

Aus Politik und Zeitgeschichte

Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament

Klaus Bästlein

Als 'Recht zu Unrecht wurde.
Zur Entwicklung der Strafjustiz
im Nationalsozialismus

Bernhard Diestelkamp/Susanne Jung

Die Justiz in den Westzonen
und der frühen Bundesrepublik

Hans-Joachim Mengel

Recht und Politik. Zur Theorie eines Spannungs-
verhältnisses im demokratischen Staat

B 13-14/89
24. März 1989

Klaus Bästlein, geb. 1956; Studium der Rechtswissenschaften, Geschichte und Skandinavistik; 1984 erste juristische Staatsprüfung; seither Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Gedenkstätte Deutscher Widerstand in Berlin.

Veröffentlichungen u. a.: Das KZ Husum-Schwesing. Außenkommando des Konzentrationslagers Neuengamme. Materialien zu einem dunklen Kapitel nordfriesischer Geschichte. Bräist/Bredstedt 1983; Die Akten des ehemaligen Sondergerichts Kiel als zeitgeschichtliche Quelle, in: Zeitschrift der Gesellschaft für Schleswig-Holsteinische Geschichte, (1988) 113; „Hitlers Niederlage ist nicht unsere Niederlage, sondern unser Sieg“. Die Bästlein-Organisation. Zum Widerstand aus der Arbeiterbewegung in Hamburg und Nordwestdeutschland während des Krieges, in: Beate Meyer/Joachim Szodrynski (Hrsg.), Vom Zweifeln und Weitermachen. Fragmente der Hamburger KPD-Geschichte, Hamburg 1988; Die Judenpogrome am 9./10. November 1938 in Schleswig-Holstein. Eine organisationsgeschichtliche Skizze, in: Jüdisches Leben und die Novemberpogrome in Schleswig-Holstein. Aufsätze, hrsg. vom Grenzfriedensbund, Flensburg 1988.

Bernhard Diestelkamp, Dr. jur., geb. 1929; Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt.

Veröffentlichungen u. a.: Kontinuität und Wandel in der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts, in: Rechtshistorisches Journal, (1985) 24; Kontinuität und Wandel in der Rechtsordnung 1945–1955, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, (1985) 7; Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte. Historische Betrachtungen zur Entstehung und Durchsetzung der Theorie vom Fortbestand des Deutschen Reiches als Staat nach 1945, Westdeutschland 1945–1955, hrsg. von Ludolf Herbst, München 1986; (Hrsg. zus. mit M. Stolleis) Justizalltag im Dritten Reich, Frankfurt 1988.

Susanne Jung, Assessorin; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt.

Hans-Joachim Mengel, Dr. iur., Dr. sc. pol., LL. M. (Yale), Dipl. sc. pol. (Paris II), Dipl. soc., geb. 1947; 1978–1980 Ministerialbeamter; 1982–1983 Kennedy Memorial Fellow, Harvard University; 1984 Graduate Fellow des Queens College, Cambridge University; 1987 Habilitation in Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, Rechtssoziologie, Politikwissenschaft und Gesetzgebungslehre; seit 1987 Professor für Politikwissenschaft am Otto Suhr-Institut der FU Berlin; seit 1988 Geschäftsführender Direktor des Instituts für Innenpolitik und Komparatistik.

Veröffentlichungen u. a.: Die Verfassung der V. Republik. Beispiel einer stillschweigenden Verfassungstransformation, in: Jahrbuch für Öffentliches Recht, (1981); Grundvoraussetzungen demokratischer Gesetzgebung. Zur Notwendigkeit einer Prozeßordnung des inneren Gesetzgebungsverfahrens, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, (1984); Die Funktion der Anhörung im Gesetzgebungsprozeß, in: Die öffentliche Verwaltung, (1983); Die Auskunftsverweigerung der Exekutive gegenüber parlamentarischen Untersuchungsausschüssen, in: Europäische Grundrechtezeitschrift, (1984); Transnationaler Datenschutz und Internationale Organisationen, Berlin 1984; Gesetzgebungsverfahren und Gesetzgebungsverfahrenskontrolle (erscheint 1989).



ISSN 0479-611 X

Herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung, Berliner Freiheit 7, 5300 Bonn 1.

Redaktion: Rüdiger Thomas (verantwortlich), Dr. Ludwig Watzal, Dr. Klaus W. Wippermann, Ralph Angermund, Dr. Heinz Ulrich Brinkmann.

Die Vertriebsabteilung der Wochenzeitung DAS PARLAMENT, Fleischstraße 62–65, 5500 Trier, Tel. 06 51/46 04 39, nimmt entgegen

- Nachforderungen der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“;
- Abonnementsbestellungen der Wochenzeitung DAS PARLAMENT einschließlich Beilage zum Preis von DM 14,40 vierteljährlich, Jahresvorzugspreis DM 52,80 einschließlich Mehrwertsteuer; Kündigung drei Wochen vor Ablauf des Berechnungszeitraumes;
- Bestellungen von Sammelmappen für die Beilage zum Preis von DM 6,50 zuzüglich Verpackungskosten, Portokosten und Mehrwertsteuer;
- Bestellungen von gebundenen Bänden der Jahrgänge 1984, 1985, 1986 und 1987 zum Preis von DM 25,— pro Jahrgang (einschl. Mehrwertsteuer) zuzügl. Versandkosten.

Die Veröffentlichungen in der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“ stellen keine Meinungsäußerung des Herausgebers dar; sie dienen lediglich der Unterrichtung und Urteilsbildung.

Für Unterrichtszwecke können Kopien in Klassensatzstärke hergestellt werden.

Als Recht zu Unrecht wurde. Zur Entwicklung der Strafjustiz im Nationalsozialismus

I.

Am Ende der nationalsozialistischen Herrschaft stand auch eine erschütternde Justiz-Bilanz: Allein von der ‚ordentlichen‘ Strafjustiz waren zwischen 1933 und 1945 mehr als 16 000 Todesurteile verhängt worden. Nicht geringer dürfte die Zahl der von den Kriegsgewichten und anderen besonderen Gerichtsbarkeiten ausgesprochenen Todesstrafen sein. Über 15 000 Justiz-Gefangene waren ab 1942 „zur Vernichtung durch Arbeit“ in die Konzentrationslager überstellt worden. Minister und Staatssekretäre hatten Untersuchungshäftlinge sowie verurteilte Straftäter zur Liquidation an SS und Polizei ausgeliefert. Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte waren zu Gehilfen der Mordaktionen an Behinderten und Kranken geworden¹⁾. Die deutsche Justiz hatte sich binnen weniger Jahre zu einem Instrument nationalsozialistischer Menschenvernichtung entwickelt.

Vor dem Hintergrund dieser Bilanz stellt sich die Frage nach den Ursachen für die Entwicklung der Justiz zwischen 1933 und 1945 mit besonderer Schärfe. Abschließende Antworten auf diese Frage können hier allerdings schon auf Grund des desolaten Forschungsstandes zur eigentlichen Justiztätigkeit im Nationalsozialismus nicht gegeben werden. Zwar lagen jene Analysen deutscher Emigranten zum nationalsozialistischen Rechtssystem, die bis heute als grundlegend zu bezeichnen sind, zum Teil schon 1945 vor²⁾, und in den letzten zwanzig Jahren entstanden auch in der Bundesrepublik eine Reihe weiterführender theoretischer Untersuchungen zur Rechtsfindung

im Nationalsozialismus³⁾. Hinzu traten in jüngster Zeit zudem einige Streitschriften zur nationalsozialistischen Justiz, deren Erkenntnisgewinn freilich eher als gering bezeichnet werden muß⁴⁾. Aber: Es fehlt immer noch an fundierten institutions- und organisationsgeschichtlichen Studien⁵⁾. Insbesondere Analysen zur Rechtsprechungspraxis und Soziologie der Justiz im Nationalsozialismus sind nach wie vor seltene Ausnahmerecheinungen⁶⁾. Der Mangel an quellenorientierten, empirisch angelegten und differenzierten Untersuchungen zur eigentlichen Justiztätigkeit im Nationalsozialismus ist unübersehbar.

Angesichts dieses Forschungsstandes kann im Rahmen des vorliegenden Beitrages lediglich versucht

³⁾ Siehe vor allem Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung unter dem Nationalsozialismus*, Tübingen 1968; Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Berlin 1973; Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1974. Einen knappen Überblick für den Bereich der Strafrechtsgeschichte bietet Hinrich Rüping, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, München 1981, S. 94–108.

⁴⁾ Udo Reifner (Hrsg.), *Das Recht des Unrechtsstaates. Arbeitsrecht und Staatsrechtswissenschaft im Faschismus*, Frankfurt/M. 1982; Jörg Friedrich, *Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948*, Reinbek 1983; Udo Reifner/Bernd-Rüdiger Sonnen (Hrsg.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Frankfurt/M.–New York 1984; Ingo Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München 1987.

⁵⁾ Als positive Ausnahmen sind hervorzuheben: Lothar Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933–1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, München 1988; Werner Johe, *Die gleichgeschaltete Justiz. Organisation des Rechtsweges und Politisierung der Rechtsprechung*, dargestellt am Beispiel des Oberlandesgerichtsbezirks Hamburg, Frankfurt/M. 1967.

⁶⁾ Friedrich Karl Kaul, *Geschichte des Reichsgerichts*, Bd. 4: 1933–1945, Glashütten/Taunus 1971; Hans Robinson, *Justiz als politische Verfolgung. Die Rechtsprechung in „Rassenschandefällen“ beim Landgericht Hamburg 1936–1943*, Stuttgart 1977; Diemut Majer, *„Fremdvölkische“ im Dritten Reich. Ein Beitrag zur nationalsozialistischen Rechtssetzung und Rechtspraxis in Verwaltung und Justiz unter besonderer Berücksichtigung der eingegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernements, Boppard/Rhein 1981; Ralph Angermund, Die geprellten „Richterkönige“. Zum Niedergang der Justiz im NS-Staat*, in: Hans Mommsen/Susanne Willems (Hrsg.), *Herrschaftsalltag im Dritten Reich. Studien und Texte*, Düsseldorf 1988, S. 304–342.

¹⁾ Bei den Zahlen der verhängten Todesurteile und der in die Konzentrationslager überstellten Justiz-Gefangenen handelt es sich um nachweisbare und daher minimale Angaben. Vgl. Bundesarchiv (BA), Bestand R 22, Akten 5019, fol. 67, und 1262, fol. 15. Hinsichtlich der Auslieferung von Justiz-Gefangenen zur Liquidation siehe: BA, R 22/5019. Zur Beteiligung der Justiz an den Mordaktionen gegen Behinderte und Kranke vgl. BA R 22/4209 und R 22/5021.

²⁾ Siehe Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, Frankfurt/M. 1974 (amerikanische Erstausgabe 1941); Franz Neumann, *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944*, Frankfurt/M. 1977 (amerikanische Erstausgabe 1944); Otto Kirchheimer, *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, Frankfurt/M. 1981 (amerikanische Erstausgabe 1961).

werden, für den Bereich der ordentlichen Strafjustiz einige jener Tendenzen anzudeuten, die Recht zu Unrecht werden ließen. Dabei wird im Abschnitt II zunächst cursorisch auf das Verhältnis von Recht und Politik im Nationalsozialismus eingegangen. Der Abschnitt III ist dann einer knappen Darstellung der normativen und institutionellen

Veränderungen nach 1933 vorbehalten. Den Schwerpunkt der Darstellung bildet im Abschnitt IV die Schilderung von sieben Einzelfällen aus der strafrechtlichen Praxis während des Krieges. Vor diesem Hintergrund soll im Abschnitt V das Verhalten der Richter und Staatsanwälte im Nationalsozialismus kurz thematisiert werden.

II. Recht und Politik im Führerstaat

Im folgenden Abschnitt soll zunächst versucht werden, einige Grundlinien des Verhältnisses von Recht und Politik in der Zeit des Nationalsozialismus nachzuzeichnen. Dabei können allerdings viele Einzelfragen und Besonderheiten keine Berücksichtigung finden. Auf die in den Anmerkungen genannte weiterführende Literatur sei daher besonders hingewiesen⁷⁾.

1. Kontinuität und Wandel 1933/34

Die Bildung des „Kabinetts der nationalen Erhebung“, der Koalition aus NSDAP und Deutsch Nationaler Volkspartei, wurde von der weit überwiegenden Mehrzahl der deutschen Justizjuristen (Richter, Staatsanwälte und Juristen in der Justizverwaltung) offenbar mit Erleichterung aufgenommen. Denn die in der Endphase der Weimarer Republik vieldiskutierte „Vertrauenskrise der Justiz“, die als „ätzend“ empfundene Kritik des Republikanischen Richterbundes an der politisch einseitigen Rechtsprechung (äußerste Schärfe gegen links, wohlwollende Milde gegen rechts) sowie das angebliche „Hineinregieren“ sozialdemokratischer und liberaler Minister in die Justiz sollten nun ein Ende haben. Zwar hielt die große Mehrzahl der Justizjuristen weiterhin Distanz zu den nationalsozialistischen „Proleten“, aber viele karrierebewußte Richter, Staatsanwälte und Ministerialbeamte erklärten noch im März 1933 ihren Beitritt zur NSDAP⁸⁾. Dabei prägten Kontinuität und Wandel die Situation der Justiz in den Jahren 1933/34 in besonderer Weise. Sichtbarster Ausdruck der Kontinuität war die Besetzung des Reichsjustizministeriums, an des-

sen Spitze weiterhin der aus der bayerischen Justiz hervorgegangene, nationalkonservative Justizbeamte Franz Gürtner und der ehrgeizige, aus Königsberg stammende Staatssekretär Franz Schlegelberger standen. Zu Zentren der Veränderung wurden dagegen die Landesjustizministerien, wo 1933/34 überzeugte Nationalsozialisten wie Hanns Kerrl und Roland Freisler in Preußen, Georg Thierack in Sachsen und Hans Frank in Bayern die Führungspositionen innehatten, politische „Säuberungen“ durchführten und personelle Umbesetzungen vornahm⁹⁾. Binnen weniger Monate erfolgte die Entlassung der wenigen sozialdemokratischen und liberalen Richter und Staatsanwälte, und bis 1936 mußten auch die Juristen jüdischer Herkunft ausscheiden.

Mit Fritz Fischer könnten die Geschehnisse des Jahres 1933 also als ein „Bündnis der Eliten“ bezeichnet werden¹⁰⁾. Die in ihrer weit überwiegenden Mehrzahl nationalkonservativen Justizjuristen gingen auf eine Zusammenarbeit mit den neuen Machthabern ein. Aber es handelte sich um eine lediglich einseitige Bindung der Justiz an die nationalsozialistische Führung: Die neuen Machthaber waren zwar durchaus an der juristischen Legitimation ihrer Herrschaft interessiert, aber Recht und Gesetz waren ihnen ebenso verhaßt wie der Beruf des Juristen. An die Stelle der zerstörten Weimarer Verfassungsordnung durfte keine neue Verfassung treten. Jede Normierung hätte den Willen des „Führers“ begrenzen können. Und gerade der bloße „Führerwille“ sollte fortan frei und ungebunden über Recht und Gesetz stehen. Das bekamen schon bald die Spitzen der deutschen Justiz und im weiteren Verlauf der nationalsozialistischen Herrschaft auch die Richter und Staatsanwälte bitter zu spüren. Ihre Ergebnisse wurde den deutschen Justizjuristen also nicht gedankt. Durch den „Großdeutschen Reichstag“ ließ Hitler am 26. April 1942

⁷⁾ Einen guten Einstieg in die Thematik ermöglichen: Diemut Majer, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems – Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz 1987; Hinrich Rüping, Strafjustiz im Führerstaat, in: Gotthard Jasper/Diemut Majer/Klaus Oldenhege/Hinrich Rüping/Wolfgang Sellert, Justiz und Nationalsozialismus, hrsg. von der Niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung, Hannover 1985, S. 97–118.

⁸⁾ Zur Justiz in der Weimarer Republik siehe – auch mit weiteren Nachweisen – vor allem Gotthard Jasper, Justiz und Politik in der Weimarer Republik, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, 30 (1982), S. 167–205.

⁹⁾ Zur Person Gürtners siehe Ekkehard Reitter, Franz Gürtner. Politische Biographie eines deutschen Juristen 1881–1941, Berlin 1976; L. Gruchmann (Anm. 5), S. 9–83.

¹⁰⁾ Fritz Fischer, Bündnis der Eliten. Zur Kontinuität der Machtstrukturen in Deutschland 1871–1945, Düsseldorf 1979.

sogar die richterliche Unabhängigkeit endgültig be-
seitigen¹¹⁾).

2. Die Ära Gürtner 1935–1941

Organisatorisch hatten sich schon durch die bis An-
fang 1935 abgeschlossene „Verreichlichung“ der Jus-
tiz wichtige Veränderungen ergeben. Die Landes-
justizministerien waren aufgelöst und ihre Befug-
nisse auf das Reichsjustizministerium übertragen
worden, an dessen Spitze weiterhin Minister Gürt-
ner und Staatssekretär Schlegelberger standen, zu
denen sich allerdings nun als zweiter und für die
Strafjustiz zuständiger Staatssekretär Roland Freis-
ler gesellte. Das Reichsjustizministerium nahm in-
nerhalb des Machtgefüges des NS-Staates auch
während der folgenden Jahre nicht die Rolle einer
treibenden Kraft ein. Es wurde vielmehr versucht,
den Wünschen Hitlers und seines näheren Umfeldes
zu entsprechen. Dennoch waren Konflikte mit
den Paladinen des „Führers“ und vor allem den
Organen von SS und Polizei unvermeidlich und an
der Tagesordnung. Die Auseinandersetzungen ver-
liefen dabei stets nach einem gleichartigen Muster:
Das Reichsjustizministerium versuchte zunächst,
bestimmte rechtliche Positionen durchzusetzen,
trat aber dann regelmäßig den Rückzug an, wenn
Hitlers Zustimmung zu ungesetzlichen Maßnahmen
erkennbar wurde¹²⁾. So trug schon das „Gesetz
über Maßnahmen der Staatsnotwehr“ vom 3. Juli
1934, mit dem die Morde im Zuge der „Röhm-
Aktion“ legalisiert wurden, auch die Unterschrift
Minister Gürtners. Im Zuge der besonders langan-
haltenden Auseinandersetzungen um die Strafver-
folgung von in den Konzentrationslagern verübten
Gewaltverbrechen kapituliert die Justiz stets aufs
neue vor der SS. Das System der Konzentrationsla-
ger galt schließlich de facto als „exterritorial“. Eine
Strafverfolgung der bei den Judenpogromen am
9./10. November 1938 verübten Verbrechen unter-
blieb ebenfalls. Und als Hitler ab September 1939
die Herausgabe von Untersuchungs-Häftlingen und
rechtskräftig Verurteilten zur Liquidation ver-
langte, kamen Justizminister Gürtner und Staatsse-
kretär Schlegelberger auch dieser Forderung
nach¹³⁾. So wurden immer weitere Teilbereiche
staatlichen Handelns aus der Rechtsordnung her-
ausgebrochen.

¹¹⁾ Zur unbegrenzten Führergewalt, die über Recht, Gesetz
und Verfassung stehen sollte, siehe vor allem Ernst Rudolf
Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, Ham-
burg 1939. Zur Reichstagssitzung vom 26. April 1942 vgl. die
amtliche Publikation in: *Deutscher Reichsanzeiger und Preu-
ßischer Staatsanzeiger*, Nr. 97/1942.

¹²⁾ Zur „Verreichlichung“ der Justiz und dem Verhalten des
Reichsjustizministeriums in Konfliktsituationen vgl. die Dar-
stellung bei L. Gruchmann (Anm. 5), insb. S. 84–123 und
S. 433–745.

¹³⁾ Zu den Kompetenzkonflikten zwischen der Justiz und
den Organen von SS und Polizei vgl. auch Johannes Tuchel/
Reinold Schattenfroh, *Zentrale des Terrors*. Prinz-Albrecht-
Straße 8: Hauptquartier der Gestapo, Berlin 1987.

3. Das Interregnum Schlegelbergers 1941/42

Bis Januar 1941 hatte das Reichsjustizministerium
in diesem Prozeß eine eher zurückhaltende Rolle
gespielt und in der Regel nur auf die Zumutungen
der nationalsozialistischen Machthaber reagiert.
Das sollte sich jedoch nach dem Tode Gürtners
rasch ändern, denn der ehrgeizige Staatssekretär
Schlegelberger, der nun als geschäftsführender Jus-
tizminister amtierte, wurde auch von sich aus aktiv
und wollte Handlungsspielräume für die Justiz zu-
rückgewinnen. Zunächst machte er die Oberlandes-
gerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte am
23./24. April 1941 bei einer Konferenz in Berlin mit
den Mordaktionen an Behinderten und Kranken
vertraut und sorgte dafür, daß die Justiz fortan Bei-
hilfe bei der Durchführung des Mordprogramms
leistete¹⁴⁾. Sodann widmete sich Schlegelberger ge-
meinsam mit Roland Freisler der Strafverfolgung
von Polen, in die von den Organen der SS und Poli-
zei immer häufiger durch Exekutionen eingegriffen
wurde. Am 4. Dezember 1941 erging schließlich die
berühmte „Polenstrafrechtsverordnung“, die Po-
len und Juden unter Sonderrecht stellte und den
Höhepunkt rassistischer Diskriminierung auf straf-
rechtlichem Gebiet markierte¹⁵⁾. Darüber hinaus
befaßte sich Schlegelberger 1942 mit besonderem
Nachdruck mit Fragen der Justizlenkung, um die
von Hitler verlangte schärfere Bestrafung kriminel-
ler Täter durchzusetzen.

4. Unter der Ägide Thierack 1942–1945

Schlegelberger wurde sein Einsatz allerdings nicht
gedankt. An seiner Stelle ernannte Hitler am
20. August 1942 den ehemaligen sächsischen Justiz-
minister und Präsidenten des Volkgerichtshofes,
Georg Thierack, zum Reichsjustizminister. Gleich-
zeitig rückte der Hamburger Oberlandesgerichts-
präsident Rothenberger zum neuen Staatssekretär
auf, während Roland Freisler als Präsident an den
Volkgerichtshof wechselte. Mit Georg Thierack

¹⁴⁾ Siehe hierzu vor allem Helmut Kramer, Oberlandesger-
ichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der
NS-„Euthanasie“. Selbstentlastung der Justiz für die Teil-
nahme am Anstaltsmord, in: *Kritische Justiz*, 17 (1984),
S. 25–43. Der abschließenden Beurteilung der Berliner
Konferenz vom 23./24. April 1941 durch L. Gruchmann
(Anm. 5), daß „die Justiz wenigstens dazu beigetragen
(hatte), daß die Euthanasie eingedämmt wurde“ (S. 533),
kann nicht beigepflichtet werden. Im Gegenteil leistete die
Justiz nach der Konferenz und bis zum Ende der NS-Herr-
schaft weiter in massiver Form Beihilfe zu den Mordaktio-
nen, denen insgesamt weit über 100 000 Behinderte und
Kranke zum Opfer fielen. Vgl. hierzu entsprechende Vor-
gänge aus den Jahren 1943/44 in den Archiven der Staatsan-
waltschaften bei den Landgerichten in Berlin und Ham-
burg.

¹⁵⁾ Die „Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Juden
und Polen“ vom 4. Dezember 1941 ist wiedergegeben im
Reichsgesetzblatt, Teil I (im folgenden: RGBl. I), S. 759 ff.
Zur Entstehung der Verordnung siehe die entsprechenden
Sammelakten des Reichsjustizministeriums in: BA, R 22/849
und R 22/850.

stand erstmals ein fanatischer Nationalsozialist an der Spitze der deutschen Justiz. Sein justizpolitisches Programm sah vor allem eine rigorose Steuerung der Rechtsprechung, eine enge Zusammenarbeit mit den Organen von SS und Polizei, die Schaffung eines homogenen nationalsozialistischen „Richterkorps“ und die Übernahme „rasse- und sozialhygienischer“ Aufgaben durch die Justiz vor¹⁶⁾. Mit großer Rücksichtslosigkeit setzte Thierack insbesondere seine personalpolitischen Vorstellungen durch. Noch im Herbst 1942 mußten zahlreiche führende Mitarbeiter des Reichsjustizministeriums ihre Posten räumen und unter einem Vorwand wurde im Januar 1944 auch Staatssekretär Rothenberger entlassen, an dessen Stelle Herbert Klemm trat, den Thierack schon 1933/34 in Sachsen zu seinem persönlichen Referenten gemacht hatte.

Wie Georg Thierack sein justizpolitisches Programm umsetzte, zeigte bereits sein erstes Ge-

spräch mit Heinrich Himmler am 18. September 1942, bei dem vereinbart wurde, daß „Juden, Polen, Zigeuner, Russen und Ukrainer nicht mehr von den ordentlichen Gerichten . . . abgeurteilt werden sollen, sondern durch den Reichsführer-SS erledigt werden“. Darüber hinaus kam man überein, daß mehr als 15 000 Justiz-Gefangene „zur Vernichtung durch Arbeit“ in die Konzentrationslager überstellt werden sollten¹⁷⁾. Intern richtete Thierack seine Aufmerksamkeit vor allem auf immer massivere Maßnahmen zur Justizlenkung. Daneben widmete er sich der Bekämpfung des in der zweiten Kriegshälfte wieder anwachsenden politischen Widerstands und der zunehmenden regimekritischen Äußerungen. Einer weiteren Umsetzung des justizpolitischen Programms — vor allem auf personalpolitischem Gebiet — stand allerdings der Kriegsverlauf mit seinen verstärkten Einberufungen entgegen: Ab Mitte 1944 ging es praktisch nur noch darum, wenigstens den Geschäftsbetrieb der Strafjustiz notdürftig aufrecht zu erhalten.

III. Normative und institutionelle Veränderungen

Die 1933 einsetzenden normativen und institutionellen Veränderungen auf strafrechtlichem Gebiet hatten sich bereits während der Weimarer Republik mit dem „Kampf gegen das liberale Strafrecht“ angekündigt. Nicht mehr das positiv normierte Recht, sondern der Irrationalismus „völkischen Rechtsdenkens“ sollte für die nach 1933 bald „unbegrenzte Auslegung“ der gesetzlichen Vorschriften maßgeblich sein. Angestrebt wurde die Durchsetzung des nationalsozialistischen „Führerprinzips“ und des Grundsatzes „völkischer Ungleichheit“. Vor allem die „Juristische Stoßtruppfakultät“ an der Universität Kiel propagierte ein täterorientiertes Willensstrafrecht, das nicht länger auf konkrete Handlungen des Gesetzesbrechers, sondern auf seine Gesinnung abstellte. Am Ende dieser Entwicklung stand die Lehre vom „Tätertyp im Strafrecht“, als deren Motto der Satz galt: „Mörder wird man nicht — Mörder ist man.“¹⁸⁾ Tatsächlich vollzogen sich Veränderungen wohl nirgendwo so rasch und tiefgreifend wie im Bereich der Strafjustiz. Denn auch der

nationalsozialistische Gesetzgeber entfaltete hier bei Änderung von Zuständigkeiten und der Schaffung neuer Spezialnormen bald eine rege Tätigkeit.

1. Die Sondergerichte

Zunächst wurden schon durch eine Verordnung vom 21. März 1933 Sondergerichte reinstitutionalisiert, die bereits 1932 — in der Zeit der autoritären Präsidial-Kabinette — für einige Oberlandesgerichtsbezirke bestanden hatten¹⁹⁾. Das Charakteristikum der 1933 in allen Oberlandesgerichtsbezirken eingerichteten Sondergerichte, die mit der Besetzung von drei Berufsrichtern entschieden, lag im „kurzen Prozeß“. So galt für die Sondergerichte ein besonderes Verfahrensrecht, das die Verteidigungsrechte stark einschränkte. Die Tätigkeit der Sondergerichte erstreckte sich bis 1938/39 vor allem auf die Verfolgung „heimtückischer Angriffe auf Staat und Partei“, wobei es in der Hauptsache um regimekritische Äußerungen ging, sowie auf Verfahren wegen der Fortführung verbotener Organisationen. Die Tätigkeit der Sondergerichte stützte sich in dieser Zeit auf eine Reihe neuer strafrechtlicher Spezialnormen, zu denen insbesondere das

¹⁶⁾ Zum justizpolitischen Programm Thieracks siehe sein Schreiben an den Gauleiter Eggeling in Halle vom 31. Oktober 1942, in: Berlin Document Center (BDC), Personalakte Georg Thierack.

¹⁷⁾ Die Zitate wurden der von Staatssekretär Rothenberger gefertigten Aktennotiz über das Gespräch Thieracks mit Himmler vom 18. September 1942 entnommen, in: BA, R 22/4062. Hinsichtlich der Zahl der in die Konzentrationslager abgegebenen Justiz-Gefangenen vgl. Anm. 1.

¹⁸⁾ Zu den Tendenzen in der deutschen Rechtswissenschaft nach 1933 siehe vor allem die in Anm. 3 genannten Arbeiten von Bernd Rütters, Klaus Marxen und Michael Stolleis. Zur Lehre vom „Tätertyp im Strafrecht“ vgl. Georg Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig 1940.

¹⁹⁾ RGBl. I, S. 136 ff. Zur Entwicklung der nationalsozialistischen Sondergerichte im allgemeinen und der Rechtsprechung des Kieler Sondergerichts im besonderen siehe Klaus Bästlein, *Die Akten des ehemaligen Sondergerichts Kiel als zeitgeschichtliche Quelle*, in: *Zeitschrift der Gesellschaft für Schleswig-Holsteinische Geschichte*, (1988) 113, S. 157–211.

„Heimtücke-Gesetz“ vom 20. Dezember 1934 zählte²⁰⁾).

Eine entscheidende Veränderung bedeutete dann die Ausdehnung der Zuständigkeiten der Sondergerichte auf nahezu sämtliche strafbaren Handlungen durch zwei Verordnungen vom 20. November 1938 und 1. September 1939²¹⁾. Die Staatsanwaltschaften konnten nun nach freiem Ermessen Anklage vor den Sondergerichten oder bei der ordentlichen Justiz erheben. Sie wurden von der Justizverwaltung allerdings bald angewiesen, nach Möglichkeit alle „beweisklären“ Sachen vor die Sondergerichte zu bringen. Dies führte ab 1940 dazu, daß weite Bereiche der schweren und mittleren Kriminalität bei den Sondergerichten zur Aburteilung kamen. Hier fanden nun in der Regel Vorschriften des „Kriegsstrafrechts“ Anwendung, zu denen vor allem die Kriegswirtschaftsverordnung vom 4. September 1939, die Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. September 1939, die Verordnung gegen Gewaltverbrecher vom 5. Dezember 1939 und das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 4. September 1941 zählten²²⁾. Allen diesen Vorschriften war gemeinsam, daß sie kaum festumrissene Tatbestände enthielten, sondern meist strafscharfend neben die Grunddelikte wie Diebstahl, Betrug oder Raub traten. Aus Einbrechern wurden so in der strafrechtlichen Praxis „Volksschädlinge“, aus Wiederholungstätern „Gewohnheitsverbrecher“ und aus Räubern „Gewaltverbrecher“. Dabei ermöglichte das „Kriegsstrafrecht“ in nahezu allen diesen Fällen auch die Verhängung der Todesstrafe²³⁾.

Darüber hinaus umfaßte das „Kriegsstrafrecht“ eine Vielzahl neuer Vorschriften, durch die politisch motivierte Handlungen pönalisiert werden konnten und für die ebenfalls die Sondergerichte zuständig waren. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die am 26. August 1939 verkündete Kriegssonderstrafrechts-Verordnung mit dem weit ausufernden Tatbestand der „Wehrkraftzersetzung“, die Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen vom 1. September 1939 und die Wehrschutzverordnung vom 25. November

1939 zu nennen²⁴⁾. Auch diese Vorschriften ließen nahezu regelmäßig die Verhängung der Todesstrafe zu. Daneben wurde die Strafverfolgung nach dem „Heimtücke-Gesetz“ fortgesetzt. Hinzu trat schließlich noch die bereits erwähnte „Polenstrafrechtsverordnung“ vom 4. Dezember 1941, die gar keine festumrissenen Tatbestände mehr enthielt²⁵⁾.

2. Der Volksgerichtshof

Neben den Sondergerichten war durch Gesetz vom 24. April 1934 der Volksgerichtshof mit Sitz in Berlin gebildet worden²⁶⁾. Er verdankte seine Institutionalisierung dem Umstand, daß das Leipziger Reichsgericht im Zuge des „Reichstagsbrandprozesses“ nach Auffassung der nationalsozialistischen Machthaber versagt hatte. Die Kompetenzen des Reichsgerichts im Bereich der Hoch- und Landesverratsdelikte wurden daher 1934 kurzerhand an den Volksgerichtshof übertragen. Die Besonderheit des Volksgerichtshofs lag zunächst vor allem in der Besetzung seiner Senate mit nur zwei Berufsrichtern und drei ehrenamtlichen Beisitzern, die aus dem Kreis zuverlässiger Nationalsozialisten rekrutiert wurden. Wie die Sondergerichte urteilte auch der Volksgerichtshof in erster und letzter Instanz. Schon das Gründungsgesetz enthielt die Vorschrift, daß die Wahl eines Verteidigers der Genehmigung des Gerichts bedurfte. In der Praxis kam es dann bald zu einer weitgehenden Gängelung der Verteidigung und ab 1942 auch zu vielen Verstößen gegen das Prozeßrecht.

Schon 1933 waren zahlreiche Veränderungen bei den Vorschriften über Hoch- und Landesverrat vorgenommen worden, die auf eine Ausweitung der Tatbestände abzielten, strafscharfend wirkten und mit einem Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24. April 1934 neu gefaßt wurden²⁷⁾. Eine abschließende Aufzählung der übrigen Kompetenzen des Volksgerichtshofes enthielt die „Zuständigkeitsverordnung“ vom 21. Februar 1940²⁸⁾. In den Folgejahren war vor allem noch die Verordnung vom 29. Januar 1943 von größerer Bedeutung, durch die

²⁰⁾ RGBl. I, S. 1269. Zur Urteilspraxis in diesem Zusammenhang vgl. Peter Hüttenberger, Heimtückefälle vor dem Sondergericht München 1933–1939, in: Martin Broszat/Elke Fröhlich/Anton Grossmann (Hrsg.), Bayern in der NS-Zeit, Bd. IV: Herrschaft und Gesellschaft im Konflikt, München 1981, S. 435–526.

²¹⁾ RGBl. I, 1938, S. 1362, und 1939, S. 1658 ff.

²²⁾ RGBl. I, 1939, S. 1609 ff., S. 1679, S. 2378, und 1941, S. 549 f.

²³⁾ Zur Urteilspraxis auf Grund des „Kriegsstrafrechts“ vgl. die 1940 und 1942 in der Zeitschrift „Deutsches Recht“ von den Vorsitzenden verschiedener Sondergerichte publizierten Übersichtsdarstellungen. Siehe auch die Edition von 20 Berliner Sondergerichtsurteilen aus der Kriegszeit in: Bernd Schimmler, Recht ohne Gerechtigkeit. Zur Tätigkeit der Berliner Sondergerichte im Nationalsozialismus, Berlin 1984.

²⁴⁾ RGBl. I, 1939, S. 1455 ff., S. 1683, S. 2319.

²⁵⁾ RGBl. I, S. 759 ff. Zur Urteilspraxis auf Grund der „Polenstrafrechtsverordnung“ in den „eingegliederten Ostgebieten“ vgl. die Darstellung bei D. Majer (Anm. 6), S. 774–793.

²⁶⁾ RGBl. I, S. 341. Zur Institutionsgeschichte des Volksgerichtshofes siehe: Walter Wagner, Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat, Stuttgart 1974; Bernhard Jahntz/Volker Käthe, Der Volksgerichtshof. Darstellung der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Berlin gegen ehemalige Richter und Staatsanwälte am Volksgerichtshof, Berlin 1986; Zur Rechtsprechung siehe: Hinrich Rüping, „Streng, aber gerecht. Schutz der Staatssicherheit durch den Volksgerichtshof“, in: Juristenzeitung, (1984), S. 815–821.

²⁷⁾ RGBl. I, S. 341 ff.

²⁸⁾ RGBl. I, S. 405 ff.

dem Volksgerichtshof die Zuständigkeit bei der Strafverfolgung von „wehrkraftzersetzenden“ Äußerungen sowie von Fällen der „Wehrdienstentziehung“ nach der Kriegssonderstrafrechts-Verordnung übertragen wurde²⁹⁾. Der Volksgerichtshof übernahm damit wichtige Kompetenzen aus dem Bereich der Sondergerichte, und insbesondere die Strafpraxis wegen „Wehrkraftzersetzung“ spitzte sich erheblich zu.

3. Die Oberlandesgerichte

Bereits in der Weimarer Republik hatte die Möglichkeit bestanden, Verfahren wegen Hoch- oder Landesverrats an die Strafsenate bestimmter Oberlandesgerichte abzugeben, wenn sie „von geringerer Bedeutung“ waren. Auch nach der Errichtung des Volksgerichtshofes wurde an dieser Praxis festgehalten. Über die Abgabe entschied der Oberreichsanwalt beim Volksgerichtshof, der die weitere Strafverfolgung dann den Generalstaatsanwaltschaften bei bestimmten Oberlandesgerichten übertrug. Strafsenate für Hoch- und Landesverrats-sachen, die jeweils für mehrere Oberlandesgerichtsbezirke zuständig waren, bestanden beim Berliner Kammergericht sowie bei den Oberlandesgerichten in Breslau, Dresden, Hamburg, Hamm, Jena, Kassel, Königsberg, München und Stuttgart. Ab 1938 kamen weitere Strafsenate in Österreich und in den „eingegliederten Ostgebieten“ hinzu. Die Strafsenate bei den Oberlandesgerichten entschieden in der üblichen Besetzung mit fünf Berufsrichtern. Nachdem der Volksgerichtshof Anfang 1943 einen

Teil der Strafkompetenzen der Sondergerichte übernommen hatte, wurden ebenfalls Verfahren wegen „Wehrkraftzersetzung“ an die Strafsenate bei den Oberlandesgerichten abgegeben³⁰⁾.

4. Das Reichsgericht

Wie bereits dargestellt, hatte das Reichsgericht seine Zuständigkeit in Hoch- und Landesverrats-sachen 1934 an den Volksgerichtshof verloren. Und da Urteile der Sondergerichte nicht angefochten werden konnten, besaß das Reichsgericht auf dem Gebiet des politischen Strafrechts praktisch keine Entscheidungskompetenzen mehr. Das änderte sich mit der bereits erwähnten „Zuständigkeitsverordnung“ vom 21. Februar 1940, die das Institut der Nichtigkeitsbeschwerde einführte. Danach konnten Strafurteile insbesondere der Sondergerichte binnen eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft vom Oberreichsanwalt beim Reichsgericht durch Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Die jeweils regional zuständigen Senate des Reichsgerichts entschieden dann, ob der Nichtigkeitsbeschwerde stattgegeben werden sollte. War dies der Fall, so konnte das Reichsgericht die Sache entweder selbst entscheiden oder sie zurückverweisen. In der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle wurde die Nichtigkeitsbeschwerde zuungunsten der Verurteilten erhoben. Gerade in Verfahren auf Grund des „Kriegsstrafrechts“ verhängten die Senate des Reichsgericht immer wieder selbst die Todesstrafe³¹⁾.

IV. Aus der strafrechtlichen Praxis während des Krieges

Im folgenden soll an Hand von sieben Einzelfällen auf die Konsequenzen der im vorangegangenen Abschnitt beschriebenen normativen und institutionellen Veränderungen in der strafrechtlichen Praxis eingegangen werden. Dabei muß hinsichtlich der nachstehend wiedergegebenen Einzelfälle zunächst darauf hingewiesen werden, daß es sich keineswegs um eine repräsentative Auswahl handelt. Das gilt schon deshalb, weil nur Verfahren aus den letzten Kriegsjahren dargestellt werden, in denen sich die Strafpraxis noch einmal zuspitzte. Zudem konnten lediglich Vorgänge aus dem nord- und mitteldeutschen Raum Berücksichtigung finden, die sich natürlich nicht ohne weiteres auf Geschehnisse in den anderen Regionen des ehemaligen Deutschen Reiches übertragen lassen. Es wäre daher auch ver-

fehlt, die im folgenden geschilderten Fälle kurzerhand als „exemplarisch“ oder „paradigmatisch“ zu betrachten.

1. Taschendiebstahl als „gefährliches Gewohnheitsverbrechen“

Im Gedränge des Kaufhauses Karstadt am Berliner Hermannplatz wurde am 27. Mai 1943 einer Rentnerin ein Portemonnaie mit 16,50 Reichsmark aus der Handtasche gestohlen³²⁾. Als Täterin konnte kurz darauf die 43jährige Maschinenarbeiterin Nelly Gethe aus Berlin-Kreuzberg festgenommen werden. Es stellte sich heraus, daß sie noch verschiedene Lebensmittelkarten und Ausweise mit sich führte, die als gestohlen oder vermißt gemeldet waren, und bei den weiteren Ermittlungen erwies sich bald, daß sie bereits mehrfach einschlägig vor-

²⁹⁾ RGBl. I, S. 76.

³⁰⁾ Zur Urteilspraxis der Strafsenate in Hoch- und Landesverrats-sachen liegen bislang keine Untersuchungen vor.

³¹⁾ Zum Reichsgericht im allgemeinen und dem Institut der Nichtigkeitsbeschwerde im besonderen vgl. die Ausführungen bei F. K. Kaul (Anm. 6), insb. S. 218—239.

³²⁾ Der Darstellung des Verfahrens liegt die Akte S P KLS 495/43 des Sondergerichts Berlin im Archiv der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin zugrunde, aus der auch die nachstehenden Zitate entnommen wurden.

bestraft war. So hatte das Amtsgericht Berlin-Mitte Nelly Gethe zwischen 1924 und 1926 viermal wegen Taschendiebstahls zu Strafen zwischen drei und elf Monaten Gefängnis verurteilt. Auch in den Jahren 1929—1932 beging Nelly Gethe mehrfach Taschendiebstähle, wurde jedoch auf Grund ihrer kleptomatischen Veranlagung regelmäßig freigesprochen. Erst als sie erneut einen Taschendiebstahl verübte, wurde sie wieder verurteilt. Nach der nationalsozialistischen „Machtergreifung“ lautete die Strafe nun auf 20 Monate Zuchthaus und fünf Jahre Ehrverlust. Am 16. Februar 1938 stand Nelly Gethe dann vor dem Landgericht Berlin, das sie zu neun Monaten Gefängnis verurteilte und ihre Unterbringung in einer Anstalt anordnete, aus der sie schließlich am 14. Dezember 1940 entlassen wurde. Dieses in der Anklageschrift gegen Nelly Gethe vom 4. August 1943 detailliert wiedergegebene Vorstrafenregister ist von besonderem Interesse, weil es verdeutlicht, wie massiv sich die Strafpraxis auch im Bereich der Kleinkriminalität nach der nationalsozialistischen „Machtergreifung“ verschärfte.

Die Generalstaatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin, Anklagebehörde beim dortigen Sondergericht, war offenbar von vornherein entschlossen, im Fall Nelly Gethe ein Exempel zu statuieren, und forderte schon in der Anklageschrift „ihre Ausmerzung aus der Gemeinschaft“, „in der sie auf Lebenszeit ein schädliches Mitglied bleiben würde“. Am 6. September 1943 fand vor dem Berliner Sondergericht I die Hauptverhandlung gegen Nelly Gethe statt. Der Angeklagten wurden zunächst der Taschendiebstahl im Kaufhaus Karstadt am 27. Mai 1943 sowie fünf vorausgegangene Taschendiebstähle von Lebensmittelkarten und Ausweispapieren nachgewiesen. Anschließend hörte das Gericht einen psychiatrischen Gutachter, der die Angeklagte als „schwere Psychopathin“ bezeichnete, „die . . . bei sich bietender Gelegenheit alles stiehlt, was sie nur irgendwie gebrauchen kann“. Während der Officialverteidiger nichts für seine Mandantin unternahm und im Schlußplädoyer sogar die Entscheidung über das Strafmaß „dem Ermessen des Gerichts“ überließ, beantragte der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft die Todesstrafe.

Das Sondergericht entsprach diesem Antrag. In der achtseitigen schriftlichen Urteilsbegründung wurde nur mit zehn Zeilen auf den Lebensweg der Angeklagten eingegangen, das Vorstrafenregister aber über volle drei Seiten ausführlich wiedergegeben. Im entscheidenden Absatz des Urteils hieß es dann: „Da die im vierten Kriegsjahr begangenen Straftaten von großer Verworfenheit und Gemeinheit der Angeklagten zeugen, die nicht davor zurückschrecken, Volksgenossinnen in hinterhältiger Weise Lebensmittelkarten, Bezugsausweise und Geld aus offenen Einkaufstaschen zu stehlen, um sich so

völlig ungerechtfertigte Vorteile vor der Allgemeinheit zu verschaffen, verlangt der Schutz der Volksgemeinschaft und das Bedürfnis nach gerechter Sühne, daß die Angeklagte aus der Volksgemeinschaft ausgestoßen wird. Die Angeklagte war daher gemäß § 1 des Gesetzes zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1941 zum Tode zu verurteilen. Von der Möglichkeit, die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gem. § 51, Abs. 2 RStGB zu mildern, hat das Gericht bei dieser haltlosen, für die Gemeinschaft gefährlichen und nicht mehr besserungsfähigen Verbrecherin keinen Gebrauch gemacht.“

Mit keinem Wort ging das Sondergericht auf die Strafmilderungsgründe ein, die zugunsten der Angeklagten sprachen. Insbesondere blieb der ausgesprochen schwierige Lebensweg Nelly Gethes unberücksichtigt, die als uneheliches Kind geboren wurde, sich schon früh als Fabrikarbeiterin, Verkäuferin und Bardame durchschlagen mußte und 1937 vom plötzlichen Tod ihres Ehemanns hart getroffen wurde. Nicht einmal das vom Gericht selbst angeforderte psychiatrische Gutachten fand Berücksichtigung, obwohl die Angeklagte, als sie die Taschendiebstähle beging, ja nur bedingt oder gar nicht zurechnungsfähig war. Allerdings deuten das Vorgehen der Staatsanwaltschaft, die Passivität des Officialverteidigers und das Verhalten des Sondergerichts darauf hin, daß der Hauptverhandlung entsprechende Weisungen und Absprachen vorausgegangen waren, zumal das Reichsjustizministerium gerade in Berlin immer wieder auf Verfahren vor dem Sondergericht Einfluß nahm³³). Und so hatte auch ein Gnadengesuch der Verurteilten keine Chance. Am 24. September 1943 wurde sie im Hinrichtungsschuppen der Strafanstalt Plötzensee mit dem Fallbeil getötet.

2. „Das Gerechtigkeitsgefühl“ gebietet gegen „Postmarder“ die Todesstrafe

Seit Oktober 1941 war der 61jährige Albin Berlin beim Hamburger Postamt 7 im Paketdienst beschäftigt, wo er Sendungen zu sortieren und umzuschlagen hatte³⁴). Dabei kam es auf Grund der kriegsbedingten schlechten Verpackung immer wieder vor, daß Sachen aus den Päckchen herausfielen. Seit etwa Juni/Juli 1942 konnte Albin Berlin der Versuchung nicht widerstehen, lose daliegende Lebensmittel und Rauchwaren einzustecken. Seine Ehefrau war schwer an Krebs erkrankt und siechte in der gemeinsamen Wohnung dahin. Albin Berlin versuchte, ihr auch durch die Zuwendung von Le-

³³) Zu entsprechenden Vorgängen beim Sondergericht Berlin vgl. die Hinweise bei B. Schimmler (Anm. 23), S. 16—23, sowie die nachfolgenden Ausführungen im Abschnitt IV, 3.

³⁴) Nach Akte (38a) Sond.Ger. 10/44 des Hanseatischen Sondergerichts im Archiv der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Hamburg (Rep.-Nr. 499/45).

bensmitteln aus seinen eigenen Rationen zu helfen. Einen gewissen Ausgleich konnte er sich durch die Diebstähle am Arbeitsplatz verschaffen. Am 17. November 1943 erfolgte seine Festnahme.

Am 6. Juni 1944 fand vor dem Hanseatischen Sondergericht die Hauptverhandlung gegen Albin Berlin statt. Er räumte seine Taten reuemütig ein, und das Sondergericht kam zu der Feststellung, daß er sich durch seine Handlungsweise in zwei Fällen (Juni/Juli 1942 bis Februar 1943 und September bis November 1943) des Diebstahls (§ 242 RStGB) schuldig gemacht habe. In der Urteilsbegründung hieß es dann weiter: „Der Angeklagte wird durch seine Tat auch als typischer Volksschädling gekennzeichnet und verdient eine schwere Strafe. Seine Handlungsweise ist geeignet, das allgemeine unentbehrliche Vertrauen zur Zuverlässigkeit der Deutschen Reichspost . . . zu untergraben und damit die Festigkeit der inneren Front zu erschüttern. . . . Gerade in Anbetracht des Umfangs und der Dauer seiner Verfehlungen hat das Gericht sehr ernsthaft die Frage geprüft, ob die Tat dieses Angeklagten nur noch mit der Todesstrafe ausreichend gesühnt werden kann.“ Doch letztlich hielt die ansonsten als besonders „scharf“ bekannte Kammer 1 des Hanseatischen Sondergerichts Albin Berlin die Hilfe für die schwerkranke Ehefrau, seine schwierige Lebenssituation und die insgesamt eher geringen Mengen gestohlener Lebens- und Genußmittel zugute. Das Urteil lautete daher „nur“ auf fünf Jahre Zuchthaus und fünf Jahre Ehrverlust.

Damit war der Oberreichsanwalt beim Reichsgericht jedoch nicht einverstanden und legte Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil ein. Am 7. November 1944 trat daraufhin der 4. Strafsenat des Reichsgerichts zusammen, um erneut gegen Albin zu verhandeln. An den Feststellungen des Hanseatischen Sondergerichts wurde keine Kritik geübt. Gleichwohl erfolgte eine Aufhebung des Urteils, und das Reichsgericht setzte auch gleich selbst ein neues Strafmaß fest. Dabei gab sich der 4. Strafsenat mit einer zweiseitigen Begründung keine besondere Mühe. Es hieß dort im wesentlichen nur: „Volksschädlingen von der Art des Angeklagten muß schärfstens entgegengetreten werden. Das Gerechtigkeitsgefühl des Volkes und die Rücksicht auf seine Wohlfahrt gebieten in diesem Fall die Todesstrafe.“ Albin Berlin wurde kurz darauf hingerichtet.

3. Polenstrafrecht: „Die Ehre des deutschen Volkes frech verhöhnt . . .“

Der Schneider Bronislaw Duda aus der Umgebung Krakaus war im September 1939 in deutsche Kriegsgefangenschaft geraten³⁵⁾. Von der Wehrmacht wurde er kurzerhand zum „Zivilarbeiter“

³⁵⁾ Nach Akte 12 Son KLs 235/42 des Sondergerichts Kiel im Landesarchiv Schleswig-Holstein.

erklärt und nach Dithmarschen, an die Westküste Schleswig-Holsteins, in Marsch gesetzt. Dort mußte Bronislaw Duda gemeinsam mit einem weiteren Polen auf einem Bauernhof arbeiten. Spannungen zwischen dem zum Betriebsführer aufgestiegenen Landarbeiter W. und seinen beiden polnischen Untergebenen, die er meist als „Schweine“ oder „Lumpen“ titulierte, waren an der Tagesordnung. Im Oktober 1942 eskalierten die Streitereien: Nach einem erregten Wortwechsel und gegenseitigem Geschubse gingen W. und Duda mit Forken aufeinander los. Der Deutsche lag kurz darauf mit einer Kopfverletzung blutend am Boden. Er wurde von den beiden Polen sofort zur Hofstelle gebracht und dort von einem Arzt versorgt. Schon bald war die Kopfverletzung wieder verheilt.

Bronislaw Duda wurde kurz darauf verhaftet und vor dem Sondergericht Kiel angeklagt. Am 15. Januar 1943 fand in Neumünster die Hauptverhandlung gegen ihn statt. Dabei stand nun Aussage gegen Aussage: Der Dithmarscher Landarbeiter nämlich behauptete, daß Duda auf freiem Feld die Arbeit verweigert habe und, zur Rede gestellt, handgreiflich geworden sei. Duda dagegen erklärte, daß er von dem Deutschen beschimpft und mit der Forke geschlagen worden sei, worauf er sich lediglich verteidigt habe. Ohne den einzigen unbeteiligten Zeugen, nämlich den zweiten polnischen „Zivilarbeiter“, gehört zu haben, kam das Sondergericht bei der Bewertung der widersprüchlichen Aussagen kurzerhand zu folgendem Schluß: Die „Einlassung des Angeklagten ist innerlich von vornherein unglaubwürdig und wird durch die glaubhafte, eidliche Aussage des Zeugen W. widerlegt“. Also wurde festgestellt, daß der Pole eine gefährliche Körperverletzung im Sinne der §§ 223, 223 a RStGB begangen habe.

In der schriftlichen Urteilsbegründung führte das Sondergericht weiter aus: „Der Angeklagte ist Angehöriger eines Volkstums, das . . . insbesondere bei der Verfolgung der Volksdeutschen eine erhebliche Gehässigkeit gegen das Deutschtum und eine maßlose Grausamkeit gezeigt und dem deutschen Volk schweres Leid zugefügt hat . . . Der Angeklagte hätte demnach allen Anlaß gehabt, sich anständig und gesetzmäßig zu verhalten und fleißig zu arbeiten. Stattdessen hat er durch seine Straftat die Großmütigkeit des deutschen Volkes aufs schwerste mißachtet und den Frieden des bäuerlichen Betriebes aufs schwerste gestört. Darüber hinaus hat er durch seine Tat die Ruhe und Sicherheit der vom Kriege betroffenen deutschen Volksgemeinschaft stark gefährdet, die Ehre des deutschen Volkes frech verhöhnt und dadurch die gerechte Empörung und Verbitterung der volksbewußten Volksgemeinschaft herbeigeführt . . . Nach alledem erfordern das Verlangen nach gerechter Sühne sowie das Schutzbedürfnis des deutschen Volkes die Todes-

straße. Auf diese war gemäß III Abs. 2 der Polenstrafrechtsverordnung zu erkennen.“

Duda wurde anschließend in das Hamburger Untersuchungsgefängnis überführt, wo die Hinrichtung stattfinden sollte. Hier verfaßte er am 12. Februar 1943 eine „Berufungs-Appellation“, in der er erneut seine Unschuld beteuerte und darum bat, doch den Polen, mit dem er gemeinsam gearbeitet hatte, zu vernehmen. Erst jetzt sah sich die Staatsanwaltschaft beim Landgericht Kiel veranlaßt, den einzigen unbeteiligten Zeugen jenes Vorfalls zu hören, der zur Verhängung des Todesurteils geführt hatte. Dessen Aussage stimmte weitgehend mit den Angaben Dudas überein. Den Staatsanwälten kamen nun wegen der bevorstehenden Hinrichtung offenbar doch Bedenken, jedenfalls ließen sie Duda nahelegen, einen Wiederaufnahmeantrag zu stellen.

Das weitere Schicksal Dudas konnte bislang nicht geklärt werden. Die Befreiung dürfte er allerdings kaum mehr erlebt haben. Denn selbst wer als Pole 1943 der justizförmigen Ermordung entging, wurde in der Regel an die Gestapo überstellt. Und das bedeutete den langsamen, qualvollen Tod im Konzentrationslager.

4. „Heimtücke“: Der „Führer“ als „Teppichbeißer“

Auf Grund einer Denunziation kam die Staatspolizeileitstelle Potsdam im August 1942 einer Bibliotheksinspektorin der Berliner Reichstagsverwaltung auf die Spur, die geäußert haben sollte. „daß der Führer sehr aufgeregt sei und sich schon vor Erregung auf den Teppich geworfen . . . habe“³⁶⁾. Die Bibliotheksinspektorin sagte aus, daß ihr der in der Reichstagsbibliothek beschäftigte Regierungsekretär Max Backhaus von den „Erregungszuständen“ des „Führers“ berichtet habe. Der 56jährige Backhaus wurde daraufhin am 23. September von Beamten der Staatspolizeileitstelle Berlin vernommen. Er gab die inkriminierte Äußerung ebenfalls zu und wurde nach seiner Vernehmung wegen der zu erwartenden „hohen Strafe“ in Untersuchungshaft genommen, während die Bibliothekarin der Reichstagsbibliothek, deren Vater als Senatspräsident beim Kammergericht fungierte, auf freiem Fuß bleiben konnte.

Allerdings ließ die Anklageerhebung auf sich warten. Nachdem sich die Kriminalpolizei und der Amtsvorsteher am Wohnort von Backhaus positiv über ihn geäußert hatten, wurde er aus der Untersuchungshaft entlassen. Erst am 9. April 1943 er-

hob die Staatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin nach § 1 des „Heimtücke“-Gesetzes Anklage, und am 5. Mai fand die Hauptverhandlung vor der Kammer III des Sondergerichts Berlin statt. Seitens der Reichstagsverwaltung waren ein Ministerialdirigent, ein Oberregierungsrat, ein Bibliotheksdirektor und ein Bibliotheksrat erschienen, um für die Angeklagten auszusagen. Darüber hinaus stand der bereits erwähnte Senatspräsident als Zeuge für seine Tochter zur Verfügung. Der Staatsanwalt beantragte, Backhaus mit acht Monaten und die Bibliotheksinspektorin mit sechs Monaten Gefängnis zu bestrafen. Die Verteidigung plädierte auf eine mit der Untersuchungshaft als verbüßt anzusehende Gefängnisstrafe für Backhaus und auf eine Geldstrafe für die Bibliotheksinspektorin.

Das Urteil entsprach dem Strafantrag des Staatsanwalts. Hinsichtlich der „heimtückischen“ Äußerungen führte das Sondergericht aus: „Daß die Erzählung von angeblichen Erregungszuständen des Führers . . . frei erfunden ist, bedarf keiner Ausführung. Sie dient offensichtlich nur dazu, den Führer als einen kranken und unbeherrschten Menschen hinzustellen, der den Anforderungen, die die Führung des von ihm geschaffenen Großdeutschen Reichs an ihn stellt, nicht gewachsen ist, und damit das Vertrauen in die Richtigkeit seiner Maßnahmen zu erschüttern. Daß solche Gerüchte dazu angetan sind, das Wohl des Reiches und das Ansehen der Reichsregierung sowie der NSDAP schwer zu schädigen, versteht sich von selbst.“ „Zum Zwecke einer angemessenen Sühne“ und „im Interesse der Abschreckung“ seien die verhängten Gefängnisstrafen erforderlich.

Allerdings ging die Strafvollstreckung für die beiden Verurteilten glimpflich ab. Zunächst war das Gericht nämlich schon einen Tag nach der Hauptverhandlung gebeten worden, „im Interesse des Ansehens der Reichstagsverwaltung . . . von einer Bekanntmachung der . . . erkannten Strafen in der Presse absehen zu wollen“. In den folgenden Wochen setzten sich zudem verschiedene Instanzen der Reichstagsverwaltung weiterhin mit Eingaben und positiven Beurteilungen für eine Begnadigung der beiden Verurteilten ein. Tatsächlich machte der Generalstaatsanwalt beim Landgericht Berlin daraufhin von der Möglichkeit Gebrauch, die verhängten Gefängnisstrafen auf drei Jahre zur Bewährung auszusetzen.

5. Berichte über den Judenmord als „Wehrkraftzersetzung“

Ein Büroangestellter der Gemeindeverwaltung Hamburg war 1943 nach Weißrußland in das „Reichskommissariat Ostland“ abgeordnet worden, um dort bei der Aushebung von Arbeitskräften für die deutsche Kriegswirtschaft zu hel-

³⁶⁾ Nach Akte 3 Sond KMs 36/43 des Sondergerichts Berlin im Archiv der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin. — Die Behauptung, daß Hitler zu unkontrollierten Wutausfällen neige und sich als „Teppichbeißer“ betätige, war 1942 durchaus weitverbreitet, vgl. Ian Kershaw, Der Hitler-Mythos. Volksmeinung und Propaganda im Dritten Reich, Stuttgart 1980, S. 165.

fen³⁷⁾. Als er sechs Monate später nach Hamburg zurückkehrte, hatte er sich in seinem Verhalten völlig verändert. Im Freundes- und Verwandtenkreis berichtete er immer wieder „von Partisanenkämpfen, von seinem Revolver, von der Umzingelung eines Dorfes durch die SS“, beteuerte allerdings, selbst „nie Kämpfe mitgemacht oder jemand erschossen“ zu haben. Ende Februar 1944 wurde er vom Dienststellenleiter gefragt, wie er über die Kriegslage denke. Nun brach es aus ihm heraus: „Der Krieg sei für uns verloren. Es würde sich noch rächen, daß deutsche Verbände in Litauen etwa 26 000 Juden erschossen hätten.“ Sämtliche Parteigenossen würden nach der Niederlage für die in Rußland verübten Verbrechen erschossen. „Das sei noch gar nichts, im Verhältnis zu dem, was von uns in Rußland erschossen worden sei. Dort seien mehrere Massengräber von je mehreren tausend Juden, die von der SS umgelegt worden wären. Kattyn sei gar nichts dagegen.“

Der Büroangestellte wurde kurz darauf in Untersuchungshaft genommen und vor dem Hanseatischen Oberlandesgericht wegen „Wehrkraftzersetzung“ angeklagt. Die Hauptverhandlung fand am 10. November 1944 statt. Der Angeklagte erklärte, daß er durch die Überanstrengung beim „Osteinsatz“ nervenschwach geworden sei und sein Gedächtnis versage. Er könne sich daher nicht erinnern, vom Judenmord berichtet zu haben. Anschließend führte der Bruder seiner Ehefrau aus, daß der Angeklagte sich seit dem „Osteinsatz“ in seinem Wesen stark verändert habe; er habe allerdings schon früher „leicht gewinkt“ und sei „sehr weich gewesen“. Darauf wurde ein psychiatrischer Gutachter gehört. Der bestätigte, daß der Angeklagte möglicherweise an einer Depression gelitten habe und noch darunter leide, bezeichnete ihn aber doch als strafrechtlich voll verantwortlich. Damit wurde die Beweisaufnahme geschlossen.

In der Urteilsbegründung bewertete der 1. Strafsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts das Ergebnis der Beweisaufnahme folgendermaßen: „In den nachgewiesenen Äußerungen liegt der Versuch, die Partei- und Volksgenossen in dem Glauben an den guten Sinn, die Gerechtigkeit und den Erfolg des deutschen Kampfes zu erschüttern und sie zu kleinmütig berechnender Treulosigkeit gegenüber der Reichsführung und charakterloser Anpassung an eine vermeintlich sich ankündigende Veränderung der Verhältnisse und Rache der Ju-

³⁷⁾ Nach Urteil O. Js. 76/1944 des Hanseatischen Oberlandesgerichts im Archiv der Generalstaatsanwaltschaft bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht. — Zu den Geschehnissen im „Reichskommissariat Ostland“ und den darüber in Deutschland verbreiteten Berichten vgl. auch Klaus Bästlein, Das „Reichskommissariat Ostland“ unter schleswig-holsteinischer Verwaltung und die Vernichtung der europäischen Juden, in: Kurt Hamer (Hrsg.), 50 Jahre nach den Judenpogromen. Reden zum 9./10. November 1988 in Schleswig-Holstein, Kiel 1989.

den zu verleiten. In einem derartigen Verhalten liegt ein hinterhältiger Angriff auf den völkischen Willen zu wehrhafter Selbstbehauptung . . . Der Angeklagte ist hiernach schuldig, öffentlich den Willen des deutschen Volkes zur wehrhaften Selbstbehauptung zu lähmen und zu zersetzen versucht zu haben.“ Allerdings nahm das Oberlandesgericht einen minder schweren Fall von „Wehrkraftzersetzung“ an, da „der Angeklagte . . . doch zweifellos in seinem Denken und Fühlen als abartig auffällt und infolge der Maßlosigkeit seiner Bemerkungen von seinen Hörern alsbald richtig eingeschätzt worden ist“. Das Strafmaß gegen den Büroangestellten lautete auf drei Jahre Zuchthaus. Alle Anzeichen sprechen dafür, daß er die NS-Herrschaft überlebte.

6. „Ein ausgesprochener Staatsfeind“ vor dem Volksgerichtshof

Am 12. August 1944 machte der 48jährige Kammermusiker Ernst Fink seiner Verärgerung über die Schließung der Schauspielhäuser und Theater im Zuge des „totalen Kriegseinsatzes“ Luft³⁸⁾. Er schnitt im Stadttheater Erfurt, wo er beschäftigt war, aus zwei Führerbildern die Köpfe heraus. Zwar ersetzte Fink die Führerbilder nach einigen Tagen heimlich durch neue, aber seine Tat war nicht unbemerkt geblieben. Die Ermittlungen der Geheimen Staatspolizei führten bald auf die Spur des Kammermusikers. Bei einer Hausdurchsuchung wurde belastendes Material sichergestellt.

Am 14. Dezember 1944 stand Fink als Angeklagter vor dem 3. Senat des Volksgerichtshofes. In der gerade eineinhalbseitigen Urteilsbegründung führte das Gericht, nachdem es den Lebensweg des Angeklagten mit fünf Zeilen abgehandelt hatte, im Zusammenhang mit den bei der Haussuchung beschlagnahmten Unterlagen aus: „Fink ist ein ausgesprochener Staatsfeind. Seine Gesinnung ergibt sich eindeutig aus einem bei ihm vorgefundenen Zeitungsbericht über die Verhandlung gegen die Verräter vom 20. Juli 1944, den er mit handschriftlichen Bemerkungen versehen hat. Er bezeichnet darin die Verräter als ‚deutsche Patrioten‘, als ‚wahrheits- und vaterlandsliebend‘, als ‚Helden und mutige Männer‘ und ihr gemeinsames Verbrechen als ‚Heldentat‘, ‚kühne Tat‘ und als ‚kühnste Tat der deutschen Geschichte‘. Die Verhandlung vor dem Volksgerichtshof nennt er ein ‚unwürdiges Kasperletheater‘, die Richter und den Oberreichsanwalt ‚Hakenkreuzverbrecher‘ bzw. ‚Kriegsverbrecher‘ und das Urteil einen ‚brutalen Mord‘.“

³⁸⁾ Nach Urteil des Volksgerichtshofes mit dem Aktenzeichen 3 L 522/44/4 J 2052/44 im Zentralen Parteiarchiv der SED beim Institut für Marxismus-Leninismus in Berlin (Akte NJ 4392). Zu einem ähnlichen Fall siehe Friedrich Lambart (Hrsg.), Tod eines Pianisten. Karlobert Kreiten und der Fall Höfer, Berlin 1988.

Damit war im Grunde bereits das Urteil über Fink gesprochen, denn Kritik an der eigenen Verhandlungsführung und Rechtsprechung war für Mitglieder des Volksgerichtshofes unerträglich. Allerdings handelte es sich bei den Aufzeichnungen Finks ja um Unterlagen, die er nicht öffentlich gemacht hatte und die daher im Rahmen einer Verurteilung wegen „Wehrkraftzersetzung“ nicht herangezogen werden konnten. So mußte zusätzlich noch der am Wohnort des Angeklagten aktive Blockleiter gehört werden, der aussagte, Fink habe ihm erklärt, „erst müsse Hitler weg und wir müßten eine andere Regierung haben, und dann müßten wir kapitulieren“. Zwar bestritt Fink diese Äußerung, aber der Volksgerichtshof hielt ihn dennoch für überführt. Die Zerstörung der Führerbilder konnte Fink ohnehin nicht leugnen. Und so kam der Volksgerichtshof zu folgendem Urteil: „Auf Wehrkraftzersetzung steht die Todesstrafe. Ein minder schwerer Fall, der eine mildere Strafe rechtfertigen würde, liegt bei dem Angeklagten nicht vor. Die Schwere der Tat und die staatsfeindliche Gesinnung des Täters machen die Todesstrafe um der Sicherheit des Reiches willen erforderlich. Der Senat hat den Angeklagten daher zum Tode verurteilt . . .“ Das weitere Schicksal Ernst Finks ist unbekannt. Es ist aber wahrscheinlich, daß das Todesurteil bis Kriegsende noch vollstreckt wurde.

7. Der Widerstand: „Unverbesserlich und unbelehrbar“

Am 5. September 1944 standen der 40jährige Kraftfahrer Anton Saefkow, der 37jährige Schlosser Franz Jacob und der 49jährige Feinmechaniker Bernhard Bästlein vor dem Volksgerichtshof in Berlin³⁹⁾. Ihnen wurde vorgeworfen, als kommunistische „Spitzenfunktionäre“ Vorbereitung zu Hochverrat, Feindbegünstigung und Wehrkraftzersetzung betrieben zu haben. Die drei Angeklagten standen tatsächlich seit 1933 unbeirrt im Widerstand gegen den Nationalsozialismus und waren auch einschlägig vorbestraft. Nachdem sie wegen Vorbereitung zum Hochverrat etliche Jahre im Zuchthaus und im KZ hatten verbringen müssen, bauten Bästlein und Jacob ab 1941 in ihrer Heimatstadt Hamburg eine neue Widerstandsorganisation auf, die sich vor allem auf Kleingruppen in den Betrieben stützte. Neben einer intensiven Mundpropaganda und der Verbreitung eines Flugblatts lassen sich vereinzelt Sabotageakte in Rüstungsbetrieben nachweisen. Darüber hinaus wurde Verbindung mit Gruppen von Kriegsgefangenen und Zwangsarbeitern aufgenommen und humanitäre Hilfe für sie organisiert. Mit Wilhelm Guddorf in Berlin, der auch innerhalb der Uhrig- und Schulze-

Boysen-/Harnack-Organisation mitarbeitete, fanden regelmäßige Treffen statt. Zudem wurden Kontakte nach Rostock, Bremen, Lübeck, Kiel und Flensburg geknüpft. Die Gestapo kam der nordwestdeutschen Widerstandsorganisation erst im Sommer 1942 auf die Spur. Während Bästlein am 17. Oktober 1942 verhaftet wurde, konnte Jacob nach Berlin entkommen.

Dort baute er gemeinsam mit Saefkow in den folgenden Jahren die wohl größte deutsche Widerstandsorganisation während des Krieges auf. Auch in Berlin wurden vor allem Kleingruppen in den Betrieben gebildet. Zu den Widerstandsgruppen um Dr. Theodor Neubauer und Georg Schumann in Sachsen und Thüringen konnten feste Verbindungen geknüpft werden. Zahlreiche Flugblätter und Druckschriften fanden Verbreitung. Die Berliner Organisation, zu der im Frühjahr 1944 im übrigen auch Bästlein stieß, nachdem er bei einem Luftangriff aus dem Gefängnis Plötzensee entkommen war, löste sich dabei — auch unter dem Einfluß des in Moskau agierenden „Nationalkomitee Freies Deutschland“ — immer mehr vor dogmatischen kommunistischen Positionen. Es gelang ihr, viele Sozialdemokraten sowie Ärzte, Künstler und Angestellte für die Mitarbeit zu gewinnen. Im Vorfeld des 20. Juli 1944 trafen sich Saefkow und Jacob mit den Sozialdemokraten Julius Leber und Adolf Reichwein, um über eine von beiden Seiten angestrebte Zusammenarbeit nach dem Staatsstreich gegen Hitler zu beraten. An diesem Gespräch nahm jedoch auch ein Gestapo-Spitzel teil. Seine Angaben führten kurz darauf nicht nur zur Verhaftung der Gesprächsteilnehmer, sondern auch zur Aufrolung nahezu der gesamten Berliner Widerstandsorganisation.

Diese Vorgänge bildeten den Hintergrund für die am 5. September 1944 stattfindende Hauptverhandlung vor dem 2. Senat des Volksgerichtshofes. Obwohl die Angeklagten ihre Taten nicht leugneten, verlief der Termin doch nicht ganz reibungslos. Denn die alten KPD-Funktionäre waren noch aus der Zeit vor 1933, als sie häufiger wegen politischer Delikte vor Gericht gestanden hatten, mit dem Strafprozeßrecht vertraut. So verlangten Saefkow und Bästlein die Aussetzung der Verhandlung, weil sie sich wegen Nichteinhaltung der Ladungsfristen nur unzureichend auf ihre Verteidigung vorbereiten konnten. Der 2. Senat des Volksgerichtshofes lehnte diesen Antrag jedoch kurzerhand ab. Zuvor hatten sich auch die Officialverteidiger gegen den Antrag ihrer „Mandanten“ ausgesprochen.

So konnte der Volksgerichtshof das Verfahren, über dessen Ausgang von vornherein kein Zweifel möglich war, noch am 5. September 1944 abschließen. Im letzten Absatz der Urteilsbegründung hieß es: „Saefkow, Jacob und Bästlein sind alte kommunistische Funktionäre, die von einem abgründigen

³⁹⁾ Der Darstellung des Verfahrens liegt das Urteil I H 208/44/8 J 157/44 des Volksgerichtshofs im Privatbesitz des Verfassers zu Grunde, aus dem die nachfolgenden Zitate entnommen wurden.

Haß gegen unseren Führer und unseren Staat erfüllt sind und daraus selbst in der Hauptverhandlung kein Hehl gemacht haben. Sie sind unbelehrbar und unverbesserlich. Die wegen Vorbereitung zum Hochverrat von ihnen verbüßten Strafen haben ebensowenig Eindruck bei ihnen hinterlassen wie ihr nachfolgendes Verweilen im Konzentrationslager. Sie haben vornehmlich im 5. Kriegsjahr die KPD in einem derartigen Umfang wieder aufgezo- gen und die Wehrmacht zu zersetzen versucht, daß hier für das Reich die allerschwersten Gefahren heraufbeschworen wurden . . . Das Volksgericht hat somit Saefkow, Jacob und Bästlein zum Tode verurteilt. Sie haben sich durch ihre Verratstat für immer ehrlos gemacht.“ Am 18. September 1944 wurden Anton Saefkow, Franz Jacob und Bernhard Bästlein im Zuchthaus Brandenburg mit dem Fall- teil hingerichtet.

8. Zur Einordnung der dargestellten Einzelfälle

Auch wenn es sich bei den vorstehend geschilderten Einzelfällen keineswegs um eine repräsentative Auswahl handelt, können sie gleichwohl einige Tendenzen der strafrechtlichen Praxis während des Krieges verdeutlichen. Dies zeigt auch eine detail- lierte Übersicht über die im Jahr 1943 verhängten Todesurteile⁴⁰⁾. Danach war allein im „Altreich“ und dem „Protectorat“ (ohne „eingegliederte Ost- gebiete“ und „Generalgouvernement“) gegen insgesamt 4 442 Personen von deutschen Gerichten auf die Todesstrafe erkannt worden. Die Zahlen der auf Grund „krimineller“ (45,6 %) und „politi- scher“ (54,4 %) Delikte verhängten Todesurteile hielten sich dabei in etwa die Waage. Von den ins- gesamt 2 028 Todesurteilen wegen „krimineller“ Delikte ergingen allein 938 gegen „gefährliche Ge- wohnheitsverbrecher“, die als „Diebe, Betrüger, usw.“ definiert wurden. Zu ihnen gehörte auch die Taschendiebin Nelly Gethe aus Berlin-Kreuzberg (Fall 1). 258 weitere Todesurteile wurden gegen „Postmarder“ bei Reichsbahn und Reichspost ver- hängt (vgl. Fall 2). 250 Todesurteile ergingen gegen „Gewaltverbrecher“, 236 auf Grund der Kriegswirtschaftsverordnung gegen „Schieber“, 182 gegen „Plünderer“ nach § 1 der Volksschäd- lingsverordnung und 114 wegen Sittlichkeitsverbre-

⁴⁰⁾ Die Übersicht wurde 1944 im Reichsjustizministerium erstellt und im als „geheim“ gekennzeichneten „Informationsdienst des Reichsministers der Justiz“, Beitrag 46, wie- dergegeben. Es handelt sich um die letzte autorisierte Über- sicht zu den im Krieg verhängten Todesurteilen. Insgesamt weist die Statistik unter der Überschrift „Die Zahl der Todes- urteile seit Kriegsbeginn“ für 1939 (1. September–31. De- zember) 99, für 1940 926, für 1941 1 292, für 1942 3 660 und für 1943 5 336 Todesurteile deutscher Gerichte aus. Siehe BA, R 22/4003, fol. 74.

chen⁴¹⁾. Von den insgesamt 2 414 Todesurteilen auf Grund „politischer“ Delikte wurden 1 745 ge- gen angebliche „Hoch- oder Landesverräter“ (vgl. Fall 7) verhängt. 138 Todesurteile ergingen wegen „Sabotage und Aufsässigkeit ausländischer Arbei- ter“ (vgl. Fall 3) und 108 wegen „Wehrkraftzerset- zung“ (vgl. Fall 6)⁴²⁾. Diese Zahlenangaben ver- deutlichen die Streuung der am schwersten bestraf- ten Delikte während des Krieges. Dabei ist die Ten- denz zum „Abgleiten in die Todesstrafe“ nicht nur in politischen Verfahren, sondern auch bei Prozes- sen auf Grund krimineller Handlungen unüberseh- bar.

Wie schon dargestellt, war der Ermessensraum der Staatsanwaltschaften und Gerichte nach dem „Kriegsstrafrecht“ praktisch unbegrenzt. Einfache Diebstähle im Sinne des § 242 RStGB konnten mit einigen Wochen Gefängnis oder – unter Anwen- dung der Verordnung gegen Volksschädlinge – mit der Todesstrafe geahndet werden (Fall 2). Bei regimekritischen Äußerungen war es möglich, daß das erste Verfahren mit einer Bewährungsstrafe aus dem „Heimtücke“-Gesetz abgeschlossen wurde (Fall 4), das zweite zu einer Zuchthausstrafe wegen „Wehrkraftzersetzung“ führte (Fall 5) und das dritte mit der Verhängung der Todesstrafe endete (Fall 6). Die Auflösung eines an objektiven Krite- rien orientierten Handlungsstrafrechts brachte das faktische Ende der Rechtssicherheit mit sich. Die Lehre vom Tätertyp im Strafrecht, die auf subjek- tive Momente und die Gesinnung der Delinquenten abstellte, verstärkte diese Entwicklung noch zusätz- lich.

Auch auf prozessuaem Gebiet wurde die straf- rechtliche Praxis von Elementen des Zufalls und der Willkür geprägt. Denn es konnte von buchstäb- lich existenzieller Bedeutung sein, ob eine krimi- nelle Handlung vor dem Einzelrichter, der Straf- kammer oder dem Sondergericht angeklagt wurde. Die Staatsanwaltschaft entschied darüber nach freiem Ermessen. Und von nicht geringerer Bedeu- tung war es bei regimekritischen Äußerungen auch, ob das Reichsjustizministerium die Strafverfolgung aus dem „Heimtücke“-Gesetz anordnete oder das Verfahren an den Oberreichsanwalt abgegeben wurde. Im ersten Fall konnte der Beschuldigte mit einer mehrmonatigen Gefängnisstrafe davonkom- men. Im zweiten Fall drohten bei Abgabe der Sache an ein Oberlandesgericht mehrere Jahre Zucht- haus, oder es mußte vor dem Volksgerichtshof mit

⁴¹⁾ 50 weitere Todesurteile ergingen auf Grund anderer De- likte wie Brandstiftung etc. Die Abgrenzung der auf Grund einzelner Straftaten verhängten Todesurteile erfolgte nicht immer zuverlässig, da eine Reihe von Einzeldelikten unter täterorientierten Sammelbegriffen wie „gefährliche Ge- wohnheitsverbrecher“ zusammengefaßt wurden.

⁴²⁾ 423 weitere Todesurteile wurden auf Grund anderer „poli- tischer“ Delikte verhängt; davon allein 282 wegen „Verbre- chen gegen die Besatzungsmacht“.

der Verhängung der Todesstrafe gerechnet werden.

Die „Abgrenzung von Zersetzungs- und Heimtückesachen“ bereitete dabei erhebliche Probleme, was 1943 zur Bildung eines eigenen „Zersetzungs-sonderreferats“ im Reichsjustizministerium führte. Zudem wurde bei einer Tagung der Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte am 3./4. Februar 1944 versucht, an Hand einer Fallsammlung Klarheit über die Anwendung der vollkommen offenen und miteinander konkurrierenden Tatbestände der §§ 1 und 2 „Heimtücke“-Gesetz und § 5 Kriegssonderstrafrechts-Verordnung zu schaffen⁴³⁾. Doch der Versuch scheiterte recht kläglich — und es blieb bei willkürlichen Beurteilungen der jeweiligen Einzelfälle.

In den Prozessen selbst waren Verfahrensverstöße und eine rigorose Gängelung der Verteidigung an der Tagesordnung. Über die Nichteinhaltung von Ladungsfristen etwa setzte sich der Volksgerichtshof kurzerhand „contra legem“ hinweg, wobei die vom Gericht ausgewählten Officialverteidiger dem auch noch offen zustimmten (Fall 7). In den Verfahren vor den Sondergerichten nahmen Strafverteidiger oft nur noch reine Statistenrollen ein (Fall 1). Zu besonders eklatanten Rechtsbrüchen kam es in Prozessen nach der Polenstrafrechtsverordnung (Fall 3). Hier zeigten die einseitigen Ermittlungspraktiken der Staatsanwaltschaften und das Vorgehen der Sondergerichte zudem, wie weit sich der Grundsatz „völkischer Ungleichheit“ in der Justizpraxis tatsächlich durchgesetzt hatte.

V. Das Verhalten der Richter und Staatsanwälte

Vor dem Hintergrund der Praxis deutscher Strafgerichte während des Krieges stellt sich die Frage nach dem Verhalten der Richter und Staatsanwälte mit besonderem Nachdruck. Allerdings kann auch

Schließlich ist nicht zu übersehen, daß es sich bei vielen Prozessen nur noch um reine Scheinverfahren handelte. In Hamburg beispielsweise hielt der Oberlandesgerichtspräsident ab Mai 1942 „Vor- und Nachschauen“ zur Urteilsfindung bei den Sondergerichten ab, bei denen die zur Verhandlung anstehenden Fälle einschließlich des zu verhängenden Strafmaßes mit Richtern und Staatsanwälten besprochen wurden⁴⁴⁾. Zwar sind gerade hinsichtlich dieser „Lenkung“ große regionale Unterschiede zu beachten, aber Absprachen zwischen Richtern und Staatsanwälten waren bald allgemein an der Tagesordnung. In Berlin hieß es zum Beispiel häufig, daß „höheren Orts“ die Verhängung eines Todesurteils erwartet werde (vgl. Fall 1). Und tatsächlich griff das Reichsjustizministerium ab 1942 laufend mit Einzelfallweisungen in schwebende Verfahren ein. Zum Alltag der Sondergerichte zählten allerdings auch Verfahren, die selbst in den letzten Kriegsjahren vollkommen undramatisch verliefen und mit vergleichsweise milden Strafen endeten. Die Tochter eines Senatspräsidenten beim Kammergericht etwa wurde wegen regimekritischer Äußerungen nicht einmal in Untersuchungshaft genommen, und auch ansonsten kamen sie und ein gut beleumundeter Kollege glimpflich davon (Fall 4). Dieselbe Sondergerichtskammer, die „Volksschädlinge“ oder „Gewohnheitsverbrecher“ zum Tode verurteilt hatte, konnte gegen Regimegegner aus einem anderen sozialen Umfeld auf Geldbußen oder geringe Gefängnisstrafen erkennen. Gerade solche Phänomene bedürfen — wie die Urteilspraxis der Sondergerichte insgesamt — noch weiterführender Untersuchungen.

diese Frage hier nicht umfassend beantwortet werden, sondern es ist wiederum nur möglich, einige Tendenzen der Entwicklung anzudeuten. Dabei muß erneut nach den einzelnen Instanzen und regional differenziert werden.

1. Das Reichsgericht

Das Leipziger Reichsgericht, bei dem schon lange vor 1933 antirepublikanische und autoritäre Dispositionen deutlich hervorgetreten waren, versuchte nach 1933, den Erwartungen der neuen Machthaber zu entsprechen⁴⁵⁾. So unterblieben auch in der Zeit

⁴³⁾ Eine 16seitige, „vertrauliche“ Aufzeichnung über die Tagung am 3. und 4. Februar 1944, die unter dem Datum vom 19. Februar 1944 vom Reichsjustizministerium an Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte versandt wurde, enthält die angesprochene Fallsammlung zur „Abgrenzung von Zersetzungs- und Heimtückesachen“. Sie war nach dem Anschreiben des Ministeriums „gleichfalls auf den vorgesehenen Besprechungen mit den Richtern und Staatsanwälten“ der einzelnen Oberlandesgerichtsbezirke „zu eröffnen“. Siehe: BA, R 22/110.

⁴⁴⁾ Die Protokolle der Hamburger Sondergerichtsbesprechungen sind vollständig überliefert im Staatsarchiv Hamburg, Abteilung 213-1 (Oberlandesgericht-Verwaltung), Ablieferung 8, Akten 3131 E — 1a bis 1n.

⁴⁵⁾ Zur Situation am Reichsgericht siehe — auch hinsichtlich der nachfolgenden Zahlenangaben — F. K. Kaul, (Anm. 6), insb. S. 51—62 und 240—259; G. Jasper (Anm. 8).

der nationalsozialistischen Herrschaft massive Eingriffe in die Personalstruktur des höchsten deutschen Gerichts. Von den 110 Richtern und Staatsanwälten, die dort zwischen 1933 und 1945 tätig waren, stammten 54,5 Prozent aus Akademikerfamilien und 40,5 Prozent aus Familien mit anderem bürgerlichen Hintergrund (Beamte, Kaufleute, etc.); 4,5 Prozent waren Söhne von Landwirten und 0,5 Prozent Söhne von Handwerkern. Kinder von Arbeitern und kleinen Angestellten waren am Reichsgericht nicht vertreten. Obwohl weniger als die Hälfte der Richter und Staatsanwälte am Reichsgericht der NSDAP angehörte, judizierten sie bis 1945 ohne erkennbaren Druck von außen im Sinne der nationalsozialistischen Machthaber. In den „Richterbriefen“ des letzten Reichsjustizministers Thierack wurden Entscheidungen des Reichsgerichts sogar immer wieder besonders lobend hervorgehoben⁴⁶). So scheint es tatsächlich dem „Gerechtigkeitsgefühl“ der Richter des 4. Strafsenats entsprochen zu haben, die fünfjährige Zuchthausstrafe gegen den „Postmarder“ Albin Berlin, der unter anderem für seine krebserkrankte Frau gestohlen hatte, in die Todesstrafe umzuwandeln (Fall 2).

2. Der Volksgerichtshof

Beim 1934 neuerrichteten Volksgerichtshof lagen natürlich andere Voraussetzung vor als beim Reichsgericht⁴⁷). Hier bestand die Möglichkeit, ein im Wortsinne „nationalsozialistisches“ Tribunal zu institutionalisieren. Doch die Ausstattung des neuen Gerichts zog sich zunächst bis 1936 hin, und 1939 waren gerade 16 Berufsrichter am Volksgerichtshof beschäftigt. Soweit Personalunterlagen der dort tätigen Justizjuristen überliefert sind, spielten bis in die Kriegszeit hinein neben Parteimitgliedschaft und „politischer Zuverlässigkeit“ auch fachliche Kriterien für ihre Auswahl noch eine entscheidende Rolle. Bei den ehrenamtlichen Beisitzern dominierten Offiziere der Wehrmacht, Repräsentanten von SS und Polizei sowie Vertreter von Parteiformationen. Entgegen manchen anderslautenden Darstellungen stand auch die Rechtsprechung des Volksgerichtshofes bis 1942 noch deutlich in der Tradition hergebrachter politischer Strafjustiz. Das schloß allerdings auch in dieser Zeit offene Rechtsbrüche nicht aus.

Erst unter Roland Freisler wurde der Volksgerichtshof tatsächlich zu einem „nationalsozialisti-

schen Revolutionstribunal“⁴⁸). Der Geschäftsanfall hatte zu dieser Zeit so stark zugenommen, daß 1943 insgesamt 47 Berufsrichter sowie 61 Staatsanwälte beim Volksgerichtshof und seiner Oberreichsanwaltschaft beschäftigt waren. Die ab Herbst 1942 einsetzende Prozeßführung und Urteilspraxis hatte mit justizförmigen Verfahren nur noch wenig gemein. In vielen Verhandlungen, deren Ergebnis – wie bei den Prozessen gegen die Verschwörer des 20. Juli 1944 – von vornherein feststand, ging es offenbar nur noch um die Herabsetzung und Demütigung der Angeklagten durch Freisler. Sein Stil wurde dabei rasch auch von anderen Senaten des Gerichts kopiert, wie das Urteil gegen den „ausgesprochenen Staatsfeind“ Ernst Fink zeigt (Fall 6).

3. Die Oberlandesgerichte

Wie erwähnt, ist die Forschungslage zu den politischen Strafsenaten bei den Oberlandesgerichten besonders schlecht⁴⁸). Daß in diesem Zusammenhang regionale Differenzierungen unerlässlich sind, macht allerdings bereits ein Blick auf die Organisationsgeschichte des Hanseatischen Oberlandesgerichts und des Berliner Kammergerichts deutlich. Die Strafsenate des Hanseatischen Oberlandesgerichts wurden ab 1933 in die Personalpolitik und die Justizlenkungs-Maßnahmen des Hamburger Oberlandesgerichtspräsidenten Rothenberger einbezogen. Die Situation am Kammergericht war dagegen nach 1933 davon geprägt, daß eine Reihe abgelöster Oberlandesgerichts- und Senatspräsidenten nach Berlin versetzt wurde.

In den ersten Jahren der nationalsozialistischen Herrschaft kam den Strafsenaten bei den Oberlandesgerichten bei Massenprozessen gegen Widerstandskämpfer aus der Arbeiterbewegung besondere Bedeutung zu. Ihre Urteilspraxis blieb dabei zwar am hergebrachten politischen Strafrecht orientiert, erweckt auf Grund der ausgedehnten Tatbestände und verschärften Strafen aber gleichwohl den Eindruck einer regelrechten „Kampf-rechtsprechung“ gegen Kommunisten und Sozialdemokraten. Nachdem die Geschäftstätigkeit ab 1936/1937 stark rückläufig war und zur vorübergehenden Auflösung einer Reihe von Strafsenaten führte, stieg die Zahl der Verfahren in der zweiten Kriegshälfte wieder rapide an. Und obwohl gerade bei den Oberlandesgerichten stets altgediente und eher nationalkonservative Richter und Staatsanwälte dominierten, urteilten auch sie in aller Regel so, wie es die Oberreichsanwaltschaft beim Volksgerichtshof in den abgegebenen Verfahren erwartete. Sogar die Verbreitung von Berichten über den

⁴⁶) Vgl. Heinz Boberach (Hrsg.), Richterbriefe. Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942–1944, Boppard/Rhein 1975.

⁴⁷) Zur Situation am Volksgerichtshof siehe – auch hinsichtlich der nachfolgenden Zahlenangaben – die in Anm. 26 genannte Literatur. Personalunterlagen von Mitarbeitern des Volksgerichtshofes sind unter anderem im Bundesarchiv, Bestand R 22 – Personalakten, und im Berlin Document Center überliefert.

⁴⁸) Vgl. Anm. 30. Die nachfolgenden Angaben stützen sich auf die Generalakten des Hanseatischen Oberlandesgerichts im Staatsarchiv Hamburg, Abt. 213-1, sowie freundliche Hinweise von Heino Lüth (Berlin), der an einer Dissertation über das Kammergericht zwischen 1933 und 1945 arbeitet.

Judenmord wurde 1944 vom Hanseatischen Oberlandesgericht als „Wehrkraftzersetzung“ mit einer dreijährigen Zuchthausstrafe belegt (Fall 5).

4. Die Sondergerichte

Hinsichtlich der Sondergerichte gilt das Gebot regionaler Differenzierung noch stärker als bei den Oberlandesgerichten. Während 1933 ursprünglich in jedem der 25 Oberlandesgerichtsbezirke jeweils ein Sondergericht errichtet worden war, wuchs ihre Gesamtzahl bis 1942 auf über 70 an⁴⁹⁾. In einigen Oberlandesgerichtsbezirken bestanden schließlich sogar drei oder vier Sondergerichte. Da sie jeweils am Sitz eines Landgerichts errichtet und überwiegend mit dort beschäftigten Richtern besetzt wurden, waren auch die regionalen Besonderheiten auffallend groß. Allein die organisatorischen Strukturen der Sondergerichte in Hamburg, Berlin und Kiel wiesen erhebliche Unterschiede auf.

Auf die in Hamburg besonders ausgeprägte Justizlenkung mit den wöchentlichen Sondergerichtsbesprechungen ist bereits hingewiesen worden. Daneben trat in der Hansestadt eine gezielte Personalpolitik des Oberlandesgerichtspräsidenten Rothenberger, die auf die Schaffung eines im Nationalsozialismus verwurzelten Richterkorps für das Sondergericht abzielte. Der steigende Geschäftsanfall und die zahlreichen Einberufungen machten die Realisierung dieses Zieles im weiteren Kriegsverlauf zwar praktisch unmöglich, aber die Parteimitgliedschaft blieb in der Hansestadt stets Voraussetzung für die Tätigkeit am Sondergericht⁵⁰⁾. Ganz anders lagen die Verhältnisse dagegen bei dem etwa dreimal so großen und wesentlich unübersichtlicheren Berliner Sondergericht, das zeitweilig bis zu neun Kammern zählte. Zwar gab es auch hier Ansätze zur Justizlenkung und Versuche einer personalpolitischen Ausrichtung, aber die Wirkung scheint eher gering geblieben zu sein. So waren viele Berliner Sonderrichter nicht einmal Parteimitglieder. Das Reichsjustizministerium klagte wiederholt über eine „zu milde“ Urteilspraxis des Berliner Sondergerichts in „Heimtücke“-Verfahren. Tatsächlich lag das durchschnittliche Strafmaß in diesen Verfahren dort nur halb so hoch wie bei den Sondergerichten in Hamburg und Kiel. Andererseits bewirkte die Nähe zum Reichsjustizministerium, daß es in Berlin besonders häufig zu gezielten Eingriffen in Einzelverfahren kam. Dies wirkte sich

vor allem auf die Strafpraxis in Verfahren auf Grund krimineller Delikte aus. Die Zahl der Todesurteile lag beim Sondergericht Berlin besonders hoch⁵¹⁾.

Wiederum anders war das Sondergericht Kiel strukturiert. Direkte Maßnahmen zur Justizlenkung blieben hier die Ausnahme, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, daß Richter und Staatsanwälte in dem relativ kleinen Bezirk ohnehin miteinander vertraut waren. Das Sondergericht tagte in der Regel unter dem Vorsitz eines älteren und „politisch zuverlässigen“ Landgerichtsdirektors sowie mit zwei jüngeren Beisitzern, die regelmäßig nach einiger Zeit ausgewechselt wurden. Für die jüngeren Beisitzer war die Tätigkeit am Sondergericht offenbar eine Bewährungsstation. Tatsächlich konnte das „dritte juristische Staatsexamen“, das justizintern zum Aufstieg in Beförderungsstellen berechtigte und traditionell den Oberlandesgerichten vorbehalten war, während des Krieges auch an den Sondergerichten abgelegt werden⁵²⁾.

Schon dieser kurze Überblick zeigt, wie unterschiedlich sich die Situation der Richter und Staatsanwälte an den Sondergerichten gestalten konnte. Die Karriere-Hoffnungen junger Assessoren, Staatsanwälte und Richter standen neben dem Sendungsbewußtsein einiger überzeugter Nationalsozialisten und der „Pflichterfüllung“ vieler älterer, im Grunde nationalkonservativer Juristen. Allen gemeinsam war, daß sie in der täglichen Praxis den an sie gestellten Anforderungen nachzukommen versuchten. Wurde von vorgesezter Stelle also signalisiert, daß wieder einmal ein Todesurteil verhängt werden sollte, so kamen die Richter und Staatsanwälte dieser Erwartung nach. Ihr Gehorsam eilte sogar oft voraus. Dabei darf ebenfalls das Maß politisch-ideologischer Übereinstimmung vieler eher konservativer Juristen mit dem Nationalsozialismus nicht übersehen werden. Denn der deutsche Konservatismus wies in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ja eine weitgehend offene Flanke zu antidemokratischen, völkisch-nationalistischen und rassistischen Positionen auf. Das Verfahren gegen den Polen Bronislaw Duda zeigt, wie weit sich das Prinzip „völkischer Ungleichheit“ selbst in der entlegenen Provinz Schleswig-Holstein durchgesetzt hatte (Fall 3).

Daneben wirkten in der sondergerichtlichen Praxis natürlich auch aus der Rechtssoziologie bekannte Phänomene fort. Der unehelich geborenen, einfachen Maschinenarbeiterin Nelly Gethe, die auch noch vorübergehend als Bardame gearbeitet hatte und einschlägig vorbestraft war, mochten Berliner

⁴⁹⁾ Eine Übersicht über die insgesamt 55 Sondergerichte, die am 15. März 1940 bestanden, in: Deutsche Justiz, (1940), S. 323 f.

⁵⁰⁾ Vgl. hierzu die nahezu vollständig überlieferten Generalakten des Hanseatischen Oberlandesgerichts und des Landgerichts Hamburg aus der Zeit von 1933 bis 1945 im Staatsarchiv Hamburg, Abt. 213-1 (Oberlandesgericht-Verwaltung) und Abt. 213-3 (Landgericht-Verwaltung).

⁵¹⁾ Zur Entwicklung beim Sondergericht Berlin siehe die im Archiv der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Berlin überlieferten Generalakten, bei denen es sich allerdings nur um Splitterbestände handelt.

⁵²⁾ Zum Sondergericht Kiel siehe Anm. 19.

Sonderrichter keine mildernden Umstände zubilligen (Fall 1). Die Persönlichkeit der Angeklagten stieß offenbar auf tradierte Vorurteile. Selbst stark verminderte oder gänzlich auszuschließende Zurechnungsfähigkeit der kleptomatischen Taschendiebin fand keine Berücksichtigung. Wenn in der Urteilsbegründung schließlich von einer „haltlosen, für die Gemeinschaft gefährlichen und nicht mehr besserungsfähigen Verbrecherin“ die Rede war, so wird auch die ideologische Nähe zum überzeugten Nationalsozialisten Thierack deutlich, der hinsichtlich der Justiz von der „volkshygienischen Aufgabe einer fortgesetzten Reinigung des Volkskörpers“ sprach⁵³).

Ganz anders verhielt sich das Sondergericht Berlin dagegen in einem Verfahren wegen regimekritischer Äußerungen gegenüber der Tochter eines Senatspräsidenten beim Kammergericht, wobei auch der Auftritt einer Reihe führender Mitarbeiter der Reichstagsverwaltung in dem Prozeß seine Wirkung nicht verfehlt haben dürfte. Und schließlich zeigt das Verfahren gegen den „Postmarder“ Albin Berlin, daß das besonders stark nationalsozialistisch ausgerichtete Hanseatische Sondergericht offenbar eher geneigt war, mildernde Umstände zu berücksichtigen, als das von Maßnahmen zur Justizlenkung unberührte Leipziger Reichsgericht (Fall 2).

Sicherlich wurde im Rahmen der Justizlenkung ein erheblicher Druck auf die Richter und Staatsanwälte ausgeübt. Sie konnten sich aber bei abweichenden Entscheidungen immer noch damit rechtfertigen, daß die Hauptverhandlung ein ganz neues Bild von Tat und Täter ergeben habe. Jedenfalls läßt sich die Urteilspraxis während des Krieges nicht allein mit dem Hinweis auf die Justizlenkung erklären, sondern gerade das Verhalten der Richter

⁵³) Zitiert nach dem Bericht Thieracks über „Die Strafrechtspflege im fünften Kriegsjahr“, in: BA, R 22/5016.

und Staatsanwälte bedarf noch weiterführender, differenzierter Untersuchungen. Dabei wird das hier angesprochene Motivbündel zu berücksichtigen sein: der Druck vorgesetzter Stellen einerseits und die politisch-ideologischen Übereinstimmungen mit dem Nationalsozialismus andererseits, die Karriere-Hoffnungen der jungen Juristen und die mißverständene „Pflichterfüllung“ vieler älterer Richter und Staatsanwälte, die regional abweichenden Organisationsstrukturen der Justiz und die tradierten Wertvorstellungen der dort tätigen Juristen.

Auch weit über 40 Jahre nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft steht die Forschung zur Justiztätigkeit zwischen 1933 und 1945 immer noch am Anfang. Quellenorientierte und empirisch angelegte Studien stoßen bei der Forschungsförderung und in manchen Archiven sogar auf zunehmende Schwierigkeiten⁵⁴). Dabei sind die in der öffentlichen Diskussion vorherrschenden Vor- und Werturteile zur NS-Justiz wenig hilfreich – und nur das genaue Hinschauen nützt. Zwar wiederholt sich die Geschichte bekanntlich nicht. Aber gerade die Auseinandersetzung mit der NS-Zeit kann Sensibilität für gegenwärtige und künftige Fehlentwicklungen der Rechtspolitik und Justizpraxis schärfen.

⁵⁴) Die Behinderungen durch Archivbehörden, die sich mit vorgeschobenen „Datenschutz“-Argumentationen als Zensoren der wissenschaftlichen Forschung gerieren, haben ein erhebliches Ausmaß angenommen. So verweigert die Landesarchivverwaltung Rheinland-Pfalz dem jüdischen Historiker Raymond Wolff, der an der Edition der letzten Briefe seiner 1942 nach Polen deportierten und dort ermordeten Großeltern arbeitet, die Auswertung von für sein Editionsprojekt einschlägigen Akten aus der NS-Zeit. In dieser Sache ist jetzt eine Klage gegen das Land Rheinland-Pfalz vor dem Verwaltungsgericht Koblenz anhängig. Vgl.: Datenschutz und Forschungsfreiheit. Die Archivgesetzgebung des Bundes auf dem Prüfstand, bearbeitet und eingeleitet von Jürgen Weber, München 1986.

Die Justiz in den Westzonen und der frühen Bundesrepublik

I. Vom Stillstand der Rechtspflege zum Wiederaufbau

Am Ende des Zweiten Weltkrieges trat etwas ein, was in § 245 der Zivilprozeßordnung bis dahin eine lediglich theoretische Bedeutung gehabt hatte: ein Stillstand der Rechtspflege. Die deutschen Gerichte wurden durch die Proklamation Nr. 1 des Oberbefehlshabers der Alliierten Streitkräfte, General Eisenhower, geschlossen¹⁾. Als Strafjustiz richteten die Militärregierungen zunächst eigene Besatzungsgerichte ein. In den Besatzungszonen wurde dann jedoch die deutsche Rechtspflege wieder zugelassen: Die Sowjets ordneten an, daß die deutsche Justiz bis zum 1. Oktober 1945 neu zu organisieren sei. Auch in den anderen Zonen begann im Herbst 1945 die Rekonstruktion deutscher Gerichtsbarkeit unter Aufsicht der Besatzungsmächte. Im Frühjahr 1946 waren überall die ordentlichen Gerichte wieder halbwegs funktionsfähig. Der Alliierte Kontrollrat in Berlin hatte für diese Aufgabe den Gerichts Aufbau des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung vom 22. März 1924 zugrunde gelegt²⁾. So entstand die deutsche Justiz in der bekannten Dreistufigkeit: Amtsgericht — Landgericht — Oberlandesgericht. Lediglich ein Ersatz für das Reichsgericht fehlte.

1. Die Entwicklung in den Besatzungszonen

Gleichwohl gab es nicht unbedeutende Unterschiede zwischen den Zonen. Die Briten behielten sich gerade auch auf dem Justizsektor die entscheidenden Kompetenzen vor³⁾. Da die Länderbildung sich verzögerte, gab es keine deutschen Landesjustizministerien, denen die Gerichtsbarkeit organisatorisch zugeordnet werden konnte. Die neu eingesetzten Oberpräsidenten der Provinzen waren nicht geeignet, die einem Justizminister zukommenden Aufgaben wahrzunehmen, da ihre Behörden der Inneren Verwaltung angehörten. So unterstellten die Briten die neu ernannten Oberlandesgerichtspräsidenten unmittelbar der Legal Division der Control Commission for Germany. Unter Auf-

sicht der Besatzungsmacht übten sie in ihren Bezirken jeweils die Personalhoheit im Justizwesen einschließlich der Disziplinargewalt aus. Außerdem durften sie Gesetzesinitiativen entfalten und sich gutachtlich zur Gesetzgebung äußern.

Selbst als in der britischen Zone die Bildung der Länder die Zuordnung zu den Landesjustizministerien ermöglicht hätte, blieben die Briten zunächst bei dieser Konstruktion und verweigerten die Einrichtung von Justizressorts bei den neuen Landesregierungen. Am 1. Oktober 1946 errichteten sie statt dessen das Zentraljustizamt der britischen Zone. Diesem Amt wurden die justizministeriellen Funktionen im Rahmen der Gesetzgebung sowie Teile der bisher den Oberlandesgerichtspräsidenten zustehenden Personalangelegenheiten übertragen. Erst zu Beginn des Jahres 1947 erhielten die mittlerweile nun doch eingerichteten Landesjustizministerien allmählich die ihnen zustehenden Kompetenzen, womit schrittweise die Allkompetenz der Präsidenten wieder auf ihren traditionellen Bereich reduziert wurde.

Noch eine weitere Besonderheit der Justiz der Nachkriegszeit entstand in der britischen Besatzungszone⁴⁾: Da es an einem die Rechtseinheit wahren Obersten Gericht fehlte, kam es zu Divergenzen in der Rechtsprechung, die auch durch Chefbesprechungen der Oberlandesgerichtspräsidenten nicht ausgeglichen werden konnten. An ein gesamtdeutsches Revisionsgericht war angesichts der sich im Laufe des Jahres 1947 immer deutlicher abzeichnenden politischen Entwicklung nicht zu denken. Als auch bei der Bildung der Bizone im Dezember 1946 dieses Anliegen nicht vorangebracht werden konnte, errichteten die Briten für ihre Zone den „Deutschen Obersten Gerichtshof für die Britische Zone“, eine ausdrücklich als „vorläufig“ bezeichnete Revisionsinstanz zur Wahrung der Einheit der Rechtsprechung in der britischen Zone. Er wurde am 29. Mai 1948 in Köln eröffnet, wo er bis zu seiner Schließung am 30. September 1950 amtiert hat.

4) Vgl. dazu: Reinhard Zimmermann, Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (1948—1950) und die Fortbildung des Bürgerlichen Rechts, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, (1981) 3, S. 158 ff.

¹⁾ Amtsblatt der Militär-Regierung 1 Nr. 1 Artikel III (= Artikel I des Gesetzes Nr. 2 des Obersten Befehlshabers).

²⁾ Proklamation Nr. 3 vom 20. Oktober 1945; Kontrollratsgesetz Nr. 4 vom 30. Oktober 1945; Kontrollratsdirektive Nr. 24 vom 12. Januar 1946 Ziffer 87, 88; Nr. 38 vom 12. Oktober 1946.

³⁾ Vgl. dazu: Joachim Reinhold Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945—1949, Königstein 1979.

Anders verlief die Entwicklung in der amerikanischen Besatzungszone⁵⁾. Nur anfangs vollzog sich hier die Reorganisierung der Justiz auf der Ebene der Gerichtsbezirke. Da es jedoch in dieser Zone bald zur Bildung von Ländern kam, erhielten die Justizverwaltungen sehr bald ihre Spitze in den jeweiligen Justizministerien. Diese besaßen im Länderrat ein Koordinierungsgremium. Dennoch entwickelte sich kein einheitlicher Gerichts Aufbau. Ein Obergericht für die Zone wurde nicht geschaffen.

Die Franzosen richteten in ihrer Zone die Justiz entsprechend dem Kontrollratsgesetz nach dem alten Gerichtsverfassungsgesetz neu ein. Allerdings regulierten sie alles streng zentralistisch und behielten die Kontrolle über die deutsche Justiz vollständig in der Hand. Das Oberste Militärgericht in Rastatt konnte als Kassationsgerichtshof für die französische Zone jedes deutsche Urteil aufheben⁶⁾.

Eine Sonderentwicklung machte die Justiz in Berlin durch, wo es zunächst eine gemeinsame Justizverwaltung der Alliierten gab. In der Alliierten Kommandantur und im Kontrollrat zerbrach jedoch durch die Spannungen zwischen West und Ost die Gemeinsamkeit zwischen den Besatzungsmächten. Im Zuge der Berlin-Krise von 1948 begann der Exodus des Justizpersonals in die Westsektoren, die Justizverwaltung spaltete sich. Für die Westsektoren entstanden ein eigenes Landgericht sowie das Kammergericht.

In der sowjetisch besetzten Zone verlief der Wiederaufbau der Justiz in organisatorischer Hinsicht zunächst nicht gar so anders als in den Westzonen⁷⁾. Schon mit Befehl vom 17. Juli 1945 erhielten die Justizabteilungen der neu gebildeten Länderverwaltungen in der Deutschen Zentralverwaltung für Justiz einen Überbau. In dieser Zentrale wie auch durch eine gezielte Personalpolitik in den Gerichten begann die Durchdringung der Gerichtsbarkeit im Sinne der im April 1946 gegründeten SED. Dieser Prozeß führte schließlich zu einer vom Westen abweichenden Entwicklung der Justiz.

Organisatorisch war also die ordentliche Gerichtsbarkeit in den vier Besatzungszonen — trotz gemeinsamer Grundlage im alten Gerichtsverfassungsgesetz — keineswegs einheitlich wiedererstand. Ansätze zu überregionaler Zusammenfassung gab es nur in der Deutschen Zentralverwaltung für Justiz in der sowjetisch besetzten Zone sowie im Zentraljustizamt der britischen Zone. Überzonale Einrichtungen entstanden erst spät, z. B. mit dem Rechtsamt der Verwaltung des Ver-

einigten Wirtschaftsgebietes ab 24. Juli 1948⁸⁾ oder mit dem Obergericht in Köln, das auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts erstinstanzliche Zuständigkeit für die Bizone besaß⁹⁾.

Neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit entstanden allmählich auch die Spezialgerichtsbarkeiten neu. Nachdem zunächst über arbeitsrechtliche Streitigkeiten — wie vor dem Arbeitsgerichtsgesetz von 1926 — wieder die Zivilgerichte entschieden hatten, ordnete der Kontrollrat mit dem Gesetz Nr. 21 vom 30. März 1946 die Wiedereinrichtung von Arbeitsgerichten nebst Landesarbeitsgerichten als Rechtsmittelinstanzen an. Damit begann die moderne Geschichte der Arbeitsgerichtsbarkeit in Westdeutschland.

Von genauso weitreichender Bedeutung war die Entscheidung der Besatzungsmächte, die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der Grundlage des Generalklausel-Modells neu zu etablieren. In Deutschland hatte sich im 19. Jahrhundert nur in wenigen Ländern der Grundsatz durchgesetzt, daß alle belastenden Verwaltungsakte gerichtlich anfechtbar sein müßten. Insbesondere Preußen hatte dieses Prinzip nur für polizeiliche Verwaltungsakte anerkannt, während im übrigen Verwaltungsakte nur dann vor die Verwaltungsgerichte gebracht werden konnten, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen war (Enumerativprinzip). Die generelle Einführung der Generalklausel sowie die vollständige organisatorische Trennung der Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Verwaltung auch in der ersten Instanz und damit die absolute richterliche Unabhängigkeit für die gesamte Verwaltungsgerichtsbarkeit waren weitreichende Entscheidungen für die Durchsetzung rechtsstaatlichen Denkens im westlichen Nachkriegsdeutschland.

2. Die Entscheidungen des Parlamentarischen Rates

Als auf der Herreninsel im Chiemsee (10. — 23. August 1948) und dann in Bonn durch den Parlamentarischen Rat (1. September 1948 bis 8. Mai 1949) die verfassungsrechtlichen Grundlagen für den neu zu gründenden Weststaat gelegt wurden, gab es um die Stellung der Dritten Gewalt kaum Diskussionen. Man war sich grundsätzlich einig darin, daß die Justiz im Gefüge des neuen Staates eine gegenüber den beiden anderen Gewalten völlig gleichberechtigte Position erhalten müsse. Zu diesem Zweck wollte man alle bisher selbständigen Zweige der Gerichtsbarkeit zu einer Einheitsjustiz zusammen-

⁸⁾ Verordnung Nr. 126 der Britischen Militärregierung; Proklamation Nr. 7 der US-Militärregierung; Gesetz über das Rechtsamt des Vereinigten Wirtschaftsgebietes vom 24. Juli 1948, in: Gesetz und Verordnungsblatt des Vereinigten Wirtschaftsgebietes Nr. 77.

⁹⁾ Vgl. Tilman Pünder, Das bizonale Interregnum. Die Geschichte des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1946—1949, Köln-Berlin 1966, S. 191 ff.

⁵⁾ Vgl. dazu: Michael Stolleis, Rechtsordnung und Justizpolitik 1945—1949, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München 1982, S. 396 f.

⁶⁾ Vgl. ebd., S. 397.

⁷⁾ Ebd., S. 391 ff.

lassen, die einem Rechtsprechungsministerium und nicht den jeweiligen Fachministerien unterstehen sollte. Dieses Konzept scheiterte am Mißtrauen der Gewerkschaften gegenüber den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, denen sie nicht wieder die Entscheidung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten anvertraut sehen wollten. Als infolgedessen die Arbeitsgerichtsbarkeit aus dieser Konzeption herausgenommen wurde, ließ sich der Gedanke der Einheitstjustiz nicht mehr halten.

So entstand das Justizsystem der Bundesrepublik Deutschland mit der Trennung der ordentlichen Gerichtsbarkeit von den Spezialgerichtsbarkeiten. Für jeden Gerichtszweig wurde ein Oberes Bundesgericht geschaffen, während die übrige Gerichtsorganisation entsprechend der föderativen Struktur der Bundesrepublik und gemäß deutscher Tradition Ländersache blieb (Artikel 92, 95 GG). Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung war ein Oberstes Bundesgericht vorgesehen. Dieses Gericht wurde allerdings nie eingerichtet. Durch ein Gesetz vom 18. Juni 1968 wurden daraus die Konsequenzen gezogen und Artikel 92 und 95 GG geändert¹⁰⁾. Die Oberen Bundesgerichte wurden zu Obersten Bundesgerichten, die nach Artikel 95 Abs. 3 GG und dem Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1969¹¹⁾ lediglich bei Bedarf einen gemeinsamen Senat bilden sollen.

War somit eine grundsätzliche Neustrukturierung der Gerichtsbarkeit gescheitert, so kam es doch zu einer folgenreichen Neuerung dadurch, daß einem Bundesverfassungsgericht die Entscheidung über die Auslegung des Grundgesetzes und die Verfassungsmäßigkeit des Handelns der Legislative wie der Exekutive anvertraut wurde (Artikel 93 GG)¹²⁾. Hierfür gab es in Deutschland keine konkreten Vorbilder. Es bedeutete die Lösung des alten Problems der Neutralisierung politischer Macht im Gewaltenteilungssystem durch ein justizstaatliches Modell, das in anderen politischen Systemen westlicher Prägung in einer so radikalen Form unbekannt ist. In seiner Tendenz entspricht diese Konzeption aber der deutschen Tradition, politische Konflikte zu verrechtlichen.

Die Konstruktion war nicht unumstritten. In Kreisen der SPD gab es Unbehagen, eine so wichtige politische Aufgabe den Juristen anzuvertrauen. Auf Seiten der Christdemokraten wurde die Wahl der Bundesverfassungsrichter durch politische In-

stanzen mit Mißtrauen beobachtet. Im Ergebnis führte aber gerade die Kombination beider Faktoren — hohe juristische Fachkompetenz und politische Einflußnahme auf die Wahl — dazu, daß das neue Gericht sehr bald zu einer allseits anerkannten Autorität wurde. Die Parteien waren nämlich durch den Wahlmodus daran gehindert, fachlich nicht qualifizierte Kandidaten aufzustellen, weil sie auf den Konsens mit den anderen Parteien angewiesen waren. Andererseits verbürgte das politische Moment, daß eine rein juristische Sozialisation als Qualifikation nicht ausreichte, wodurch sich die Richterschaft des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich anders rekrutierte als die der übrigen Gerichtszweige. Dabei verhinderte die juristische Professionalität der Richter zudem, daß reine Parteipolitik sich in Rechtsprechung umsetzte. Mit Recht errang dieses Gericht mit seiner Judikatur daher — bei aller Kritik im einzelnen — große Anerkennung.

3. Probleme und Ergebnisse der Entnazifizierung

So kompliziert der Rekonstruktionsvorgang der Justiz auch anmuten mag — das eigentliche Problem lag darin, wie diese neuen Institutionen personell besetzt werden konnten. Allen Alliierten war die Überzeugung gemeinsam, daß die deutschen Beamten und Richter das Funktionieren des NS-Unrechtsstaates überhaupt erst ermöglicht hatten und mehr oder weniger tief in das staatliche Unrecht verstrickt waren. Daher wollten sie die Mitglieder des alten Staatsapparates nur in Ausnahmefällen am Aufbau eines demokratischen Deutschland beteiligen¹³⁾.

In diesem Sinne begann die Entnazifizierung mit dem sogenannten automatischen Arrest für alle greifbaren Funktionsträger des Dritten Reiches¹⁴⁾. Beim Wiederaufbau der Justiz wurden zunächst nur völlig unbelastete Juristen verwendet. Schon bald zeigte es sich jedoch, daß durch eine so drakonische Entnazifizierung der Justiz der Stillstand der Rechtspflege faktisch nicht beseitigt werden konnte. In Westfalen hatten beispielsweise 93 Prozent des Justizpersonals der NSDAP oder einer ihrer Nebenorganisationen angehört¹⁵⁾. Im bevölkerungsreichen Hamburg konnten nur 27 Richterstel-

¹³⁾ Vgl. dazu Abschnitt III, Germany, A.IV.4 des Potsdamer Abkommens vom 2. August 1945, in: Dokumente des geteilten Deutschlands, hrsg. von Ingo von Münch, Stuttgart 1976², S. 36, Nr. 3 d.

¹⁴⁾ Zur Entnazifizierung: Bernhard Diestelkamp, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, in: Juristische Schulung, (1981), S. 489 ff., bes. S. 486 Anm. 5; Klaus-Dietmar Henke, Die Grenzen der politischen Säuberung in Deutschland nach 1945, in: Westdeutschland 1945—1955, Schriftenreihe der Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, hrsg. von Ludolf Herbst, München, 1986, S. 127 ff.

¹⁵⁾ Diese Beispiele nach J. R. Wenzlau (Anm. 3), S. 103.

¹⁰⁾ BGBl. I, S. 657.

¹¹⁾ BGBl. I, S. 661.

¹²⁾ Vgl. Rainer Wahl/Frank Rottmann, Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik — im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar, in: Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, Industrielle Welt Bd. 34, hrsg. von Werner Conze und Rainer M. Lepsius, Stuttgart 1983, S. 339 ff.

len nach diesem Maßstab besetzt werden, in Bremen sogar nur zwei.

Angesichts dieser Situation gab es zwei Reaktionsmöglichkeiten: Man konnte versuchen, diese Phase durch konsequente Nachwuchsförderung möglichst bald zu überwinden. In der sowjetisch besetzten Zone geschah dies durch Schnellkurse für Volksrichter und Volksstaatsanwälte, die ohne Rücksicht auf die Ausbildungsqualität nach kurzer Zeit für die Besetzung der neuen Positionen zur Verfügung standen. Diese Form der Neustrukturierung gelang dort auch deshalb so reibungslos, weil die alte bürgerliche Funktionselite aus politischen Gründen das Feld räumte bzw. räumen mußte. Ein solches Konzept radikaler personeller Umbesetzung des Justizapparates paßte sich in die geplante Umgestaltung der Rechtsordnung ein, für die eine nach überkommenen Regeln professionalisierte Handhabung des Rechtes nicht notwendig, sondern eher hinderlich war.

Wollte man dagegen wie die westlichen Besatzungsmächte die bürgerliche Rechts- und Wirtschaftsordnung nur umgestalten, nicht aber beseitigen, so mußte man fast zwangsläufig möglichst bald auf die für die Rechtsanwendung qualifizierten Fachleute zurückgreifen und die Maßstäbe für die Wiederverwendung der alten Beamten und Richter lockern. Zunächst behandelte man alle Juristen, die erst nach 1937 in die NSDAP eingetreten waren ebenso als Unbelastete wie ehemalige Wehrmächtsrichter, die in der Regel den Eintritt in die Partei hatten vermeiden können¹⁶⁾. Als auch auf diese Weise der Personalbedarf nicht befriedigt werden konnte, führten zum Beispiel die Briten in ihrer Zone bereits Ende Oktober 1945 die sogenannte Huckepack-Regel ein, nach der für jeden Unbelasteten ein formell Belasteter wieder in den Justizdienst zurückkehren durfte. Doch selbst damit waren bei weitem nicht alle Richterstellen wieder zu besetzen, so daß die Briten Mitte Juli 1946 diese Klausel aufhoben und akzeptierten, daß alle als „Entlastete“ oder als „Mitläufer“ eingestuft wiederverwendet werden durften. Dies öffnete die Schleuse für einen immer mächtiger werdenden Rückfluß ehemaliger Richter und Staatsanwälte in die Justiz, zumal die Entnazifizierung zunehmend weniger sauber funktionierte. Schon Mitte 1948 waren in der Britischen Zone 30 Prozent der Gerichtspräsidenten und sogar 80 bis 90 Prozent der Landgerichtsdirektoren und Landgerichtsräten ehemalige Parteimitglieder.

Schließlich setzte sich der Grundsatz durch, daß den alten Planstelleninhabern ihre Stellen dadurch freizuhalten waren, daß man ihre Aufgaben durch Flüchtlinge als beauftragte Richter wahrnehmen ließ, bis der alte Stelleninhaber das Entnazifizie-

rungsverfahren erfolgreich durchlaufen hatte. Dieses System war folgerichtig von dem Zeitpunkt an, von dem an die Wiedereinstellung nur eine Frage der Zeit war und angesichts liberaler Entnazifizierungspraxis die Rückkehr nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt schien. Als sich Ende 1948 die Legal Division dafür aussprach, die im Entnazifizierungsverfahren in die Kategorien 4 („Mitläufer“) und 5 („Entlastete“) eingeordneten Richter und Staatsanwälte bei ihrer Wiedereinstellung wenigstens eine Amtsstufe niedriger einzustufen, ergab sich zur größten Überraschung der Briten, daß dies aus rechtlichen Gründen nicht mehr möglich war. Auf Grund mehrerer Urteile hatte sich die herrschende Meinung gebildet, daß Juristen dieser Kategorien einen Anspruch auf Wiedereinstellung in ihre Planstellen besäßen. Zu diesem Zeitpunkt wollten weder die Briten noch die zuständigen deutschen politischen Instanzen noch gegen diese Praxis angehen.

In den anderen westlichen Zonen war das Ergebnis trotz unterschiedlicher Entnazifizierungsmethoden nicht wesentlich anders. Aus einem Bericht des amerikanischen Landeskommissars von Bayern an Hochkommissar McCloy geht hervor, daß auch dort im Jahre 1949 von 924 Richtern und Staatsanwälten genau 752, also 81 Prozent, ehemalige Parteimitglieder waren¹⁷⁾. Die große Hoffnung der westlichen Besatzungsmächte, gerade die Justiz mit unbelastetem Personal neu aufbauen zu können, erfüllte sich letztlich nicht.

Verantwortlich für diese Entwicklung waren zwei Faktoren. Auf der einen Seite wuchs bei den westlichen Besatzungsmächten die Einsicht, daß die ursprünglich geplante scharfe und undifferenzierte Entnazifizierung so nicht durchzuführen war. Man änderte die Maßstäbe und Verfahrensweisen, bis das Thema im Zeichen der Integration Westdeutschlands in das westliche Bündnis inopportun geworden war. Speziell für die Justiz zeigte sich zudem, daß nach diesem Modus eine funktionierende Gerichtsbarkeit nicht aufzubauen war. Deshalb rückten die Militärregierungen immer weiter von ihrem ursprünglichen Ansatz ab. Teilweise kam es sogar zu mehr oder weniger heimlichen Solidarierungen mit Betroffenen¹⁸⁾.

Auf der anderen Seite wuchs auch der Unmut der deutschen Bevölkerung gegen die zu in vielerlei Hinsicht problematischen Ergebnissen führende politische Säuberung. Die Zustimmung der Deutschen zu diesen Maßnahmen sank rapide von 57 Prozent im März 1946 auf 32 Prozent im Sep-

¹⁷⁾ Vgl. Ingo Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München 1987, S. 205.

¹⁸⁾ Vgl. J. R. Wenzlau (Anm. 3), S. 117 f., S. 132 f.; Lutz Niethammer, *Entnazifizierung in Bayern*, Frankfurt 1972, S. 229 ff.

¹⁶⁾ J. R. Wenzlau (Anm. 3), S. 130 ff.

tember 1947¹⁹⁾. Dementsprechend wuchs das Verständnis für alles, was dieses Säuberungssystem unterließ. Die Restauration unter Verdrängung der eigenen Vergangenheit war eben kein Spezifikum allein des Justizsektors, sondern die Devise, unter der die ganze deutsche Nachkriegsgesellschaft im Westen den Wiederaufbau betrieb.

Da war es dann nichts Besonderes mehr, wenn schließlich von den Entnazifizierungsausschüssen in der Britischen Zone und den Spruchkammern in der amerikanischen Zone auch Richter und Staatsanwälte trotz Tätigkeit an Sondergerichten in die Kategorie der „Mitläufer“ (4) oder gar der „Entlasteten“ (5) eingestuft wurden²⁰⁾. Solche Fälle wurden in den ersten beiden Jahrzehnten der Geschichte der Bundesrepublik zu einer schweren Belastung für das Ansehen unseres jungen Rechtsstaates. Doch selbst konkrete Vorwürfe veranlaßten die Richterschaft nicht zu einer Distanzierung. Statt dessen verwahrte sich die richterliche Standesorganisation, der Deutsche Richterbund, gegen derartige „kollektive Diffamierungen der Ehre von Richtern und Staatsanwälten“ und forderte die deutsche Staatsführung auf, die nötigen Schritte zu tun, um das öffentliche Vertrauen in die Justiz zu erhalten²¹⁾. Dieser Zustand des Verdrängens und Vergessens hielt innerhalb der Justiz noch weit bis in die siebziger Jahre an. Erst allmählich begannen dann Auseinandersetzungen um das Verhältnis der Richterschaft zum Nationalsozialismus und die Rolle der Justiz im NS-Staat²²⁾ — ein Indiz dafür, daß nunmehr auch über die Implikationen der personellen Kontinuität in der Gerichtsbarkeit ohne falsch verstandene Solidarität mit Betroffenen geredet werden konnte.

Fragt man nach den Konsequenzen der weitgehenden Übernahme des Justizpersonals des Dritten Reiches in die Gerichtsbarkeit der Nachkriegszeit, so bleibt zunächst festzuhalten, daß diese personelle Kontinuität andere Folgen hatte als in Weimar. Damals hatte die junge Republik fast die gesamte Richterschaft der Monarchie übernommen. Diese dankte es dem neuen Staat jedoch nicht, sondern verharrte in einer monarchisch-reaktionären Abwehrhaltung gegenüber dem neuen Dienstherren. Dagegen wandelte sich nach den Schockerlebnissen des Krieges und der Nachkriegszeit die Haltung der Beamten- und Richterschaft zu einer positiven Einstellung zum neuen politischen Sy-

stem²³⁾. Auch darin unterschieden sich im übrigen die Juristen nicht von der Mehrheit der Gesamtbevölkerung. Als die junge Bundesrepublik mit den Erfolgen der sozialen Marktwirtschaft die Erwartungen der Deutschen nach Lösung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Probleme erfüllte, wuchs die Akzeptanz dieser neuen Ordnung, die diesen Erfolg bewirkt hatte. So wie in Weimar die wirtschaftliche Misere die Ablehnung der Republik verstärkt hatte, so festigte in der Bundesrepublik der Wirtschaftsaufschwung die Identifikation mit dem neuen Staat auch bei den alten/neuen Staatsdienern. Dieses Mal war und blieb der Rechtsstab staatstreu.

Dazu hat sicherlich auch beigetragen, daß die bundesrepublikanische Gesellschaft von Anfang an eindeutig antikommunistisch eingestellt war. Diese Haltung entsprach nicht etwa nur der des untergegangenen Dritten Reiches, sondern ebenso auch der des Konservatismus Weimarer Prägung. Auf dieser Ebene konnten die Richter also eine ihnen genehme Traditionslinie unangefochten fortführen. Insgesamt wird die Einstellung der Richterschaft der Nachkriegszeit nicht durch das Fortwirken nationalsozialistischer Gedanken charakterisiert, sondern durch eine konservative Prägung, die während der Zeit des Nationalsozialismus offenbar nur oberflächlich übertrücht worden war und darunter die Zeit überdauert hatte.

Dies gilt vor allem für die älteren Jahrgänge, die zunächst allein für die Reorganisation der Justiz zur Verfügung standen, weil die wehrfähigen Altersgruppen durch den Krieg dezimiert oder noch in Kriegsgefangenschaft waren. Diese Männer hatten ihre Ausbildung teilweise lange vor Beginn des Dritten Reiches beendet. Aber auch die mittleren und jüngeren Jahrgänge, die ihre Ausbildung erst im Dritten Reich beenden konnten, gingen durch die Schule der alten Richterschaft, so daß die Masse der alten/neuen Funktionsträger in der Justiz der Nachkriegszeit gesellschaftlich wie beruflich durch die bürgerlichen Standards des Kaiserreiches und der Weimarer Republik geprägt war — und nicht durch die des Dritten Reiches. Hatten sie sich nur äußerlich auf die Anforderungen des NS-Staates eingelassen und bei ihrer Amtstätigkeit vor 1945 die Grenze zum vorwerfbar Unrecht nicht überschritten, so konnten sie im Sinne der allgemeinen restaurativen Tendenz dem neuen Staat mit alter konservativer Gesinnung dienen.

Dieser Trend wurde noch dadurch verfestigt, daß auch die prominenten unbelasteten Justizjuristen der Nachkriegszeit, die in Führungspositionen berufen wurden, nicht selten einen besonders konservativen Typ verkörperten und mit ihrer Haltung das

¹⁹⁾ Vgl. dazu B. Diestelkamp (Anm. 14), S. 491; K.-D. Henke (Anm. 14).

²⁰⁾ Vgl. J. R. Wenzlau (Anm. 3), S. 141.

²¹⁾ Erklärungen des Präsidiums und des Vorstandes des Deutschen Richterbundes in: Deutsche Richterzeitung, (1958) 36, S. 330, und ebd., (1959) 37, S. 101.

²²⁾ Vgl. dazu u. a. die Kontroverse zwischen Udo Reifner und Günter Bertram in: Recht und Politik, (1983), S. 113 f.

²³⁾ Vgl. Erhard M. Lange, Entstehung des Grundgesetzes und Öffentlichkeit, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen, (1979) 10, S. 378 ff.

Richterkorps prägten. So spricht ein verwaltungsin-
terner Bericht der britischen Militärregierung da-
von, daß Kritiker der niedersächsischen Justiz den
als Reaktionär und Autokraten qualifizierten Ober-
landesgerichtspräsidenten Freiherrn von Hoden-
berg im Sinne hätten, wenn sie vom „spirit of Celle“
sprächen²⁴). An dieser Grundeinstellung änderte
auch das Nachrücken von Juristen nichts, die nach
dem Kriege ihre Ausbildung begannen bzw. vollendet-
en, weil alle Ausbildungs- und beruflichen So-
zialisationsfaktoren weiter in diese Richtung wies-
en.

Die juristische Ausbildung an den Universitäten
z. B. wurde sehr bald wieder von fast derselben
Personengruppe wie vor 1945 durchgeführt, und

zwar — nachdem die aufgepfropften nationalsozia-
listischen Materien und Lehren eliminiert worden
waren — in der Sache unverändert. Ebenso blieb
die Referendarzeit als wichtige Einübung nicht nur
in die juristische Praxis, sondern auch in berufsspe-
zifische Verhaltensweisen erhalten. Hier konnten
die älteren Richter die Integration des Nachwuch-
ses in den Richterstand wirkungsvoll beeinflussen.
Diese Art der Sozialisierung und Adaptierung des
richterlichen Nachwuchses erklärt im übrigen auch
weshalb der Korpsgeist der Richterschaft die
schwarzen Schafe der NS-Zeit selbst in den sechzi-
ger Jahren, als schon die Hälfte der Richterschaft
aus der Nachkriegszeit stammte, mit Solidarität um-
gab.

II. Aufgaben der Nachkriegsjustiz

1. Auseinandersetzung mit den Normen des NS-Rechts

Nachdem die deutsche Gerichtsbarkeit wieder ar-
beiten konnte, harrten ihrer große Aufgaben. In
Zeiten, in denen der Gesetzgeber nicht oder nicht
richtig arbeiten kann, schlägt die „Stunde der Jus-
tiz“²⁵). Die Richter müssen im Rahmen der Recht-
sprechung dann auch Probleme bewältigen, die zu
lösen, eigentlich dem Gesetzgeber zustünden. Eine
dieser Aufgaben bestand nach 1945 darin, zu ent-
scheiden, was von der Rechtsordnung des NS-Staa-
tes Bestand haben sollte und was nicht.

Sicherlich hatten die Besatzungsmächte die spekta-
kulärsten Teile der Nazi-Gesetzgebung durch Kon-
trollratsgesetze aufgehoben²⁶). Zudem hatten sie
verboten, das weiter geltende Recht ferner im
Sinne der NS-Weltanschauung auszulegen sowie
Rechtsprechung und Literatur aus der Zeit des
Dritten Reiches heranzuziehen. Doch wurde immer
deutlicher, daß auch eine ständige Verlängerung
der Liste aufgehobener Normen das Problem nicht
vollständig würde lösen können.

Hinzu kam, daß die Unsicherheit darüber wuchs,
was denn nun typisches NS-Recht sei, nachdem die
groben und damit eindeutigen Fälle erledigt waren.
Dies zeigte sich, als die Besatzungsmächte in ihren
Zonen zusätzlich zu den vom Kontrollrat aufgeho-
benen Gesetzen weitere NS-Normen außer Kraft
setzten. Je weiter man sich von den klaren und ein-
deutigen Fällen entfernte und in die Einzelheiten
einstieg, um so unsicherer wurde die Entscheidung.
So konnte es vorkommen, daß beispielsweise die
Britten § 48 Abs. 2 des Testamentsgesetzes vom

31. Juli 1938 und die Erbrechtsregelungsverord-
nung vom 4. Oktober 1944 für ihre Besatzungszone
als NS-Recht aufhoben, während weder der Kon-
trollrat noch die US-Militärregierung sich dieser
Maßnahme anschlossen. Vollends verwirrend wird
das Bild, wenn man berücksichtigt, daß auch deut-
sche Juristen außerhalb der Britischen Zone diese
Normen für typisch nationalsozialistisch hiel-
ten²⁷).

Es war also für die deutsche Justiz keine leichte
Aufgabe, im Einzelfall festzustellen, was geltendes
Recht war²⁸). Dabei waren die Gerichte am ehe-
sten im Straf-, Strafprozeß- und Familienrecht be-
reitet, Restbestände von NS-Recht aufzuheben, die
die Besatzungsmächte nicht erfaßt hatten. Doch im
allgemeinen hielt man sich an das positive Recht,
also an die tradierte Gesetzesordnung und die Auf-
hebungsgesetzgebung der Besatzungsmächte.

Dabei bestand Einmütigkeit in der Auffassung, daß
die Aufhebung der NS-Gesetze durch die Alliierten
keine rückwirkende Kraft haben könne, womit das
zusätzliche Problem auf die Gerichte zukam, wie sie
Verwaltungsakte und Urteile behandeln sollten, die
auf Grund solcher Normen ergangen waren. Man
unterschied zwischen den Rechtsakten in weiten
Bereichen des täglichen Lebens, die nicht nur im
Dritten Reich so und nicht anders hätten behandelt
werden können, auf der einen und offenkundigen
Unrechtsakten, die von Anfang an nichtig waren,
auf der anderen Seite: Das Problemfeld lag in der
Mitte. Hier ging man von einer Gültigkeitsvermu-
tung aus, wenn nicht gesetzliche Aufhebungsmög-
lichkeiten geschaffen worden waren wie für fami-
lienrechtliche Gerichtsentscheidungen, die „ganz
oder vorwiegend auf rassenmäßigen, politischen
oder religiösen Gründen beruhen“, oder für Straf-

²⁴) Vgl. Andreas Röpke, *Who's Who in Lower Saxony*. Ein
politischer Leitfaden der britischen Besatzungsmacht
1948/49, in: *Niedersächsisches Jahrbuch*, (1983) 55, S. 280.

²⁵) So der Titel eines Aufsatzes von Eduard Kern, in: *Deut-
sche Rechtszeitschrift*, (1947), S. 105.

²⁶) Vgl. dazu M. Stolleis (Anm. 5), S. 387 ff.

²⁷) Vgl. ebd., S. 389, bes. auch Anm. 34.

²⁸) Vgl. ebd. (Anm. 15), S. 398 ff.

urteile, die auf der Grundlage der sogenannten Volksschädlingsverordnung ergangen waren²⁹⁾.

Im Interesse der Rechtssicherheit behandelte man das Problem der Nichtigkeit von Urteilen und Verwaltungsakten nur nach den herkömmlichen methodischen Regeln, womit verdeckt wurde, daß dies die Rechtssicherheit der Bevölkerungsmehrheit war, nicht aber die der in der NS-Zeit verfolgten und benachteiligten Minderheit. Jedenfalls war dieser Problembereich durch die Rechtsprechung schon hinreichend im Sinne einer grundsätzlichen Kontinuität der Rechtsordnung entschieden worden, als der Parlamentarische Rat Artikel 123 Abs. 1 GG — „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht“ — beschloß. Die herrschende Meinung zu dieser Verfassungsnorm sprach ihr folgerichtig nur deklaratorische, nicht aber konstitutive Wirkung zu.

2. Ahndung der NS-Gewaltverbrechen

Eine weitere große Aufgabe erhielt die deutsche Justiz, als die Besatzungsmächte ihr seit dem Jahre 1946 allmählich die Ahndung von NS-Gewaltverbrechen übertrugen³⁰⁾. Sie selbst hatten zunächst gemeinsam im Nürnberger „Hauptkriegsverbrecherprozeß“ gegen die Spitzen von Regierung, Partei und Wehrmacht ein Musterverfahren durchgeführt, das allerdings keine Fortsetzung in Gestalt weiterer interalliiertem Verfahren fand. Statt dessen führten die Besatzungsmächte jeweils in ihren Zonen weitere Strafverfahren gegen NS-Größen durch, während sie zur Entlastung ihrer Militärgerichte die Ahndung anderer NS-Verbrechen schrittweise den deutschen Gerichten übertrugen. Daraufhin entbrannte eine heftige teils intern, teils publizistisch geführte Diskussion um das Kontrollratsgesetz Nr. 10 als Rechtsgrundlage für solche Verfahren³¹⁾. Die Mehrheit der deutschen Justizjuristen lehnte dieses Gesetz ab, da man darin einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot sah, und wollte die Ahndung der NS-Gewaltverbrechen allein nach den Normen des deutschen Strafrechts vornehmen.

²⁹⁾ Sogenannte Härtemilderungsklausel gemäß § 77 Ehegesetz von 1946; Kontrollratsgesetz Nr. 16 vom 20. Februar 1946; Kontrollratsgesetz Nr. 11 Art. II Abs. 1 Ziff. 1.

³⁰⁾ Dazu: Martin Broszat, Siegerjustiz oder strafrechtliche „Selbstreinigung“. Vergangenheitsbewältigung der Justiz 1945–1949, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, 29 (1981), S. 477 ff.

³¹⁾ Vgl. ebd., S. 516 ff. Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20. Dezember 1945 enthielt vier (rückwirkend normierte) Straftatbestände: Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Zugehörigkeit zu verbrecherischen Organisationen. Strafrahmen waren nicht bestimmt; Angeklagte konnten sich nicht auf zwischen 1933 und 1945 nach deutschem Recht eingetretene Verjährungen oder auf in dieser Zeit erlassene Amnestien oder Begnadigungen berufen.

Als die Alliierte Hohe Kommission mit dem Gesetz Nr. 13 vom 25. November 1949³²⁾ ab 1. Januar 1950 eine uneingeschränkte strafrechtliche Verfolgung durch die deutsche Justiz ermöglichte, waren von deutschen Gerichten auf dem Boden der Bundesrepublik insgesamt 4 419 Personen wegen NS-Verbrechen rechtskräftig verurteilt. Im gleichen Zeitraum sind 13 607 staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren sowie eine annähernd gleiche Zahl von Verurteilungen durch die Militärtribunale der westlichen Besatzungsmächte zu registrieren³³⁾. Deren Tätigkeit ging allerdings schon 1948/49 sichtlich zurück. Dasselbe ist auch für die deutsche Justiz zu konstatieren. Auch als Ende August 1951 die Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 für deutsche Gerichte von den Hochkommissaren aufgehoben wurde und damit die deutschen Richter die Gelegenheit gehabt hätten, unbelastet von Skrupeln gegen diese Rechtsgrundlage allein mit Hilfe des deutschen Strafrechts das NS-Unrecht weiter zu ahnden, sank die Zahl der Verurteilungen rapide ab, was offensichtlich auch auf die Staatsanwaltschaften so demoralisierend wirkte, daß von 1952 an auch die Zahl der Ermittlungsverfahren spürbar abnahm. Im Jahre 1954 standen 44 Verurteilungen nur noch 183 Ermittlungsverfahren gegenüber. Mit Recht ist diese Form des Vorgehens als „halbherzig“ qualifiziert worden³⁴⁾.

Erst der Besuch Bundeskanzler Adenauers in Moskau im Jahre 1955 ließ eine solche Gleichgültigkeit nicht mehr zu³⁵⁾. Der „Ulmer Einsatzgruppen-Prozeß“ lenkte schließlich die Aufmerksamkeit auf die Unzulänglichkeiten der bisher rein punktuellen und dezentralen Vorgehensweise. Eine Vereinbarung der Länderjustizminister führte am 1. Dezember 1958 zur Gründung der „Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen“ in Ludwigsburg, die nunmehr systematisch und konzentriert die verschiedenen Tatkomplexe angehen und Beweismaterial sammeln konnte.

Der daraufhin wieder sprunghaft ansteigenden Zahl von Ermittlungsverfahren entsprach allerdings nicht eine angemessene Zahl von Verurteilungen. Die von den deutschen Gerichten von Anfang an bevorzugte Verfahrensweise, das komplexe Tatgeschehen in eine Unzahl von Einzelhandlungen aufzusplitteln, wurde nicht nur der besonderen Form des staatlichen Unrechts nicht gerecht, son-

³²⁾ Amtsblatt des Hohen Kommissars Nr. 54.

³³⁾ Vgl. die Statistik bei: Adalbert Rückerl, Die Strafverfolgung von NS-Verbrechern 1945–1978, Heidelberg-Karlsruhe 1979, S. 125.

³⁴⁾ Gotthard Jasper, Wiedergutmachung und Westintegration. Die halbherzige justitielle Aufarbeitung der NS-Vergangenheit in der frühen Bundesrepublik. In: Westdeutschland 1945–1955 (Anm. 14), S. 183 ff.

³⁵⁾ Vgl. dazu A. Rückerl (Anm. 33), S. 49 ff.

dern verhinderte auch zunehmend eine gerechte Ahndung, weil die Angeklagten mit zunehmendem Abstand vom Geschehen nur unter immer größeren Schwierigkeiten konkreten Einzeltaten zuzuordnen waren und die Zeugen immer mehr an Erinnerungsschwächen litten. Schließlich trat nach langjährigen Debatten im Bundestag³⁶⁾ die Verjährung auch für NS-Verbrechen mit Ausnahme der Tatbestände des Völkermordes und des Mordes ein³⁷⁾, womit die gerichtliche Ahndung von NS-Verbrechen auf einige wenige, große Prozesse reduziert wurde.

3. „Sonderstrafrecht“ für die Richter der NS-Zeit

Ein Sonderfall der NS-Verbrechen waren die von Richtern gefällten Terrorurteile³⁸⁾. Selbst nach vorsichtigen Schätzungen wurden von deutschen Straf- und Militärgerichten mehr als 27 000 Menschen zum Tode verurteilt — nicht gerechnet die Opfer der Polizei- und Standgerichte. Über 90 Prozent dieser Urteile wurden in den letzten drei Kriegsjahren gefällt, von 1941 bis 1944 wurden in einem wahren Blutausch ca. 9 000 Menschen im Jahr, also Woche für Woche mehr als 200 Angeklagte durch Richter dem Henker überantwortet. Die Einzigartigkeit dieser Justizbrutalität wird besonders deutlich, wenn man sie mit den entsprechenden Zahlen der beiden mit Deutschland verbündeten faschistischen Regime in Italien und Japan vergleicht³⁹⁾. Auch dort gab es Massenverhaftungen politischer Gegner, Internierungslager, Sondergerichte und verschärfte Schutzgesetze. Doch die Justiz reagierte erheblich moderater. Der 1926 von Mussolini errichtete Sondergerichtshof sprach in 5 139 Prozessen nur 29 Todesurteile und sieben lebenslängliche Freiheitsstrafen aus. In Japan wurden auf Grund der „Friedensgesetze“ von 1925 zwar 6 000 Personen inhaftiert, von denen aber nicht einmal zehn Prozent vor Gericht gebracht wurden. Angesichts dessen wäre es eigentlich zu erwarten gewesen, daß auch die „Mörder im Richtertalar“ nach dem Kriege für ihr Tun strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden wären.

Die Amerikaner hatten mit dem vor einem Militärtribunal in Nürnberg vom 17. Februar bis zum 4. Dezember 1947 durchgeführten Verfahren gegen führende Vertreter der NS-Justiz ein Beispiel

gegeben⁴⁰⁾. Nach einer eingehenden Beweisaufnahme und einem fairen Prozeß wurden von den 16 angeklagten Vertretern der deutschen Justiz drei freigesprochen. Drei Angeklagte wurden zu lebenslänglicher Haft, die anderen zu zeitlichen Haftstrafen verurteilt. Dieses eher milde zu nennende Urteil — jedem, der diese Bewertung bezweifelt, sei die Lektüre der Urteilsgründe empfohlen — verfehlte nicht zuletzt deshalb seine Wirkung als Vorbild, weil die Amerikaner selbst im Zeichen der Westintegration der Bundesrepublik bis auf einen alle anderen Inhaftierten 1950/51 amnestierten und aus dem Gefängnis entließen. Daß die ehemaligen Staatssekretäre Rothenberger und Schlegelberger danach von der Bundesrepublik namhafte Pensionen erhielten — Schlegelberger sogar eine Nachzahlung für die Haftzeit —, wirft ein kennzeichnendes Licht auf die Beurteilung des Nürnberger Juristenurteils durch die deutsche Öffentlichkeit und die Behörden.

Jedenfalls kann danach das Ergebnis der Verfolgung von Justizverbrechen durch deutsche Gerichte, die seit 1948 möglich war, nicht mehr verwundern⁴¹⁾. Selbst die widerwärtigsten Militär- und Standgerichtsfälle aus der Zeit kurz vor Kriegsende oder gar nach der Kapitulation fanden verständnisvolle Richter und blieben ungesühnt, wobei auch die bei den wenigen Verurteilungen ausgesprochenen überaus milden Strafen als Ausbleiben einer angemessenen Sühne angesehen werden müssen. Bis zum Jahre 1968 kam es insgesamt nur in 15 Fällen vor deutschen Gerichten zu Verfahren wegen unrechtmäßiger Todesurteile. In acht Verfahren kamen die Richter zu Freisprüchen. Nur bei zwei besonders skandalösen Fällen konnte die Staatsanwaltschaft nach mehrfachen Gängen durch die Instanzen wenigstens eine Minimalverurteilung erreichen.

Für die Angeklagten lohnte es sich, Verurteilungen immer wieder mit Rechtsmitteln anzugreifen. Aus den Verurteilungen wurden nach jahrelangem Ringen schließlich doch noch Freisprüche. Nur in vier von den genannten 15 Verfahren standen im übrigen Angehörige der ordentlichen Gerichtsbarkeit vor Gericht. Alle anderen Angeklagten waren Offiziere oder Richter der Militärgerichtsbarkeit. Kein Mitglied des Volksgerichtshofes oder eines Sondergerichtes wurde rechtskräftig von einem Gericht der Bundesrepublik wegen eines Terrorurteils zur Rechenschaft gezogen.

Das rechtliche Argumentationsmuster, das zu diesem Ergebnis führte, war stringent, wenn man die

³⁶⁾ Zur Verjährung nationalsozialistischer Verbrechen. Dokumentation der parlamentarischen Bewältigung des Problems 1960—1979, Zur Sache 3/80, Bonn 1980.

³⁷⁾ BGBl. I 1979, S. 1046 (16. Strafrechtsänderungsgesetz vom 16. Juli 1979).

³⁸⁾ Vgl. zum Folgenden: G. Jasper (Anm. 34), S. 190 ff.; Bernhard Diestelkamp, Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit, in: ders./Michael Stolleis (Hrsg.), Justizalltag im Dritten Reich, Frankfurt 1988, S. 131 ff.

³⁹⁾ Vgl. dazu J. Müller (Anm. 17), S. 202.

⁴⁰⁾ Heribert Ostendorf/Heino ter Veen, Das „Nürnberger Juristenurteil“. Eine kommentierte Dokumentation, Frankfurt—New York 1985.

⁴¹⁾ Vgl. dazu auch trotz formaler Mängel die bislang einzige Dokumentation durch: Jörg Friedrich, Freispruch für die Nazi-Richter seit 1948. Eine Dokumentation, Hamburg 1983.

Vorgaben akzeptiert, aber keinesfalls zwingend für einen unvoreingenommenen Betrachter. Ausgangspunkt war die Überlegung, daß die Unabhängigkeit der Justiz im Dritten Reich zwar vielfach gefährdet, aber formal niemals aufgehoben worden war. Waren die Richter bei ihrer Tätigkeit also unabhängig im Sinne von § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes, so durften sie nach Meinung der Nachkriegsrichter wegen ihrer Urteile nur dann strafrechtlich verfolgt werden, wenn sie sich vorsätzlich der Rechtsbeugung schuldig gemacht hatten. Rechtsbeugung lag nach fast einhelliger Ansicht dann nicht vor, wenn die damaligen Urteile auf damals geltenden Normen basierten, wobei als unerheblich galt, daß diese Normen unmenschliche Folgen gehabt hatten.

Vollends wurde der Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 336 StGB) dadurch zum „Richterprivileg“, daß die Rechtsprechung forderte, der Richter könne nur dann das Recht gebeugt haben, wenn er mit dem Urteil gerade dies gewollt habe (direkter Vorsatz). Normalerweise reicht es hingegen aus, daß ein Täter die Normverletzung für möglich hält und gegebenenfalls ihre Folgen innerlich billigt (bedingter Vorsatz). Ein direkter Vorsatz zur Rechtsbeugung war aber gerade fanatischen NS-Richtern nicht nachzuweisen, weil sie sich nur darauf zu berufen brauchten, daß sie ihr Handeln damals für gesetzmäßig gehalten hätten.

Sicherlich läßt sich nicht bestreiten, daß Richter bei der Ausübung ihrer richterlichen Tätigkeit eines Schutzes bedürfen, soll die Unabhängigkeit der Justiz nicht in Gefahr geraten. Deshalb darf nicht jedes Fehlurteil oder jeder richterliche Irrtum als Rechtsbeugung bewertet werden. Aber schon die Anwendung des Schutzgedankens auf alle Richter eines Unrechtsstaates und ihre Urteile ist keineswegs zwingend geboten, auch wenn ihre Unabhängigkeit formal nicht beseitigt war⁴²). Zudem mußte man den „direkten Vorsatz“ in den Tatbestand der Rechtsbeugung hineininterpretieren wollen mit der Begründung, daß andernfalls die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit gefährdet sei — zwingend war dieser Schluß nicht.

Bei der Strafrechtsreform von 1974 wurde unter Hinweis auf die unerträglichen Ergebnisse dieser Nachkriegsrechtsprechung ausdrücklich der bedingte Vorsatz bei der Rechtsbeugung für ausreichend erklärt, ohne daß deswegen seitdem die Unabhängigkeit der Richter stärker gefährdet erscheint als vorher. So bleibt die Schaffung einer Art „Sonderstrafrecht“ für die Richter der NS-Zeit ein schwarzer Fleck in der Geschichte der Nachkriegsjustiz.

⁴²) Zur richterlichen Unabhängigkeit: Dieter Simon, Waren die NS-Richter „unabhängige Richter“ im Sinne des § 1 GVG?, in: Justizalltag (Anm. 38), S. 11 ff., bes. S. 19 ff.

Dieser objektive Befund rechtfertigt allerdings keine diffamierenden Vorwürfe gegen die Nachkriegsrichter⁴³). Er ist nicht auf eine Verschwörung kryptofaschistischer Richter zurückzuführen, sondern ist lediglich das Ergebnis einer Solidarisierung, die sich immer dann einstellt, wenn eine Gruppe sich als solche angegriffen fühlt. Eine Richterschaft, die personell zunächst weitgehend mit der von vor 1945 identisch war, war sogar mit der Aufgabe der „Selbstreinigung“ objektiv überfordert. Auch die geringer Belasteten mochten spüren, daß sie vielleicht nur durch einen glücklichen Zufall davor bewahrt geblieben waren, schweres justitielles Unrecht zu begehen. Zudem wurde diese Haltung der Justizjuristen getragen von dem gesamtgesellschaftlichen Phänomen des Vergessens und Verdrängens. Die Richter haben sich in diesem Sinne nur konform verhalten.

4. Die Rechtsprechung zu Artikel 131 GG

Wie die Strafjustiz standen auch die Verwaltungs- und Sozialgerichte vor Problemen der Vergangenheitsbewältigung. So war in vielen Verfahren über die Rechtmäßigkeit entzogener beamten- oder sozialrechtlicher Versorgungsansprüche auch von NS-Tätern zu befinden. Der Parlamentarische Rat hatte sich für die institutionelle Sicherung des öffentlichen Dienstes „unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamten-tums“ (Artikel 33 Abs. 5 GG) entschieden. In Konsequenz dieser Grundentscheidung forderte das Grundgesetz in Artikel 131 die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse aller ehemaligen Staatsdiener — von Flüchtlingen und Vertriebenen wie überhaupt aller aus „anderen als beamten- oder tarifrechtlichen Gründen“ Ausgeschiedenen, die noch nicht wieder in einer ihrer früheren Stellung entsprechenden Weise verwendet wurden. Dieses „131er-Gesetz“ erging 1951 und wurde später laufend novelliert. Es verschaffte allen früheren Staatsbeamten einen Rechtsanspruch auf Wiedereinstellung und auf Nachzahlung der Bezüge für die Zeit der Nichtbeschäftigung.

Zwar galt dieser Rechtsanspruch nicht für solche Beamte, die wegen ihrer NS-Tätigkeit von deutschen Gerichten strafrechtlich verurteilt oder im Zuge der Entnazifizierung als Haupttäter eingestuft worden waren. Das hinderte aber Betroffene nicht daran, ihren angeblichen Anspruch auf Wiederverwendung einzuklagen. Die Rechtsprechung zu diesem Gesetz ist vielgestaltig. Es seien hier nur die bahnbrechenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts angeführt, die eindeutig feststellten, daß alle Beamtenverhältnisse am 8. Mai 1945 beendet wurden, weil sie durch das NS-Regime in ihrem Charakter so umgestaltet worden seien, daß

⁴³) Vgl. dazu B. Diestelkamp (Anm. 38), S. 145 ff.

sie unter den veränderten Verhältnissen keinen Bestand haben könnten⁴⁴⁾.

Dies war mutiges Richterrecht, mit dem verhindert wurde, daß zum Beispiel ein ehemaliger Gestapo-Beamter sich wieder in den Dienst einklagen konnte — allerdings wurde damit nicht verhindert, daß zahllose andere ehemalige Gestapo-Beamte klaglos wieder verwendet wurden. Da der Ausschluß von den Wohltaten des Artikels 131 GG ohnehin nur für solche Beamte galt, die von einem deutschen Gericht verurteilt worden waren, kamen auch die in Nürnberg verurteilten und dann vorzeitig amnestierten hohen Amtsträger des NS-Staates in den Genuß seiner Vorteile. Aber auch den wegen einer Verurteilung vom Dienst ausgeschlossenen Beamten erwuchs kein dauerhafter Nachteil. Seit 1924 waren Beamte nach vorzeitigem Ausscheiden aus dem öffentlichen Dienst bei der Angestelltenversicherung nachzuversichern⁴⁵⁾. Die im Beamtenrecht ursprünglich vorhandene Einschränkung, daß dies nicht für durch Strafurteil ausgeschiedene Beamte gelte, wurde 1953 fallen gelassen. Die Judikatur erweiterte schließlich die dadurch gegebenen Möglichkeiten großzügig.

Dies wäre weitaus weniger anstößig, wenn dieselbe Großzügigkeit auch gegenüber den Opfern des NS-Regimes bewiesen worden wäre. Doch hier zeigten sich Ämter und Gerichte häufig sehr engherzig bei der Zuerkennung von Entschädigungsleistungen⁴⁶⁾. Insbesondere taten sich die Gerichte schwer mit dem, was man als den kleinen tagtäglichen und unspektakulären Widerstand bezeichnen kann. Ebenso zeigten sie wenig Verständnis für die Probleme der ca. 350 000 Zwangssterilisierten, der Angehörigen von im Zuge der „Euthanasie-Aktionen“ Ermordeten oder der Gruppe der Zigeuner. Eine extrem engherzige Auslegung der einschlägigen Gesetze durch die Gerichte bewirkte, daß solche Fälle meist durch die Maschen fielen.

⁴⁴⁾ Urteil vom 17. Dezember 1953, in: BVerfGE, Bd. 3, S. 58 ff.; Beschluß vom 19. Februar 1957, in: BVerfGE, Bd. 6, S. 132 ff.

⁴⁵⁾ Vgl. dazu I. Müller (Anm. 17), S. 262 ff.

⁴⁶⁾ Vgl. dazu die Beiträge von Karl Heßdörfer, Ulrich Herbert, William G. Niederland, Gotthard Jasper und Arnold Spitze in: Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe der Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, hrsg. von Ludolf Herbst, München 1989.

5. Wandel im Familienrecht

Auf dem Gebiete des Zivilrechts kam nach 1949 erneut die „Stunde der Justiz“, als der Bundesgesetzgeber das Verfassungsgebot des Artikels 117 Abs. 1 GG, das der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Artikel 3 Abs. 2 GG) entgegenstehende Recht bis zum 31. März 1953 zu ändern, nicht bis zu dem vorgesehenen Termin erfüllte. In einer Grundsatzenscheidung vom 18. Dezember 1953 erklärte das Bundesverfassungsgericht die der Gleichberechtigung entgegenstehenden Normen des Familienrechts für unwirksam, womit es die herrschende Rechtsprechung der Zivilgerichte bestätigte⁴⁷⁾. Seit dem April 1953 hatten die Zivilgerichte begonnen, systematisch die Normen des Familienrechtes an den Gleichheitsgrundsatz anzupassen. Sie traten damit in die Lücke, die der Gesetzgeber gelassen hatte, bis dieser schließlich auf der Grundlage der von den Richtern entwickelten Problemlösungen am 18. Juli 1957 das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts erließ⁴⁸⁾.

Der Bundestag setzte aber auch mit diesem Gesetz noch nicht in allen Punkten den Gleichberechtigungsgrundsatz durch, so daß das Bundesverfassungsgericht erneut eingreifen mußte⁴⁹⁾. Dies lenkt die Aufmerksamkeit noch einmal auf die große Bedeutung gerade dieses Gerichtes für die Schaffung einer liberalen und rechtsstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik⁵⁰⁾. Die Zahl der grundlegenden Urteile, mit denen verkrustete Strukturen aufgebrochen und den Grundrechten Geltung verschafft wurde, ist unübersehbar. Ebenso gewichtig ist der Beitrag des Bundesverfassungsgerichtes zum Austarieren des politischen Gleichgewichts zwischen den Gewalten in unserem Staat. Auch wenn die Judikatur dieses obersten Gerichtes, dessen Urteile unanfechtbar sind, durchaus auch auf Kritik gestoßen ist, ist die Bilanz zumindest für die ersten beiden Jahrzehnte doch durchaus positiv.

⁴⁷⁾ Neue Juristische Wochenschrift, (1954), S. 65 ff.

⁴⁸⁾ BGBl. I, S. 609.

⁴⁹⁾ Eine Übersicht über die Rechtsprechung bei Hans F. Zacher, Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, in: Archiv für Öffentliches Recht, (1968) 93, S. 341, S. 373 ff.

⁵⁰⁾ Vgl. dazu die instruktive Zusammenfassung bei R. Wahl/F. Rottmann (Anm. 12), S. 371 ff.

III. Versuch einer Bilanz

Obwohl diese Skizze bestenfalls einen ersten Ansatz zu einer historischen Würdigung der Rolle der Justiz in den ersten beiden Jahrzehnten der Nachkriegszeit darstellen kann, sei doch eine Gesamtbeurteilung gewagt. Daß diese Bilanz ambivalent ausfällt, kann kaum verwundern, gibt es doch keine historischen Erscheinungen, die eindeutig positiv oder negativ zu bewerten wären. Zu fragen ist immer nur danach, auf welcher Seite der Waage die Gewichte stärker sind.

Auf der Negativseite ist die schwere Hypothek von Bedeutung, die die undifferenzierte Übernahme des Justizpersonals von vor 1945 in den Dienst der Gerichtsbarkeit der neuen politischen Ordnung darstellt. Auch wenn man festhält, daß diese Juristen im Gegensatz zu Weimar dieses Mal den neuen Staat bejahten und sich zu ihm bekannten, waren die politischen Kosten dieser Entwicklung doch er-

heblich. Auch die nicht in strafrechtlich vorwerfbares Unrecht verstrickten Richter waren objektiv überfordert, einen wichtigen Teil ihres eigenen Lebens als Teilnahme an einem Unrechtssystem zu verstehen. Daraus resultiert die „halbherzige“ Ahndung der NS-Verbrechen durch die Nachkriegsgerichte und vor allem das Versagen gegenüber dem Tatkomplex der brutalen und blutigen NS-Strafjustiz. Auch die geringe Sensibilität gegenüber den Opfern von Verfolgungen hat hier gewiß ihre Ursache. Dem stehen aber gewichtige Leistungen bei der sonstigen Aufarbeitung von Problemen der Nachkriegszeit vor allem auf dem Gebiete der Rechtsfortbildung gegenüber. Insgesamt hat die Justiz mit ihrer Rechtsprechung die Erwartungen, die die konservativ-restaurativ eingestellte Bevölkerungsmehrheit der Westzonen und der Bundesrepublik an sie gestellt hat, durchaus erfüllt.

Recht und Politik. Zur Theorie eines Spannungsverhältnisses im demokratischen Staat

I.

Das Verhältnis von Recht und Politik ist, solange man diese Unterscheidung macht, stets von Spannungen geprägt. Wie könnte es auch anders sein, wenn die unter dem jeweiligen Signum Agierenden nicht müde werden, ihre Unabhängigkeit zu betonen und gleichzeitig denen, die sehen können und sehen wollen, klar ist, daß beide Bereiche untrennbar miteinander verbunden sind. Welcher Richter, gleich auf welcher Ebene, würde unumwunden zugeben, daß sein Tun auch politische Qualität besitzt und er keineswegs nur „la bouche de la loi“ (Montesquieu), das Medium des Gesetzes ist? Welches Parlament oder welche Politiker nehmen es gerne hin, daß das Recht der politischen Gestaltungsfreiheit Grenzen auferlegt?

Eine Theorie des Verhältnisses von Recht und Politik kann nicht losgelöst von der Frage des Zweckes der Rechtsetzung in der Demokratie entwickelt werden¹⁾. Betrachtet man das Wesen des Staatswillens, der sich am eindrucksvollsten in der Gesetzgebung manifestiert als „eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene normative Konstruktion“ (Kelsen)²⁾, dann sind die Voraussetzungen, die man an das Zustandekommen dieser „Konstruktion“ stellen muß, wesentlich andere, als wenn man den Zweck der Rechtsetzung mit dem großen Aufklärungsphilosophen Christian Wolff darin sieht, „die Glückseligkeit des menschlichen Geschlechtes“ zu erreichen³⁾.

¹⁾ Vgl. Rainer Hegenbarth, Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, (1981), S. 201 ff.; Ulrich Scheuner, Gesetzgebung und Politik, in: Gedächtnisschrift für Rene Marcic, Berlin 1974, S. 889; Waldemar Schreckenberger, Die Gesetzgebung im demokratischen Rechtsstaat, in: Jürgen Jekewitz u. a. (Hrsg.), Politik als selbstgelebte Verfassung, Festschrift für Friedrich Schäfer, Opladen 1980, S. 76 ff.

²⁾ Hans Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Neudruck der Tübinger Ausgabe von 1911, Aalen 1970, S. 58.

³⁾ Christian Wolff, Vernünftige Gedanken, Frankfurt/O. 1725², S. 165.

Folgt man Kelsen, dann ist die Frage der Entstehung von Recht und mithin auch die Sphäre des Politischen ohnehin für die Juristen uninteressant. Konsequenterweise hätten sie sich aus der Diskussion um eine demokratiegemäße Rechtsetzungsverfahrensweise herauszuhalten⁴⁾. Dieser Ansatz kann nicht Grundlage der Entwicklung einer Theorie des Verhältnisses von Recht und Politik im demokratischen Staat sein, da er sich weigert, das die gegenseitige Abhängigkeit beider Bereiche unter demokratischen Verhältnissen zur Kenntnis zu nehmen: Die Politik nutzt das Recht, die sozialen Verhältnisse der Gesellschaft zu gestalten, das Recht setzt gleichzeitig dieser Gestaltung ihre Grenzen. Letztere können nur im permanenten transparenten Diskurs ausgelotet werden. Keine der beiden Seiten kann erwarten, daß jeweils die andere sklavisch die Entscheidungen und Entscheidungsverfahren der Gegenseite akzeptiert. Dies macht den Unterschied zu absolutistischen Regimen aus, in denen das Recht ebenfalls von der Politik als Steuerungsinstrument gebraucht wird, jedoch die Kontrollmechanismen des Rechts gegenüber der Politik weitgehend außer Kraft gesetzt sind.

Recht ist Politik, weil letztere erstere zur Gestaltung der Gesellschaft benutzt. Auch die Jurisdiktion besitzt politischen Charakter, indem auch sie gestaltet. Der wesentliche Unterschied zwischen Jurisdiktion und Politik liegt darin, daß diese sich sehr viel enger an vorgegebene Gestaltungsregeln (Rechtsvorschriften) zu halten hat als jene (Verfassungsvorschriften).

⁴⁾ Vgl. zum Verhältnis Kelsens zur Gesetzesentstehung Rudolph Walter, Reine Rechtslehre und Gesetzgebungstechnik, in: Harald Kindermann (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin-Heidelberg 1976, S. 145 ff.

II. Rechtlose Politik und Recht ohne Gerechtigkeit

Die beschriebenen Schranken zwischen Recht und Politik, die letztlich auch erhebliche Bedeutung für die Gewaltenteilung besitzen, können keine Garantie dafür sein, daß es rechtlose Politik und Recht ohne politische Gerechtigkeit⁵⁾ gibt. Keine Gesellschaft sollte für diese Problematik sensibler sein als unsere, die beides als sehr nahe geschichtliche Erfahrung hat erleben müssen.

Da Politik mit Machterlangung und Machtausübung verbunden ist, wird sie zu allen Zeiten immanent die Möglichkeit, ja die Versuchung beinhalten, sich über einengende Regeln des Rechts hinwegzusetzen. Das mag ganz offen geschehen, wie etwa als Franz Gürtner der Reichsjustizminister Hitlers, höhnte, daß man auf Einhaltung der rechtlichen demokratischen Regeln nur solange Wert legen müsse, wie sie dem Zwecke der Machtergreifung dienen. Es gibt keinerlei Patentrezept, wie rechtlose Politik verhindert werden kann. Sie mag unter dem Banner verblendeter Ideologie oder unter dem Herrschaftsanspruch religiösen Glaubens daherkommen. Politik, auch zu verstehen als Interessendurchsetzung einzelner und von Gruppen, kann auch schon in sehr kleinem Maßstab rechtlos werden oder in die Grauzone zwischen Recht und Unrecht gelangen. Dies hat die überraschend schnell aus dem öffentlichen Bewußtsein verdrängte Parteispendenaffäre deutlich gemacht.

Die einzige Möglichkeit, rechtlose Politik im Kleinen wie im Großen nicht überborden zu lassen, ist die ständige wachsame Bereitschaft der aufgeklärten Bürgeröffentlichkeit und die Zivilcourage der einzelnen, auch den Anfängen zu wehren. Dies wird auf Dauer jedoch nur erfolgreich sein, wenn auch die politischen Akteure, gleich auf welcher Ebene, begreifen, daß Politik sehr wohl rechtlichen Fesseln unterliegt — Fesseln, die in demokratisch-rechtsstaatlichen Verfahrensschranken bestehen und deren Fesselungscharakter darin liegt, willkürliche, rechtlose Politikgestaltung zu verhindern.

Recht allerdings ist genau so wenig wie Politik vor Pervertierung gefeit. Weder die Berufung auf das Naturrecht noch auf göttliche Gerechtigkeit und schon gar nicht der Verweis auf bestehendes positives Recht kann Rechtsmißbrauch derer, die die

Macht dazu besitzen, verhindern. So schwer die Erkenntnis auch fallen mag — der einzige relative Schutz besteht in nimmermüder Wachsamkeit gegenüber denjenigen, die, wann und wie auch immer, sich anschicken mögen, den offenen Prozeß der gesellschaftlichen Auseinandersetzung über das Zustandekommen und die Interpretation von Recht zu beschränken. Nur mit Empörung kann gerade der Jurist die Dokumente der Rechtsprechung und wichtiger Teile der Rechtswissenschaft des Dritten Reiches in die Hand nehmen. Die damals gemachten Erfahrungen mit dem Recht und seinen „Hütern“ können für den demokratischen Staat nur die Konsequenz haben, daß jede, sei es auch mit noch so großer Überzeugungskraft als einzig richtige Rechtsauslegung dargestellte Interpretation nicht unkritisch akzeptiert werden kann, sondern sich genau wie die Politik dem kritischen Diskurs über das „Warum“ stellen muß. Hier gilt es noch einen langen Prozeß hin nicht nur zur offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, sondern zur offenen Gesellschaft der Rechtsinterpreten zu vollziehen.

Daß dies noch ein weiter und wohl auch nicht enden wollender Weg ist, zeigt nicht zuletzt die Aufarbeitung der Rechtsprechung und Rechtsinterpretation der NS-Zeit durch die Justiz unserer demokratischen Gesellschaft. Diese Gesellschaft hätte es durch den öffentlich geführten Rechtsdiskurs nicht zulassen dürfen, daß diejenigen, die das Recht dazu benutzen, große Teile der Bevölkerung rechtlos zu machen, unbehelligt blieben und in den meisten Fällen ihre Richterkarriere oder Hochschullehrerlaufbahn fortsetzen konnten. Es ist deprimierend, feststellen zu müssen, daß weder die Rechtswissenschaft, die unmittelbar in die Legitimation des Unrechts verwickelt war, noch die Politikwissenschaft nach dem Ende des Dritten Reichs sich bereit gefunden haben, die zentralen Fragen des „Warum“ ausreichend in ihre Untersuchungen und Lehre einzubeziehen und erst jetzt die Forschung verstärkt vorangetrieben wird. Daran schließt sich die generelle Frage nach dem Sinn der beiden der Politik und dem Recht verbundenen Wissenschaften an.

III. Politikwissenschaft und Rechtswissenschaft als konstituierende Elemente demokratisch-rechtsstaatlicher Gesellschaften

Wenn die politische Gestaltung durch rechtliche Regeln irgendeinen über bloße Geschäftigkeit hinausgehenden Sinn hat, dann ist es auch unabdingbar, die Voraussetzungen der beiden an der gesell-

chaftlichen Gestaltung beteiligten Elemente der Politik und des Rechts in ihren Definitionen, Eigenschaften und Wirkungsweisen wissenschaftlich zu untersuchen und wenn möglich auch ihre Interdependenz in diese Untersuchungen mit einzubeziehen. Dieser Aufgabe sollten sich die beiden genannten Wissenschaften unterziehen. Ob sie dies in ausreichender Weise tun, ist bis heute strittig.

⁵⁾ Vgl. zu diesem Begriff Otfried Höffe, Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt/M. 1987.

Für die Rechtswissenschaft, die sich fälschlicherweise als die ältere und wohl auch als die wichtigere dünkt und auf die Politikwissenschaft wie auf eine unliebsame angeheiratete Verwandte herabsieht, sollte die Definition angesichts eines relativ begrenzten Forschungsfeldes ohne große Schwierigkeiten möglich sein. Dennoch liegen die Dinge nur dann etwas einfacher, wenn man auch schon den Streit darum, was Recht ist, mit in den Forschungsgegenstand einbezieht.

Versteht man unter Wissenschaft „die problembezogene, rational nachprüfbare fachliche Auseinandersetzung mit einer Frage“, die von einer „von Weisungen und sonstigen gesellschaftlichen Zwängen unabhängigen Person oder Institution nach sachadäquater Methode unter Zugrundelegung eines selbstbestimmten Wertesystems“ und „unter Heranziehung des gesamten Wissensgebietes mit Einschluß der sachverwandten Wissensgebiete“ geleistet wird⁶⁾, dann kommen sicherlich nur mehr Teilbereiche der Rechtswissenschaft diesem Wissenschaftsbegriff nahe. Auszuscheiden sind die großen Teile, die sich lediglich auf die unkritische Katalogisierung und Anwendung vorhandener positiver Rechtsnormen konzentrieren. Desgleichen ist es dann auch falsch, vom Studium oder der Lehre der Rechtswissenschaft zu sprechen, da hier im vorherrschenden Lehr- und Lernbetrieb, von Ausnahmen abgesehen, nichts kritisch erforscht wird, sondern das Handwerkszeug der Interpretationskunst vermittelt wird.

Dennoch bleibt auch für den Juristen noch genügend „Rechtsstoff“, der einer wissenschaftlichen Durchdringung bedarf, vorausgesetzt, daß man von der „reinen Rechtslehre“ Kelsens und deren Ausgrenzung des Politischen Abschied genommen hat. Dann sollte es den Rechtswissenschaftler schon interessieren, unter welchen gesellschaftlichen Bedingungen Recht entsteht und welche Wirkungen Recht und Rechtsprechung entfalten. Es sollte kein Hehl daraus gemacht werden, daß dann die wahre Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft eher im Bereich der Rechtssoziologie, der Rechtsphilosophie und Rechtspolitik liegt als in der Auslegung von Normen. So gibt es gerade auch im Bereich der Rechtsphilosophie weite Felder, auf denen die Suche nach „veritas“ nicht von vorgegebenen, nicht abänderbaren Norm ausgeht und damit nicht von vornherein die Wissenschaftlichkeit im Keim erstickt.

Gleichviel, welchen wissenschaftlichen Stellenwert man der Rechtswissenschaft einräumen mag, steht fest, daß das Verständnis, das der mit ihr befaßten Wissenschaftler von der Rolle des Rechts in einer Gesellschaft haben, eines der konstituierenden Merkmale einer Gesellschaftsordnung darstellt. Die Rechtswissenschaftler, insbesondere die

Staatsrechtler, würden selbst noch in einer offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten kraft ihrer funktionalen Stellung erhebliche Beeinflussungsmöglichkeiten besitzen, die sie entsprechend ihrer politischen Grundüberzeugungen einsetzen können. Die Auseinandersetzungen etwa um den Begriff „Volk“ im Zusammenhang mit dem kommunalen Wahlrecht für Ausländer dokumentiert dies auf deutliche Weise.

Wenn wir davon ausgehen, daß Recht als politisches Phänomen zu werten ist⁷⁾, dann ist es selbstverständlich, daß es Untersuchungsgegenstand auch der Politikwissenschaft sein muß. Der Unterschied der Annäherung beider Disziplinen an das Recht liegt darin, daß die Rechtswissenschaft sich auf den verrechtlichten Teil der Politik beschränken muß, während die Politikwissenschaft „das Politische in all seinen Erscheinungsformen, nicht nur der rechtlichen, untersucht“⁸⁾. So stellte der jetzige Bundesverfassungsrichter Dieter Grimm vor einigen Jahren zu Recht fest, „daß die Politikwissenschaft einen weiteren Gegenstand als die Jurisprudenz hat, aber keinen anderen“⁹⁾.

Trotz oder gerade wegen des gleichen Forschungsgegenstandes herrscht weitgehendes Unverständnis zwischen den beiden Disziplinen, welches in der Bundesrepublik sehr viel ausgeprägter ist als etwa in Frankreich oder den USA. Den Ursachen dafür kann an dieser Stelle nicht weiter nachgespürt werden. Beide Disziplinen sollten sich jedoch darüber im klaren sein, daß keine von ihnen allein optimal Wirkung als konstituierender Faktor einer demokratischen politischen Kultur entfalten kann. Die eine ist dabei auf die Hilfe der anderen angewiesen, und die Gesellschaft hat ein Recht darauf, daß dies nicht nur erkannt, sondern in Form von Zusammenarbeit auch praktiziert wird. Eine solche Zusammenarbeit müßte auch Konsequenzen für die Lehre des jeweiligen Faches zeitigen. Die juristische Lehre müßte geöffnet werden für die politisch-soziologische Dimension des Rechts, was nicht gleichbedeutend mit Vernachlässigung der Vermittlung des handwerklichen juristischen Rüstzeuges ist. Hinsichtlich der Konsequenzen, die die politikwissenschaftliche Lehre zu ziehen hätte, ist der Feststellung Carl Joachim Friedrichs, daß „besonders in neuerer Zeit sich so viel Politik in Gesetzgebung niedergeschlagen (hat), daß Wissenschaft von der Politik ohne Kenntnis der Rechtswissenschaft ein Phantom ist“¹⁰⁾, nichts hinzuzufügen.

Eine solche Kooperation würde einen unschätzbaren Beitrag leisten zu dem schwierigen Unterfangen des ständigen rationalen Diskurses über das Spannungsverhältnis zwischen Politik und Recht und

⁶⁾ Helga L. Stadler-Richter, Die (Rechts-)Wissenschaft als Berater im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Politik, in: Die Evolution des Öffentlichen Rechts, Festschrift für Felix Ermacora, Stuttgart 1974, S. 210 ff., hier S. 211.

⁷⁾ So auch Dieter Grimm, Recht und Politik, in: Juristische Schulung, (1969), S. 501 ff., hier S. 502.

⁸⁾ Ebd., S. 509.

⁹⁾ Ebd.

¹⁰⁾ Carl Joachim Friedrichs, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, Berlin 1953, S. 712.

über die Bewahrung der gegenseitigen Begrenzungen¹¹⁾. Diese freiheitssichernden Begrenzungen spielen insbesondere bei der Definition der jewei-

gen Bereiche der drei klassischen Gewalten im Staat — der Legislative, der Exekutive und der Jurisdiktion — eine entscheidende Rolle.

IV. Gewaltenteilung im Spannungsverhältnis zwischen Recht und Politik

Während geklärt ist, wie die Rechtsvorschriften, die der Gestaltung durch die Jurisdiktion zugrunde liegen, zustandekommen, nämlich durch Entscheidungen der jeweils dazu berufenen institutionellen Gremien (Gesetzgeber, Verordnungsgeber etc.), ist es sehr viel schwieriger, die Grenzen der Gestaltungsfreiheit des politischen Bereichs (Exekutive, Legislative) aufzuzeigen. Bei dem Teil des Politischen, der unter den Begriff der Exekutive gefaßt wird, ist dies ähnlich wie bei der Jurisdiktion zu lösen: Auch die Exekutive hat nur Gestaltungskompetenz im bestehenden Netz rechtlicher Vorschriften, sie kann aber in ungleich größerem Maße als die Jurisdiktion initiativ werden, um Rechtsvorschriften zu ändern. So betonen die jeweils Regierenden oft genug den weiten Bereich der Regierung, den sie möglichst als nicht einsehbar und deshalb auch als rechtlich nicht kontrollierbar verstanden wissen wollen.

Hingegen kann die Legislative nicht nur initiativ werden, sondern sie hat es auch in der Hand, Recht

zu ändern und neues Recht zu schaffen. Ihre Möglichkeiten, Recht einzusetzen, um zu gestalten, sind im Vergleich zu den anderen beiden Gewalten sehr viel größer und dennoch nicht schrankenlos: Die Gestaltungsmöglichkeit durch Recht stößt an Grenzen, die wiederum rechtlichen Charakter besitzen und deren Einhaltung von der Jurisdiktion garantiert werden. Diese Grenzen zu definieren und das Bewußtsein der Jurisdiktion dafür zu schärfen, daß sie hier ein Wächteramt ausübt, dessen Wahrnehmung nicht in die Beliebigkeit des einzelnen Richters gestellt, sondern Grundelement demokratischer Ordnung ist, ist Aufgabe des Diskurses über das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Politik.

Im folgenden sollen Legislative, Exekutive und Jurisdiktion unter dem Gesichtspunkt ihrer Rolle, die sie in einer Theorie des Spannungsverhältnisses zwischen Recht und Politik einnehmen oder einnehmen sollten, behandelt werden.

V. Der autonome Gesetzgeber und seine rechtlichen Schranken

Zunächst soll der Schnittpunkt des Verhältnisses von Recht und Politik — der politisch gestaltende und gleichzeitig rechtsschöpfende Akt der Gesetzgebung — einer näheren Untersuchung unterzogen werden. Wie erwähnt, genießt der Gesetzgeber, konstitutionell gesehen, den weitesten Spielraum bei der politischen Gestaltung. Als einzige der genannten klassischen Gewalten hat er die Möglichkeit, die vorhandenen rechtlichen Grenzen mit einfacher Mehrheit zu verrücken, indem er seine Rechtsetzungsfunktion wahrnimmt. Selbst konstitutionelle Grenzen kann er mit qualifizierter Mehrheit überwinden, wenn er die Verfassung ändert. Seine absolute Grenze liegt lediglich da, wo die Verfassung selbst Schranken aufrichtet. Angesichts dieses großen Spielraums erhält die Frage, ob bei der gestalterischen Wahrnehmung dieses Raumes Recht überhaupt eine Rolle spielt oder ob hier dem Politischen ein Freiraum eingeräumt wird, erhöhte Bedeutung.

Die Verfassungsordnung zieht dem Bereich des politisch gestaltenden Gesetzgebers zwei rechtliche Grenzen. Einmal darf auch der autonome Gesetzgeber nicht materielle Verfassungsinhalte, etwa die Grundrechte, verletzen und ist hier durch Art. 79 GG sogar derart gebunden, daß einzelne Vorschriften auch mit verfassungsändernder Mehrheit nicht geändert werden dürfen.

Die andere Grenze wird dort gezogen, wo gewisse zwingende Verfahrensvorschriften vorgeschrieben sind. Während die Rechtsprechung und die rechtswissenschaftliche Lehre in nahezu allen vergleichbaren Verfassungsordnungen demokratischer Prägung den materiellrechtlichen Schranken, die dem Politischen auferlegt werden, große Aufmerksamkeit gewidmet haben, scheut man in der Bundesrepublik in diesen Bereichen zumeist davor zurück, dem Gesetzgeber detailliert die Verfahrensschranken zuzuweisen, in denen er sich bewegen kann. Diese Zurückhaltung ist Folge der sehr spartanischen Regeln, mit denen der Verfassungsgeber das Procedere der Gesetzgebung regelte. Es wird im Folgenden zu untersuchen sein, ob aufgrund dessen zumindest im Verfahrensbereich der Gesetzgebung das absolute Primat der Politik herrscht oder ob auch hier Politik und Recht miteinander untrennbar in einem Spannungsverhältnis verwoben sind, dessen Ausbalancierung eine fortwährende Aufgabe aller Beteiligten ist.

Das Grundgesetz regelt das Gesetzgebungsverfahren in drei seiner insgesamt 164 Artikel und erfaßt dabei „nur ein Endstadium des Prozesses politischer Willensbildung, dem in aller Regel schon ein Vorformung des politischen Willens vorausgegangen ist“¹²⁾. Hinzu kommen allerdings noch Art. 79

¹¹⁾ Vgl. auch Fritz Pardon, Politik und Recht, in: Festschrift für Hans-Ulrich Scupin, Berlin 1983, S. 71 ff.

¹²⁾ Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1980¹²⁾, S. 208.

GG, der die Besonderheiten von Gesetzen mit Grundgesetzänderndem Charakter regelt, und Art. 81 GG, der den Gesetzgebungsnotstand behandelt. Auch die Landesverfassungen bzw. Landessatzungen behandeln den gesetzgeberischen Verfahrensbereich nicht ausführlicher. Ist schon diese knappe Behandlung des wichtigsten Entscheidungsverfahrens in einer Demokratie überraschend, so wird die Vernachlässigung des gesetzgeberischen *Procedere* durch den Verfassungsgeber noch bedenklicher, wenn man feststellen muß, daß selbst dieser rechtliche Rahmen dem Gesetzgebungspersonal offenbar auf allen Ebenen als zu drückend erschien und sich in der Verfassungswirklichkeit eine teilweise erhebliche Abweichung vom ursprünglichen Verfahren herausgebildet hat.

Das gilt einmal für das gestörte Gleichgewicht bei der Einbringung von Gesetzesvorlagen im Bundestag. Als initiativberechtigt werden im Grundgesetz Bundesregierung, Abgeordnete und Bundesrat genannt. Selbst wenn man der Bundesregierung einen gewissen Vorrang als Initiator von gesetzgeberischen Maßnahmen einräumen wollte — da sie an erster Stelle dieser Aufzählung steht —, so erscheint es doch unzulässig, davon auszugehen, daß das Grundgesetz ein derartiges Übergewicht der Regierung bei der Gesetzeseinbringung beabsichtigt. Nicht nur, daß die erdrückende Mehrheit aller Gesetzesvorlagen von der Regierung eingebracht wird. Vielmehr führt sie auch im beachtenswerten Ausmaß Regie bei der Einbringung von Entwürfen „aus der Mitte des Bundestages“; sie läßt nicht nur eigene Entwürfe aus verfahrenstechnischen oder optischen Gründen von der sie tragenden parlamentarischen Mehrheit einbringen, sondern kontrolliert auch weitgehend schon im Vorfeld Aktivitäten der Mehrheitsfraktion/en, bevor diese in gesetzgeberische Aktivitäten einmünden.

Auch Art. 77 Abs. 1 GG mit der imperativen Forderung „Die Bundesgesetze werden vom Bundestag beschlossen“ hat in der Verfassungswirklichkeit weitgehend seinen Gehalt verloren. Wenn man unter Beschließen das Entscheiden in voller Kenntnis der relevanten Tatsachen, Vorgänge und Folgen, die mit dem Beschluß zusammenhängen, versteht und nicht nur die formale „Absegnung“ eines ande-

renorts getroffenen Beschlusses, wird die Verfassungspraxis des Gesetzgebungsprozesses diesem Wortlaut nicht mehr voll gerecht. Der eigentliche Beschluß gerade über wichtige Gesetze fällt in Koalitions-gremien, die überhaupt nicht im Grundgesetz erwähnt werden, oder auf Ebenen, die durch ihr politisches Gewicht der Zuweisung des Gesetzgebungsbeschlusses an das Parlament, wie sie das Grundgesetz bestimmt, eine völlig andere Qualität geben. Nicht zuletzt fallen wichtigste Entscheidungen auf der Ministerialebene.

Es bleibt festzuhalten, daß *erstens* die gesetzliche Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens außerordentlich knapp gehalten ist und sich im wesentlichen auf formale Kompetenzzuweisungen beschränkt, und daß *zweitens* nicht einmal diese wenigen Bestimmungen in der Verfassungspraxis in einer dem Wortlaut entsprechenden Weise angewendet werden. Mit der letzten Feststellung wird auch das Argument zweifelhaft, daß der Verfassungsgeber generell gut daran täte, das gesetzgeberische Verfahren nicht in ein zu enges Korsett von Vorschriften zu zwingen und damit den Beteiligten die gestalterische Freiheit zu nehmen oder unmaßig einzuschränken. Dies beeinträchtigt — so wird argumentiert — nicht nur deren Autonomie, sondern auch die Dynamik des politischen Prozesses.

Nichts davon ist richtig! Die weitgehende Zurücknahme des formalisierten Rechts als Verfahrensordnung für das Gesetzgebungsverfahren hat dazu geführt, daß möglicherweise fundamentale Prinzipien demokratisch-rechtsstaatlicher Verfahrensweisen nicht im gebotenen Maße beachtet werden und vor allem, daß das Gesetzgebungspersonal in der Praxis die Zurückhaltung des Rechts nicht honoriert und die wenigen Vorschriften des Grundgesetzes, die sich mit dem Gesetzgebungsprocedere befassen, materiell zum Teil ausgehöhlt worden sind oder ihre Bedeutung verloren haben. Mit anderen Worten: Der gesetzgeberische Verfahrensbereich weist eine unbefriedigende Lösung des Spannungsverhältnisses von Recht und Politik auf; die Schranken der Autonomie des Gesetzgebers sind ungenügend.

VI. Der politische Bereich der Exekutive und die Sphäre des Rechts

Ähnlich wie die Akteure im legislativ-politischen Bereich lassen sich jene im exekutiv-politischen nur ungern vom Recht Grenzen ihrer Gestaltungs- und Handlungsfreiheit aufzeigen. Sowohl Legislative als auch Exekutive haben die Tendenz, ihren unantastbaren Eigenbereich weit auszudehnen und ihn als politischen Gestaltungsraum zu erklären, der frei von den Fesseln rechtlicher Beschränkung bleiben müsse. Solche Grenzziehung, die insbesondere die jeweilige Exekutive vornimmt, ist von den Akteuren des Rechtsbereiches nicht unbedingt als ver-

bindlich hinzunehmen¹³⁾. Allerdings handelt es sich bei dem sich daraus ergebenden permanenten Diskurs zur Lösung des Spannungsverhältnisses von Recht und Politik nicht allein um eine theoretische

¹³⁾ Diese Problematik spielt jüngst bei dem Auskunftsverlangen von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen eine Rolle. Vgl. Hans-Joachim Mengel, Die Auskunftsverweigerung der Exekutive gegenüber parlamentarischen Untersuchungsausschüssen, in: Europäische Grundrechtzeit-schrift, (1984), S. 97 ff.

tische Auseinandersetzung. Es geht dabei auch um die Verteilung gesellschaftlicher Macht.

Insofern ist es nur zu verständlich, daß auch die Akteure des rechtlichen Bereichs ihrerseits die Tendenz haben, das Wirkungsfeld des Rechts weit in den Exekutivbereich hinein auszudehnen. Hier fällt einmal mehr der Wissenschaft die Aufgabe zu, Maßstäbe der verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Interpretation der grundgesetzlichen Kompetenzzuweisungen zu entwickeln. Dabei geht es nicht mehr allein um das formale, sondern auch um das funktionale Gewaltenteilungsprinzip, das die Grenzen zwischen den Gewalten dort zieht, wo die jeweilige originäre Aufgabenerfüllung einer Gewalt durch eine andere durch Einmischung, Kontrolle oder gar Übernahme der Ausführung behindert wird¹⁴⁾. Zu beachten ist dabei, daß die Tendenzen der Abschottung und des Zugriffs des Politischen gegenüber dem Recht und der Jurisdiktion und vice versa unterschiedliche Intensität aufweisen und entsprechend auch die Folgen im Geflecht der „checks and balances“ differenzierter Natur sein müssen.

Der Exekutive als Aktionszentrale des Politischen gelingt es mehr und mehr, ihren Spielraum auszubauen. Besonders erfolgreich ist sie hier gegenüber dem Parlament. Weniger erfolgreich ist sie gegenüber der Jurisdiktion, wobei diese nicht selten Kontrollfunktionen im Namen des Rechts wahrnimmt, die eigentlich als Funktion der politischen Kontrolle vom Parlament wahrgenommen werden müßten.

Es wäre falsch, das Bedürfnis des Politischen, rechtliche Kontrolle vom Exekutivbereich fernzuhalten, dahingehend zu interpretieren, daß dort dunkle Mächte das Licht der Öffentlichkeit und den Maßstab des Rechts scheuten. Die Gründe sind sehr viel komplexer und können hier nicht dargestellt werden. Sie sind teils völlig legitim — etwa, wenn die Regierung darauf Anspruch erhebt, sich zunächst einmal intern über Problemlösungen klar zu werden, bevor sie mit Vorschlägen in die Öffentlichkeit tritt —; teils entspringen sie aber auch einem vordemokratischen Verständnis des Politischen, hier des Verhältnisses zwischen Regierung und Öffentlichkeit, das die öffentliche Beteiligung am Willensbildungsprozeß lediglich als lästig und nicht als demokratieimmanent ansieht. Gleich aus welchen Gründen ist die Versuchung der politisch Entscheidenden in der Exekutive groß, die Grenzen für ihren Bereich sehr weit zu ziehen und zu versuchen, ihn sowohl vor der Öffentlichkeit abzuschirmen als auch einer Überprüfung durch richterliche Kontrolle zu entziehen.

Wenn das so ist, dann gewinnt die Frage, wer letztendlich über die Grenzziehung zwischen Politik und Recht im konkreten Fall der Regierungstätigkeit entscheiden soll, ein erhebliches Gewicht. Es überrascht nicht, daß hier keine Einigkeit besteht. Wäh-

rend z. B. Georg Kassimatis die Umgrenzung der Justiziabilität, soweit der Verfassungsgeber sich nicht klar geäußert hat, dem „Organisationsermessen“ des Gesetzgebers überlassen will¹⁵⁾, steht Hans Schneider auf dem gegenteiligen Standpunkt: „Es wird Sache der deutschen Gerichte sein müssen, die Grenzen ihrer richterlichen Gewalt gegenüber der politischen Staatsführung im einzelnen zu bestimmen und sich angemessene Selbstbeschränkung aufzuerlegen.“¹⁶⁾ In der Tat hat sich der Verfassungsgeber mit der Entscheidung für den Rechtsstaat dazu bekannt, daß eine gerichtliche Kontrollbefugnis für alle Rechtsbindungen der Staatsgewalt abzuleiten ist.

Diese Bindungen sind naturgemäß unterschiedlichster Art und lassen den ihnen Unterworfenen mehr oder minder großen Spielraum. Die Entscheidung für den Rechtsstaat bedeutet aber, daß es grundsätzlich auch im internen Handeln der politischen Exekutive keinen rechtsfreien Raum gibt. Die Entscheidung darüber, wie weit das Recht hier die Akteure einschränkt oder zumindest den Rahmen ihres Procedere liefert, wird letztendlich im kritischen wechselseitigen Diskurs, an dem auch die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (Peter Häberle) beteiligt ist, von der Jurisdiktion festgelegt. Daß gerade diese Diskussion außerordentlich komplex ist und weder bei uns¹⁷⁾ noch in anderen vergleichbaren Verfassungssystemen, wie etwa den Vereinigten Staaten von Amerika¹⁸⁾ oder Frankreich¹⁹⁾ abgeschlossen ist, verwundert kaum.

Die Bedenken gegen eine großzügige Unterstellung der Regierungsaktivitäten unter die Kontrolle der Jurisdiktion ergeben sich insbesondere daraus, daß damit der Bereich des Politischen der Richterkontrolle, dem Bereich des Rechts, unterstellt werde und diese sich mit ihrer Entscheidungsfindung an die Stelle der Politiker setze. Die Gefahr bei der Kontrolle der politischen Exekutive sei besonders groß, weil gerade in diesem Bereich „Rechtsprechung eben nur zum Teil rein rationale Schlußfolgerung ist und zu einem erheblichen Teile irrational bewertende, auf die Subjektivität des Richters zurückweisende Tätigkeit“²⁰⁾. Deshalb müsse sich die richterliche Kompetenz für den politischen Bereich

¹⁵⁾ Georg Kassimatis, *Der Bereich der Regierung*, Berlin 1967, S. 175.

¹⁶⁾ Hans Schneider, *Gerichtsfreie Hoheitsakte*, Tübingen 1951, S. 80.

¹⁷⁾ Vgl. etwa Herbert Krüger, *Der Regierungsakt vor den Gerichten*, in: *Die Öffentliche Verwaltung*, (1950), S. 536 ff.; Walter Leisner, *Regierung als Macht kombinierter Ermessens*, in: *Juristenzeitung*, (1968), S. 727 ff.

¹⁸⁾ Vgl. Hans-Joachim Mengel, *Auskunftsverweigerung der Exekutive und Informationsanspruch des Kongresses in den Vereinigten Staaten von Amerika*. Ein Beitrag zur „Executive — Privilege Doctrine“, in: *Jahrbuch für Öffentliches Recht*, (1984), S. 367 ff.

¹⁹⁾ Vgl. ders., *Die Verfassung der V. Republik*. Beispiel einer stillschweigenden Verfassungstransformation?, in: ebd., (1981), S. 73 ff.

²⁰⁾ Richard Thoma, *Die Staatsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches*, in: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. I, Berlin 1929, S. 179 ff.

¹⁴⁾ Vgl. dazu generell Ulrich Scheuner, *Der Bereich der Regierung*, in: *Rechtsprechung in Staat und Kirche*, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 252 ff.

Selbstbeschränkungen auferlegen, um zu verhindern, daß eine „Gerontokratie (Herrschaft des Rates der Alten) einer wenn auch noch so respektablen Elite des Berufsrichtertums“ entstehe²¹⁾. Diese skeptische Ansicht wird von der überwältigenden Mehrheit der dazu erschienenen verfassungsrechtlichen Literatur geteilt.

Dementsprechend bemüht man sich auch, Maßstäbe für die Grenzen des richterlichen Eingriffs in den Bereich des Politischen zu ziehen. Dabei ist es allerdings wenig hilfreich, zwischen Rechts- und Ermessensfragen differenzieren zu wollen. Gibt es schon Probleme zu klären, wann im politischen Entscheidungsbereich Fragen rechtlichen oder politischen Charakter haben, wird diese Differenzierung noch untauglicher, wenn man eine richterliche Nachprüfung der Frage unternehmen will, ob die praktischen Entscheidungsträger ihr Ermessen richtig, d. h. im Rahmen des Rechts ausgeführt haben. Mit diesen Maßstäben bleibt alles in der Hand des jeweiligen Richters²²⁾.

Die Befürchtung einer Juridifizierung des Politischen wird gestützt durch die noch an anderer Stelle zu beschreibende Praxis des Bundesverfassungsgerichts. Allerdings wird in der Diskussion viel zu wenig auf den Unterschied zwischen dem Inhalt exekutiver oder legislativer Entscheidungen und den Verfahren, die zu dieser Entscheidungsfindung führen, eingegangen. Erstere liegen im Verlaufe der Entscheidungsfindung völlig in der Hand von Exekutive und Legislative. Dabei hat die Jurisdiktion nicht schon an einer bestimmten Weggabelung, die zu verschiedenen Entscheidungsinhalten führt, zu entscheiden, ob dieser oder jener Weg inhaltlich der richtige war, sondern sie hat lediglich am Ende das vorgefundene Gesetz daraufhin zu überprüfen, ob es die Verfassung durch seinen Inhalt oder durch formale Verfahrensfehler verletzt. Hier die Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit vorzulegen, führt in der Tat zu einer Juridifizierung der Politik.

Hinsichtlich der Kontrolle des Verfahrens innerhalb des politischen Exekutivbereichs unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung rechtsstaatlicher und demokratischer Grundsätze — aus denen sich dann auch konkrete Kontrollmaßstäbe entwickeln lassen — muß der Jurisdiktion allerdings die Möglichkeit eingeräumt werden, im Einzelfall auch in die inneren Bereiche der politischen Exekutive überprüfend vorzudringen. Festzuhalten ist jedoch, daß auch eine solche Kontrolle zurückhaltend und nur bei begründetem Verdacht von Regelverletzungen erfolgen soll, da auch im Verfahrensbereich den

politischen Entscheidungsträgern grundsätzlich ein weiter Spielraum zusteht. Die bislang vernachlässigte bzw. nicht gesehene Differenzierungsmöglichkeit zwischen Verfahrenskontrolle und Entscheidungsinhaltskontrolle verringert die Gefahr, daß die Jurisdiktion die Politikgestaltung verrechtlicht; sie schließt zugleich aus, daß im Entscheidungsprozeß der Regierenden willkürlich rechtsstaatliche und demokratische Elemente mißachtet werden.

Der Satz Fritz Fleiners „In der Demokratie ist das letzte Bollwerk für Verfassung und Recht der Richter. Auf das Vertrauen zu ihm gründet sich das Gefühl der Rechtssicherheit“²³⁾, gilt auch für den inneren Bereich der politischen Exekutive. Nichts erschüttert das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat mehr als das Gefühl, daß die Entscheidungsfindung — gleich auf welcher Ebene — nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen gerecht wird. Der Bürger ist sehr viel eher bereit, in seinen Augen falsche Entscheidungen hinzunehmen, wenn diese auf die dem Rechtsstaat und der Demokratie angemessene Weise zustande gekommen sind, als Entscheidungen, die in einem willkürlichen, dem Rechtsstaat widersprechenden Verfahren entstanden sind, selbst wenn diese inhaltlich vertretbar und akzeptabel sein mögen.

Als Ergebnis der Überlegungen zum Verhältnis zwischen dem Recht und dem Bereich der politischen Exekutive muß festgehalten werden, daß letztere bei ihren politischen Aktivitäten, die oft auch damit verbunden sind, bestehendes Recht gestaltend zu ändern, sowohl im Procedere der Entscheidungsfindung als auch in der inhaltlichen Ausgestaltung an die Schranken des Rechts stößt. Dabei steht der Inhalt bestehenden Rechts sehr viel offener zur Disposition als unabdingbare Verfahrensvoraussetzungen, die sich aus der Demokratie und Rechtsstaatsentscheidung des Grundgesetzes ergeben.

So steht es selbstverständlich dem autonomen Gestaltungsspielraum der politischen Exekutive frei, z. B. die rechtlichen Voraussetzungen des Gesundheitswesens zu überdenken und Änderungsinitiativen in den Gesetzgebungsprozeß einzubringen. Dagegen liegt es nicht in ihrer Autonomie, das Verfahren, nach dem etwa die verschiedenen Interessengruppen schon in einem frühen Stadium der Entscheidungsfindung beteiligt werden sollen, willkürlich zu bestimmen. Auch hier sollten die aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ableitbaren unabdingbaren Grundvoraussetzungen demokratischer Entscheidungsprozesse wie Chancengleichheit der Einflußnahme und Transparenz verpflichtend sein und ihre Einhaltung auch rechtlich überprüfbar gemacht werden.

²¹⁾ Ebd., S. 200.

²²⁾ Vgl. auch G. Kassimatis, (Anm. 15), S. 178: „Die Unterscheidung zwischen Rechts- und Ermessensfragen mag klar sein, es bleibt aber offen, wie ihre Vermengung durch die Schwäche des konkreten Richters zu vermeiden wäre.“

²³⁾ Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Tübingen 1923, S. 448.

VII. Verfassungsrechtsprechung und Politik

Die bisherigen Überlegungen führten uns zu der Feststellung, daß weder politische Exekutive noch die Legislative in ihren weitgehend dem Politischen zuzurechnenden Funktionen unbeschränkte Autonomie gegenüber dem Recht besitzen. Das Recht setzt ihrem politischen Ringen um die Gestaltung der Gesellschaft sowohl in der verfahrensmäßigen Ausgestaltung als auch bei den angestrebten Entscheidungsinhalten mehr oder minder starke Grenzen. Die Einhaltung dieser Grenzen zu überwachen obliegt der Jurisdiktion und hier insbesondere dem Bundesverfassungsgericht.

Da die Grenzen zwischen Recht und Politik in vielen Fällen weder in der Verfassung selbst noch sonst irgendwo eindeutig und verbindlich niedergelegt sind, muß auch diese Grenzziehung Gegenstand des ständigen Diskurses zwischen den beteiligten Staatsorganen, aber auch des Diskurses der Öffentlichkeit sein. In der Verfassungsgerichtspraxis werden die Grenzen der Autonomie des Politischen jedoch eher autoritär gezogen, mit dem Anspruch, daß diese Grenzen als Rechtsgrenzen allein vom

Verfassungsjuristen, mehr noch allein vom Verfassungsrichter zu erschließen sind. Dies führt dann zu einer schwer verständlichen breiten inhaltlichen Überprüfung des aus Politik geronnenen Rechts auf der einen Seite und einem weitgehenden *laissez faire* im politischen Prozeß der Rechtsschöpfung auf der anderen Seite. Dementsprechend wird die Legitimation des Bundesverfassungsgerichts dort in Frage gestellt, wo es zumindest den Anschein hat, daß es sich in seinen inhaltlichen Entscheidungen an die Stelle der politisch legitimierten Instanzen setzt.

Um der Verfassungsrechtsprechung, die, rein formal gesehen, die erwähnten Grenzen auch ohne einen breiten gesellschaftlichen Diskurs letztendlich selbst bestimmen kann, das Odium mangelnder politischer Selbstzurückhaltung zu nehmen, muß eine grundlegende Neustrukturierung des verfassungsrechtlichen Überprüfungsprozesses erwogen werden, die auf eine Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Politik im Bereich der Verfassungsrechtsprechung hinausläuft.

VIII. Neustrukturierung der verfassungsrechtlichen Überprüfung zur Stärkung politischer Autonomie

Hauptkritikpunkt an der Verfassungsrechtsprechung ist, daß sie sich allzuoft mittels inhaltlicher Prüfung der von den politisch und rechtlich dazu legitimierten Institutionen geschaffenen Regelungen in nicht legitimer Weise an deren Stelle setzt und unter Berufung auf rein rechtliche Interpretationsmaximen ihre Entscheidungen als allein der Verfassung gemäß erklärt. Jüngstes Beispiel sind die Urteile, die sich mit dem Mieterschutz bei Eigenbedarf des Vermieters befassen. Es liegt auf der Hand, daß der im Grundgesetz verankerte Schutz des Eigentums und die dort gleichfalls festgelegte Sozialbindung des Eigentums in ein vernünftiges Verhältnis gebracht werden müssen. Dies allein als rechtliches Problem zu betrachten und damit die politischen Entscheidungsträger, die bewußt den Mieterschutz als Ausdruck der Sozialbindung weit gefaßt haben, außen vor zu lassen, zeugt von der Arroganz des Rechts gegenüber der Politik. Jedoch nützt es wenig, darüber zu klagen und apodiktisch zu fordern, daß das Gericht sich zurückhalten möge. Es gilt vielmehr den Ursachen für diese mangelnde Zurückhaltung nachzuspüren und über die Ursachenbeseitigung das Verhalten des Bundesverfassungsgerichts zu beeinflussen.

Analysiert man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dann fällt das Mißtrauen auf, mit dem geprüft wird, ob die am Gesetzgebungsprozeß Beteiligten wirklich eine Lösung gefunden haben, die sachgerecht ist. Dieses Mißtrauen gründet sich auch unausgesprochen auf Beden-

ken, die das *Procedere* der politischen Akteure im Gesetzgebungsverfahren betreffen. Es spricht einiges dafür, daß das Gericht mehr Vertrauen in die verfassungsgemäße Qualität der Gesetzgebung haben könnte, wenn es sich entschließen könnte, nachzuprüfen, ob innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens die verschiedenen Alternativen – auch diejenigen, die einen minderschweren Eingriff in Grundrechte des Bürgers darstellen – in den Entscheidungsprozeß eingeflossen sind und ob das Für und Wider vom Gesetzgeber ausreichend abgewogen wurde.

Eine Neustrukturierung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hätte sich demnach bei der Prüfung der Regelungsinhalte weitgehend zurückhalten und sich verstärkt der Prüfung des Verfahrens zu widmen. Wenn man etwa als verfahrensmäßige Grundvoraussetzungen rechtsstaatlich demokratischer Rechtsschöpfung die Legitimität der Entscheidungen, die Transparenz, die Entscheidungsfreiheit der Entscheidenden und die formale Chancengleichheit der Einflußnahme akzeptieren kann²⁴⁾, dann wird es überflüssig, daß sich die Jurisdiktion im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Gedanken über die Notwendigkeit eines Gesetzes, über die Motive, die Qualität, die Stringenz und ähnliches macht. Dieser Vorschlag hätte

²⁴⁾ Vgl. dazu Hans-Joachim Mengel, Grundvoraussetzungen demokratischer Gesetzgebung. Zur Notwendigkeit einer Prozeßordnung des inneren Gesetzgebungsverfahrens, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, (1984), S. 153 ff.

zur Folge, daß die gesetzliche Regelung, wenn sie im fehlerfreien Verfahren zustande gekommen ist, nur in Extremfällen einer inhaltlichen Prüfung nach bisherigen Maßstäben zugänglich ist. Allerdings muß auch die inhaltliche Kontrolle im Kern erhalten bleiben, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß selbst bei Einhaltung eines optimalen demokratischen *Procedere* durch den Gesetzgeber innerhalb seines weiten Gestaltungsspielraumes inhaltlich verfassungswidrige Gesetze geschaffen werden.

Durch ein solches modifiziertes Prüfungsverfahren würden verschobene Gewichte zwischen verfassungsrechtlicher Jurisdiktion und Gesetzgeber wieder in ein der Demokratie mit ihren unabdingbaren Legitimationserfordernissen angemessenes Verhältnis gebracht, ohne daß dabei der grundrechtliche Schutz des Bürgers unangemessen Schaden nehmen müßte. Dieser Schutz ist nicht hoch genug zu bewerten. Die Sätze Karl Loewensteins, daß der Schutz der Freiheitsrechte gegen die Einwirkungen des modernen Leviathans nirgends besser aufgehoben sei als bei einem unabhängigen Gerichtshof und daß „je mehr in unserer Zeit der einzelne von der Konformität des Kollektiven und der Staatsmacht bedroht ist“, es desto mehr „zur Wahrung seines heiligsten Gutes, der menschlichen Persönlichkeit, eines Hüters“ bedürfe²⁵⁾, haben auch heute nichts von ihrer Gültigkeit verloren. Nur muß die Hüterpflicht sich in das vom Verfassungsgeber gewählte politische System einordnen.

Sicherlich würde es dann auch dazu kommen, daß bei weniger Gesetzen grundrechtsverletzende Regelungen vom Bundesverfassungsgericht festgestellt würden. Dieses läge jedoch nicht daran, daß der Grundrechtsschutz vermindert wurde, sondern

²⁵⁾ Karl Loewenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, Berlin 1959, S. 437.

daran, daß durch dies vom Gesetzgeber einzuhaltende *Procedere* vorausschauender Grundrechtsschutz betrieben würde, der um so effektiver wäre, je mehr sich der Gesetzgeber gerade im Verfahren gesetzgeberischer Entscheidungsfindung die prüfenden Blicke der Richter vergegenwärtigen müßte. Allerdings würde der hier entwickelte Vorschlag auch dazu führen, daß der Bürger unter Umständen die Gestaltungskraft oder Schwäche des Gesetzgebers mehr als bisher erfahren würde, wenn die Gestaltungskraft des Bundesverfassungsgerichts hinter seine vorgegebenen Schranken zurücktreten und damit ihre Pufferwirkung zwischen inkompetenter Gesetzgebung und dem darunter leidenden Bürger verlieren würde.

Nur für diejenigen mag das beklagenswert sein, die dem Gericht mehr Sachverstand, Augenmaß und Rationalität zutrauen als dem Gesetzgeber. Wenn aber Demokratie ernst genommen werden soll, dann muß das Vertrauen der Bürger in die kompetente Gestaltungskraft gesetzgeberischer Entscheidungsfindung sich auf den Gesetzgeber konzentrieren und nicht auf zwar in der Regel hochqualifizierte, integere, aber für die Aufgabe der politischen Gestaltung nicht legitimierte Richter. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist eine weitere Kontrolle gesetzgeberischer Aktivitäten in das System der Demokratie eingebunden. Der Bürger hat es in der Hand, die Richtung der Gesetzgebung in gewissen Abständen neu zu definieren oder zumindest in einigen Bundesländern durch Volksbegehren direkt einzugreifen. Nicht zu vernachlässigen sind auch die Möglichkeiten, durch aktive Teilnahme am politischen Willensbildungsprozeß in Parteien, Verbänden, Bürgerinitiativen und Medien mitzuwirken und somit auch auf die rechtliche Gestaltung der Gesellschaft durch politische Willensbildung einzuwirken.

Klaus Bästlein: Als Recht zu Unrecht wurde. Zur Entwicklung der Strafjustiz im Nationalsozialismus

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 13-14/89, S. 3-18

Die in ihrer weit überwiegenden Mehrzahl nationalkonservativen Justizjuristen (Richter, Staatsanwälte und Juristen in der Justizverwaltung) gingen 1933 eine Zusammenarbeit mit der nationalsozialistischen Staatsführung ein. Innerhalb des Machtgefüges des NS-Staates spielte die Justiz bis zum Tode des Ministers Gürtner (Januar 1941) eine eher passive Rolle: Das Herausbrechen immer weiterer Teilbereiche staatlichen Handelns aus der Rechtsordnung wurde hingenommen. Erst der geschäftsführende Minister Schlegelberger (1941/42) und der fanatische Nationalsozialist und letzte Justizminister Thierack (ab August 1942) verwandelten die Justiz schließlich in ein aggressives Instrument nationalsozialistischer Menschenvernichtung.

Die Institutionalisierung der Sondergerichte und des Volksgerichtshofes, einige Zuständigkeitsverordnungen und das hastig zusammengeschusterte „Kriegsstrafrecht“ reichten für die Auflösung des hergebrachten Normen-Systems aus. Hinzu traten die Konsequenzen aus der Lehre vom Tätertyp im Strafrecht, nach der nicht die konkrete Handlung, sondern die Gesinnung von Gesetzesbrechern pönalisiert werden sollte. Das „Kriegsstrafrecht“ wurde so immer stärker von Willkür und Zufall geprägt. Ab 1939 war in der strafrechtlichen Praxis die Tendenz zum „Abgleiten in die Todesstrafe“ unübersehbar, die sich insbesondere nach der Niederlage von Stalingrad 1942/43 noch einmal erheblich zuspitzte. Der allergrößte Teil der insgesamt mindestens 16 000 Todesurteile der ‚ordentlichen‘ Strafjustiz wurde von Sondergerichten und dem Volksgerichtshof verhängt.

Die Verantwortung der Richter und Staatsanwälte für den Justizterror entzieht sich monokausalen Erklärungen. Zwar wurde im Rahmen der „Lenkung“ der Rechtsprechung teilweise erheblicher Druck ausgeübt; aber abweichende Urteile konnten – wenn man dies gewollt hätte – doch stets unter Hinweis auf neue Erkenntnisse während der Hauptverhandlung gerechtfertigt werden. Die Karriere-Hoffnungen jüngerer Richter und Staatsanwälte, die mißverständene „Pflichterfüllung“ vieler älterer Justizjuristen sowie regionale Besonderheiten sind bei der Analyse der NS-Justiz stärker als bisher zu berücksichtigen.

Bernhard Diestelkamp/Susanne Jung: Die Justiz in den Westzonen und der frühen Bundesrepublik

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 13-14/89, S. 19-29

Mittlerweile ist der Abstand zu den ersten beiden Nachkriegsjahrzehnten groß genug, um die Rolle der Justiz in dieser Zeit abwägend zu analysieren. Dabei drängt sich die Feststellung auf, daß die Gerichte entgegen den Intentionen der Besatzungsmächte und reformbewußter deutscher Politiker in relativ kurzer Zeit wieder mit denselben Personen besetzt waren, die auch vor 1945 amtiert hatten. Obwohl sich nach 1945 ein gewisser Einstellungswandel dieser Richter und Staatsanwälte vollzogen haben dürfte, hatte ihre Herkunft doch spürbare Folgen für die zögerliche Behandlung der NS-Gewaltverbrechen durch die Justiz und insbesondere der richterlichen Unrechtstaten.

Ebenso ist unverkennbar, daß die Rechtsprechung der Nachkriegszeit zwar nicht durch eine NS-Gesinnung der Richter, wohl aber durch einen erheblichen Konservatismus geprägt wurde. Ausnahmen sind der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und das Bundesverfassungsgericht. Gleichwohl war die Rechtsprechung der Nachkriegsgerichte vielleicht gerade wegen ihres konservativ-restaurativen Grundcharakters ein wichtiger Faktor zur Stabilisierung der gleichfalls überwiegend konservativ-restaurativ gestimmten Gesellschaft der Bundesrepublik. Dieser weitgehenden Konsens zwischen der Bevölkerungsmehrheit und den Gerichten veränderte sich erst in den sechziger Jahren. Aus diesem gesellschaftlichen Wandlungsprozeß gingen sowohl die Gesellschaft als auch die Justiz demokratiebewußter hervor.

Hans-Joachim Mengel: Recht und Politik. Zur Theorie eines Spannungsverhältnisses im demokratischen Staat

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 13-14/89, S. 30-38

Recht und Politik stehen in einem unauflösbaren Interdependenzverhältnis. Dennoch bestehen Schranken zwischen ihnen, die ihre freiheitssichernde Autonomie bewahren. Diese Schranken sind in der Demokratie nicht statisch, sondern müssen in dem von der Verfassung vorgegebenen Rahmen im ständigen öffentlichen Diskurs erarbeitet werden. An dieser Diskussion nimmt neben den Akteuren aus den Bereichen Politik und Recht auch die Öffentlichkeit teil. So können weder die Exekutive und die Legislative noch die Jurisdiktion a priori die Grenzen ihres Handlungs- und Entscheidungsspielraums vollkommen autonom festsetzen. Sie haben sich im Bewußtsein ihrer gegenseitigen Verwobenheit im System demokratischer Gewaltenteilung an den auf diese Weise festgelegten Abgrenzungen zwischen Recht und Politik zu orientieren.

Der Politik- und der Rechtswissenschaft kommt die Aufgabe zu, den öffentlichen Diskurs über die Schranken zwischen Recht und Politik maßgebend mitzugestalten. Es geht darum, demokratiegemäße und konsensfähige Maßstäbe für die Kontrolle des Politischen durch das Recht und der Beurteilung der politischen Funktion des Rechtes zu entwickeln. Nur auf diese Weise kann die jeder verfaßten Ordnung immanente Gefahr der Pervertierung minimisiert werden. Dabei muß auf der einen Seite eine Juridifizierung des Politischen und auf der anderen Seite eine Politisierung des Rechts vermieden werden. Insbesondere die Verfassungsrechtsprechung steht in ständiger Gefahr, die Grenzen des „political self restraint“ zu überschreiten. Deshalb schlägt der Verfasser eine Neustrukturierung verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zur Stärkung politischer Autonomie vor. Dabei sollte der Schwerpunkt der Überprüfung von den Gesetzesinhalten auf das Gesetzgebungsverfahren verlagert werden.