerbruch*, sofort ein.<sup>53</sup>

Für die Wirksamkeit dieser Verdrängungsmechanismen ist ein ganzes Faktorenbündel verantwortlich. Die juristischen Interpretations-Eliten des NS-Regimes haben sich in weitem Maße 1947/48 wieder rekonstituiert. Das zeigt sich u. a. an der Propagierung und Durchsetzung der von *Stödter* und *Grewe* verfochtenen These, daß das Deutsche Reich mit der Kapitulation und den Folgeverordnungen von 1945 nicht etwa untergegangen sei, sondern rechtlich weiter existiert habe – mit der Folge, daß damit auch die Träger des Staatsapparates weiter einen Rechtsanspruch auf Weiterverwendung besitzen.<sup>54</sup>

Selbst Staatsverbrechen werden nun mit unterschiedlichen Konstruktionen, hauptsächlich zugunsten von Akademikern, die in der Leitung von Einsatzgruppen und in der »Euthanasie«-Aktion operierten,<sup>55</sup> unter bestimmten Voraussetzungen für straf-frei erklärt. *Reinhard Maurach* legitimiert im Einsatzgruppen-Prozeß die Tötungseinheiten unter dem Gesichtspunkt einer Inanspruchnahme eines Notwehrrechts gegenüber sog. totalen Kriegszielen des Gegners.<sup>56</sup> Mit dieser haltlosen Konstruktion bringt *Maurach* die strafrechtliche Verantwortung für die Aktionen der Ausrottungskommandos zum Verschwinden. Dabei steht die geschichtliche Tatsache fest, daß die Einsatzgruppen originäre, von der NS-Führung gesetzte Vernichtungsziele verfolgten, die vor dem Rußlandfeldzug von 1941 in Vereinbarungen zwischen dem Militär und der SS festgelegt wurden.<sup>57</sup> *Hans Welzel* bestreitet in einer Abhandlung über das irrende Gewissen von 1949, entgegen der Position etwa des Oberlandesgerichts Frankfurt in einem Verfahren gegen NS-»Euthanasie«-Täter, die Existenz evidenter Naturrechtssätze – gerade im Blick auf das Tötungsverbot.<sup>58</sup> Das hatte zur Folge, daß es für *Welzel* bei Teilnahme am Anstaltsmord einen unvermeidbaren Verbotsirrtum durchaus geben konnte.<sup>59</sup> *Radbruch* hatte noch kurze Zeit zuvor Rechtsblindheit beim Anstaltsmord für unbeachtlich erklärt. Nur dies macht Sinn. Sonst könnte nur ein zweifelnder, nicht aber ein mit der NS-Ideologie identifizierter Täter zur Rechenschaft gezogen werden.<sup>60</sup>

Die personelle Zusammensetzung der Justiz hatte sich stark zugunsten der ehemaligen Richter und Staatsanwälte des NS-Regimes verschoben,<sup>61</sup> für die das Juristenurteil als drohende Selbstanklage wirken mußte. Nachdem das Gewicht der alten Interpretations-Eliten zunahm und das der justitiellen Gegenkräfte, etwa in Gestalt

<sup>52</sup> *Wrobel* (Fn. 1), S. 188 ff.; *Bastlein* (Fn. 1), S. 23 ff.

<sup>53</sup> Vgl. *R. Stem*, Die Dokumentation der Verbrechen stieß auf Desinteresse, FAZ v. 29. 10. 1996; *M. Emmerich*, Sie wollten aufklaren und dienten doch als Feigenblatt, Frankfurter Rundschau v. 19. 9. 1997.

<sup>54</sup> *J. Perels*, Die Restauration der Rechtslehre nach 1945, KJ 4/1984, S. 361 f. m. w. Nachw.

<sup>55</sup> *R. Hilberg*, Die Vernichtung der europäischen Juden, Bd. 2 (1961), Frankfurt/M. 1990, S. 302; *R. Henkys*, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, Stuttgart 1964, S. 61 ff.

<sup>56</sup> *K. Leszcynsky* (Hrsg.), Fall 9. Das Urteil zum Einsatzgruppenprozeß, Berlin (-Ost), 1963, S. 91.

<sup>57</sup> *Hilberg* (Fn. 55), S. 296 ff.

<sup>58</sup> OLG Frankfurt/M., SJZ 47/Sp. 627; *H. Welzel*, Vom irrenden Gewissen, Tübingen 1949, S. 26.

<sup>59</sup> *H. Welzel*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, Sp. 368 ff.; ders., Urteilsanmerkung, MDR 1949, S. 376. Diese Eingrenzung des Strafanspruchs gegenüber Staatskriminalität fand ihre bemerkenswerte Entsprechung in der von *Welzel* im NS-Regime legitimierten, nahezu grenzenlosen Ausweitung der Zugriffskapazität der tyrannischen Strafgewalt auf das Innere der Menschen: s. *H. Welzel*, Persönlichkeit und Schuld, Zeitschrift f. die gesamte Strafrechtswissenschaft 60 (1941), S. 461 Anm. 61 a.

<sup>60</sup> *G. Radbruch*, Anm. zu OLG Frankfurt/M., SJZ 1947, Sp. 634; *H. Jager*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft (1967), Frankfurt/M. 1982, S. 183 ff.

<sup>61</sup> Vgl. *J. R. Wenzlau*, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945–1949, Königstein 1979; *Wrobel* (Fn. 1), S. 188 ff.; *Müller* (Fn. 1), S. 210 ff.

des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone, abnahm, an dessen Stelle der Bundesgerichtshof trat, der am Ende – 1956 – das technische Ausmerzungsrecht gegen Vertreter des politischen Widerstands rechtfertigte,<sup>62</sup> hatte das Juristenurteil wenig Chancen, ein positiver Teil der Rechtsgeschichte der Bundesrepublik zu werden. Verstärkt wurde die Wahrnehmungssperre für die Rolle der Justiz im Dritten Reich durch starke politische Kräfte. Sie lösten übereinstimmend mit der herrschenden Rechtslehre legitimatorisch die Justiz aus dem sichtbaren Funktionszusammenhang der NS-Despotie heraus und deuteten sie in eine politisch unbefleckte Institution um. Auf dem Konstanzer Juristentag von 1947 erklärte der nordrhein-westfälische Justizminister *Sträter* (CDU) – übereinstimmend mit dem bayrischen Ministerpräsidenten *Ehard* (CSU), dem Präsidenten des württembergisch-badischen Verwaltungsgesichtshofs *Schön* und weiteren Repräsentanten der Justiz und der Rechtslehre –: »Der deutsche Richter in seiner Gesamtheit ist im Dritten Reich intakt geblieben, er hat nicht vor *Hitler* kapituliert.« *Sträter* behauptet gar: »In den Sondergerichten haben oft Männer gegessen, die unvorstellbares Leid verhindert haben.«<sup>63</sup> Die gesamten Nürnberger Nachfolgeprozesse stießen in der politischen Öffentlichkeit – von der »Zeit« bis zu den Kirchen – überwiegend auf entschiedene Ablehnung.<sup>64</sup> Sie wurden aus der angemessenen moralischen und rechtlichen Wahrnehmung verbannt. Die Erkenntnis des Anteils der Funktionseliten – von der Justiz über die Ärzteschaft bis zur Wehrmacht – an der rechtszerstörenden Durchsetzung der NS-Herrschaft stand quer zum Prozeß der allmählichen Rekonstituierung des Bürgertums.

*Hellmut Becker*, Verteidiger im Wilhelmstraßen-Prozeß, führend beteiligt an der Amnestie-Kampagne für die in den Nürnberger Nachfolgeprozessen verurteilten Kriegsverbrecher, erklärt 1950 in einem Beitrag für den »Merkur«, daß die alliierten Prozesse »sorgfältig kalkulierte, politische Unternehmen« seien, die »nicht Ausdruck einer vorhandenen Rechtssituation« waren, sie zielten vielmehr darauf, »ganze repräsentative Schichten zu Verbrechen zu stempeln.«<sup>65</sup> *Hans Lilje*, Bischof der größten lutherischen Landeskirche Deutschlands, der sich später für Generalfeldmarschall *von Manstein*, den Verantwortlichen für den Befehl zur »Ausrottung des jüdisch-bolschewistischen Systems«, einsetzte,<sup>66</sup> forderte 1949 einen geschichtlichen Schlußstrich: »Der Augenblick ist gekommen, mit der Liquidation unserer Vergangenheit zu einem wirklichen Abschluß zu kommen. Ich spreche nicht von der wichtigsten psychologischen Erkenntnis, daß es vier Jahre nach dem Abschluß des Krieges keinen rechten Sinn mehr hat, noch immer nach Vergeltung zu rufen. ... Wir haben von Gott eine Frist bekommen für die Klärung unserer eigenen Vergangenheit. Nach menschlichem Urteil ist diese Frist vorbei. ... Es kann ein tiefes Verständnis des Glaubens der Christen an die Vergebung der Sünden sein, wenn sich unsere Blicke von der Vergangenheit abwenden und entschlossen in die Zukunft richten.«<sup>67</sup> (Daß man die Vergebung der Sünden gleichsam selber in die Hand nimmt, ist freilich im Neuen

62 BGH, in: C. F. Rüter u. a. (Hrsg.), *Justiz und NS-Verbrechen*, Bd. XIII, Amsterdam 1975, S. 352; s. hierzu J. Perels, *Die schrittweise Rechtfertigung der NS-Justiz*, in: P. Nahamowitz/S. Breuer (Hrsg.), *Politik-Verfassung-Gesellschaft. O. Massing zum 60. Geburtstag*, Baden-Baden 1995, S. 51 ff. m. w. Nachw.

63 *Militärregierung des Französischen Besatzungsgebiets in Deutschland* (Hrsg.), *Der Konstanzer Juristentag*, Tübingen 1947, S. 203; s. auch Wrobel (Fn. 1), S. 200 ff.; Perels (Fn. 54), S. 364.

64 N. Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München 1996, S. 133 f.; *Die Zeit* v. 14. 10. 1948; v. 21. 4. 1949.

65 H. Becker, *Gericht der Politik*, *Merkur* 12/1950, S. 1300; zur Rolle von Becker s. Frei (Fn. 64), S. 177 ff., S. 300.

66 L. Polakov/J. Wulf, *Das Dritte Reich und seine Diener* (1956), München 1978, S. 451; A. Wunderlich, *Die hannoversche Landeskirche und die Kriegsverbrecherfrage*, unveröff. MsK, S. 9.

67 H. Lilje, *Die Kirche in der Friedlosigkeit unseres Volkes* (1949), in: H. Beckmann (Hrsg.), *Kirchliches Jahrbuch 1949*, Gütersloh 1950, S. 38 f.

Testament nicht vorgesehen.) *Carl Schmitt* schließlich, der die juristische Aufarbeitung des nationalsozialistischen Terrors als »Verbrechen für die Menschlichkeit« denunziert hatte, konkretisiert 1950 in einem ungezeichneten Beitrag – mit dem Titel »Amnestie ist die Kraft des Vergessens« – in *Liljes »Sonntagsblatt«* das Postulat, sich von der Vergangenheit abzuwenden, mit der Forderung einer allgemeinen Straffreiheit für NS-Täter.<sup>68</sup>

### VII. Abkehr der USA von den Positionen der Nürnberger Nachfolgeprozesse

Die lang andauernde Abwehr der Positionen des Nürnberger Urteils – der Diskontinuitätsthese im Blick auf die Neugründung eines neuen demokratischen Staats, der Funktionalität der Justiz für das NS-Regime, die Außerkraftsetzung maßnahmenstaatlicher Entwürdigungsnormen und der Feststellung individueller Verantwortung der Träger des Justizapparats – wurde dadurch befördert, daß die amerikanische Besatzungsmacht als zentraler Faktor für die Aufarbeitung der Vergangenheit in einem freilich widersprüchlichen Prozeß mehr und mehr ausfiel. Im Zuge der Beendigung der Entnazifizierung im Mai 1948, die schon im Zeichen der vollen Ost-West-Konfrontation stand, veränderte sich in den Vereinigten Staaten, in denen mittlerweile die Republikaner eine Mehrheit im Kongreß besaßen, in der Öffentlichkeit und in der Regierung die Bewertung der kriminellen Trägerschichten des NS-Regimes. Die Erkenntnis der inneren Verbindung der Funktionseliten der NS-Herrschaft wurde durch eine individualisierende Herangehensweise ersetzt, durch die die Trägerschichten aus dem Blick verschwanden und nur wenige kriminelle Einzelhandlungen übrig blieben.<sup>69</sup> Diese Umdeutung der NS-Herrschaft erleichterte dann die Kooperation mit einstigen Funktionseliten des Regimes. Ein Vorbote hierfür war, daß die USA im Jahre 1947 – als die Nachfolgeprozesse noch liefen – den Gestapo-Chef von Lyon, *Klaus Barbie*, der auf der offiziellen Kriegsverbrecherliste der USA verzeichnet war, in ihrem Geheimdienst CIC zur Bekämpfung der Kommunisten kooptierten.<sup>70</sup> Die zu Beginn der 50er Jahre erfolgte Begnadigung der meisten in den Nürnberger Nachfolgeprozessen Verurteilten, die zunächst auf entschiedene Gegenwehr der westlichen Hohen Kommissare stieß,<sup>71</sup> war wesentlich darin begründet, daß für die militärische Integration der Bundesrepublik in den Westen die Kooperation mit den alten, zunächst bekämpften Oberschichten des Militärs, der Privatwirtschaft und der Bürokratie unabdingbar schien.

### VIII. »Normalisierung« der Justizelite des NS-Regimes

Die Folgen dieser innen- und außenpolitischen Konstellation, die den Juristenprozeß für Jahrzehnte auf das Abstellgleis der Geschichte schob, sind fatal. Auch die Justiz hat Anteil daran, daß die frühe Bundesrepublik auf den ungesühnten Leibern der vom NS-Regime Getöteten errichtet wurde. Die von den USA verurteilten Träger der

68 C. Schmitt, Amnestie – Urform des Rechts, *Christ und Welt* v. 10. 11. 1949; ders., Amnestie ist die Kraft des Vergessens, *Sonntagsblatt* v. 15. 1. 1950; ders., Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947–1951, Berlin 1991, S. 282; vgl. D. v. Laak, Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik, Berlin 1993; J. Perels, Die Bewahrung der bürgerlichen Gesellschaft in der Zeit ihres tiefsten Sturzes. Carl Schmitts Positionen nach 1945, in: G. Haney/W. Maibhofer/G. Sprenger (Hrsg.), *Recht und Ideologie. Festschrift für Hermann Klenner* zum 70. Geburtstag, Freiburg 1996, S. 420 ff.

69 Vgl. L. Niethammer, Die Mitläuferfabrik (1972), Berlin 1982, S. 489 f.; J. Gimbel, Amerikanische Besatzungspolitik in Deutschland 1945–1949, Frankfurt/M. 1971, S. 218 f.; J. H. Herz, The Fiasco of Denazification in Germany, *Political Science Quarterly* 63 (1948), S. 593 ff.

70 A. A. Ryan Jr., Klaus Barbie and the United States Government. A Report to the Attorney General of the United States, hektographiert, o. J. (1983).

71 Frei (Fn. 64), S. 213, S. 286.

maßnahmenstaatlichen Justizgewalt des NS-Regimes wurden in Vertreter eines normalen Staates verwandelt. Mit gewissen Abstufungen wurden ihnen daher Pensionsansprüche gegenüber dem neuen demokratischen Staat zugesprochen.<sup>72</sup> Selbst *Roland Freisler*, der die Mordmaschine des Volksgerichtshofs lenkte, und der, hätte er überlebt, in Nürnberg ebenfalls zur Rechenschaft gezogen worden wäre,<sup>73</sup> wurde vom Versorgungsamt I in München mit Billigung des bayerischen Sozialministeriums – im Blick auf eine zusätzliche Schadensausgleichsrente seiner Witwe – 1974 zuerkannt, daß er Träger normaler Staatsfunktionen war, der nicht etwa vor Gericht gestellt worden wäre, sondern nach 1945 als Rechtsanwalt oder Beamter im höheren Dienst tätig geworden wäre.<sup>74</sup>

Deutsch-amerikanische Emigranten, die die Entwicklung der Bundesrepublik mit kritischer Aufmerksamkeit betrachteten, wie *Karl Loewenstein*, diagnostizierten schon früh das rechtsstaatlich-demokratische Grunddefizit im Justizapparat der frühen Bundesrepublik. *Loewenstein* schrieb in einem bis heute nicht ins Deutsche übersetzten amerikanischen Sammelband zu Beginn der 50er Jahre: »Es ist unwahrscheinlich, und vielleicht menschlich unmöglich, daß die gegenwärtige Generation von Richtern und Staatsanwälten, die die Nazi-Gesetze mit einer unbegrenzten Loyalität anwandten, weil es sich dabei um staatlich angeordnetes Recht handelte, in der Lage sein könnten, eine tiefe intellektuelle Wandlung durchzuführen, um von ihrer bisherigen Position Abstand zu nehmen. An diesem Punkt zeigt sich das Fehlschlagen der Entnazifizierungspolitik, die sich noch eine lange Zeit auswirken wird.«<sup>75</sup> Die NS-Diktatur wirkt als lebender Schatten weiter. Dies schlägt sich in Formen der Ungleichbehandlung der Verbrechen des NS-Staates und »gewöhnlicher« krimineller Akte nieder: Die Einäugigkeit der politischen Justiz von Weimar wird von der Justiz der Bundesrepublik im Umgang mit NS-Tätern vielfach überboten.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> *Müller* (Fn. 1), S. 211; *Bastlein* (Fn. 1), S. 29 ff.

<sup>73</sup> *Taylor* (Fn. 4), S. 61.

<sup>74</sup> Hannoversche Allgemeine Zeitung v. 14. 2. 1985.

<sup>75</sup> *K. Loewenstein*, Justice, in: *E. H. Lichfield* (Hrsg.), *Governing Postwar Germany*, Ithaca 1953, S. 254.

<sup>76</sup> Vgl. die Urteilsanalysen von *F. Kruse*, *S. Benzler*, *C. Laage*, *B. Nehmer* und *S. Wittke*, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*, Baden-Baden 1998 i. E.