

# NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT

IN VERBINDUNG MIT DEM DEUTSCHEN ANWALTVEREIN  
UND DER BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER HERAUSGEGEBEN VON

PROF. DR. HANS DAHS  
Rechtsanwalt in Bonn

VALENTIN HEINS  
Rechtsanwalt in München

DR. WALTER LEWALD  
Rechtsanwalt in Frankfurt a. M.

PROF. DR. PHILIPP MÖHRING  
Rechtsanwalt beim BGH, Karlsruhe

17. Jahrgang

11. Juni 1964

Heft 24 S. 1097

## Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz

Von Rechtsanwalt DR. KONRAD REDEKER, Bonn

Es entspricht dem Wesen unseres Rechtsstaates, daß die sog. Bewältigung der Vergangenheit in erster Linie in justizförmigen Verfahren durchgeführt wird. Damit ist die Gefahr verbunden und bereits spürbar geworden, daß auf diesem Wege außer den mit den Verfahren befaßten Prozeßbeteiligten die Allgemeinheit die Vorgänge mehr aus dem Zuhörerraum erfährt, als sich den aufgeworfenen Fragen zu stellen. Das gilt auch für die Juristen selbst. Die juristische Diskussion dieser Fragenkomplexe ist bisher schwach und im letzten Jahrzehnt fast verstummt. Dabei sind die Fragen außerordentlich vielschichtig und auch heute aktuell, so daß um ihre Lösung immer neu gerungen werden müßte.

1. ROESEN hat mit seinem Beitrag „Rechtsfragen der Einsatzgruppenprozesse“<sup>1)</sup> eine Reihe von Problemen und mancherlei Imponderabilien dieses Fragenbereiches angesprochen. Die Rechtsprechung hat in erster Linie die strafrechtlichen Erscheinungsformen zu klären. Angesichts der fast unvorstellbaren, in ihrem Ausmaß wohl überhaupt nicht faßbaren Untaten ist die Aburteilung der Täter selbstverständlich und notwendig. Sie findet ihre Begründung regelmäßig in der im Ergebnis richtigen Auffassung, daß auch in der NS-Zeit §§ 211, 212 StGB geltendes Recht waren, von dem auch ein Befehl – selbst ein Führerbefehl – nicht entbinden konnte, daß die Tötung unschuldiger Menschen unabhängig von bestehenden „Gesetzen“ immer verboten und strafbar war, weil dieses Verbot zu dem unantastbaren „Kernbereich“<sup>2)</sup> des Rechts gehört, und daß die Täter die Rechtswidrigkeit ihres Handelns hätten erkennen können.

Man sollte freilich nicht verkennen, daß damit nicht alle Fragen beantwortet sind, daß vielmehr manches vordergründig bleibt und bleiben muß, weil einmal der staatsrechtliche Hintergrund nicht immer deutlich erkannt wird, weil zum anderen die Grundlagen der Verurteilung, das Verhältnis der Effektivität der sich Gesetz nennenden Anordnungen zum „Kernbereich“ überpositiven Rechts, vielfach nur verschwommen gesehen werden und weil schließlich der Anruf, der von diesen Verfahren an den Juristen ausgehen muß, die Forderung nach Selbstbesinnung der Justiz und der Juristen, bisher nur vereinzelt aufgegriffen worden ist.

Zum staatsrechtlichen Hintergrund hat sich WELZEL<sup>3)</sup> geäußert. Er weist darauf hin, daß die Notwendigkeit der Verkündung als Erfordernis für die Rechtswirk-

samkeit eines Gesetzes, auch in Gestalt eines Führerbefehls, bis zum Zusammenbruch des NS-Reiches anerkannt gewesen sei. Er sieht in der Verkündung ein Essentiale des Gesetzesbegriffes, weil sie erst ermöglicht, daß ein Normsetzungsakt durch Akzeptation seitens der Rechtsunterworfenen zum positiven Recht werden kann. Führerbefehle zur Tötung von Menschen seien niemals verkündet worden, hätten deshalb weder formell noch materiell §§ 211, 212 StGB beseitigen können. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Staatliche Befehle können solange nicht positives Recht sein, als sie nicht wenigstens verkündet worden sind. Dieser Grundsatz, auf den an anderer Stelle nochmals zurückzukommen ist, gilt zeitlos, also auch im NS-Staat. Es ist aber nicht zu verkennen, daß die damalige staatliche Praxis, aber auch zahlreiche Staatsrechtslehrer der damaligen Zeit den „Führerstaat“ hieran nicht mehr gebunden glaubten. Dieser „Führerstaat“ hatte nicht nur die überkommene Trennung zwischen Gesetz und Verordnung praktisch aufgehoben, sondern ebenso die Trennung zwischen Legislative und Exekutive.<sup>4)</sup> In der Person des Führers vereinigten sich nach damaliger Auffassung Gesetzgebungs- und Ausführungsrecht, ohne daß auf die Dauer eine Unterscheidung noch möglich war. War man angesichts der Hitlerschen Tötungsaktion v. 30. 6. 1934 noch bemüht, diese der Exekutive zuzurechnende Maßnahme wenigstens nachträglich noch legislativ zu sanktionieren,<sup>5)</sup> so entwickelte sich in der Folgezeit immer stärker die Vorstellung, daß es einer solchen Sanktion nicht notwendig bedürfe, weil der Führer als oberster Gesetzgeber sich selbst zu Befehlen ermächtigen könne, der Führerbefehl deshalb die gesetzliche Ermächtigung in sich trage. Damit wurde der Führerbefehl von jeder Bindung an gesetztes, an sich weiter geltendes Recht freigestellt. Der Befehl hebe entgegenstehendes Recht auf, er solle selbst Recht sein, gleich ob er einen Einzelfall oder abstrakt eine Vielzahl unbestimmter Fälle betreffe, gleich ob er formell verkündet, lediglich den Betroffenen bekanntgemacht oder geheimgehalten werde.

Daß diese Auffassung sich mindestens in der Spitze der Reichsverwaltung durchgesetzt hatte, zeigt die Durchführung der Euthanasieaktion. Sie beruht auf einem nur wenigen Menschen mitgeteilten, niemals veröffentlichten „Führerbefehl“ v. 1. 9. 1939. Der Befehl und die ganze Aktion verstießen nicht nur gegen

1) NJW 64, 133.

2) BGHSt. 2, 234 = LM Nr. 4 zu § 59 StGB.

3) NJW 64, 521.

4) BGHZ 5, 76 (94 ff.) = NJW 52, 822; vgl. auch W. LEWALD, NJW 54, 1275.

5) Gesetz v. 3. 7. 1934 (RGBl. I 529).



allein „die Entfaltung der völkischen Lebensordnung durch Rechtsgebote obersten Ranges“ beruhe.<sup>16)</sup> Daß „gesetzliche Führerbefehle“ nicht notwendig der Verkündung im Reichsgesetzblatt bedürfen, stellt HILDEBRANDT<sup>17)</sup> fest. Die Aufzählung könnte beliebig verlängert werden.<sup>18)</sup>

Sicher hat WELZEL recht, wenn er bei dem Versuch, den Führerbefehl der Judentötungen in Worte zu fassen, von einer „Ausgeburt makabrer Phantasie“ spricht. Immerhin ist der Führerbefehl über die Euthanasie-Tötungen im Wortlaut vorhanden, also durchaus konkret faßbar. Sicher waren Führerbefehle dieser Art auch nichts anderes als Mordbefehle, wie sie in der Menschheitsgeschichte „oft genug von den Inhabern der höchsten Gewalt erteilt worden sind“. Der Unterschied zu solchen früheren Mordbefehlen liegt nur darin, daß es nach der Entwicklung zum Rechtsstaat in den zwei Jahrhunderten der Aufklärung dem NS-Staat notwendig erschien, auch einen solchen Befehl noch staatsrechtlich zu legalisieren, und sich Juristen zu solcher Legalisierung bereitgefunden haben. Dem zwanzigjährigen Polizeiangehörigen oder dem Arzt in der Heilanstalt, der den Befehl zur Erschießung von Juden oder zur Tötung von Kranken erhielt, wäre die Entscheidung, die Ausführung dieses Befehls zu verweigern, sicher näherliegend gewesen, wenn er nicht von hoher Warte hätte erfahren können, daß die Vereinbarkeit eines Führerbefehls mit dem geltenden Recht außer Zweifel stünde. Allerdings ist zu bedenken, daß sich solche Rechtsanschauungen wohl sicherlich nicht hätten entwickeln können, wenn ihre Vertreter, soweit sie sich in den 30er Jahren geäußert haben, geahnt hätten, welch verbrecherisches Regime zur Herrschaft gelangt war und zu welch namenlosen Untaten, einzig „legitimiert“ durch den sogenannten „Führerwillen“, dieses Regime später schreiten würde. Tatsächlich aber ist das Regime durch die damalige Haltung der Wissenschaft (zahlreicher Vertreter der Wissenschaft) zu unbegrenzter Willkür ermutigt worden, die bei der – damals noch nicht voll erkannten – Natur dieses Regimes in Massenmord enden mußte.

2. Soweit erkennbar, ist niemand der Auffassung, daß die Effektivität der Führerbefehle etwas über die Verbindlichkeit auch nur zur damaligen Zeit aussagen kann. Ein Befehl, der sich durchsetzt, ist nicht deshalb Recht. Der Befehl ist vielmehr an überpositiven Grundsätzen zu messen und entbehrt der Rechtsqualität, wenn er diesen Grundsätzen widerspricht. Darin stimmen auch ROESEN, WELZEL und ARNDT<sup>19)</sup> überein. Hierauf beruht die Rechtsprechung, welche die NS-Gewaltmaßnahmen zu bewältigen hat, die ja nicht nur auf Geheimbefehlen, sondern auch auf verkündeten angeblichen Gesetzen beruhen.<sup>20)</sup> Freilich geht die Begründung dieser überpo-

sitiven Grundsätze sehr unterschiedliche Wege und macht ihre Bestimmung und Abgrenzung große Schwierigkeiten. Schon innerhalb der Naturrechtslehren gibt es weite Differenzierungen,<sup>21)</sup> die Bejahung überpositiven Rechts außerhalb des Naturrechts geht überhaupt von anderen Ausgangspunkten aus.

Sicher wird man einen bestimmten Kernbereich finden können, der übereinstimmend in allen Lehren als unantastbar angesehen wird und damit der Disposition des Gesetzgebers entzogen ist. Die willkürliche Tötung Unschuldiger gehört dazu. Aber auch hier ergeben sich manche Unklarheiten. Nach dem Zweiten Weltkrieg haben sich etwa Kampfformen um die staatliche Unabhängigkeit mit anschließender gesetzlicher Sanktion ergeben, durch die ständig der „Kernbereich“ angetastet wird, ohne daß man ohne weiteres diese gesetzliche Regelung als den Prinzipien der Gerechtigkeit widersprechend und deshalb als nichtig ansehen könnte. Die überpositiven Grundsätze bedürfen deshalb neben den Prinzipien der materiellen Gerechtigkeit der Ergänzung durch formale Kriterien, an deren Beachtung mindestens in unserem Rechtskreis das geltungserheischende Recht ebenfalls zu prüfen ist.

Es ist das Verdienst der bereits erwähnten, nicht-rechtskräftigen und unveröffentlichten, aber bedeutsamen Entscheidung des OVG Lüneburg v. 29. 11. 1962,<sup>22)</sup> das Rechtsstaatsprinzip als einen materialen Rechtsgrundsatz zu erfassen und die Einhaltung der sich aus diesem Prinzip ergebenden Grundsätze zu einem Maßstab geltenden Rechts zu machen. Der Weg zu dieser Auffassung ist durch den in § 3 Abs. 2 Nr. 2 BVFG und § 3 Nr. 3a G 131 anzutreffenden Begriff des „Verstoßes gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit“ vorgezeichnet. Das hier gewählte Begriffspaar Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit beruht auf der zutreffenden Auffassung, daß der Beachtung gewisser Grundformen staatlichen Handelns gleiche Bedeutung wie der Beachtung der Kernsätze materieller Gerechtigkeit zukommt. Die grundlegenden Ordnungsprinzipien in Verfassungs- und Verfahrensordnungen sind mehr als bloße Ordnungsvorschriften, sie sind eines der stärksten Bollwerke des Einzelnen gegenüber der Omnipotenz des Staates. Der jahrhundertelange Kampf um die Grundrechte ist zugleich ein Kampf um solche Ordnungsprinzipien gewesen. Ihr Sinn ist es, „die Bindung der Inhaber öffentlicher Ämter an materielle Rechtsstaatsprinzipien institutionell sicherzustellen“. Zu diesen Prinzipien zählt das OVG Lüneburg die Gesetzmäßigkeit von Justiz und Verwaltung, den justizförmigen Rechtsschutz des Einzelnen durch sachlich und persönlich unabhängige Richter, besonders bei Verletzung von Rechten durch die öffentliche Gewalt, den Grundsatz, daß wegen einer Handlung nur bestraft werden darf, wenn die Strafbarkeit formell gesetzlich vor Begehung der Tat bestimmt war, und die Gewährleistung persönlicher Grundrechte, besonders der Freiheit der Person und der Gleichbehandlung. Man könnte hierzu mit WELZEL auch die öffentliche Verkündung jeden Gesetzes zählen.<sup>23)</sup> Bezieht man das Rechtsstaatsprinzip in dieser Form in den „Kernbereich“ überpositiven Rechts ein, so gewinnt dieser Bereich in stärkerem Maß an justitiabler Substanz. Er ist nicht nur ein im Einzelfall nicht selten problematisches ethisches Mini-

16) Deutsches Recht 1939, 275 ff.

17) „Handwörterbuch der Rechtswissenschaft“, Bd. VIII, S. 564.

18) Vgl. etwa die zahlreichen Schriften von C. SCHMITT, E. R. HUBER und KOELLREUTTER, ferner einzelne Beiträge in HANS FRANK, Deutsches Verwaltungsrecht, München, 1937, insbesondere HAMEL, S. 389; HÖHN, S. 74 f.; MACNZ, S. 63; weiter HAMEL, DJZ 36, 1467 in Verurteilung der Bemühungen KNAUTHS um Erhaltung wenigstens begrenzter rechtsstaatlicher Sicherungen (DJZ 36, 1205); v. ROZYCKI, RVBl. 41, 202; ROTHENBERGER, DJZ 36, 22, hält es sogar für möglich, daß bloßen Gesprächen oder Äußerungen des Führers Rechtssatzqualität zukomme. Auf die zahlreichen Zitate der beamtenrechtlichen Literatur und Rechtsprechung zur damaligen Zeit in BVerfGE 3, 89 ff. = NJW 54, 21 und BVerfGE 6, 132 ff. = NJW 57, 579 sei hingewiesen.

19) NJW 64, 487.

20) Beispielsweise die PolenstrafrechtsVO v. 4. 12. 1941 (RGBl. I 759 ff.), dazu BVerfGE 6, 132 (182 ff.) = NJW 57, 579 ff. (582), ohne Hinweis auf die dort zit. Entsch. des RG (PolenstrafrechtsVO usw.), des OVG Hamburg u. des Sächs. OVG.

21) Vgl. etwa LANGNER, „Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik“, 1959; WEINKAUFF, „Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des BGH“, NJW 60, 1898; ERIC WOLF, „Naturrechtslehre“, 1955 (3., erweiter. Aufl. 1964).

22) So auch BVerwG in NJW 62, 506.

mum, sondern weit mehr brauchbarer Maßstab für Gesetze und menschliches Handeln.<sup>23)</sup>

3. Die Prozesse über die Geschehnisse im Dritten Reich werfen aber nicht nur strafrechtlich oder staatsrechtlich bedeutsame Probleme auf, die der Jurist mit dem Interesse an seinem Beruf verfolgt. Der staatsrechtliche Hintergrund dieser Verfahren hat auch seinen speziellen, den Juristen sehr persönlich angehenden Aspekt. Wenn in allen diesen Verfahren von den Angeklagten geltend gemacht wird, sie hätten das Unrecht ihres Handelns nicht erkannt, so wären diese Behauptungen viel leichter abzutun, wenn in der Rechtsprechung der höchsten Gerichte die vorbezeichneten überpositiven Grundsätze einen erkennbaren Niederschlag gefunden hätten und wenn nicht in der Rechtslehre Thesen, wie sie oben wiedergegeben worden sind, entwickelt und als geltendes Staatsrecht gelehrt worden wären.

RADBRUCH hat in seinem Aufsatz „Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende“<sup>24)</sup> nach Abschluß des Nürnberger Juristenprozesses von der „seelischen Abstumpfung“ gesprochen. Sein Aufsatz ist noch heute lesenswert. Seit dieser Zeit hat die Justiz wenig getan, mit dieser eigenen Vergangenheit geistig fertig zu werden. Die Entscheidungen des *BVerfG* zum G 131<sup>25)</sup> haben weder allgemein in der Verwaltung noch besonders in der Justiz zur Selbstbesinnung geführt, sondern sind vorwiegend nur Gegenstand heftiger Kritik geworden, obwohl gerade sie Ausgangspunkt der Selbstbefragung der Juristen hätten sein sollen. Mit der Regelung des § 116 DRiG ist sicher das Problem nicht gelöst. Denn es ist überhaupt weniger personeller als sachlicher Art. Es gilt zu erkennen, daß die Perversion des Rechts im Dritten Reich nicht allein ein Werk rechtsblinder Fanatiker vom Schlage FREISLERS oder THERACKS oder von Richtern des Volksgerichtshofs gewesen ist. BUMKE war RG-Präsident schon seit 1929 und hat sich dennoch für die Verwirklichung des Führerbefehls im Falle SCHLITT eingesetzt. SCHLEGELBERGER war hoch angesehen Rechtslehrer und Staatssekretär im RJM vor 1933 und hat dennoch die OLG-Präsidenten und Generalstaatsanwälte angewiesen, den Führerbefehl zur Euthanasie-Aktion als legal anzuerkennen und deshalb jedes Ermittlungsverfahren wegen dieser Tötungen zu unterbinden. Beide werden hier nur beispielhaft genannt, weil sie in Spitzenpositionen standen, deren Handeln damals „beispielgebende Wirkung“ zukam und „zwangsläufig über das Justizressort hinaus den Eindruck erweckte, daß die überkommenen Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr verbindlich seien“.<sup>26)</sup> Wie sehr auch das *RG* mindestens in den letzten Jahren nationalsozialistischen „Rechtsvorstellungen“ gefolgt ist, zeigen etwa die Entscheidungen zum sog. Blutschutzgesetz.<sup>27)</sup> Möglich ist diese Entwicklung

23) Daß auch bei Einhaltung dieser Ordnungsprinzipien staatliche Befehle gesetzliches Unrecht sein können, weil sie den Grundsätzen der Menschlichkeit als materieller Komponente des überpositiven Rechts widersprechen, übersieht das OLG Frankfurt (HESt. 1, 68 ff.), wenn es meint, Publizität und Anwendung des Euthanasiebefehls HITLERS hätten diesem auf die Dauer Verbindlichkeit verleihen können.

24) SJZ 48, 57.

25) *BVerfGE* 3, 58 ff. = NJW 54, 21; *BVerfGE* 8, 132 ff. = NJW 57, 579 ff.

26) OVG Lüneburg, aaO S. 77.

27) Vgl. etwa *RGSt.* 72, 109, 359; 73, 94, 98; 74, 397, 402. Schon am 6. 10. 1939 hatte das *RG* festgestellt, die Entfernung eines Juden aus dem Zuhörerzimmer verletze nicht den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung, weil eine solche Maßnahme des Vorsitzenden der Aufrechterhaltung der Ordnung diene; vgl. ferner etwa die vom *BVerfG* in *BVerfGE* 8, 132 (182) = NJW 57, 579 ff. (582) ohne Hinweis auf die dort zit. Entsch. des *RG* (PolenstrafrechtsVO usw.), des OVG

nur gewesen, weil das NS-Rechtsdenken auf eine Juristengeneration stieß, die dem Elan und dem massiven Druck solcher Anschauungen wenig an eigener Sicherheit rechtlicher Grundpositionen entgegenzustellen hatte.<sup>28)</sup>

Hier wird die Lehre aus dieser Zeit auch und gerade für den Juristen zu ziehen sein. Er wird sich selbst um die innere Besinnung auf diese Grundpositionen zu bemühen haben. Diese Besinnung ist schwieriger denn je, da unsere Zeit pragmatisch denkt, zu rechtsphilosophischen Systemen kaum noch Zugang findet und überhaupt jedes Pathos und jedes Moralisieren, wie es mit Entwicklung und Darstellung überpositiver Rechtsgrundsätze so leicht verbunden ist, ablehnt. Aufgabe ist die nüchterne, das Irrationale solchen überpositiven Rechts rationell faßbar machende Besinnung auf die Grundlagen des Rechts überhaupt. Diese Aufgabe sollte nicht im Schutz des Grundgesetzes dem abseits wirkenden Rechtsphilosophen und allenfalls der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* überlassen werden, sondern Gegenstand jeder juristischen Ausbildung, aber auch der eigenen späteren Weiterentwicklung des Juristen sein.

## Die Meinungs- und Pressefreiheit im Abhängigkeitsverhältnis

Von Rechtsanwalt DR. MARTIN LÖFFLER, Stuttgart

I. Die Bedeutung des Problems. Darf die Schule über die von ihren Schülern herausgegebene Schülerzeitung eine Zensur ausüben oder die Hochschule den Vertrieb von Studenten-Zeitschriften beschränken? Können Eltern ihren Kindern verbieten, in der Öffentlichkeit eine dem Elternhaus entgegengesetzte Auffassung zu vertreten? Darf der Gefangene nach seiner Wahl Zeitungen lesen und Radio hören? Kann der Arbeitgeber einen leitenden Angestellten anweisen, sich im „Geschäftsinteresse“ einer exponierten parteipolitischen Betätigung zu enthalten? Wie steht es in dieser Hinsicht beim Beamten? – Alle diese Fragen gewinnen ständig an Bedeutung. Denn in unserer modernen, verwalteten Welt geht die Zahl der wirtschaftlich Selbständigen mehr und mehr zurück. Betrug der Anteil der selbständigen Erwerbsspersonen im Jahr 1950 noch 14,8% der arbeitenden Bevölkerung, so betrug er nach der Volkszählung von 1961 nur noch 12,2%. Gleichzeitig stieg der Anteil der Beamtenschaft von 4% auf 5,7%, die Zahl der Angestellten sogar von 16% auf 23,8%.<sup>1)</sup>

Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung nimmt das Grundgesetz in Art. 5, der die Meinungs- und Pressefreiheit gewährleistet, von den zahlreichen Abhängigkeitsverhältnissen, in denen wir leben und die sich faktisch und rechtlich auf die Meinungsfreiheit auswirken, keine Notiz. Art. 118 WV war dem Problem nicht ausgewichen, sondern hatte zugleich mit der Proklamierung der Meinungsäußerungsfreiheit die kategorische Drittwirkung dieses Grundrechts ausgesprochen: „An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis

Hamburg u. des Sächs. OVG zitierten Entscheidungen *RGSt.* 76, 317; 76, 151; 75, 251; dazu auch *BGHSt.* 3, 110 (127) = NJW 52, 1024.

28) Daß gerade in den unteren Instanzen der Justiz diese Grundpositionen wenigstens zum Teil noch erkannt und befolgt wurden, hat SCHÖN, „Der Richter im Dritten Reich“, dargelegt. Aber auch hier sollte man die eindrucksvolle Darstellung der Effektivität der NS-Rechtsvorstellungen in Justiz und Verwaltung in *BVerfGE* 8, 134 ff. = NJW 57, 579 ff. nicht übersehen.

1) Die Zahlen betreffen das Bundesgebiet ohne Westberlin und das Saarland. Vgl. „Wirtschaft und Statistik“, Dezemberheft 1963 S. 753/56 (herausgegeben vom Statistischen Bundesamt).