

2 Staatsschutz im Ost-West-Konflikt¹

2.1 Einleitung

Die Auseinandersetzung zwischen den beiden großen politischen Blöcken, der NATO auf der einen und dem Warschauer Pakt auf der anderen Seite, bildet den gesellschaftlichen und politischen Hintergrund, vor dem die Rechtsprechung des Staatsschutzsenats des BGH zu sehen ist. Dieser als „Kalter Krieg“ bezeichnete Konflikt war das weltweit beherrschende außenpolitische Thema in den 1950er und 1960er Jahren, das in Deutschland noch einmal besonders brisant war, da die Grenze der beiden Blöcke hier mitten durch das Land verlief und dem einen Teil des geteilten Landes zugeordnet wurde, unter dem Einfluss der UdSSR möglicherweise eine gewaltsame Wiedervereinigung anzustreben. Auf strafrechtlichem Gebiet machte sich dieser Konflikt vor allem bei den Staatsschutzdelikten² bemerkbar, denn mit deren Hilfe sollte einerseits die Spionage anderer Staaten strafrechtlich geahndet und andererseits radikale Richtungen innerhalb der Bundesrepublik bekämpft werden, zu denen vor allem auch der Kommunismus zählte. In der Justiz kam dem BGH in dieser Frage eine besonders relevante Rolle zu, da dessen Staatsschutzsenat³ für viele dieser Delikte erstinstanzlich zuständig war,⁴ im Übrigen aber diese Materie als Revisionsinstanz ebenfalls maßgeblich beeinflusst hat.⁵

1 Zum Staatsschutzstrafrecht dieser Zeit gibt es ein umfangreiches Schrifttum: Copic, Das Grundgesetz; aus neuerer Zeit die umfassende Studie von Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, mit einem guten Überblick über den Forschungsstand, S. 22 ff.; Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 291–457 (mit einem Schwerpunkt auf der Bundesanwaltschaft). Zu der Verfolgung von Kommunisten ausführlich: von Brünneck, Politische Justiz.

2 Das Staatsschutzstrafrecht war im 1. Strafrechtsänderungsgesetz v. 30.8.1951 (BGBl I, S. 739) eingeführt worden.

3 Ein spezieller Staatsschutzsenat wurde am 1.3.1954 als 6. Strafsenat errichtet, der zum 1.10.1956 als 3. Strafsenat firmierte.

4 Die Zuständigkeit bestand gemäß § 134 GVG aF erstinstanzlich für die §§ 80–83 StGB aF (Hochverrat), § 89 (Verfassungsverrat) sowie §§ 100 bis 100 f StGB aF (Landesverrat). Anfangs war der 2. Senat in diesen Angelegenheiten zuständig (Präsidiumsbeschluss v. 29.8.1951), bevor am 1.3.1954 der Staatsschutzsenat gegründet wurde. Vom 1.3.1954 bis zum 1.10.1956 war dies der neu geschaffene 6. Senat (unter dem Vorsitz von Wilhelm Geier), der danach wieder als 3. Senat (zunächst unter dem Vorsitz von Ernst Kanter, danach führten den Vorsitz Heinrich Jagusch und Eberhard Rotberg) firmierte. Die erstinstanzliche Zuständigkeit war wohl keine glückliche Entscheidung und ist in der Reform des Jahres 1968 dann auch beseitigt worden. Schon 1950/51 waren Bedenken dagegen geäußert worden (Kritik am „Monopolsenat“ in: BA, B 283/1000237, Bl. 7 ff.), die dann zu einer Denkschrift zur Entschließung des Bundestages v. 30.10.1951 geführt haben (BA, B 283/1000237, Bl. 38 ff.), mit der die rechtliche Zulässigkeit begründet wurde.

5 Die folgenden Ausführungen sind thematisch gegliedert und nicht nach erstinstanzlichen Entscheidungen und der Revisionstätigkeit.

Im außenpolitischen Bereich ging es vor allem um das Verhältnis zur DDR und zur Sowjetunion, während die Geheimdiensttätigkeit der Westmächte nicht Gegenstand der strafrechtlichen Überprüfung durch bundesdeutsche Gerichte war. Innenpolitisch stand die Strafverfolgung tatsächlicher oder vermeintlicher Verfassungsfeinde im Vordergrund, die als Bedrohung für den noch jungen Staat Bundesrepublik wahrgenommen wurden. Hauptzielgruppe der Ermittlungsverfahren waren in diesem Bereich die Kommunisten,⁶ was sich auch in den Zahlen niedergeschlagen hat: Mehr als 90 Prozent der Angeklagten können als „kommunistische Täter“ eingeordnet werden,⁷ womit Personen gemeint sind, die in Verdacht standen, im Auftrag sozialistischer Staaten tätig zu sein. Unter den Verurteilten finden sich eine Reihe von Personen, die bereits von den Nationalsozialisten wegen ihrer politischen (kommunistischen) Überzeugung verfolgt worden waren.⁸ Insgesamt waren aber weniger als ein Drittel auch tatsächlich Anhänger einer entsprechenden Ideologie; die meisten handelten aus unterschiedlichen anderen Motiven (Geld, Zwang und anderen).

Da die Rechtsprechung des Senats natürlich ihrerseits hochpolitisch war, wurde sie nicht nur in Fachkreisen aufmerksam verfolgt. Auch in den Medien, etwa in den Tages- und Wochenzeitungen oder in Rundfunk und Fernsehen, wurde über einzelne Urteile aus diesem Bereich berichtet⁹ und das Gericht zum Teil heftig kritisiert.¹⁰ Dies lag wohl auch daran, dass der politische Meinungskampf in der Bundesrepublik zusätzlich durch eine Propaganda von SED-nahen Organisationen beeinflusst wurde und die politische Auseinandersetzung auch in einer Reihe von Entscheidungen unmittelbar seinen Niederschlag gefunden hat.

Die materiell-rechtliche Rechtsgrundlage für die Rechtsprechung war erst durch das 1. Strafrechtsänderungsgesetz im Jahr 1951¹¹ geschaffen worden, nachdem das Kontrollratsgesetz Nr. 11 der deutschen Gesetzgebung das Staatsschutzrecht zunächst

6 Siehe Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, Kapitel 3, S. 73–203. Zu den Verfahren gegen Rechtsextremisten s. Kap. 2.10.

7 Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 201.

8 Zum Beispiel BGH v. 13.7.1956 – StE 20/54; BGH v. 16.7.1959 – 2 StE 2/59 (WKRS).

9 BA, B 362/1619, Bl. 66 ff. (dies betrifft bereits das erste Urteil wegen Hochverrats von April 1952, dazu sogleich, das von einigen Tageszeitungen kommentiert wurde; SWR Hörfunkarchiv, W1532001; SWR Hörfunkarchiv, W1528994; SWR Hörfunkarchiv, W1529028; SWR Hörfunkarchiv, W1528986; SWR Hörfunkarchiv, W1528975; SWR Hörfunkarchiv, W1530965). Im Übrigen waren die ersten Hochverratsprozesse Anfang bis Mitte der 1950er Jahre für die Presse noch nicht so interessant, aber zum Beispiel der Fall Uwe John (1956) schlug hohe Wellen und auch im Rahmen der *Spiegel*-Affäre wurde in großem Stil über den BGH berichtet, so häufig in der Rundfunksendung *Aus der Residenz des Rechts* des SDR.

10 Dies beklagten etwa Günther Willms, ein Mitglied des 6. Senats, sowie Walter Wagner, der damals (von 1954 bis 1966) Bundesanwalt war, in der Festgabe zum 25-jährigen Bestehen des BGH, S. 268, die für den Vorwurf der Unterstellungen allerdings kaum einen Nachweis bringen. Polemisch, so die beiden, sei von der „Terrorjustiz des Geier-Senats“ gesprochen worden, s. Willms, Der 6. Strafsenat, S. 267.

11 Gesetz v. 30.8.1951 (BGBl I, S. 739). Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes und seiner Systematik: Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 49 ff., 60 ff.; Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 377 ff.; Schroeder, Der Schutz, S. 178–202.

entzogen hatte. Der bundesdeutsche Gesetzgeber griff bei der Neufassung des Staatsschutzrechts letztlich auf ältere Vorbilder aus dem Kaiserreich beziehungsweise auch der nationalsozialistischen Zeit zurück, weshalb in der Literatur eine Kontinuität zum Nationalsozialismus angeprangert wurde.¹²

Die Zahl der Verfahren, die der Senat erstinstanzlich entschied, hielt sich in Grenzen. So waren es bis 1963 jährlich zwischen zehn und 20 Verfahren, und ab 1964 lag die Zahl nur noch im einstelligen Bereich.¹³ Generell ist bei sämtlichen Staatsschutzverfahren ab etwa 1962 sowohl in Hinblick auf die Ermittlungsverfahren als auch hinsichtlich der Verurteilungen ein noch größerer Rückgang zu verzeichnen,¹⁴ und nur etwa jedes 20. Ermittlungsverfahren führte im Ergebnis auch zu einer Verurteilung.¹⁵

2.2 Spione, nicht nur im Kanzleramt¹⁶

Der klassische Spionagefall, an den der Nichtjurist womöglich zuerst denkt, begegnet in einer Reihe von Fällen und in unterschiedlichen Varianten, was nicht verwundert, war doch die Bundesrepublik zur damaligen Zeit das Territorium, auf dessen Boden die meisten Geheimdienste der Welt tätig gewesen sein sollen.¹⁷ Einschlägige Tatbestände waren der Landesverrat (§ 100 StGB aF) und landesverräterische Beziehungen (§§ 100 d, 100 e StGB aF). Die Praxis gewährt einen Einblick in die vielfältigen Aktivitäten der Nachrichtendienste: So wurden vom BGH unter anderem verurteilt Mitarbeiter des sowjetischen Geheimdienstes, die ein Reparaturwerk der britischen Streitkräfte auf deutschem Boden auskundschafteten,¹⁸ ein Ost-Berliner, der ein NATO-Manöver ausgespäht hatte,¹⁹ oder ein Bundesbürger, der Beziehungen zum sowjetischen Ge-

12 Müller, Furchtbare Juristen, S. 233 f. mit dem Hinweis, dass die Vorverlagerung des politischen Strafrechts fast mit den gleichen Worten wie 1934 begründet wurde. Gutfleisch stimmt Müller teilweise zu mit dem Argument, „dass Vorschriften des 1. StrAG aus dem „Dritten Reich“ schlichtweg übernommen wurden“ (Staatsschutzstrafrecht, S. 214). Insgesamt teilt Gutfleisch allerdings nicht Müllers These, dass das nationalsozialistische Recht generell wieder in Kraft gesetzt sei, sondern verweist auf das Kaiserreich und Weimar. Er sieht allerdings in den Normen auch „Relikte eines obrigkeitlichen Denkens“, s. Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 70, 71).

13 Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 319.

14 Kießling/Safferling, Staatsschutz, S. 299; Brünneck, Politische Justiz, S. 240; Lüttger, in: *MDR* (1967), S. 260 f.

15 Brünneck, Politische Justiz, S. 244.

16 Als Ausland wird hier auch die DDR eingeordnet.

17 Bergh (Referent im Bundesamt für Verfassungsschutz), ABC, S. 71. Geschätzt wurden, dass dies 1.000 bis 3.000 Personen pro Jahr gewesen sind. Innenminister Höcherl erwähnte auf einer Pressekonferenz im Rahmen der Abhöraffäre Anfang der 1960er Jahre „16.000 östliche Agenten“, s. Gschler/Wala, Keine neue Gestapo, S. 245; BA, B 106/101839.

18 BGH v. 12.1.1961 – 6 StE 3/60 (BGHSt 15, 311).

19 BGH v. 5.6.1956 – 2 StE 6/56 (WKRS).

heimdienst unterhielt.²⁰ Angeklagt waren ferner immer wieder DDR-Spione, unter anderem ein ehemaliger Bundestagsabgeordneter²¹ sowie ein Mann, der ins Verteidigungsministerium eingeschleust worden war,²² womit eine Taktik der DDR-Spionage offenbart wurde, die zehn Jahre später zum Sturz eines Bundeskanzlers führen sollte.²³ Darüber hinaus finden sich Verfahren gegen Informanten, nämlich Bundesbürger, die von der DDR angeworben worden waren,²⁴ konkret beispielsweise Bundeswehrsoldaten, die bestimmte Informationen an DDR-Behörden weitergaben, etwa weil sie dorthin ausgereist waren²⁵ oder dies zumindest vorhatten.²⁶ Ferner begegnen Fälle von Doppelagenten,²⁷ unter anderem einer, der sowohl für das Ministerium für Staatssicherheit als auch die „Organisation Gehlen“²⁸ nachrichtendienstlich gearbeitet hatte.²⁹ Verurteilt wurden schließlich auch drei ehemalige Nationalsozialisten, die im Sicherheitsdienst des Reichsführers-SS in Dresden bereits im Krieg (ab 1943) Spionage betrieben hatten und nunmehr für den KGB tätig gewesen waren, angeblich motiviert durch ihren Hass auf die Amerikaner und die Briten.³⁰ Insgesamt machten die Verfahren wegen nachrichtendienstlicher Tätigkeit über 75 Prozent der Staatsschutzverfahren vor dem BGH aus, die meisten Angeklagten waren allerdings „kleine Fische“, die Stimmungsberichte oder ähnliches weitergegeben hatten.

Ein kurzer Blick sei noch auf eine wenig beachtete Vorschrift geworfen, wonach es strafbar war, einen anderen durch eine Verdächtigung einer Verfolgung aus politischen Gründen auszusetzen (§ 241 a StGB aF). Eine Frau war deswegen von der Staatsanwaltschaft angeklagt worden, weil sie einen Mann der Spionage für die DDR verdächtigt hatte. Sie wurde vom Landgericht Düsseldorf freigesprochen, weil eine Verdächtigung wegen Spionage nicht bedeute, dass der betroffenen Person als Folge eine politische Verfolgung drohe, da Spionage normales Unrecht darstelle, das überall,

20 BGH v. 22.1.1963 – 3 StB 26/62 (BGHSt 19, 1).

21 BGH v. 28.4.1961 – 6 StE 2/61 (BeckRS). Der Verurteilte (Alfred Frenzel) war vom tschechoslowakischen Geheimdienst erpresst worden.

22 BGH v. 24.9.1962 – U 6 StE 4/62; s. a. BGH v. 15.10.1964 – U 9 StE 1/64; weitere Fälle: BGH-Entscheidungen v. 8.10.1957 (U 2 StE 27/57 (WKRS)), v. 16.12.1959 (U 8 StE 9/59), v. 3.8.1952 (U 7 StE 1/62 (WKRS)).

23 Zu dieser Affäre: Schreiber, Kanzlersturz.

24 In den Jahren 1951 bis 1965 sollen Anwerbungsversuche gegenüber 25.000 Personen unternommen worden sein (Herbstritt, Bundesbürger, S. 407; Wagner, Spionageprozesse, S. 22).

25 BGH v. 14.9.1961 – 6 StE 4/61 (BGHSt 16, 252). Der Angeklagte hatte bei den Verhören durch das Ministerium für Staatssicherheit der DDR bereitwillig Auskunft erteilt.

26 BGH v. 23.9.1960 – 3 StR 29/60 (BGHSt 15, 161). Der Angeklagte hatte bei der Bundeswehr heimlich Aufzeichnungen gemacht, die er in die DDR als „Gastgeschenk“ mitbringen wollte (Strafbarkeit gem. § 109 f Abs. 1 StGB aF). Ähnlich die Verurteilungen in BGH v. 9.12.1960 – 7 StE 6/60 (BGHSt 15, 256).

27 BGH v. 12.4.1957 – 2 StE 5/57.

28 Zu ihr: Goshler/Wala, Keine neue Gestapo, S. 126 ff.; umfassend: Henke, Geheime Dienste.

29 BGH v. 16.12.1955 – StE 33/55.

30 BGH v. 23.7.1963 – 6 StE 1/63 (angeklagt war der Doppelagent Heinz Felfe).

auch in Rechtsstaaten, etwa der Bundesrepublik, geahndet werde.³¹ Der BGH hob den Düsseldorfer Freispruch auf (und verwies zurück),³² und zwar mit der nicht ganz abwegigen Überlegung, dass die Bestrafung wegen Spionage in totalitären Staaten eine andere Qualität haben könne als in einem Rechtsstaat.³³

2.3 Der oberste Verfassungsschützer – ein Landesverräter?

Der spektakulärste Fall von (potenziellem) Landesverrat war wohl das Verfahren gegen den ersten Präsidenten des Bundesamtes für Verfassungsschutz Otto John.³⁴ Dieser, ein ehemaliger Widerstandskämpfer, der zum Kreis des Attentats vom 20. Juli 1944 gehört hatte und nur durch Flucht nach London der Verfolgung hatte entkommen können, war im Jahr 1954 zu einer Gedenkfeier in Erinnerung an den 10. Jahrestag des Attentats auf Hitler nach Berlin gereist.³⁵ Am Abend des nächsten Tages war er im Wagen des mit ihm bekannten Arztes Wolfgang Wohlgemuth, eines überzeugten Kommunisten, nach Ost-Berlin gefahren, um Bekannte zu treffen. John gab später an, er sei von Wohlgemuth unter Drogen gesetzt und entführt worden.³⁶ Letzter bestritt dies und behauptete, John sei freiwillig nach Ost-Berlin gekommen.³⁷ Dort wurde an einem der nächsten Tage eine Erklärung des Otto John verlesen, in der er für die Wiedervereinigung warb und die bundesdeutsche Politik der Adenauer-Regierung heftig kritisierte. In der Folgezeit trat er – immer in Begleitung von Staatssicherheits- (oder KGB-)Mitarbeitern³⁸ – einige Male öffentlich auf und wiederholte beziehungsweise modifizierte diese Äußerungen, indem er die bundesdeutsche Regierungspolitik scharf angriff³⁹ und die Tätigkeit von Nationalsozialisten in verschiedenen Ämtern der Bun-

³¹ Das landgerichtliche Urteil findet sich in: BA, B 283/83883, Bl. 1 ff. mit der gegenteiligen Auffassung des Oberbundesanwalts (Stellungnahme v. 2.2.1954 – Bl. 8 ff.).

³² BGH v. 2.6.1954 – 6 StR 47/54 (BGHSt 6, 166).

³³ Als ein Mann seinen (noch) in der DDR lebenden Schwiegersohn bei den DDR-Behörden anschwärzte mit dem Hinweis, dieser wolle illegal ausreisen, wurde der Denunziant bestraft: Die denkbare dortige Verurteilung wegen Republikflucht wurde als eine politische Verfolgung angesehen (BGH v. 2.2.1960 – 3 StR 53/59 (BGHSt 14, 104)).

³⁴ Zu seiner Auswahl als Präsident der Behörde: Goshler/Wala, Keine neue Gestapo, S. 48 ff.

³⁵ Zum Sachverhalt und dem anschließenden Verfahren gibt es eine Fülle von Literatur. Ausführlich: Giesecking, Der Fall Otto John; Klaus Schäfer, Der Prozess gegen Otto John; Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 144 ff.; Goshler/Wala, Keine neue Gestapo, S. 141 ff.

³⁶ Im Wagen befand sich laut Zeugenaussagen eine weitere Person, die möglicherweise der Ostberliner Geheimdienstmann Wonnig gewesen sein könnte. S. zu den Spekulationen die Dissertation von Schäfer, Der Prozess.

³⁷ Der Zeuge Wohlgemuth wurde später selbst angeklagt und freigesprochen (BGH v.18.12.1958 StE 3/58 (WKRS)).

³⁸ Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 325.

³⁹ Einmal habe er angeblich die aggressive Politik Adenauers gegenüber den Nachbarn mit der Politik Hitlers verglichen.

desrepublik anprangerte. John verblieb fast anderthalb Jahre in der DDR,⁴⁰ bis es ihm schließlich im Dezember 1955 gelang, mit Hilfe eines dänischen Journalisten nach Westdeutschland zu flüchten, wo er sofort verhaftet wurde.⁴¹

Ihm wurde vorgeworfen, er habe „Beziehungen zu östlichen Stellen“⁴² aufgenommen, SED-freundlich publiziert und diese Haltung auch mehrfach, unter anderem auf einer Pressekonferenz in Ost-Berlin sowie bei einer Rundfunkansprache am 11. August 1955 mündlich geäußert.⁴³ Überdies habe er erfundene Staatsgeheimnisse „verraten“, da er von – nicht existenten – politischen Nebenabreden zum EVG-Vertrag gesprochen und über angebliche Aktivitäten der Organisation Gehlen in Frankreich berichtet hatte. Deswegen wurde er wegen strafbarer Verstöße gegen §§ 100a Abs. 2,⁴⁴ 100 d Abs. 2 und 3 StGB aF⁴⁵ vor dem BGH angeklagt.

In den Medien hat dieser Fall hohe Wellen geschlagen, vor allem was die tatsächliche Seite angeht, die bis heute noch nicht völlig geklärt ist.⁴⁶ Manche glaubten und glauben Johns Darstellung,⁴⁷ andere nicht.⁴⁸ Der BGH folgte der Version des Mediziners Wohlgemuth und hielt die Einlassung des Angeklagten, er sei entführt worden, für erfunden.⁴⁹ Er verurteilte John zu vier Jahren Zuchthaus und ging damit deutlich über das von der Bundesanwaltschaft beantragte Strafmaß hinaus.

40 Während dieser Zeit war er einige Monate „zu Gesprächen“ nach Moskau verbracht worden.

41 Der Haftbefehl des Ermittlungsrichters des BGH (BA, B 362/4611, Bl. 586, auch abgedruckt bei Schäfer, *Der Prozess*, S. 78 f.) nennt als Haftgrund „Fluchtgefahr“, obwohl John ja freiwillig zurückgekommen war. Eine weitere Unstimmigkeit ist die Formulierung: „[...] weil er sich außerhalb der Bundesrepublik und West-Berlin aufhält“, was nicht den Tatsachen entspricht.

42 So BGH v. 22.12.1956 – U 2 StE 15/56 (BGHSt 10, 163 = HuSt II, 77–150).

43 John hatte unter anderem behauptet, die Kriegsgefahr gehe von den USA aus, der Warschauer Pakt sei eine Verhandlungsgrundlage des Friedens (BGHSt 10, 163).

44 Strafbare war die Verbreitung unwahrer Maßnahmen, die, wenn sie wahr wären, Staatsgeheimnisse wären.

45 Strafbare waren insoweit Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen.

46 Auch noch Jahrzehnte später werden unterschiedliche Versionen vertreten: Für die „Entführungs-Theorie“: Giesecking, *Der Prozess gegen Otto John*; Schäfer, *Der Prozess*, der John für rehabilitiert ansieht; anders Stöver, *Der Fall*, S. 119. Goschler/Wala, *Keine neue Gestapo*, konstatieren, dass die Frage, ob John freiwillig nach Ost-Berlin gefahren oder entführt worden sei, nicht mehr geklärt werden könne (S. 142).

47 Billig verkauft, in: *Der Spiegel*, 20.8.1958; *Tagesspiegel*, 14.7.2014. Zu den Denunziationen gegenüber John: Goschler/Wala, *Keine neue Gestapo*, S. 142 ff.

48 Hartmut Jäckel, in: *DIE ZEIT*, 2004. Die starke Frustration Johns über sein Scheitern bei der Reform des Bundesamtes, die ihn desillusioniert und überfordert hatten, und sein Ärger über die ehemaligen Nationalsozialisten in verschiedenen Stellungen bundesdeutscher Behörden sprechen für eine freiwillige Fahrt nach Ost-Berlin. Die Auftritte in der DDR in ständiger Begleitung von Staatsschützern sind allerdings Indizien für die Unfreiwilligkeit seines Verbleibens dort und dafür, dass seine späteren Stellungnahmen auch auf Druck hin erfolgten.

49 BGH v. 22.12.1956 – U 2 StE 15/56 (BGHSt 10, 163, 170 = HuSt II, 77–150).

Das Urteil des Senats ist vielfach – mitunter auch polemisch – kritisiert worden. Nun ergibt es heute wenig Sinn, die Beweisaufnahme noch einmal zu wiederholen,⁵⁰ um zu überprüfen, ob der Senat damals richtig entschieden hat. Gleichwohl sind einige Bemerkungen zu dieser Entscheidung angebracht: Unabhängig von der Frage, wie es wirklich gewesen sein mag,⁵¹ leidet der Indizienprozess vor dem 6. Senat bei vorurteilsfreier Betrachtung zumindest unter dem Manko, dass das Urteil den strengen Maßstäben, die der BGH in anderen Verfahren als Revisionsgericht an die Urteile der erstinstanzlichen Gerichte anlegte, nicht ganz gerecht wurde. Auch wenn die Beweiserhebung sehr umfangreich war,⁵² wird gleichwohl nicht ganz zu Unrecht bemängelt, dass sich das Gericht die Beweisführung an einigen Stellen etwas einfach gemacht hat.⁵³ So hat der BGH etwa bestimmte Entlastungszeugen nicht angehört⁵⁴ und von John generell ein möglichst negatives Bild gezeichnet⁵⁵ – wahrscheinlich in der Absicht, seine Einlassungen als unglaubwürdig abtun zu können. Die Beweiswürdigung wirkt in einzelnen Punkten unvollständig⁵⁶ und wird zum Teil als einseitig bewertet.⁵⁷ Selbst Oberstaatsanwalt Max Güde hat damals als Vertreter der Anklage eine schwache Beweislage konstatiert.⁵⁸ Erst Jahre später wurden zwei Hauptbelastungszeugen

50 Diesen Versuch unternimmt sehr ausführlich Schäfer, *Der Prozess*, S. 89 ff., zur Beweiswürdigung dort S. 124 ff.

51 Die Geschichte, die John zu seiner Verteidigung vorgetragen hat, wirkt in der Tat nicht sehr überzeugend. Auch aus den Stasi-Unterlagen ergeben sich wohl keine Hinweise auf eine Entführung. Vgl. Steinke, *Die Tragödie*, in: *SZ*, 11./12.3.2023.

52 BA, B 283/1000240, Bl. 1–8. Insgesamt waren ungefähr 80 Zeugen angeführt.

53 Allerdings ist zu konzedieren, dass die Kritiker des BGH auch Tatsachen anführen, die erst nach der BGH-Entscheidung bekannt wurden, zum Teil sich erst aus den Stasi-Unterlagen ergaben. Vgl. auch die vielen von Schäfer, *Der Prozess*, zum Beispiel S. 124 ff., 132 ff. angeführten Aspekte. Ein Beispiel: Der BGH sah die Rückkehr Johns aus der DDR als inszeniert an; diese Einschätzung des Senats war nicht richtig, wurde aber erst durch die Akten des Verfassungsschutzes eindeutig belegt.

54 So notiert Senatspräsident Wilhelm Geier: „Ich bin der Auffassung, daß § 244 Abs. 2 StPO nicht gebietet, Gruner als Zeuge zur Hauptverhandlung zu laden“, was dann auch unterblieb (BA, B 283/1000240). Den von der Kriminalpolizei als unglaubwürdig bezeichneten – vorbestraften – Röhrig wollte Geier dagegen laden. Beide Entscheidungen mögen auf guten Gründen beruhen, wirken aber jedenfalls merkwürdig.

55 Die Richter konstatieren ein gering entwickeltes Vermögen des Angeklagten zu logischem Denken, nur am Oberflächlichen haftende Erlebnisfähigkeit und anderes mehr (Vgl. HuSt II, 148; BGH v. 22.12.1956 – U 2 StE 15/56), wollten dies allerdings auch strafmildernd berücksichtigen.

56 Fast nicht gewertet wurden die Tatsachen, dass John den Übertritt nicht vorbereitet hatte, dass er niemals seine Frau aufgefordert hatte, zu ihm nachzukommen, ferner, dass er fast keine Geheimnisse aus der Behörde verraten hatte, was er ja in großem Stil hätte machen können (er hatte lediglich einige Namen von Ex-Nationalsozialisten in der Behörde genannt, die aber wahrscheinlich bereits bekannt waren), und dass er freiwillig zurückgekehrt war.

57 So vor allem Schäfer, *Der Prozess*. Der Vorwurf betrifft zum Beispiel die Charakterisierung Johns durch das Gericht. Ähnlich: Molitor, *Die wehrhafte Demokratie*, S. 90.

58 Hett/Wala, *Otto John*, S. 271. Auch wenn Johns Geschichte konstruiert und wenig glaubwürdig wirkt, kann man kaum behaupten, dass das Gegenteil „bewiesen“ war.

des Verfahrens ihrerseits als Agenten enttarnt,⁵⁹ wobei man bereits Ende 1956 hätte wissen können beziehungsweise müssen, dass einer dieser Hauptbelastungszeugen eine zwielichtige Persönlichkeit war.⁶⁰ Auf der anderen Seite kann man dem Senat zugutehalten, dass die von John aufgetischte Geschichte insgesamt nicht gerade glaubwürdig wirkte.

Die entscheidenden Defizite des Urteils betreffen allerdings die rechtliche Begründung, die ihrerseits Fragen aufwirft.⁶¹ Denn Voraussetzung der Strafbarkeit wegen Landesverrats war eine verfassungsfeindliche Absicht, die John letztlich weniger nachgewiesen als unterstellt wurde.⁶² Selbst wenn man davon ausgeht, dass John freiwillig in die DDR gegangen ist, ist die Annahme einer verfassungsfeindlichen Absicht nicht selbstverständlich, da der Angeklagte sich ja in erster Linie kritisch zur bundesdeutschen Politik geäußert hatte, was an sich nicht strafbar war und auch nur bedingt als Indiz für eine verfassungsfeindliche Absicht taugt. Da John sicher kein Kommunist war, wie der BGH selbst feststellte („Der Angeklagte war, das ist sicher, ein Mann westlicher Denkweise und lehnt autoritäre Regierungsformen ab“),⁶³ bleibt als Indiz allein die Tatsache, dass er sich mit der DDR eingelassen und gegen die bundesdeutsche Regierung polemisiert hat. Reicht das für eine Strafbarkeit nach § 100 d Abs. 2 StGB aF aus? Für den Staatsschutzsenat ja, denn er legte die Norm so aus, dass die Verfassungsfeindlichkeit nicht das Motiv des Täters sein müsse. Die Strafvorschrift enthalte eine Beihilfe als selbständige Täterhandlung, so dass sich der Vorsatz nur auf die Förderung der verfassungsfeindlichen Vereinigung, konkret der DDR, beziehen müsse ohne einen eigenen verfassungsfeindlichen Willen.⁶⁴ Dies hatte das Gericht bereits für den Tatbestand des § 94 StGB aF so gesehen⁶⁵ und zog nun die Parallele zu dem hier anzuwendenden § 100 d StGB aF. Allerdings gab es einen gewichtigen Unterschied zwischen den beiden Normen, weil das Merkmal der verfassungsfeindlichen Absicht bei § 94 StGB aF lediglich strafschärfend wirkte, während es bei dem Landesverrat (gem. § 100 d Abs. 2 StGB aF), der John vorgeworfen wurde, die Strafbarkeit begründete. Wenn aber erst das Merkmal der Verfassungsfeindlichkeit aus einer an sich straflosen

59 Carl Wittig ist in der DDR als Spion verurteilt worden.

60 Der Hauptbelastungszeuge Carl Wittig war schon zur Zeit seiner Vernehmung wenig glaubwürdig. Und Wohlgemuth, dem der Senat glaubte, hatte bereits seit 1950 für den KGB gearbeitet. Zu ihm genauer die Schriftsätze der Verteidigung v. 26.10.1956 und v. 2.11.1956 (BA, B 362/10951, Bd. XIV). Seiner Aussage wurde, ohne sie genauer zu hinterfragen, geglaubt, obwohl er trotz der Zusage freien Geleits nicht vor Gericht erschienen war.

61 Angesichts der spektakulären tatsächlichen Umstände wundert es nicht, dass die Analyse des Urteils in rechtlicher Hinsicht etwas in den Hintergrund geraten ist. Das gilt trotz der Tatsache, dass eine mögliche Entführung an dem Tatbestand nichts ändert, sondern „nur“ einen Nötigungsnotstand zugunsten Johns begründen kann.

62 BGH v. 22.12.1956 – U 2 StE 15/56 (HuSt II, 134).

63 So wörtlich der Senat in seinem Urteil (BGH v. 22.12.1956 – U 2 StE 15/56; HuSt II, 81).

64 BGH v. 22.12.1956 – U 2 StE 15/56 (HuSt II, 134). Ausführlich begründet auch in dem Verfahren gegen Viktor Agartz (BGH v. 13.12.1957 – 1 StE 8/57 (BGHSt 11, 171, 173–180)).

65 BGH v. 21.12.1955 – 6 StR 113/55 (BGHSt 9, 142).

Handlung ein mit hoher Strafe bedrohtes Verbrechen macht,⁶⁶ ist es wohl naheliegend, eine verfassungsfeindliche Intention beim Täter zu fordern.⁶⁷ Dass Johns Kritik und sein Lob der DDR deutlich überzogen waren, dürfte die Strafe wohl kaum rechtfertigen. Selbst der Senat stellte fest, dass alle von John begangenen Handlungen straflos wären, wenn er nicht diese verfassungsfeindliche Absicht gehabt hätte. Ob die vom Senat verwandte Begriffsbildung dem Sinn des Gesetzes gerecht wird, kann man bezweifeln und ist schon damals zu Recht in Frage gestellt worden.⁶⁸ So hat etwa Arndt nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass mit der Norm der Feind der verfassungsmäßigen Ordnung getroffen werden sollte.⁶⁹ Im Falle John lässt sich lediglich feststellen, dass er wissen musste, mit seinen Äußerungen der DDR in die Karten zu spielen, dass er deren Ziele aktiv hat fördern wollen, ist demgegenüber wohl kaum anzunehmen. Gerade dieser Umstand wurde vom Senat allerdings im Ergebnis nicht berücksichtigt.

An dieser Stelle ist nicht der Platz, zu dieser Rechtsfrage ausführlich Stellung zu nehmen, aber noch eine Bemerkung zu den Folgen der Entscheidung: Die Senatsauslegung hätte zur Konsequenz gehabt, dass sämtliche negative Äußerungen über die BRD bei Aufrechterhaltung von Beziehungen zu DDR-Organisationen einen strafbaren Landesverrat darstellen, weil ja das DDR-Regime dadurch gefördert würde.⁷⁰ Aber diese Konsequenz hat der Senat gerade selbst nicht gezogen, sondern – fast als wolle er ein Zeichen gegen die kritischen Vorwürfe setzen – vielmehr ein Jahr später den Wirtschaftswissenschaftler Viktor Agartz⁷¹ – für viele Beobachter überraschend – vom Vorwurf des Landesverrats freigesprochen.⁷² Dieser – ein SPD-Mitglied und Gewerkschaftler – hatte 1956 eine Gesellschaft für wirtschaftswissenschaftliche Forschung ge-

⁶⁶ Insoweit kann man bei dieser Norm durchaus von einem Gesinnungsstrafrecht sprechen (so auch Copic, Das Grundgesetz, S. 219 f.; Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 211).

⁶⁷ Wie hier auch Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 266, der *dolus directus* zweiten Grades für unangemessen hält. Diese Differenzierung ist zwar damals noch nicht vorgenommen worden, aber auch Gustav Heinemann und Dieter Posser haben die Abschwächung des Vorsatzes durch den BGH in diesem Fall kritisiert, s. Heinemann/Posser, in: *NJW* (1956), S. 125.

⁶⁸ Heinemann/Posser, Kritische Bemerkungen, in: *NJW* (1959), S. 125. Kritisch gegenüber dem BGH in diesem Punkt auch der Freiburger Strafrechtler Hans Heinrich Jeschek in seinem 1956 erstatteten Gutachten (BA, B 362/10951, Bl. 68 ff.), der für eine enge Auslegung des subjektiven Merkmals plädierte, weil sonst ein neues Heimtückegesetz entstehen würde (S. 4 seines Gutachtens). Gegen die Auffassung des BGH wurde unter anderem auch die Gesetzgebungsgeschichte angeführt, Jeschek wies überdies auf das systematische Argument hin, dass der Straftatbestand nicht im Abschnitt „Staatsgefährdung“, sondern unter „Landesverrat“ eingeordnet sei.

⁶⁹ Arndt, Der Begriff, in: *JZ* (1957), S. 206 f.

⁷⁰ Vgl. Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 267.

⁷¹ Zu ihm und dem Verfahren: Brünneck, Politische Justiz, S. 202 f.; Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 327 ff.; Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 148 f.; Treulich, Der Landesverratsprozeß, 243 ff.

⁷² BGH v. 13.12.1957 – 1 StE 8/57 (BGHSt 11, 171), BA, B 362/5815-5823.

gründet, die eine sozialistisch orientierte Zeitschrift⁷³ herausgab. Als aufflog, dass diese Zeitschrift mit erheblichen Mitteln des ostdeutschen FDGB finanziert wurde, kam es zur Anklage. Doch der BGH meinte, Agartz den erforderlichen verfassungsfeindlichen Vorsatz nicht nachweisen zu können.⁷⁴ Entscheidend war für den Senat laut Urteilsbegründung, dass der Angeklagte sich nicht in den Apparat der SED – konkret in die verfassungsfeindlichen Bestrebungen der ausländischen Macht – hatte eingliedern lassen. Die beiden Fälle⁷⁵ machen deutlich, dass der Senat in der Vorsatzfrage der verfassungsfeindlichen Absicht der Täter, im Ergebnis auf Indizien zurückgriff, die eher auf die objektive Gefährlichkeit der jeweiligen Tätigkeit ausgerichtet waren, was hinsichtlich dieses subjektiven Merkmals nicht recht passt,⁷⁶ aber bei politischen Prozessen nicht selten ist.⁷⁷ Was die Außenwirkung angeht, war Johns Auftritt in der DDR natürlich viel wirkungsvoller als die nur von einer geringen Anzahl von Menschen zur Kenntnis genommene Zeitschrift von Agartz.

In Hinblick auf die Verurteilung Johns wegen Geheimnisverrats, ist diese insoweit kurios, als dass er letztlich für den Verrat nichtexistierender Tatsachen verurteilt wurde. Das mag zwar rechtspolitisch angreifbar sein,⁷⁸ ist jedoch nicht dem BGH anzulasten, sondern allenfalls dem Gesetzgeber, der in § 100 a Abs. 2 StGB aF genau das unter Strafe gestellt hatte.⁷⁹ Allerdings fehlt in dem BGH-Urteil die Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein „illegales Staatsgeheimnis“ überhaupt ein Staatsgeheimnis sein kann.⁸⁰

Im Ergebnis enthält das Verfahren gegen John nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in juristischer Hinsicht einige Ungereimtheiten. Angesichts der geschilderten Zweifel und der vier Jahre Zuchthaus, zu denen John verurteilt wurde – was gerade

73 Die Zeitschrift heißt: Korrespondenz für Wirtschaft und Sozialwissenschaften (WISO).

74 Willms führte dieses Urteil für die Effektivität des Grundgesetzes in dieser Zeit an.

75 Auch wenn die Fälle eigentlich völlig unvergleichbar scheinen, vor allem was die Tathandlungen angeht, haben sie eine entscheidende Gemeinsamkeit: die Frage nach der verfassungsfeindlichen Absicht ist unklar.

76 Bei Agartz war entscheidend, dass er sich nicht zum Werkzeug der SED gemacht habe. Allerdings war die Eingliederung ja kein Tatbestandsmerkmal, sondern lediglich ein Indiz für den Vorsatz.

77 In der Entscheidung im Falle Agartz hat der Senat zugegeben, dass nicht die Beweggründe, sondern die Gefährlichkeit der entscheidende Aspekt bei diesem Tatbestandsmerkmal sei (BGH v. 21.12.1955 – 6 StR 113/55; BGHSt 9, 142, 145, 147).

78 Es ist fraglich, ob die Erfindung von Tatsachen eigentlich Geheimnisverrat sein kann, denn der Schutzzweck der Vorschriften über Geheimnisverrat besteht ja in der drohenden Gefahr, die für den Staat durch die Weitergabe der Tatsachen entsteht. Die Verbreitung von nicht existenten „Tatsachen“ kann eine solche Gefahr nicht begründen, sondern allenfalls das Ansehen eines Staates schädigen, was zwar auch unschön ist, aber wohl nicht den Schutzzweck dieses Paragraphen bildet.

79 Konkret hatte John von geheimen Nebenabreden zum EWG-Vertrag gesprochen sowie von Aktivitäten der „Organisation Gehlen“ in Frankreich, was beides unrichtig war. Allerdings ist äußerst fraglich, ob ihm das irgendjemand geglaubt hat. Überlegung von Schäfer, Der Prozess, S. 151 ff.

80 Vgl. Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 287. Diese Frage wurde vom BGH dann im „Pätsch-Urteil“ behandelt (s. unten Abschnitt 8)

auch im Verhältnis zu den sonst verhängten Strafen im oberen Bereich angesiedelt ist und doppelt so hoch liegt wie von Oberstaatsanwalt Güde beantragt – drängt sich der Verdacht auf, dass hier im Ergebnis ein politisch motiviertes Urteil gefällt wurde. Offenbar wollte der Senat ein Exempel statuieren.

Was waren die Gründe dafür? Es ist naheliegend und auch bereits in der Literatur versucht worden, das Urteil mit dem biographischen Hintergrund der Richter zu erklären: Die auffällig negative Charakterisierung Johns im Urteil des Senats wird mitunter dahin gedeutet, dass die ehemaligen „Nazi-Richter“ im BGH einem Widerständler wie John, in dem sie eher einen Verräter gesehen hätten, nicht wohl gesonnen gewesen waren,⁸¹ ganz nach dem Motto, das Gehlen angeblich über John geäußert hat: „Einmal Verräter, immer Verräter“. Auch in der mündlichen Urteilsbegründung hat der Vorsitzende Wilhelm Geier sich ein wenig in diesem Sinne geäußert: John habe „sonst in seinem Leben, wenn ich mich mal so ausdrücken darf, schon Kontakte aufgenommen.“⁸²

In der Tat waren Wilhelm Geier, Karl Mannzen, Alexander Wirtzfeld und Günther Willms in der NS-Zeit im Justizdienst gewesen, aber nur teilweise auch belastet. Der Vorsitzende Wilhelm Geier, kein NSDAP-Mitglied, war bis 1939 im Richterdienst, danach bis zum Kriegsende Soldat;⁸³ die Versuche, vor allem seitens der DDR, ihm in der „Blutrichterkampagne“ eine NS-Nähe nachzuweisen, sind nicht erfolgreich gewesen. Mannzen ist bereits 1933 Mitglied der SA gewesen, kam durch Fürsprache Freislers zum Amtsgericht, war SA-Truppführer, ab 1940 Parteimitglied und hat auch für ein Kreisgericht der NSDAP gearbeitet.⁸⁴ Gegenüber Heinrich Jagusch, dem neben dem Vorsitzenden ein großer Einfluss im Verfahren zugeschrieben wird⁸⁵ sind auch eine Reihe von Vorwürfen erhoben worden, die ihm zumindest eine Anbiederung an das NS-Regime nachweisen.⁸⁶ Wirtzfeld war vor 1933 Mitglied der Zentrumsparterie gewesen, war nicht Mitglied der NSDAP⁸⁷ und ist 1938 aus politischen Gründen nicht befördert worden, also wohl kein Freund des Nationalsozialismus gewesen. Willms stammte aus einer Familie, die hinter der Weimarer Demokratie stand, sein Vater wurde 1933 zwangspensioniert, was seinen Sohn wahrscheinlich veranlasst hat, sich an das Regime anzupassen, indem er in seiner Dissertation die NS-Ideologie „bedient“ hat

81 Schäfer, Der Prozess, S. 130 ff., 151 ff., der die Richter für befangen hielt, stützt sich auf einige Passagen im Urteil, in denen die Rolle Johns als Widerständler umschrieben wird, die in der Tat nicht gerade wohlwollend klingen. Auf der anderen Seite sollte man nicht unterschlagen, dass das Gericht Johns Haltung in der NS-Zeit strafmildernd berücksichtigt hat.

82 BA, B 283/1000240. Protokoll der mündlichen Urteilsbegründung.

83 BA, Pers 101/75862; Pers 101/75861.

84 LA Schleswig-Holstein Ab. 786 Nr. 185.

85 *DIE WELT*, 8.12.1980; s. Schäfer, Der Prozess, S. 170.

86 Siehe Band 1, Kap. 4.6, Die „Blutrichterkampagne“ und die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz“.

87 BA, Pers 101/39894, Personalblatt; BA, Pers 101/39895.

und 1937 der NSDAP beigetreten ist.⁸⁸ Auch wenn es für den einen oder anderen dieser Richter vielleicht tatsächlich so war, dass die Biographie Johns, konkret seine Kontakte zum Widerstand gegen Hitler, Ressentiments ausgelöst hat, sollte man diesen Aspekt nicht überbewerten, da Johns Widerstandstätigkeit bei der Strafzumessung wiederum positiv erwähnt und strafmildernd in die Waagschale geworfen wurde.⁸⁹ Größeren Einfluss auf die Entscheidung des Senats dürfte die politische und gesellschaftliche Erwartungshaltung gehabt haben, von der sich der Senat wohl nicht hat freimachen können. Der Presserummel war gewaltig, ganz abschotten konnten die Richter sich nicht,⁹⁰ auch wenn sie es wollten. So trat etwa die Tageszeitung *DIE WELT* an den BGH heran und bat um die Lebensläufe der beteiligten Richter.⁹¹ Präsident Weinkauff hat dies nach Rücksprache mit den Richtern des Senats, die das Ansinnen einhellig zurückwiesen,⁹² abgelehnt. Aber das Gefühl, unter Beobachtung zu stehen, dürfte durch die Anfrage nicht kleiner geworden sein. Aber nicht nur die Presse,⁹³ sondern auch die Bundesregierung hat das Verfahren aufmerksam verfolgt. Die Spannungen mit der DDR waren damals enorm und die Erinnerungen an die Niederschlagung des Volksaufstandes vom 17. Juni 1953 noch frisch.⁹⁴ Rein menschlich kann man sich daher durchaus ausmalen, dass es für Bundesrichter in der damaligen Zeit unvorstellbar war, wie jemand die ideologische Nähe zur DDR suchen konnte, um zu deren Gunsten gegen die BRD zu polemisieren. Bei allen fünf herrschte wahrscheinlich ein Bild von einem schutzwürdigen jungen westdeutschen Staat vor, dem eine aggressive DDR gegenüberstand, mit der sich einzulassen schon an sich strafwürdig sein musste. Und dann macht ein hoher Beamter, der die Verfassung schützen soll, mit dem Systemfeind gemeinsame Sache! Dazu kam noch, dass die im Kaiserreich aufgewachsenen und in der NS-Zeit beruflich sozialisierten Richter wahrscheinlich fast alle ein autoritäres Weltbild mitbrachten. Und sie waren ja auch speziell – vielleicht gerade wegen dieser Eigenschaften – für den Staatsschutzsenat ausgesucht worden.⁹⁵ Geier, Jagusch und erst recht ein ehemaliger Generalstaatsanwalt wie Mannzen sahen sich vor allem als Staatsschützer, denn dies war ja die Aufgabe des Senats, und dieser Staat (und Teile seiner Gesellschaft) erwarteten eine hohe Strafe. Insgesamt dürften

88 BA, Pers 101/76278. Die Dissertation hatte den Titel: Die Beschränkung der Prozeßvertretung bei den Arbeitsgerichten. Zu ihm Band 1, Kap. 3.2.

89 HuSt II, 150.

90 BA, B 283/1000240, Bl 21. Immerhin hatte Geier Fotoaufnahmen im Sitzungssaal und Weinkauff dann auch im ganzen Gerichtsgebäude untersagt.

91 BA, B 283/1000240, Bl. 28.

92 BA, B 283/1000240, Bl. 34.

93 SWR Hörfunkarchiv, W0154022; SWR Hörfunkarchiv, W0130057; SWR Hörfunkarchiv, W0111610; SWR Hörfunkarchiv, W0128297; SWR Hörfunkarchiv, W0111920; SWR Hörfunkarchiv, W0128359. Vgl. die vielen Berichte in der SDR-Rundfunksendung, *Aus der Residenz des Rechts* in den letzten Monaten 1965.

94 Seit 1954 war der Tag Nationalfeiertag.

95 Vgl. BA, B 362/1000205, Schreiben BGH-Präsident an BJM v. 11.2.1954.

sowohl das Klima des Jahres 1956, der außergewöhnliche Fall an sich, als auch die persönlichen Einstellungen der Richter das Ergebnis des Prozesses entscheidend zuungunsten Johns beeinflusst haben.

2.4 Wiedervereinigung als Hochverrat

Innen- und gesellschaftspolitisch von ebenfalls großer Brisanz waren die Strafverfahren gegen Personen, deren politische Tätigkeit darauf ausgerichtet war, ganz allgemein den Kommunismus beziehungsweise speziell die DDR zu unterstützen. Strafbar war nach § 80 StGB aF, wer es unternimmt mit Gewalt die Verfassung zu ändern, ferner wer ein solches *bestimmtes* Unternehmen vorbereitet (§ 81 StGB aF) oder entsprechende Schriften herstellt beziehungsweise verbreitet (§ 84 StGB aF). Die Verfahren nach diesen Vorschriften richteten sich in den ersten Jahren fast ausschließlich gegen Kommunisten. Der Vorwurf gegenüber den Angeklagten ging generell dahin, dass sie das politische Ziel der SED, eine Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten nach DDR-Vorbild, unterstützten. Dies wurde damals als Hochverrat eingestuft, da mit der Verwirklichung dieses Ziels die verfassungsmäßige Ordnung des Grundgesetzes beseitigt worden wäre.

Das erste Verfahren, das noch vor Bildung des Staatsschutzsenates und ohne Angeklagte stattfand, betraf die Einziehung von DDR-Propagandamaterial, welches verschiedenen Postsendungen beigelegt war.⁹⁶ Das Verfahren war von der Bundesanwaltschaft geschickt eingefädelt worden, um einen Präzedenzfall für künftige Verfahren zu kreieren,⁹⁷ was ihr im Zusammenwirken mit dem BGH auch gelang.⁹⁸ In dem „Fünf-Broschüren-Urteil“ von 1952⁹⁹ legte der insoweit noch zuständige 2. Senat im ersten Hochverratsprozess der Bundesrepublik den Begriff des „Hochverrats“ (Begriff in den einschlägigen §§ 80, 81, 86 Abs. 1 und 5 StGB aF) weit aus: Gegenstand und Angriffsziel eines gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Unternehmens müssten zwar konkret in den zu beurteilenden Schriften genannt werden, für den

⁹⁶ Da insoweit nur schwer Täter zu ermitteln waren, wurde vom Bundesanwalt die Einziehung der Schriften beantragt (zu den Ermittlungen: BA, B 362/1619, Bl. 46, 65; BA, B 362/1620, Bl. 31 ff.).

⁹⁷ Aus einem Vermerk des Oberbundesanwalts beim BGH vom 12.3.1952 geht hervor, dass Gespräche mit dem Ministerium der Justiz, konkret mit Ministerialrat Dr. Kanter, dem späteren BGH-Richter, stattgefunden hatten, in denen die Dringlichkeit eines Verfahrens erörtert worden war (BA, B 362/1620, Bl. 44 ff.).

⁹⁸ So die Bundesanwaltschaft in einem Vermerk v. 5.2.1952 (BA, B 362/1619, Bl. 28). Zu den Vorbereitungen der Bundesanwaltschaft und den Kontakten zwischen ihr und dem Staatsschutzsenat genauer: Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 304 ff. Dort wird geschildert, dass es dem Ministerium gelang, beim Senat eine Vorverlegung des Termins zu erreichen (S. 308).

⁹⁹ BGH v. 8.4.1952 – U StE 3/52 (ein Exemplar findet sich in der Akte, BA, B 362/1619, Bl. 111 ff.; BA, B 362/1620 Bl. 31 ff.); s. a. die Kommentierungen von Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 218 ff. und Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 309 f.

Zeitpunkt reiche es allerdings aus, wenn sich aus den Umständen ergebe, dass der Umsturz bald geplant sei.¹⁰⁰ Es wurde zur ständigen Rechtsprechung des Senats, dass die DDR den Angriffsplan verfolgte, die Wiedervereinigung mittels einer bolschewistischen Revolte herbeizuführen. Als Indizien wurden Schriften Stalins angeführt und eine Rede Otto Grotewohls zitiert. Das Tatbestandsmerkmal der Gewalt hatte der Berichterstatter des Senats wohl zunächst übersehen, denn der entsprechende Absatz fehlt noch im Urteilsentwurf und wurde nachträglich handschriftlich eingefügt.¹⁰¹ Konkret formulierte der neue Einschub, dass in den Broschüren, um deren Strafbarkeit es ging, nicht zur Gewalt aufgerufen werden müsse, sondern die Bezugnahme auf ein Vorhaben – hier konkret die Wiedervereinigung – genüge, bei dessen Durchführung dann entsprechende (Gewalt-)Mittel zum Einsatz gekommen wären. Zur Begründung des Merkmals der Gewalt wurde die zum Teil martialische Wortwahl des „Programms der Nationalen Wiedervereinigung Deutschlands“¹⁰² zum Beweis herangezogen („revolutionärer Kampf“, „Opfer“).¹⁰³ Dies reiche aus, weil die Broschüren ein solches Vorhaben vorbereiteten. Der Senat machte keine Angaben dazu, wann genau dieses konkrete Vorhaben stattfinden solle, sondern beließ es bei dem Allgemeinplatz „in nicht unabsehbarer Ferne“, das für die Wiedervereinigungsbemühungen bejaht wurde. Dass eine solche Definition des Merkmals der Bestimmtheit nur wenig bestimmt war, liegt auf der Hand. Letztlich wurde die Einziehung der Schriften angeordnet.¹⁰⁴ Trotz fehlender Angeklagter hat das Urteil durchaus allgemeine Aufmerksamkeit auf sich gezogen,¹⁰⁵ wahrscheinlich weil die interessierte Öffentlichkeit ahnte, dass hier eine Richtung für weitere Verfahren vorgegeben werden sollte.

Da die Mitglieder des 2. Senats sich nicht in der Lage sahen, das anspruchsvolle Staatsschutzrecht auch noch zu übernehmen und der Vorsitzende Dagobert Moericke, nach Ansicht des BGH-Präsidenten zu skrupulös war,¹⁰⁶ wurde ein neuer Senat gebildet und mit Personen besetzt, denen zugetraut wurde, mit der für nötig erachteten Härte gegen Verfassungsfeinde vorzugehen. Als geeignet nannte Weinkauff: Wilhelm Geier, Paulheinz Baldus, Friedrich Sauer, Günther Willms, Heinrich Jagusch, Ludwig Martin.¹⁰⁷ Daher wehte in der Folgezeit ein neuer Wind, was sich nicht nur im BGH,

100 BGH v. 3.11.1954 – 6 StR 146/54 (BGHSt 7, 11).

101 Einfügung auf der Rückseite von Seite 14 des Entwurfs (BA, B 362/1620, Bl. 44 der Akte).

102 Dieses Programm war von der KPD im Jahr 1952 verkündet worden.

103 Auszüge aus dem Programm in: BGH v. 6.5.1954 – StE 207/52 (HuSt I, 76–80).

104 Wegen Verstoßes gegen §§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 und 86 Abs. 1, Abs. 5 StGB aF.

105 BA, B 362/1620, Bl. 80 ff. Es gab viele Anfragen an den BGH, die alle ein Exemplar des Urteils haben wollten. Einmal die Bitte um eine Abschrift, weil der Anfragende über das Thema promovieren wollte (Bl. 86).

106 BA, B 362/1000205, Weinkauff am 1.2.1954 an BMJ.

107 BA, B 362/1000205, Schreiben des BGH-Präsidenten an das Bundesjustizministerium vom 11.2.1954. Zu den Personen mehr im Fazit dieses Kapitels.

sondern auch daran zeigt, dass das Bundesamt für Verfassungsschutz die Ermittlungen dominierte.¹⁰⁸

Die Folgen des „Fünf-Broschüren Urteils“ waren zumindest von der Bundesanwaltschaft sicher gewollt: Da das erwähnte Programm der KPD einen Aufruf zum Systemsturz enthalte, folgten weitere Verfahren, die dann vom neuen Staatsschutzsenat entschieden wurden.¹⁰⁹ So wurden zwei Jahre später zwei KPD-Parteisekretäre auf Kreisebene (Salzgitter) wegen Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens (§ 81 StGB aF) verurteilt,¹¹⁰ weil sie das Programm verbreitet und dafür geworben hatten. Das Programm selbst wurde in dem Urteil vom Staatsschutzsenat ausführlich gewürdigt,¹¹¹ entscheidend sei, dass die Ziele des Programms auf außerparlamentarischem Weg durch Demonstrationen und Streiks erreicht werden sollten, wobei es allgemein bekannt sei, dass dies zu anschließenden gewalttätigen Auseinandersetzungen führe.¹¹²

Nur drei Monate später erging die nächste Entscheidung: Im politischen Streit um die Wiederbewaffnung Westdeutschlands kam es zu Verfahren gegen Mitglieder des „Hauptausschusses für Volksbefragung“, der die Wiederbewaffnung verhindern und dies unter anderem mittels einer Volksbefragung erreichen wollte.¹¹³ Die Bundesregierung hielt diese Bewegung für verfassungswidrig und initiierte Verbotsverfügungen, weil die Gruppe sehr bald, vielleicht von Anfang an, unter den Einfluss der KPD geraten war, auch wenn die Ablehnung der Wiederbewaffnung Anhänger in allen Bevölkerungsgruppen hatte, denn anfangs war möglicherweise sogar die Mehrheit der Bundesbürger gegen eine Remilitarisierung.¹¹⁴ Verurteilt wurden vom BGH drei Mitglieder des Hauptausschusses,¹¹⁵ von denen zwei bereits in der NS-Zeit als Kommunisten ver-

108 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 314 ff.

109 Der Eröffnungsbeschluss gegen zwei Mitglieder des Hauptausschusses für Volksbefragung wurde noch vom 2. Strafsenat am 17.12.1953 erlassen (BA, B 362/4113, Bl. 118), der allerdings einem Angeklagten gegen Auflagen Haftverschonung gewährt hatte, s. a. Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 318.

110 BGH v. 6.5.1954 – StE 207/52 (HuSt I, 74).

111 BGH v. 6.5.1954 – StE 207/52 (HuSt I, 76 ff.).

112 BGH v. 6.5.1954 – StE 207/52 (HuSt I, 93).

113 Letzteres hielt die Bundesregierung für unzulässig und einen Angriff auf die verfassungsmäßige Ordnung (GMBl. 8.5.1951, S. 109 f.). Die Rechtmäßigkeit der darauf erlassenen Verbotsverfügungen war zweifelhaft (ablehnend: BVerwGE 4, 188).

114 Insoweit gibt es allerdings nur Schätzungen, etwa die Umfrage in: *Der Spiegel*, 25.12.1950, S. 22 f.; siehe auch: BGH vom 2.8.1954 – StE 68/52 (HuSt I, 19): „Als die Pläne der Bundesregierung [...], nach deren Entwürfen eine beschränkte Wiederbewaffnung der Bundesrepublik in Aussicht genommen war, greifbare Gestalt annahmen und in der breiteren Öffentlichkeit bekannt wurden, waren die Meinungen über die Vertretbarkeit und politische Zweckmäßigkeit dieser Pläne von Anfang an sehr geteilt. In fast allen Kreisen der Bevölkerung zeigten sich unabhängig von der parteipolitischen Überzeugung neben entschiedener Zustimmung auch erhebliche Abneigung und Widerstand“ (BGH v. 2.8.1954 – StE 68/52; HuSt I, 20).

115 BGH v. 2.8.1954 – StE 68/52 und StE 11/54 (HuSt I, 19, Einzelheiten vor allem auf S. 32–47, nur teilweise in: BGHSt 7, 222 abgedruckt).

folgt worden waren. In diesem Verfahren schränkte der 3. Senat die weite Fassung des Straftatbestandes des Hochverrates allerdings etwas ein, indem er für die Bestimmtheit verlangte, dass der Plan in zeitlicher Hinsicht „an die gegebenen und bestehenden politischen Zustände anknüpft.“¹¹⁶ Die Durchführung des Vorhabens müsse „alsbald“ vorgesehen und eine gewisse Realisierbarkeit gegeben sein, allein das Sammeln von Gleichgesinnten genüge hierfür nicht.¹¹⁷ Damit kamen die Richter ihren Kritikern ein wenig entgegen, eine Strafbarkeit wegen der Vorbereitung des Hochverrats wurde abgelehnt, die Angeklagten aber dennoch gemäß § 90 a StGB aF verurteilt.¹¹⁸

Im Verfahren gegen Funktionäre der Freien Deutschen Jugend (FDJ),¹¹⁹ einer staatlich gelenkten (DDR-)Jugendorganisation, standen deren leitende Funktionäre vor Gericht. Angeklagt waren Josef Angenfort, damals Landtagsabgeordneter für die KPD in Nordrhein-Westfalen, und Wolfgang Seiffert, ebenfalls ein leitender Funktionär der FDJ. Der Vorwurf bestand wiederum darin, dass in der Bundesrepublik ein Systemwechsel angestrebt werde. Problematisch war auch hier die Frage der Zulässigkeit der Mittel, konkret das Merkmal der Gewalt. In seinem Urteil löste sich der Staatsschutzsenat vom traditionellen Gewaltbegriff, es komme hierbei nicht auf eine Kraftentfaltung, sondern auf die Zwangswirkung an.¹²⁰ Damit konnte das Gericht auch den Streik als Hochverrat einstufen, hat aber immerhin differenzierend gemeint, das Vorliegen von Gewalt sei für einen normalen Streik nicht generell zu bejahen, die Schwelle sei jedoch bei dem Aufruf zu einem Massen- oder Generalstreik überschritten.¹²¹ Ein solcher Streik könne von den Betroffenen „als ein körperliches Einwirken empfunden werden,“¹²² ja bei einer durch einen derartigen Streik bewirkten Lahmlegung großer Teile des gesellschaftlichen Lebens sei eine „aktive Kraftentfaltung“ gegeben,¹²³ die in einem Industriestaat eine Zwangswirkung entfalte, so dass der Massen- oder Generalstreik das Tatbestandsmerkmal der Gewalt im Sinne des § 80 StGB aF erfülle.¹²⁴ Diese Auffassung löste heftige innenpolitische Auseinandersetzungen aus und wurde stark kritisiert, einerseits, wie man sich denken kann, aus politischen Gründen,¹²⁵ anderer-

116 BGH v. 2.8.1954 – StE 68/52 (HuSt I, 19, 55).

117 Gegen diese Einschränkung: Weber, Hochverrat, in: *MDR* (1957), S. 484.

118 Ähnlich sieht der Senat dies im Verfahren gegen Funktionäre des Deutschen Arbeiterkomitees: BGH v. 9.3.1955 – StE 160/52 (HuSt I, 214, 236).

119 BGH v. 4.6.1955 – StE 1/52 (HuSt I, 108, nur teilweise abgedruckt in: BGHSt 8, 102); BA, B 362/4004.

120 Die Verurteilung wurde auf § 90 a StGB aF, nicht auf §§ 81 ff. StGB aF gestützt. Auch in diesem Verfahren waren mehrere Angeklagte bereits vor 1933 Anhänger der KPD gewesen.

121 So schon in dem erwähnten Verfahren gegen die beiden Parteisekretäre (BGH v. 6.5.1954 – StE 207/52 (HuSt I, 74, 98); BGH v. 4.6.1955 – StE 1/52 (HuSt I, 108, 180 = BGHSt 6, 336); BGH v. 13.7.1956 – StE 20/54 (HuSt II, 11–42).

122 BGH v. 6.5.1954 – StE 207/52 (HuSt I, 74, 98).

123 BGH v. 4.6.1955 – StE 1/52 (HuSt I, 108, 180 = BGHSt 8, 102, dort aber nur teilweise abgedruckt).

124 BGH v. 4.6.1955 – StE 1/52 (HuSt I, 108, 180).

125 Posser, Politische Strafjustiz, S. 5 f.; Gustav Heinemann wies im Bundestag darauf hin, dass der BGH das Merkmal der Gewalt völlig neu interpretiert habe (s. in der Bundestagssitzung v. 28.3.1963, Verhandlung des BT, S. 3219).

seits aber auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, was auch damit zusammenhängt, dass die vom Senat verwendeten Formulierungen eher Floskeln waren und weniger präzise Definitionen.¹²⁶ Letztlich wurde jedenfalls der Gewaltbegriff nicht unwesentlich verändert und ausgeweitet, in dem in der Zukunft auf die Zwangswirkung abgestellt wurde.

In diesem Verfahren wiederholte das Gericht, dass es den Angeklagten zunächst nur um eine Änderung der politischen Zustände gegangen sei (was noch nicht strafbar sei), aber dass der Umsturz „alsbald“ danach erfolgen solle und damit an „obwaltende politische Verhältnisse“¹²⁷ angeknüpft werde; dies wiederum sei strafbar. Bei dem Hauptangeklagten Josef Angenfort sei strafscharfend zu berücksichtigen, dass er Führer und Verführer gewesen und daher besonders gefährlich sei.¹²⁸ Er wurde zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt, sein Mitstreiter Wolfgang Seiffert zu vier Jahren.¹²⁹ Etwas weniger, nämlich drei Jahre Haft, erhielt drei Jahre später Walter Fisch, früherer Bundestagsabgeordneter und einer der führenden Köpfe der KPD, unter anderem aufgrund der Propagierung¹³⁰ des erwähnten Programms zur Wiedervereinigung, das als Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens angesehen wurde.¹³¹

1956 wurden leitende Funktionäre auf der Bundesebene (Mitglieder des Hauptausschusses) verurteilt,¹³² die an der Erstellung des Programms mitgewirkt hatten.¹³³ Das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG stehe einer Verurteilung nicht entgegen, da der Grundgesetz-Artikel nach Ansicht des BGH nur das politische Ziel schütze, aber nicht vor einer Verurteilung wegen eines Gewaltdeliktes. Hochverrat sei zwar nur bei einer „greifbaren Gefahr“ gegeben, aber das Merkmal sei für das Programm der KPD weiter generell zu bejahen.¹³⁴ Immerhin hat der Senat differenziert und einige Angeklagte in diesem und anderen Verfahren mangels Vorsatzes freigesprochen, weil die betreffende Person nicht das Programm der KPD „in seinem wahren Sinn und seiner wirklichen Bedeutung“ erfasst hätte.¹³⁵ Eine Änderung der Haltung des Senats bestand auch darin, dass er nicht mehr Landesverrat angenommen hat, sondern § 90 a StGB aF an-

126 So die Kritik im Kommentar von Schönke/Schröder (1959) § 80, S. 440.

127 BGH v. 4.6.1955 – StE 1/52 (HuSt I, 108, 180, 182).

128 BGH v. 4.6.1955 – StE 1/52 (HuSt I, 108, 184).

129 Beide wurden vom Bundespräsidenten begnadigt, bei Angenfort wurde diese Begnadigung widerrufen, weil er sich entgegen der Auflage doch wieder politisch betätigt hatte.

130 Fisch war an der Erstellung des Programms wohl nicht beteiligt gewesen, war allerdings bereits in dem oben beschriebenen Verfahren gegen Mitglieder des Hauptausschusses angeklagt, aber vor Prozessbeginn untergetaucht.

131 BGH v. 13.6.1958 – 1 StE 20/54 (HuSt II, 312).

132 BGH v. 13.7.1956 – StE 20/54 (HuSt II, 11).

133 Der Altkommunist Schesinger hatte sich bereits 1933 den Kommunisten angeschlossen, gegen das NS-Regime Widerstand geleistet und sein Engagement für den Kommunismus nach dem Krieg unvermindert fortgesetzt. Er wurde vom Bundespräsidenten begnadigt.

134 BGH v. 13.6.1958 – 1 StE 20/54 (HuSt II, 308, 312 ff.) unter Hinweis auf die Entscheidungen v. 6.5.1954 (HuSt I, 74) und v. 13.7.1956 (HuSt II, 11).

135 BGH v. 13.7.1956 – StE 20/54 (HuSt II, 11, 40); BGH v. 4.6.1955 – StE 1/52 (HuSt I, 108, 169).

wandte, der die Förderung einer verfassungsverräterischen Vereinigung mit Strafe bedrohte.

Gegen die Rechtsprechung des BGH in diesem Bereich gab und gibt es vielfache Kritik. So erhob von Brünneck den Vorwurf, dass letztlich alle Kommunisten als Hochverräter angesehen worden seien.¹³⁶ Mit der Hochverratsrechtsprechung sollte nach Meinung der Kritiker offensichtlich die politische Arbeit, die in irgendeiner Form an dem Ziel, dem Kommunismus zum Durchbruch zu verhelfen, mitwirkte, kriminalisiert und unterbunden werden. Angesichts des insgesamt geringen Einflusses der KPD, die ja nur 2,2 Prozent der Stimmen bei den Bundestagswahlen 1953 erreichte, wurde dem BGH von Abendroth vorgehalten, er habe die Ungefährlichkeit der Umsturzpläne in tatsächlicher Hinsicht nicht berücksichtigt; oft handelte es sich bei den politischen Zielen kommunistischer Aktivisten um unrealistische Hirngespinnste.¹³⁷ Und auch was die Gewalttätigkeit der Aktionen angeht, haben Zeitgenossen eine andere Ansicht vertreten, etwa der spätere Bundespräsident Gustav Heinemann und sein damaliger Anwaltskollege Dieter Posser: „Irgendwelche Vorbereitungen für einen gewaltsamen Umsturz sind in der kritischen Zeit nicht bekannt geworden“.¹³⁸ Erst recht spätere wissenschaftliche Arbeiten haben das Maß der objektiven Gefährlichkeit des Programms der Wiedervereinigung in Zweifel gezogen.¹³⁹

2.5 „Wühlarbeit“ für die DDR

2.5.1 Die Organisationsdelikte in den ersten Jahren¹⁴⁰

Ein wichtiges rechtspolitisches Ziel des Gesetzes und ihm folgend der Ermittler, bestand darin, die SED und ihre Unterorganisationen, die sich auf dem Gebiet der Bundesrepublik betätigten, zu bekämpfen, womit in erster Linie die KPD in den Fokus der Ermittlungsbehörden rückte.¹⁴¹ Während es beim Hochverrat um einzelne, wenn auch spektakuläre Fälle ging, war quantitativ die größere Aufgabe des Staatsschutzes das

¹³⁶ Brünneck, Politische Justiz, S. 91.

¹³⁷ „Sind Träume strafbar?“, fragte polemisch Abendroth, Vorbereitung, S. 36; ähnlich Brünneck, Politische Justiz, S. 96 f.

¹³⁸ Heinemann/Posser, Kritische Bemerkung, in: *NJW* (1959), S. 121, 122.

¹³⁹ Zum Programm der Wiedervereinigung: Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 75 ff., 235, der – rückwirkend betrachtet – die vom BGH behauptete Gefährlichkeit bezweifelt: „Die Realisierung (sei) praktisch ausgeschlossen“ gewesen (Staatsschutzstrafrecht, S. 79).

¹⁴⁰ Bei der Analyse der Rechtsprechung kann man drei Phasen unterscheiden: Die erste reicht vom Inkrafttreten des Staatsschutzrechts bis zum KPD-Verbot (1951 bis 1956), danach die Phase nach dem Verbot bis 1961 und schließlich die Zeit, nachdem § 90 a StGB aF teilweise für verfassungswidrig erklärt worden war (von 1961 bis zum neuen Staatsschutzgesetz 1968).

¹⁴¹ Die Aufnahme der Organisationsdelikte in das Gesetz ist bereits Mitte der 1950er überwiegend als Fehlentscheidung gesehen worden (Willms, Offenkundigkeit, in: *NJW* (1957), S. 565; Ruhrmann, in: *NJW* (1957), S. 1897; Heinemann/Posser, Kritische Bemerkung, in: *NJW* (1959), S. 123).

Vorfeld des Hochverrats, konkret die vielen politischen Aktivisten vor Ort. Da die politische Betätigung von Kommunisten sich fast immer in irgendeinem organisatorischen Zusammenhang abspielte, ließ diese Tätigkeit sich meist unter eines der Organisationsdelikte subsumieren.¹⁴² Als Straftatbestand, der auf solche Aktivitäten im Innern zugeschnitten war, spielte § 90 a StGB aF, der die Strafbarkeit der Förderung einer verfassungsverräterischen Vereinigung (als Drahtzieher oder Hintermann) enthielt, eine zentrale Rolle. Die Norm sollte das Vorfeld des Hochverrats erfassen, um so möglichst frühzeitig dem Grundsatz der wehrhaften Demokratie, den der BGH sehr ernst nahm („es wird keine Freiheit geben, die Freiheit zu vernichten“),¹⁴³ Durchschlagskraft zu verleihen.¹⁴⁴

In der ersten Hälfte der 1950er Jahre wurde die Norm vom Staatsschutzsenat weit ausgelegt. Das begann schon mit dem entscheidenden Merkmal der Verfassungsfeindlichkeit und der Vorfrage, ob für die Beurteilung dieses Merkmals ein Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts bestehe. Der BGH nahm insofern einen sehr selbstbewussten Standpunkt ein: Ob eine Organisation verfassungsfeindlich ist, habe das Strafgericht selbständig zu entscheiden, ein Monopol des Bundesverfassungsgerichts bestehe insoweit nicht, so die Haltung des 6. Senats noch Mitte der 1950er Jahre,¹⁴⁵ die sich aber dem Vorwurf aussetzte, im Widerspruch zum Grundgesetz zu stehen und später vom Bundesverfassungsgericht verworfen werden sollte.

Inhaltlich problematisch war die Bestimmung dessen, was „Verfassungsfeindlichkeit“ bedeutet, denn die Werbung für eine Verfassungsänderung kann eigentlich nicht strafbar sein. Also konnte es nur um die eingesetzten Mittel gehen, welche im Gesetz nicht konkretisiert waren. Die Rechtsprechung des Senats zu diesem Tatkomplex liest sich wie der Versuch, bestimmte in der Bundesrepublik beobachtete Erscheinungsformen kommunistischer Propaganda unter die Straftatbestände zu fassen. Im oben bereits erwähnten Verfahren gegen Mitglieder des „Hauptausschusses für Volksbefragung“ wurden die Angeklagten nicht nur wegen Hochverrats belangt, sondern vor allem, weil sie mit ihren Druckschriften „einen systematischen Hetzfeldzug“¹⁴⁶ gegen die Bundesregierung betrieben und kommunistische Propagandatätigkeit entfaltet hätten. Es sei unerheblich, ob die Tätigkeit geheim oder öffentlich erfolge, entscheidend sei, dass sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richte. Eine konkrete Änderung der Verfassung brauche nicht angestrebt zu werden, es genüge, wenn die propagierten Gedanken mit der Verfassung nicht in Einklang stünden und unzulässige Mittel angewendet würden,¹⁴⁷ ohne dass die Schwelle der Waffengewalt erreicht wer-

¹⁴² Schiffers, Zwischen Bürgerfreiheit, S. 317; Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 236.

¹⁴³ BGH v. 30.1.1958 – U 1 StE 10/57 (BGHSt 11, 233, 240).

¹⁴⁴ BGH v. 4.6.1956 – U StE 49/52 (BGHSt 9, 285, 291 = HuSt I, 286, 374), dort auch Ausführungen zur Entstehungsgeschichte.

¹⁴⁵ BGH v. 19.5.1954 – 6 StR 19/54 (BGHSt 6, 172).

¹⁴⁶ BGH v. 2.8.1954 – StE 68/52 (HuSt I, 32).

¹⁴⁷ BGH v. 2.8.1954 – StE 68/52 (HuSt I, 19, 65).

den müsse: Strafbar sei es auch, die verfassungsfeindlichen Ziele „mit Mitteln der Zersetzung“ zu verfolgen.¹⁴⁸ Diese Mittel umschrieb der Senat mit den Worten: „Agitation, Propaganda, Hetze“.

Die Wortwahl aus der politischen Umgangssprache, zu der sich die Begriffe der „Wühlarbeit“ oder „Westarbeit“ hinzugesellten, macht deutlich, dass der Senat Schwierigkeiten hatte, die Verhaltensweisen sprachlich einzufangen. Im Verfahren gegen zwei Mitglieder des deutschen Arbeiterkomitees gegen die Remilitarisierung (DAK) wurde beschwichtigend formuliert, die Huldigung einer der Bundesrepublik entgegengesetzten Staatsauffassung falle noch nicht unter den Straftatbestand,¹⁴⁹ aber die in den verschiedenen Publikationen des DAK enthaltene Ablehnung einer freiheitlich-demokratischen Ordnung als Ganzes und ihre Diffamierung bei gleichzeitiger Verherrlichung einer Willkürherrschaft wurde als strafbar angesehen.¹⁵⁰ Denn die Täter würden nicht nur gegen die Bundesregierung agieren, sondern gegen das System. Die Formen des Kalten Krieges, so der Senat, seien nicht Gewalt und Drohung, sondern moderne Umsturmmethoden, die „[...] von den verschiedensten Ansatzpunkten aus das gemeinsame Ziel fördern“.¹⁵¹ Strafbar sei es, „[...] Zustände der Unordnung herbeizuführen, in denen sich das politische Leben nicht mehr unverbrüchlich nach diesen Grundsätzen abspielt, [...]“¹⁵² eine wenig bestimmte Formulierung, die nicht erkennen lässt, wann die Grenze einer noch zulässigen Polemik überschritten wird. Eine Anlehnung an den Tatbestand des Hochverrats wäre verfehlt, so der Senat, weil die Stoßrichtung der Vorschriften eine andere sei und ein Gleichlauf mit dem Hochverrat den Anwendungsbereich zu sehr einschränken würde.¹⁵³

Die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit wurden auch im subjektiven Tatbestand niedrig angesetzt, denn für die Verfassungsfeindlichkeit genügte, so der Senat, bedingter Vorsatz,¹⁵⁴ das heißt der Täter brauchte selbst das Ziel gar nicht anstreben. Die Haltung eines Angeklagten, er wolle weder, dass sein Sohn einmal in einem russischen Panzer noch in einem amerikanischen Kampfflugzeug sitze und er sei kein Anhänger eines bestimmten „Systems“, sei zwar nicht zu beanstanden, ändere an seinem

148 BGH v. 2.8.1954 – StE 68/52 (HuSt I, 19, 65).

149 BGH v. 9.3.1956 – StE 160/52 (HuSt I, 14, 237).

150 BGH v. 9.3.1956 – 160/52 (HuSt I, 237).

151 BGH v. 21.12.1955 – 6 Str113/55 (BGHSt 9, 142, 145).

152 BGH v. 2.8.1954 – StE 68/52 (HuSt I, 65).

153 BGH v. 2.8.1954 – StE 68/52 (HuSt I, 65, 66).

154 BGH v. 9.3.1955 – 6 StE 160/52 (BGHSt 7, 279); BGH v. 21.12.1955 – 6 StR 113/55 (BGHSt 9, 142, 144). Für eine Strafschärfung gem. § 94 StGB aF wurde zwar Absicht verlangt, aber auch hier hat der BGH die Verurteilung erleichtert: In einem konkreten Fall hatte das Landgericht die Angeklagte freigesprochen, weil es glaubte, der Täterin nicht widerlegen zu können, dass sie sich aus jugendlichem Übereifer und besten Absichten (Einsatz für den Frieden) für den Kommunismus engagiere; der BGH meinte, dies schließe die verfassungsfeindliche Absicht nicht aus, denn die Absicht müsse sich nur auf den Erfolg und nicht den Beweggrund beziehen (BGH v. 21.12.1955, BGHSt 9, 147); anderenfalls würden Schutzbehauptungen eine Verurteilung zu sehr erschweren, dann „würden die Vorschriften über die Staatsgefährdung entwertet.“ (BGH v. 21.12.1955, BGHSt 9, 148).

Vorsatz aber nichts, da er gewusst habe, dass die Organisation, die er unterstütze, Hetze gegen die Bundesregierung betreibe. Insoweit reichte als Voraussetzung einer Strafbarkeit die Kenntnis des Angeklagten aus, dass ein Teil der Organisation verfassungsfeindliche Ziele verfolge.¹⁵⁵

Beim Täterbegriff entschlossen sich die Richter ebenfalls zu einer ausdehnenden Auslegung: Strafbar waren laut Gesetz die Rädelsführer und Hintermänner einer verfassungsfeindlichen Organisation. Bei diesen Begriffen wird so mancher wohl in erster Linie an die Drahtzieher denken.¹⁵⁶ Hintermänner konnten laut einer Senatsentscheidung aus dem Jahr 1955 auch Personen sein, die eine rein formale Stellung innehatten, wenn sie etwa mit ihrem Namen die Vereinigung förderten.¹⁵⁷ Dass bezahlte Funktionäre selbstverständlich unter den Begriff der Rädelsführer fielen,¹⁵⁸ wundert nicht, aber als Rädelsführer wurden auch bloße Teilnehmer erfasst, ja letztlich mussten viele, die ihren Willen der Vereinigung unterordneten und für sie tätig wurden,¹⁵⁹ damit rechnen, nach § 90 a StGB aF bestraft zu werden. Auf eine baldige Verwirklichung der angestrebten Ziele sollte es bei dieser Norm wiederum nicht ankommen.

Vor allem die Tatsache, dass alle möglichen Personen, die irgendwie unterstützend tätig geworden waren, in den Begriff des Rädelsführers einbezogen wurden, ist auf Unverständnis und heftigen Widerspruch in der Literatur gestoßen.¹⁶⁰ Manche Kritiker meinten, die Organisationsdelikte hätten dazu gedient, eine fast vollständige Strafbarkeit der politischen Tätigkeit von Kommunisten zu erreichen.¹⁶¹ Ob dies ein Ziel des Senats war, lässt sich schwer nachweisen, in der Wirkung ist die Rechtsprechung jedenfalls nicht weit davon entfernt gewesen.

2.5.2 Die Zeit nach dem KPD-Verbot

Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1956 die KPD für verfassungsfeindlich erklärt und verboten hatte,¹⁶² stellte sich die Frage, ob ein Verhalten, das zeitlich vor

¹⁵⁵ BGH v. 9.3.1955 – U StE 160/52 (BGHSt 7, 279); BGH v. 21.10.1961 – 2 StE 2/61 (BGHSt 16, 298). Kritisch insoweit Heinemann/Posser, Kritische Bemerkung, in: *NJW* (1959), S. 123, unter Hinweis auf Äußerungen des CDU-Abgeordneten Wahl im Rahmen der Gesetzgebungsgeschichte, in der das Parlament deutlich gemacht hätte, dass die verfassungsfeindliche Absicht bei diesem Delikt das tragende Motiv sein müsse.

¹⁵⁶ So auch die Kritiker der BGH-Rechtsprechung. S. Güde, Probleme, S. 22; Heinemann/Posser, Kritische Bemerkung, in: *NJW* (1959), S. 123.

¹⁵⁷ BGH v. 9.3.1955 – U StE 160/52 (BGHSt 7, 279 = HuSt I, 214, 237 f.); BGH v. 21.10.1961 – 2 StE 2/61.

¹⁵⁸ BGH v. 21.10.1961 – 2 StE 2/61 (BGHSt 16, 298); BGH v. 21.12.1955 – 6 StR 113/55 (BGHSt 9, 142).

¹⁵⁹ Vgl. BGH v. 25.7.1960 – 3 StR 24/60 (*NJW* (1960), S. 1772).

¹⁶⁰ Heinemann/Posser, Kritische Bemerkung, in: *NJW* (1959), S. 123; Güde, Probleme, S. 22; Ruhrmann, Staatsgefährdung, S. 53.

¹⁶¹ Schiffrers, Verfassungsschutz, S. 317; Brünneck, Politische Justiz, S. 141.

¹⁶² BVerfGE 5, 85.

der Entscheidung lag, gleichwohl bestraft werden kann. Die entsprechende Strafbestimmung (§ 90a StGB aF) hatte ja bereits vorher gegolten, und das Parteienprivileg, das bisher vor Verfolgung geschützt hatte, war nunmehr gefallen, so dass sowohl die Bundesanwaltschaft als auch der BGH glaubten, früheres Handeln nachträglich sanktionieren zu können. Der Staatsschutzsenat hat einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot, das in Art 103 Abs. 2 GG normiert war, verneint,¹⁶³ da die Strafbarkeit grundsätzlich auch ohne die Entscheidung des BVerfG bestanden habe.¹⁶⁴ Insoweit vertrat der Senat eine formell-konstitutive Auffassung: § 90 a Abs. 3 StGB aF, der besagte, dass eine Tat erst verfolgt werden kann, nachdem das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, dass die Partei verfassungswidrig ist, stelle lediglich ein Strafverfolgungshindernis dar, ändere aber nichts an der (damaligen) Strafbarkeit.¹⁶⁵ Die ausführlichen Anmerkungen in diesem Urteil zum Grundsatz der wehrhaften Demokratie, der ein hartes Durchgreifen fordere,¹⁶⁶ lassen das Motiv der Richter durchscheinen, möglichst keine Strafbarkeitslücken zulassen zu wollen. Der Senat berief sich auf die Entstehungsgeschichte, die seine Auffassung stützte, und meinte zur Gegenansicht, wonach eine Partei bis zum Verbot als legal zu betrachten sei,¹⁶⁷ schlicht: „Sie ist falsch“. Dieser harsche belehrende Ton gibt zu denken, zumal sich die Auffassung nun ihrerseits als fehlerhaft erwies, denn der BGH-Senat wurde drei Jahre später vom Bundesverfassungsgericht eines Besseren belehrt.¹⁶⁸

Ebenfalls verfassungsrechtlich bedenklich war die erneute Verurteilung einer Person im Jahre 1960, gegen die bereits vor dem Parteiverbot ein Strafverfahren durchgeführt worden war, die aber zu diesem Zeitpunkt wegen des Parteiprivilegs beispielsweise nicht wegen § 129 StGB hatte belangt werden können. Ein zweites Verfahren sei zulässig und stelle keinen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung dar, wenn das erste Gericht bestimmte Strafen nicht habe verhängen können.¹⁶⁹ Mit dieser Floskel würde, wenn man sie verallgemeinert, im Ergebnis einem Staat die Möglichkeit an die Hand gegeben, die Voraussetzungen einer rückwirkenden Strafbarkeit selbst zu schaffen – ein mit Art. 103 Abs. 2 GG nur schwer zu vereinbarendes Ergebnis.

163 Bereits BGH v. 3.4.1957 – 3 StR 4/57.

164 Ebenfalls: BGH v. 30.1.1958 – 1 StE 10/57 (HuSt II, 225 = BGHSt 11, 233). Der BGH hatte bereits 1955 ein Tätigwerden für eine verbotene Partei bestraft, nachdem die nationalsozialistische Sozialistische Reichs Partei (SRP) 1952 durch das Bundesverfassungsgericht verboten worden war (BGH v. 7.1.1955 – 6 StR 280/54; BGHSt 7,104).

165 BGH, v. 30.1.1958 – 1 StE 10/57 (HuSt II, 232 ff.); dies entnahm das Gericht dem Begriff der „Strafverfolgung“.

166 BGH v. 30.1.1958 – 1 StE 10/57 (HuSt II, 225, 239 f.).

167 Heinemann/Posser, Kritische Bemerkung, in: *NJW* (1959), S. 121, 124; Jeschek, Die Rechtsprechung, in: *GA* (1959), S. 77. Die Konsequenzen der Entscheidung wurden im Justizministerium eingehend besprochen. Nachweis bei Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 339.

168 Dazu sogleich.

169 BGH v. 15.12.1960 – 3 StR 26/59 (BGHSt 15, 259). Es könne ein neues Verfahren erfolgen, allerdings sei die damals verhängte Geldstrafe zurück zu zahlen.

Im Übrigen konnte der Staatsschutzsenat nach dem KPD-Verbot formeller argumentieren, denn strafbar war die Weiterführung einer verbotenen Partei.¹⁷⁰ Da es für die Betroffenen naheliegend ist, ein solches Verbot zu umgehen, indem die politischen Aktivisten für neu gegründete Organisationen arbeiteten, hatte der Gesetzgeber bewusst auch die Arbeit für Ersatzorganisationen unter Strafe gestellt. Der Begriff der Ersatzorganisation war nun auszulegen.¹⁷¹ Der Leitsatz der BGH-Entscheidung von 1961 lautete:

Eine Ersatzorganisation ist ein Personenzusammenschluss, der an Stelle der aufgelösten Partei deren verfassungsfeindliche Nah-, Teil- oder Endziele ganz oder teilweise, kürzere oder längere Zeit, örtlich oder überörtlich, offen oder verhüllt weiterverfolgt oder weiterverfolgen will.¹⁷²

Letztlich liefen diese laxen Voraussetzungen für eine Strafbarkeit darauf hinaus, dass eine bewusste Förderung sich in verschiedensten Aktivitäten äußern konnte, eine leitende Aufgabe war nicht erforderlich,¹⁷³ der Straftatbestand war ein reines Unternehmensdelikt. Während der spätere Bundespräsident Gustav Heinemann und sein Anwaltskollege Posser argumentierten, dass in einem konkreten Fall ihr Mandant allenfalls Beihilfe geleistet hätte,¹⁷⁴ meinte der Senat, die Beihilfe für einen anderen sei ein „Fördern“ und das bedeute hier Täterschaft. Diese Rechtsprechung sollte offenbar möglichen Beweisschwierigkeiten, die in diesem Bereich naheliegen, entgegenwirken. Subjektiv reichte es aus, wenn der Angeklagte die Kenntnis vom Verbot und von der Fortsetzung derselben verfolgten Ziele hatte; ob eine Ersetzung der früheren Organisation gewollt war, spielte dagegen keine Rolle. Die Rechtsprechung dürfte damit die Ermittler bei der Bundesanwaltschaft zu Aktivitäten ermutigt haben, denn die Umgehung des KPD-Verbots wurde jedenfalls immer wieder Gegenstand von Entscheidungen.¹⁷⁵ Ende der 1950er Jahre schnellten die Ermittlungszahlen der Generalbundesanwaltschaft in die Höhe, von noch unter 200 im Jahr 1958 auf über 1000 Verfahren in den Jahren 1960–1962.¹⁷⁶ Dass dies auch auf die BGH-Rechtsprechung mit ihrem weiten Verständnis vom Anwendungsbereich der Strafvorschriften zurückgehen dürfte, ist plausibel.¹⁷⁷ So wurde etwa das Verteilen von Flugblättern für die Partei als strafbares

170 §§ 42, 46, 47 BVerfGG und § 90 a StGB.

171 BGH v. 15.12.1960 – 3 StR 37/60 (BGHSt 15, 257).

172 BGH v. 18.9.1961 3 – StR 25/61 (BGHSt 16, 264).

173 BGH v. 25.7.1960 – 3 StR 24/60 (*NJW* (1960), S. 1772); BGH v. 20.3.1963 – 3 StR 5/63 (BGHZ 18, 296, 298).

174 Revisionsbegründung v. 6.10.1959 in: BA, B 283/74272, Bl. 33 ff.

175 BGH v. 7.11.1956 (BGHSt 10, 16); BGH v. 4.10.1960 – 1 StE 3/60 (BGHSt 15, 167); BGH v. 15.12.1960 – 3 StR 37/60 (BGHSt 15, 257); BGH v. 18.9.1961 – 3 StR 25/61 (BGHSt 16, 264); BGH v. 30.10.1963 – 3 StR 42/64 (BGHSt 20, 87).

176 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, Abbildung 14 auf S. 299.

177 Insgesamt stieg die Zahl der Ermittlungsverfahren in der Bundesrepublik auf 10.222 im Jahr 1963 (so der Vermerk Lüttgers aus dem Bundesjustizministerium (BMJ 1270/1 IV, bei: Görtemaker/Safferling,

Handeln für eine Ersatzorganisation betrachtet, weil es den organisatorischen Zusammenhalt aufrechterhalten solle.¹⁷⁸

1960 stellte der Senat dann den Satz auf, dass auch die von der SED abhängigen Organisationen, soweit sie Westarbeit betrieben, eine Ersatzorganisation der KPD seien.¹⁷⁹ Es wird vermutet, dass diese Konstruktion auf Heinrich Jagusch zurückgeht, der den Vorsitz innehatte, und dass dieser mit dem Urteil einen Begriff der Gesamtorganisation eingeführt habe, um sämtliches Zusammenwirken zu kriminalisieren.¹⁸⁰ Das Ergebnis ging letztlich genau in diese Richtung. Auch wenn sich kommunistische Kandidaten für eine Wählerliste zusammentaten, konnte dies zur Strafbarkeit führen: Nachdem sieben Mitglieder einer unabhängigen Wählergemeinschaft vom Landgericht Frankfurt am Main vom Vorwurf der Strafbarkeit wegen Förderung einer verfassungsverräterischen Vereinigung (§ 90 a StGB aF) freigesprochen worden waren, hob der BGH diesen Freispruch auf, weil das Schwurgericht einen zu engen Begriff der Ersatzorganisation verwendet habe.¹⁸¹

Meistens wurden Ende der 1950er/Anfang der 1960er Jahre Personen verurteilt, weil sie als Mitglieder von SED-gesteuerten Organisationen auf dem Gebiet der Bundesrepublik tätig waren, denn solche Aktivitäten wurden fast immer als strafbar angesehen.¹⁸² Diesen strafbaren Bereich fasste der BGH mit dem Begriff der „Westarbeit“¹⁸³ beziehungsweise „Wühlarbeit“¹⁸⁴ zusammen. Viele durch Tarnorganisationen ausgeübte Handlungen¹⁸⁵ subsumierte das Gericht unter § 90 a StGB aF: Die Kontaktaufnahme mit bundesdeutschen Lehrern, um herauszufinden, ob sie zu einem Besuch der DDR bereit sein könnten,¹⁸⁶ fiel genauso unter den Tatbestand wie die Organisation gemeinsamer Veranstaltungen durch den „Deutschen Turn- und Sportbund“ der DDR,¹⁸⁷ denn auch die Veranstaltung gemeinsamer Wettkämpfe könnte „kommunistische Wühlarbeit“ sein. Die Versuche kommunaler (DDR-)Stellen zum Austausch von

Die Akte Rosenberg, S. 387, Fn. 179)). Auch Schroeder sieht für den Anstieg der Zahlen eine Ursächlichkeit der BGH-Rechtsprechung, s. Schroeder, *Der Schutz*, S. 216 mit Verweis auf S. 202 ff.

178 BGH v. 23.10.1957 – 3 StR 37/57 (*NJW* (1957), S. 1846); BGH v. 19.3.1958 – 3 StR 8/58 (*MDR* (1958), S. 441).

179 BGH v. 4.10.1960 – 1 StE 3/60 (BGHSt 15, 167, 173).

180 Görtemaker/Safferling, *Die Akte Rosenberg*, S. 384 f.; Schroeder, *Der Schutz*, S. 205.

181 BGH v. 18.9.1961 – 3 StR 25/61 (BGHSt 16, 264 = *NJW* (1961), S. 221). Und die Einziehung von Grundstücken einer Schweizer Gesellschaft, die im Eigentum von Personen standen, die der KPD nahestanden, wurde ebenfalls damit gerechtfertigt, dass die Gesellschaft während des laufenden Verbotsverfahrens gegründet worden war, um das erwartete Verbot der KPD zu umgehen (BGH v. 22.10.1959 – 1 StE 2/58).

182 BGH v. 11.12.1958 – 3 StR 35/58 (*NJW* (1959), S. 156).

183 BGH v. 4.10.1958 – 2 StE 4/58 (HuSt II 326, 341).

184 BGH v. 4.10.1958 (vorige Fn., 326, 333); BGH v. 14.3.1961 – 1 StE 5/60 (BGHSt 16, 15); BGH v. 9.10.1964 – 3 StR 34/64 (BGHSt 20, 45, 57).

185 BGH v. 4.10.1960 – 3 StE 3/60 (BGHSt 15, 167).

186 BGH v. 23.9.1960 – 3 StE 28/60 (BGHSt 15, 155).

187 BGH v. 14.3.1961 – 1 StE 5/60 (BGHSt 16, 15).

Delegationen mit ausgesuchten Partnergemeinden im Westen¹⁸⁸ nannte der Senat „Infiltrations- und Aufweichtaktik“. Das Verteilen von Flugblättern wurde 1957 für ausreichend angesehen,¹⁸⁹ auch das Plakatieren an allgemein zugänglichen Stellen wurde entsprechend gewertet,¹⁹⁰ ebenso die Herstellung von Druckschriften.¹⁹¹ Als ein Schwurgericht einen Angeklagten mangels verfassungsfeindlicher Absicht freigesprochen hatte, stellte der Senat noch einmal klar, dass es darauf bei § 90 a StGB aF nicht ankomme:¹⁹² Der Angeklagte müsse lediglich an Untergrabungsaktionen teilnehmen, ohne die staatsfeindlichen Ziele der SED zu teilen.

2.5.3 Das Bundesverfassungsgericht greift ein

Eine entscheidende Änderung der Rechtsprechung wurde notwendig, nachdem das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1961 die Norm des § 90 a StGB aF teilweise für verfassungswidrig erklärt hatte.¹⁹³ Das Ergebnis war, dass Funktionäre einer politischen Partei, solange diese nicht verboten war, weder nach dem bisherigen § 90 a StGB aF¹⁹⁴ noch nach § 93 StGB aF¹⁹⁵ oder § 97 StGB aF¹⁹⁶ bestraft werden konnten. Das Bundesverfassungsgericht begründete dies vor allem mit dem Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG, was vorher vom BGH, wie oben bereits gesagt, anders gesehen worden war. Der Gesetzgeber reagierte schließlich im Jahr 1964 mit einer gewissen Liberalisierung des Staatsschutzstrafrechts auf die Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung.¹⁹⁷

Wie wirkte diese Entwicklung nun auf den BGH? Bei dem Thema der Ersatzorganisationen blieb es bei einer grundsätzlich harten Linie, wenn auch mit leichten Einschränkungen. Schon in den beiden Oktoberentscheidungen aus dem Jahre 1964 setzte der Senat seine bestehende Rechtsprechung fort: Ein lockerer Zusammenschluss genü-

188 BGH v. 29.3.1961 – 3 StR 6/61 (BGHSt 16, 26).

189 BGH v. 23.10.1957 – 3 StR 37/57 (NJW (1957), S. 1846, 1847).

190 BGH v. 16.7.1959 – 2 StE 2/59; BGH v. 8.5.1964 – 3 StR 9/64 (BGHSt 19, 308): Plakatieren als Verbreiten. Allerdings reichten solche Handlungen nicht, um ein „Aufrechterhalten des Zusammenhangs der Organisation“ anzunehmen (BGH v. 12.10.1965 – 3 StR 20/65 (BGHSt 20, 287, 289 ff.)).

191 BGH v. 21.11.1963 – 2 StE 3/63. Weitere Beispiele: Der Besuch eines Jahreslehrgangs einer Schulung in der DDR fiel ebenfalls darunter (BGH v. 16.2.1965 – 3 StR 50/64 (BGHSt 20, 164)). Die Schulung eines Bundesbürgers in der DDR konnte bereits zur Strafbarkeit führen (BGH v. 9.10.1964 (BGHSt 20, 45, 164)).

192 BGH v. 23.9.1960 – 3 StR 28/60 (BGHSt 15, 155).

193 BVerfG v. 21.3.1961 – 2 BvR 27/60 (BVerfGE 12, 296).

194 BGH v. 30.10.1964 – 3 StR 42/64 (BGHSt 20, 87); allerdings kam eine Strafbarkeit nach § 129 StGB aF in Betracht.

195 BGH v. 8.5.1964 – 3 StR 9/64 (BGHSt 19, 311 = NJW (1964), S. 1484), in Übereinstimmung mit BGH v. 13.10.1954 – 6 StR 222/54 (BGHSt 6, 318), wo dies schon vor dem Verbot ausgesprochen worden war.

196 BGH v. 27.11.1964 – 3 StR 53/64 (BGHSt 20, 115).

197 Vereinsgesetz v. 5.8.1964 (BGBl I, 593). §§ 47, 42 BVerfGG wurden abgeschafft, an ihre Stelle trat der neue § 90 a StGB.

ge,¹⁹⁸ eine Vereinigung im engeren Sinne müsse nicht gegeben sein, die einzelnen „Mitglieder“ bräuchten sich untereinander nicht einmal zu kennen, wenn sie von außen gesteuert wurden.¹⁹⁹ Eine Unterstützung liege bereits vor, wenn die Hilfe des Täters für die Organisation „irgendwie vorteilhaft ist“.²⁰⁰ Selbst Einzelkandidaten für eine Wahl wurden darunter subsumiert,²⁰¹ weil diese, so der BGH bereits im Jahr 1963, als überzeugte Kommunisten im Wahlkampf und mit ihren politischen Reden generell die Ziele der – verbotenen – Partei förderten.²⁰² Überspitzt wurde von Kritikern formuliert: Letztlich war fast alles strafbar, was der SED nützt.²⁰³ Im Ergebnis spannte der Senat – unter Billigung des Gesetzgebers – in diesem Bereich weiterhin ein weites Verfolgungsnetz.

Und doch ist ab Mitte der 1960er Jahre ein Umdenken im Staatsschutzsenat zu beobachten, das vielleicht durch die BVerfG-Entscheidung oder die Gesetzesänderung des Jahres 1964 ausgelöst sein könnte. So hat sich jedenfalls in den folgenden Jahren eine gewisse Liberalisierung in der Rechtsprechung des Staatsschutzsenats vollzogen. Zum einen musste der Senat den umgestalteten § 90 a StGB neu auslegen und hat insoweit betont, dass dies im Lichte des § 18 VereinsG zu geschehen habe.²⁰⁴ Der Senat distanzierte sich nunmehr von seinen, oben erwähnten²⁰⁵ Formulierungen zur Gesamtorganisation,²⁰⁶ der Tatbestand sei auf das Gebiet der Bundesrepublik beschränkt und daher auf die SED selbst nicht anzuwenden. Entscheidend sei allerdings nicht, wo die Tathandlung erfolge, sondern wo konkret der Erfolg eintrete oder eintreten solle.²⁰⁷ In dieser und anderen Entscheidungen gab es noch eine weitere Liberalisierung: So wurde der Begriff des Rädelsführers enger gefasst:²⁰⁸ Rädelsführer, so der Senat, sei nur, wer einen deutlichen Einfluss auf die Führung habe,²⁰⁹ so dass bloße Mitläufer nicht von der Norm erfasst seien.²¹⁰ Auch im Verfahren gegen drei iranische Studierende deutet sich eine differenzierende Tendenz an: Grundsätzlich konnten auch Mitglieder

198 BGH v. 9.10.1964 – 3 StR 34/64 (BGHSt 20, 45, 58).

199 BGH v. 9.10.1964 – 3 StR 34/64 (BGHSt 20, 45, 53).

200 BGH v. 30.10.1964 – 3 StR 45/64 (BGHSt 20, 89).

201 BGH v. 19.8.1964 – 3 StR 17/64 (*NJW* (1964), S. 2312): Aufhebung eines Freispruchs und Zurückweisung, weil allein die – formale – Distanzierung von der KPD nicht genüge.

202 BGH v. 20.3.1963 – 3 StR 5/63 (BGHSt 18, 296, 299); ähnlich: BGH v. 9.10.1964 – 3 StR 34/64 (BGHSt 20, 45, 58). S. a. Willms, Geheimbündelei, in: *NJW* (1965), S. 2178.

203 BGH v. 30.10.1964 – 3 StR 45/64 (BGHSt 20, 89).

204 BGH v. 9.10.1964 – 3 StR 34/64 (BGHSt 20, 45) und BGH v. 30.10.1964 – 3 StR 42/64 (BGHSt 20, 87).

205 BGH v. 4.10.1960 – 1 StE 3/60 (BGHSt 15, 167).

206 BGH v. 9.10.1964 – 3 StR 34/64 (BGHSt 20, 45).

207 BGH v. 9.10.1964 – 3 StR 34/64 (BGHSt 20, 45). Von welchem Ort die Organisation gesteuert werde, sei unerheblich.

208 BGH v. 9.10.1964 – 3 StR 32/64 (BGHSt 20, 74, 76).

209 BGH v. 1.12.1964 – 3 StR 37/64 (BGHSt 20, 121). Eingeschränkt wurde insoweit die sehr weite Auslegung aus der Zeit zuvor.

210 Allerdings sollte es für die Beurteilung nicht auf die Befugnisse der beschuldigten Person, sondern auf deren konkreten Einfluss ankommen.

ausländischer kommunistischer Parteien bestraft werden, wenn ihre Partei in der BRD auf die Beseitigung oder zumindest Untergrabung der verfassungsmäßigen Ordnung zielte.²¹¹ In der konkreten Anklage gegen drei iranische Studierende, Mitglieder der kommunistischen Tudeh-Partei, nahm der Senat allerdings eine Eingrenzung vor: Allein die Tatsache, dass die Partei der kommunistischen Weltbewegung angehöre, sollte für eine Strafbarkeit der Mitglieder nicht genügen,²¹² es müsse vielmehr dazu kommen, dass die Partei zielgerichtet gerade gegen die bundesdeutsche verfassungsrechtliche Grundordnung agiere. Das Landgericht habe zu prüfen, ob die Iraner sich wegen Tätigkeit für eine Ersatzorganisation der KPD strafbar gemacht hätten; denn dies sei denkbar, wenn bei einer im Heimatland verbotenen Partei²¹³ die deutsche „Bruderpartei“ (gemeint war die deutsche KPD) in den Köpfen der Täter an deren Stelle trete.²¹⁴

Auch die Bundesanwaltschaft bekam nunmehr häufiger Gegenwind aus dem BGH zu spüren: Ihr Antrag, das Vermögen eines Angeklagten zu beschlagnahmen,²¹⁵ wurde vom Staatsschutzsenat abgelehnt, da der Zweck des Gesetzes nicht darin bestehe, staatliche Kostenansprüche zu sichern, sondern lediglich darin, zu verhindern, dass das Vermögen für weitere Straftaten verwendet wird; da dies im vorliegenden Fall nicht gegeben sei, könne eine Beschlagnahme nicht erfolgen.²¹⁶

Ein weiteres Beispiel für den Wandel der Sichtweise des Senats ist die unterschiedliche Auslegung ein- und derselben Vorschrift zu verschiedenen Zeiten: Bei dem Tatbestand der landesverräterischen Beziehungen (§ 100e StGB aF) hat der Senat in den 1950er Jahren noch den durch die Entstehungsgeschichte gezogenen Rahmen, so der renommierte Heidelberger Strafrechtler Lackner, „gesprengt“ und „die Grenzen vertretbarer Auslegung überschritten“.²¹⁷ Lackner bezieht seine Kritik darauf, dass auch eine Person, die nur scheinbar auf das Angebot eines Nachrichtendienstes einging, strafbar war, dass also bloße Scheinbeziehungen als tatbestandsmäßig angesehen wurden.²¹⁸ Sogar der untätig auf einen Auftrag Wartende erfülle danach bereits den Straftatbestand. Auch ein ehemaliger Oberlandesgerichtspräsident aus Stuttgart, mit Namen Richard Schmidt, hatte sich in der Wochenzeitung *DIE ZEIT*²¹⁹ im Dezem-

211 BGH v. 25.7.1963 – 3 StR 64/62 (BGHSt 19, 51).

212 BGH v. 25.7.1963 – 3 StR 64/62 (BGHSt 19, 51, 52).

213 Das war hier für die iranische Partei unter dem Schah-Regime der Fall.

214 BGH v. 25.7.1963 – 3 StR 64/62 (BGHZ 19, 51 = *NJW* (1963), S. 2132).

215 BGH v. 22.1.1963 – 6 Bjs 603/61, 3 StB 26/62 (BGHSt 19, 1).

216 BGH v. 22.1.1963 – 6 Bjs 603/61, 3 StB 26/62 (BGHSt 19, 1).

217 Lackner, Landesverräterische Agententätigkeit, in: *ZStW* 78 (1966), S. 695, 700 f.; s. a. Ruhrmann, Verfassungsfeindliche, in: *NJW* (1959), S. 1201, 1206.

218 BGH v. 11.5.1954 – StE 125/52 (BGHSt 6, 346); ähnlich: BGH v. 28.11.1960 – 3 Ars 92/60 (BGHSt 15, 230). Ruhrmann meint, der Senat habe die Norm zu einem „Superschutzsystem“ entwickelt, s. Ruhrmann, Die Behandlung, in: *ZStW* (1960), S. 155; so auch Schroeder, Der Schutz, S. 209. Senatsmitglied Weber verteidigte hingegen die Norm, weil mit ihr „eine besonders üble Methode der außenpolitischen Brunnenvergiftung getroffen“ werde (*DRiZ* (1960), S. 357).

219 Ausgabe vom 29.12.1961.

ber 1961 sehr kritisch zum Staatsschutz-Strafrecht geäußert und dabei auch die Rechtsprechung des BGH-Staatsschutzsenat zu § 100e StGB aF angegriffen. In einer Stellungnahme der Pressestelle nahm der Bundesgerichtshof dazu Stellung und wies durchaus zutreffend auf Ungenauigkeiten in dem Beitrag hin,²²⁰ was aber die Grundsatzkritik, etwa von Lackner nicht entkräften konnte. Der Staatsschutzsenat hatte seine Linie im Anschluss an das Reichsgericht damit gerechtfertigt, dass die Vorschrift einen Gefährdungstatbestand bilde, so dass eine Rechtsgutverletzung noch nicht eingetreten sein müsse.²²¹ Im Jahr 1963 schränkte der Senat den Bereich der nach dieser Norm strafbaren Handlungen dann aber deutlich ein, indem er konkret die Anwendung der Vorschrift auf einen Mediziner aus der DDR ablehnte, der im Auftrag des Ministerium für Staatssicherheit der DDR über medizinische Forschungsergebnisse in der Bundesrepublik berichten sollte.²²² Der Vorsatz müsse sich auf die Mitteilung von Staatsgeheimnissen beziehen, was hier nicht gegeben sei, so die unter dem Vorsitz von Eberhard Rotberg ergangene Entscheidung.

Die Ursache für den Richtungswechsel des Staatsschutzsenates – weg von einem extremen Verfolgungseifer hin zu einer gemäßigten Anwendung des Rechts – dürfte auch, vielleicht sogar in erster Linie, mit dem Wechsel des Senatsvorsitzes von Heinrich Jagusch auf Eberhard Rotberg zusammenhängen. Während Jagusch noch bis zu seiner Abberufung auch gegenüber dem Justizministerium, in das er zu einer Besprechung eingeladen worden war, auf seiner harten Linie beharrte, bewahrte Rotberg, der sich nie um die Staatsschutzsachen gerissen hat, immer seine Souveränität gegenüber den Regierungsbehörden beziehungsweise der Bundesanwaltschaft. Er war insofern ein ganz anderer Mensch als seine Vorgänger Geier, Kanter und Jagusch.²²³ Darüber hinaus waren aber wohl auch die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung von 1959, die Signale aus der Politik, die in Richtung einer Liberalisierung ausgesendet wurden, und das Entstehen einer kritischen Öffentlichkeit für den Kurswechsel mitverantwortlich. Im Ergebnis ging die praktische Bedeutung des Staatsschutzstrafrechts Anfang der 1960er Jahre vor allem bei den Organisationsdelikten stark zurück,²²⁴ das ganze Rechtsgebiet wurde „nüchterner betrachtet“, wie es der Ministerialbeamte Lüttger ausdrückte.²²⁵

Die aufgezeigte liberale Tendenz lässt sich auch bei den als Nächstes zu behandelnden Themen, der Strafbarkeit verfassungsfeindlicher Schriften (§ 93 StGB aF) und dem Geheimnisverrat (§ 99 StGB aF) beobachten.

220 Verlautbarung der Pressestelle des Bundesgerichtshofs vom 4.1.1962.

221 RGSt 50, 424.

222 BGH v. 28.3.1963 – 9 StE 1/63 (BGHSt 1, 336).

223 Zu Rotberg s. Band 1, Kap. 4.4.

224 Brünneck, Politische Justiz, S. 276; Lüttger, in: *MDR* (1967), S. 350.

225 Lüttger, in: *MDR* (1967), S. 351.

2.6 Die politischen Druckschriften

Die Verfahren gegen die Verfasser oder Verleger von Druckerzeugnissen sollten zunächst die Propaganda für bestimmte politische Parteien und dabei vor allem die Werbung für die KPD oder ihre Ziele treffen.²²⁶ Jedenfalls bildeten Druckerzeugnisse aus der DDR den Hauptanwendungsbereich der Vorschriften, und anfangs hatte der Senat auch in diesem Bereich einen harten Kurs gefahren.²²⁷ Strafbar machte sich nicht nur der Urheber, sondern auch ein Reisender, der entsprechende Publikationen aus der DDR mitbrachte, ja auch die Bezieher von entsprechenden Zeitschriften waren strafbar, wenn sie den Inhalt billigten.²²⁸ Zwar betonte der Senat den Grundsatz der freien Meinungsäußerung, der auch für abweichende Meinungen gelte, selbst wenn diese eine Verfassungsänderung anstrebten. Doch wenn sich eine solche Meinung in die Propaganda der kommunistischen Politik des Ostblocks einordnen ließ, war entsprechend der Doktrin des BGH schnell die Grenze zur Strafbarkeit erreicht. Für Schriften reichte es aber auch, dass diese darauf gerichtet seien, das Vertrauen der Bevölkerung auf die Verlässlichkeit der obwaltenden Zustände zu erschüttern.²²⁹

Allerdings gab es auch Senatsentscheidungen, die Einschränkungen hinsichtlich der Strafbarkeit in diesem Bereich machten: Bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1955 stellte das Gericht heraus, dass allein eine verfassungsfeindliche Haltung der Verfasser einer Schrift noch nicht genüge, sondern die verfassungsfeindlichen Bestrebungen in der Schrift selbst verkörpert sein mussten.²³⁰ In diesem Punkt kam es zu Missverständnissen, weil andere Entscheidungen den Eindruck vermittelt hatten, dass es für die Strafbarkeit ausreiche, wenn sich durch eine Auslegung der Schrift ihre Verfassungswidrigkeit ergäbe.²³¹ Senatsmitglied Willms sah sich daher veranlasst, deutlich darauf hinzuweisen, dass die enge und damit liberalere Auffassung die maßgebliche sei.²³² 1958 wurde insoweit klargestellt, dass Schriften, die nur Unruhe stiften und

226 BGH v. 21.11.63 – 2 StE 3/63; BGH v. 16.7.59 – 2 StE 2/59.

227 SED-Propagandamaterial sollte auch gem. § 86 Abs. 2 StGB eingezogen werden können, wenn es einem volkseigenen Betrieb gehörte (BGH v. 13.5.1960 – 3 StR (BGHSt 14, 299). Die Vermögensbeschlagnahme (gem. § 433 StPO) diene präventiven Zwecken (BGH v. 22.1.1963 – 3 StR (BGHSt 19, 1)).

228 BGH v. 19.3.1958 – 3 StR 8/58 (*MDR* (1958), S. 441).

229 BGH v. 19.8.1964 – 3 StR 17/64 (*NJW* (1964), S. 2312, 2314).

230 BGH v. 23.11.1955 – 6 StR 26/55 (BGHSt 8, 245 = *NJW* (1956), S. 230); BGH v. 11.12.1958 – 3 StR 35/58 (BGHSt 12, 174).

231 BGH v. 19.3.1958 – 3 StR 8/58; BGH v. 13.5.1960 – 3 StR 14/60 (BGHSt 14, 293 = *NJW* (1960), S. 1307). Missverständlich ist aber auch eine nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckte Passage der Entscheidung v. 23.11.1955: „auch solche Gedanken zu berücksichtigen, die dem einsichtigen Leser erkennbar sind, selbst wenn sie nur zwischen den Zeilen stehen.“ Willms, der selbst für eine enge Auslegung eintrat, meinte, hiermit seien allgemein bekannte Tatsachen gemeint (Willms, *Verfassungsfeindliche*, in: *JZ* (1958), S. 603), was aber auch nicht ganz unproblematisch ist.

232 Willms, *Verfassungsfeindliche*, in: *JZ* (1958), S. 601; ders., *Geheimbündelei*, in: *NJW* (1965), S. 2178. In beiden Beiträgen tritt er außerdem für eine Entkriminalisierung ein.

Misstrauen säen sollten, (noch) nicht strafbar seien.²³³ In der Ära Rotberg wurde dann weiter differenziert: Die Herausgabe einer Schrift, die lediglich fremdes (verfassungsfeindliches) Gedankengut wiedergibt, war nicht automatisch strafbar, es sei denn, der Herausgeber machte sich die in dem Werk enthaltenen Gedanken zu eigen.²³⁴ An diesem Punkt kommt wieder das damalige Bestreben des Senats zum Ausdruck, zwischen der allgemeinen kommunistischen Agitation und der speziell gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten zu unterscheiden. Der Abdruck internationaler kommunistischer Programme der Sowjetunion sowie der Reden auf dem sowjetischen Parteitag der KPdSU seien nicht strafbar, weil letztere eher allgemeine Propaganda darstelle und nicht unmittelbar ein auf die Bundesrepublik bezogenes verfassungsfeindliches Ziel habe.²³⁵ Die Herausgabe der Reden „ostzonaler Politiker“ sei dagegen regelmäßig nach § 93 StGB aF strafbar, weil die DDR-Politiker immer auch das konkrete (Umsturz-) Ziel in der Bundesrepublik im Auge hätten.²³⁶

Eine weitere Einschränkung bestand schon früh darin, dass der BGH bei Schriften,²³⁷ anders als bei den Organisationsdelikten, das Parteienprivileg (entsprechend § 90 a Abs. 3 StGB aF) berücksichtigte, womit die Parteipresse und Parteipropaganda vor einer Strafbarkeit geschützt war, zumindest bis zum Verbot der KPD im Jahre 1956. Schließlich legte der BGH im Jahr 1964 fest, dass das Verbreiten einer Schrift nur dann strafbar sei, wenn dadurch eine Verfassungsgefährdung hervorgerufen werde, denn die Vorschrift sei im Hinblick auf Art. 21 Abs.1 GG einschränkend auszulegen.²³⁸

2.7 Ein verräterischer Spiegel?

Dass die Strafverfahren gegen Verfasser und Herausgeber von redaktionellen Presseartikeln auflagenstarker westdeutscher Presseerzeugnisse die Gemüter damals stark erregten, überrascht rückschauend nicht. Ein wesentlicher juristischer Streitpunkt war in diesem Kontext der Tatbestand des Geheimnisverrats (§ 99 StGB aF) bei einem sogenannten „offenen Geheimnis“: Sollte die Zusammenstellung öffentlich zugänglicher Tatsachen zu einem Dossier strafbar sein? Schon in den ersten Jahren seiner Tätigkeit hatte der Staatsschutzsenat geurteilt, dass die systematische Darstellung von bereits bekannten Tatsachen etwas Neues sein könne mit der Folge, dass es dann als

²³³ BGH v. 11.12.1958 – 3 StR 35/58 (BGHSt 12, 174).

²³⁴ BGH v. 28.2.1964 – 3 StR 40/63 (BGHSt 19, 245).

²³⁵ BGH v. 28.2.1964 – 3 StR 40/63 (BGHSt 19, 245, 251 = *NJW* (1964), S. 1144): es ging vornehmlich um zwei Reden Chruschtschows.

²³⁶ BGH v. 28.2.1964 – 3 StR 40/63 (BGHSt 19, 245).

²³⁷ Konkret bei der Strafbarkeit gem. § 93 StGB aF.

²³⁸ BGH v. 14.1.1964 – 3 StR 51/63 (BGHSt 19, 221, 225). Diese Gefährdung sei ausgeschlossen, wenn der Besitzer der Schrift diese widerlegen wolle. Gleichwohl sei derjenige strafbar, der den Lesern die Möglichkeit bieten wolle, sich selbst ein Bild zu machen. Andererseits wurde die Auffassung bekräftigt, dass es für die Strafbarkeit nicht notwendig ist, dass der Täter die Ziele der Schrift billigt (S. 221 f.).

Geheimnis den Schutz des § 99 StGB aF genieße. Diese als Mosaiktheorie bezeichnete Auslegung,²³⁹ die an die Rechtsprechung des Reichsgerichts anknüpfte, hatte der BGH im Jahr 1954 erstmals konkret formuliert²⁴⁰ und sie dann in ständiger Rechtsprechung weiter vertreten. Angewandt wurde sie in der zweiten Hälfte der 1950er Jahre beispielsweise bei der Beobachtung eines weitgehend öffentlich stattfindenden Truppenmanövers,²⁴¹ bei der Zusammenstellung von Daten zur Luftfahrttechnik und zum Rüstungspotential,²⁴² ebenso bei Informationen zu einem größeren Straßenabschnitt, die für militärische Zwecke interessant sein können,²⁴³ und bei Daten zu Straßen, Brücken sowie Industrieanlagen in Karlsruhe.²⁴⁴

In die breitere Öffentlichkeit geriet das Thema sodann durch die beiden sehr medienwirksamen Verfahren gegen zwei Zeitschriften – die *Quick*- und die noch bekanntere *Spiegel-Affäre*. In einem Artikel der Zeitschrift *Quick* war im Jahr 1962 über den geplanten Bau eines Regierungsbunkers in der Eifel berichtet worden,²⁴⁵ nachdem es dazu bereits zuvor vereinzelte Informationen und Gerüchte gegeben hatte.²⁴⁶ Das eingeleitete Ermittlungsverfahren endete mit der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens durch den BGH,²⁴⁷ weil der Senat das Vorliegen eines Staatsgeheimnisses verneinte und Zweifel am Vorsatz der Journalisten hatte.

Mit dem gleichen Ergebnis, aber einer leicht anderen Begründung wurde auch in der *Spiegel-Affäre*,²⁴⁸ die Anfang der 1960er Jahre politisch hohe Wellen schlug und den damaligen Verteidigungsminister Franz Josef Strauß sein Amt kostete,²⁴⁹ das Hauptverfahren abgelehnt. Es ging um zwei Berichte in der Wochenzeitung *Der Spiegel*, die Ende 1962 über das NATO-Herbstmanöver und die Ausstattung des Bundeswehr-Kontingents der NATO informierten, aufgrund derer unter anderem gegen den Herausgeber des Blattes Rudolf Augstein und den Redakteur der beiden Artikel Con-

239 Vgl. Lackner, Landesverräterische Agententätigkeit, in: *ZStW* 78 (1966), S. 723, der gegen diese Theorie auf Art. 5 Abs. 2 GG, die Pressefreiheit, verweist (ebenso BVerfG, in: *NJW* (1966), S. 1603, 1606). Das Senatsmitglied Heinrich Jagusch verteidigte die Theorie (Jagusch, Pressefreiheit, in: *NJW* (1963), S. 177), ebenso sein – späterer – Kollege Woesner (*DRiZ* (1963), S. 14).

240 BGH v. 12.1.1954 – U StE 1/53.

241 BGH v. 5.6.1956 – U 2 StE 6/56.

242 BGH v. 22.7.1960 – U 7 StE 3/60 (BGHSt 15, 17).

243 BGH v. 27.1.1955 – U StE 22/54 (BGHSt 7, 234).

244 BGH v. 19.6.1957 – 2 StE 14/57 (HuSt II, 151).

245 *Quick*, 24.1.1962.

246 Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 186 f.

247 BGH v. 12.11.1963 – 7 StE 3/63.

248 Zu dieser Affäre und ihrer Vorgeschichte, d. h. der Rolle der Geheimdienste und den Ermittlungen bei der Bundesanwaltschaft und im Ministerium ausführlich: Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Kieg, S. 389 ff.

249 Der damalige Bundeskanzler Konrad Adenauer hatte von einem „Abgrund“ von Landesverrat gesprochen.

rad Ahlers²⁵⁰ Ermittlungen und Verhaftungen durchgeführt wurden.²⁵¹ Der Ermittlungsrichter des BGH hatte zwar am 23. Oktober 1962 die Haftbefehle erlassen, zu einem Hauptverfahren kam es allerdings nicht, da der Staatsschutzsenat das Verfahren durch Beschluss im Mai 1965 eingestellt hat.²⁵² Das Gericht verneinte hierbei den Vorsatz der Angeklagten, weil bei Journalisten höhere Anforderungen an die verfassungsfeindliche Absicht zu stellen seien als bei Agenten. Es betonte die besondere Bedeutung des grundgesetzlichen Schutzes der Pressefreiheit: Selbst wenn einzelne, in den Zeitungsartikeln genannte Tatsachen geheimhaltungsbedürftig gewesen seien, fehle doch die nötige Schwere des Verrates, so dass die Pressefreiheit im vorliegenden Fall überwiege. Das Verfahren wegen Landesverrats gegen Oberst Alfred Martin, der dem *Spiegel* die Informationen beschafft hatte und sich nicht auf die Pressefreiheit berufen konnte, wurde zwar zunächst von der Bundesanwaltschaft weiter betrieben, dann aber im Jahr 1966 nach einer Besprechung der Bundesregierung in Übereinstimmung mit dem Bundesanwalt zur „Vermeidung einer Beeinträchtigung der Sicherheit der Bundesrepublik“ ebenfalls eingestellt.²⁵³ Spätestens zu diesem Zeitpunkt, wenn nicht schon nach dem Einstellungsbeschluss von Mai 1965, war das Verhältnis zwischen der Bundesanwaltschaft und dem Staatsschutzsenat gestört. Der Bundesanwalt warf den Richtern vor, die Staatssicherheit zu gefährden. Rotberg antwortete, dass die Anklageschrift in Sachen Martin, den rechtlichen Erfordernissen nicht genüge.²⁵⁴ Die beteiligten Richter (Vorsitzender war Eberhard Rotberg, Beisitzer Hermann Hengstberger, Kurt Weber, Reinhold Weber und Heinz Wiefels) sind für ihre Haltung in der *Spiegel-Affäre* von der Presse gelobt worden;²⁵⁵ ob die Politik mit ihnen einverstanden war, ist nicht so sicher. Kurt Weber beschwerte sich jedenfalls, dass er wegen seiner Mitwirkung an dieser Entscheidung nicht habe Senatspräsident werden dürfen.²⁵⁶

Der Staatsschutzsenat bewies in diesen Verfahren mit seinem Beschluss, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen, seine Unabhängigkeit gegenüber der Regierung, was man so in den fünfziger Jahren noch nicht hatte beobachten können. Dieses Verfahren ist wohl auch eine Zäsur für diesen Straftatkomplex gewesen, weil sich die Ein-

250 Conrad Ahlers hatte die Artikel „Stärker als 1939?“ (*Der Spiegel*, 13.6.1962) und „Bedingt abwehrbereit“ (*Der Spiegel*, 10.10.1962) verfasst. Ein dritter Verhafteter, Oberst Alfred Martin, hatte ihm wohl entsprechende Informationen geliefert.

251 Die Beschwerden gegen die Haftbefehle und den Durchsuchungsbeschluss wurden zurückgewiesen (BGH v. 22.11.1962; BGH v. 7.12.1962; BGH v. 31.10.63 – 3 StB 12/63; BGH v. 14.10.64 – 6 Bjs 469/62, 3 StB 12/63). Sie sind nicht veröffentlicht, s. Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 191.

252 BGH v. 13.5.1965 – 6 StE 4/64 (*NJW* (1965), S. 1187); auch abgedruckt, in: *Der Spiegel* 22, 1965.

253 BGH v. 25.10.1966 – 6 StE 4/64 (Kießling/ Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 408, 414 f. mit Nachweis der Akte im Archiv der Bundesanwaltschaft in Fn. 417).

254 Vorsitzender des 3. Strafsenates an die Generalbundesanwaltschaft am 15.7.1965, Vermerk Martin v. 7.10.1966, jeweils in den Akten der Generalbundesanwaltschaft, zitiert nach Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 411 f.

255 Zum Beispiel – wenig verwunderlich, „Die deutsche Sache“, in: *Der Spiegel*, 24.1.1966.

256 Ziegler, Krach in Karlsruhe, in: *DIE ZEIT*, 21.1.1966; Mauz, Die Dinge sind zu einem Punkt gediehen, in: *Der Spiegel*, 23.1.1966.

sicht durchsetzte, dass beim „publizistischen Landesverrat“ auch die grundrechtlich verbrieft Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 2 GG stärker zu berücksichtigen ist.²⁵⁷ Die Gerichte wurden verpflichtet, dieses Grundrecht mit den Interessen des Staates abzuwägen, womit auch das politische Signal gesetzt wurde, dass der Staat nicht alles darf, was er glaubt für die eigene Sicherheit tun zu müssen. Schließlich haben diese beiden Verfahren (*Quick* und *Spiegel*) auch in der Bevölkerung Spuren hinterlassen, die letztlich entscheidend zu einer Liberalisierung des Staatsschutzstrafrechts Ende der 1960er Jahre auf gesetzlicher Ebene beigetragen haben dürften. Die Einstellung der Verfahren gegen die *Spiegel*-Journalisten durch den BGH haben diesen Weg gewiesen.

2.8 Ein *whistleblower* und das illegale Staatsgeheimnis

Ein weiteres viel diskutiertes Thema²⁵⁸ war die Kundbarmachung rechtswidrigen Handelns einer deutschen Behörde durch einen ihrer Angestellten (das sogenannte „illegale Staatsgeheimnis“). Für Diskussionsstoff sorgte die Anklage gegen einen Mitarbeiter des Bundesamtes für Verfassungsschutz,²⁵⁹ der im Nachhinein als Edward Snowden der 1960er Jahre bezeichnet worden ist.²⁶⁰ Dieser Mann namens Werner Pätisch glaubte, verschiedene Missstände in seiner Behörde festgestellt zu haben, vor allem die Post- und Fernsprechüberwachung des Verfassungsschutzes gegenüber Deutschen und Ausländern, ein Thema, das schon vorher seit 1963 als Abhöraffäre hohe Wellen geschlagen hatte.²⁶¹ Außerdem berichtete Pätisch über die Beschäftigung von NS-Belasteten innerhalb der Behörde. Er hatte sich zunächst an einen Rechtsanwalt gewandt,²⁶² der ihn juristisch beriet und dann Gespräche mit Journalisten vermittelte; ein Interview mit der Redaktion der TV-Sendung *Panorama* wurde zwar nicht ausgestrahlt, aber dann doch im *stern* im Oktober 1963 abgedruckt.²⁶³ Außerdem erschien ein Artikel mit seinen Vorwürfen in der Wochenzeitschrift *DIE ZEIT*.²⁶⁴ Angeklagt wurde er daraufhin unter anderem wegen Geheimnisverrats nach § 99 StGB aF.

Der 3. Strafsenat ging in seinem ausführlichen Urteil²⁶⁵ auf die Geschichte der Rechtsprechung zum „illegalen Staatsgeheimnis“ ein, vor allem auf ein grundlegendes Urteil des Reichsgerichts, in dem dieses der Staatsräson den Vorrang eingeräumt hat-

²⁵⁷ Dazu bereits: Heinemann, Der publizistische Landesverrat, in: *NJW* (1963), S. 4, 5.

²⁵⁸ Z. B. Gutes Gewissen, in: *Der Spiegel*, 18.9.1963; *stern*, 20.10.1963.

²⁵⁹ Dazu auch Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 198 ff.

²⁶⁰ Heribert Prantl, in: *SZ*, 4.8.2014; Johst, Der Edward Snowden der Sechziger, in: *DIE ZEIT*, 17.11.2013.

²⁶¹ Dem Verfassungsschutz wurde vorgeworfen, er hebele seinerseits die Grundrechte aus (zu dieser Affäre: Goschler/Wala, Keine neue Gestapo, S. 238 ff.).

²⁶² Der Anwalt war Bruder des Spiegel-Herausgebers.

²⁶³ Titel: „P. hört nicht mehr mit“.

²⁶⁴ Stähle, Der Fall Pätisch, in: *DIE ZEIT*, 20.8.1965.

²⁶⁵ BGH v. 10.11.1965 – U 8 StE 1/65 (BGHSt 20, 342–383). Siehe: BA, B 362/1612.

te.²⁶⁶ In der Literatur der 1920er Jahre hatte diese Auffassung zum Teil Zustimmung,²⁶⁷ nach dem Zweiten Weltkrieg aber auch Ablehnung gefunden, da ein verfassungswidriger Zustand kein – schützenswertes – Staatsgeheimnis sein könne.²⁶⁸ Der BGH schloss sich einer Mittelmeinung²⁶⁹ an und verlangte eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit (gem. Art. 5 Abs. 1 GG) und den durch das Strafrecht geschützten Staatsinteressen. Er konnte sich dabei auf eine Entscheidung des BVerfG stützen, das bereits klar gemacht hatte,²⁷⁰ dass zwischen beiden durch das Grundgesetz geschützten Werten eine Wechselwirkung besteht.²⁷¹ Im Ergebnis, so der BGH, solle eine Verletzung der Dienstverschwiegenheit nur zulässig sein, wenn es sich bei dem rechtswidrigen Verhalten der Behörde um eine schwere Verfehlung handelt und der Informant einen möglichst schonenden Weg wählt. Nur ausnahmsweise sei es gerechtfertigt, sofort die Öffentlichkeit zu suchen.²⁷² Im konkreten Fall sei es nicht mehr verhältnismäßig gewesen, die Namen und Zuständigkeiten der NS-Belasteten in der Behörde zu nennen.²⁷³ Gleichwohl wurde der Angeklagte vom Landesverrat freigesprochen und erhielt lediglich vier Monate auf Bewährung wegen Verletzung der Amtsverschwiegenheit.²⁷⁴

Dieses Urteil bildet zusammen mit dem Einstellungsbeschluss in der *Spiegel-Affäre* einen Wendepunkt in der Staatsschutz-Rechtsprechung der Bundesrepublik. Der Senat nimmt nunmehr die Grundrechte ernst und befürwortet Abwägungsprozesse, die nicht mehr eindeutig in Richtung Verurteilung zielten. Die von ihm hier konkret entwickelte Stufentheorie wurde vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 1970 bestätigt.²⁷⁵ Die Maßlosigkeit der Verfolgung wich langsam einer an den Grundrechten orientierten Rechtsstaatlichkeit, was sich nicht nur in dieser Entscheidung andeutete.

266 RGSt 62, 65.

267 Weber, Die Verbrechen; Arndt, in: ZStW 66, S. 41 ff.; Schwarz/Dreher, Kommentar.

268 Arndt, Umwelt, in: NJW (1963), S. 25 mit dem Hinweis, dass der Staat nicht an sich, sondern nur in seiner Eigenschaft als Verfassungsstaat schützenswert sei; überdies sei die Pressefreiheit stärker zu gewichten.

269 Stree, Zur Problematik, in: JZ (1963), S. 531; Wagner, in: ZStW 75, S. 399 ff.

270 BVerfGE 7, 198, 208.

271 BGH v. 10.11.65 – U 8 StE 1/65 (BGHSt 20, 342, 361).

272 BGH v. 10.11.1965 – U 8 StE 1/65 (BGHSt 20, 365). Offen ließ das Gericht, ob in einem solchen Fall die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit entfiel.

273 BGH v. 10.11.1965 – U 8 StE 1/65 (BGHSt 20, 375 ff.).

274 § 353 b Abs. 1 StGB, auf den sich die Strafe stützte, sei gültig, obwohl die Norm durch Gesetz vom 2.7.1936 (RGBl I, 1936, 532) eingefügt worden war, denn es handele sich nicht um NS-Recht, da bereits in den Entwürfen der 1920er Jahre (§ 133 von 1925 und § 140 von 1927) eine entsprechende Vorschrift enthalten gewesen sei (BGH v. 8.11.1965 – 8 StE 1/65, BGHSt 20, 342, 383); so bereits BGH v. 21.10.1952 – 2 StR 396/52 (JZ (1953), S. 148).

275 BVerfGE 28, 191.

2.9 Der Senat und die Strafverteidiger

Wie angespannt die Situation zwischen dem Senat und seinen Kritikern zeitweilig gewesen ist, zeigt beispielhaft auch sein Verhältnis zu den Strafverteidigern: Mehrfach suchten beide Seiten den Konflikt. Im Jahr 1956 hatte ein Anwalt eine „Entschließung einer Gesellschaft für deutsch-sowjetische Freundschaft“ überreicht, in der wohl dem Gericht unverhohlen gedroht wurde.²⁷⁶ Der BGH unter dem Vorsitz Wilhelm Geiers schloss den Anwalt aus:

Es ist mit der Würde des Gerichts unvereinbar, daß ein Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege auftritt und die ihm als Verteidiger zustehenden Rechte ausübt, der an sich neben den von ihm vertretenen Angeklagten gehört.²⁷⁷

Die Formulierung, die dem Anwalt unmissverständlich strafbbares Verhalten vorwirft,²⁷⁸ hat sicher nicht zur Deeskalation beigetragen. Es ist davon auszugehen, dass der Vorsitzende Wilhelm Geier ganz bewusst die Konfrontation gesucht hat, obwohl er damit eigentlich nur verlieren konnte. Und so kam es auch: Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Ausschluss des Verteidigers einen Verstoß gegen das Übermaßverbot gesehen, nachdem das strafrechtliche Verfahren gegen den Anwalt wegen geringfügigkeit eingestellt worden war.²⁷⁹

Fünf Jahre später hat der Senat, diesmal unter dem Vorsitz von Heinrich Jagusch, den Ausschluss des prominenten Strafverteidigers Friedrich Karl Kaul²⁸⁰ damit begründet, dass es bei ihm an der gesetzlich vorgeschriebenen Unabhängigkeit fehle, weil er als Anwalt den Anweisungen staatsfeindlicher Stellen Folge leiste, denn Kaul habe sich als Mitglied der SED in „selbst gewählte SED-Abhängigkeit“ begeben.²⁸¹ Auch dieser Beschluss hatte vor dem Bundesverfassungsgericht keinen Bestand,²⁸² weil der in dem Ausschluss liegende Eingriff in die Berufsfreiheit einen Verstoß gegen Art. 12 GG darstelle, da es an einer gesetzlichen Ermächtigung für die Ausschließung fehle. Beide Beispiele zeigen das spannungsgeladene Verhältnis des Senats zu Teilen der Gesellschaft, insbesondere natürlich zu den Strafverteidigern, was ja auch von Günter Willms und Walter Wagner in ihrem Beitrag zum 25-jährigen Bestehen des BGH bitter beklagt wurde. In diesem politisch aufgeladenen Bereich trafen die Provokationen der Anwälte auf Richter, die nicht immer souverän über der Sache standen, sondern sich

²⁷⁶ Es hieß dort: „Die jüngste Geschichte lehrt, dass alle diejenigen, die den Weg des Rechts zugunsten einer volksfeindlichen und aggressiven Politik verlassen, eines Tages doch von ihrem Volke zur Verantwortung gezogen werden.“

²⁷⁷ BGH v. 15.2.1956 – StE 1/56: (BGHSt 9, 20 = JZ (1956), S. 375).

²⁷⁸ Es ging um Verstöße nach §§ 114, 91 StGB aF (Nötigung von Beamten).

²⁷⁹ BVerfGE 15, 226, 234.

²⁸⁰ Zu ihm: Roskopf, Friedrich Karl Kaul.

²⁸¹ BGH v. 2.3.1961 – 3 StR 49/60 (BGHSt 15, 326, 329).

²⁸² BVerfGE 22, 114.

in eine Auseinandersetzung hineinziehen ließen, in der sie nichts gewinnen konnten. Hier verhielten sich die Richter ganz ähnlich wie gegenüber der Presse.²⁸³

Während die Strafverteidiger „nur“ vom Verfahren ausgeschlossen wurden, ging die Bundesanwaltschaft strafrechtlich gegen Personen vor, die kommunistische Angeklagte während ihres Strafverfahrens unterstützt hatten. 1955 wurden Funktionäre der FDJ wegen sogenannter Prozessbetreuung ihrerseits angeklagt²⁸⁴ und zwei solcher Prozessbetreuer dann vom BGH zu 3 ½ und zu 2 Jahren Gefängnis verurteilt, weil sie durch Demonstrationen, Protestaktionen, das Schreiben von Briefen und Verteilen von Flugblättern versucht hätten, die Strafverfahren gegen Hochverräter zu beeinflussen.²⁸⁵ Letztlich mündete der Vorwurf darin, eine verfassungsfeindliche Organisation zu unterstützen. Die Strafbarkeit der Unterstützung in einem Strafverfahren ist allerdings insoweit problematisch, weil eine Verteidigung zu den elementaren Rechten im Strafverfahren gehört, und dazu dürfte in gewissem Umfang auch die Nutzung der Medien zählen. Auch wenn die damaligen Unterstützungsaktionen der Verurteilten alles andere als sachlich waren, bleibt fraglich, ob dies bereits strafbar ist.²⁸⁶

Schließlich kam es in dem Verfahren gegen Funktionäre der Gesellschaft für deutsch-sowjetische Freundschaft zu einem Konflikt mit dem Essener Rechtsanwalt Dieter Posser, weil dieser als Verteidiger einen Beweisantrag gestellt hatte, es solle eine Erklärung des Bundeskanzlers aus der Sitzung des Bundestages vom 19. März 1953 verlesen werden, um nachzuweisen, dass dieser wider besseren Wissens unrichtige Aussagen über eine sowjetische diplomatische Note gemacht habe.²⁸⁷ Der Oberbundesanwalt schrieb, dieser Antrag des Verteidigers gebe Anlass, sein Verhalten standesrechtlich überprüfen zu lassen.²⁸⁸ Nachdem das Gericht unter dem Vorsitz von Paulheinz Baldus den Antrag Possers als unzulässig abgelehnt und hinzugefügt hatte, „dass der Antrag allein zu verfahrensfremden Zwecken gestellt worden ist“, ²⁸⁹ wurden dann auch entsprechende Ermittlungen gegen den Anwalt angestellt.²⁹⁰ Allerdings hat der Kammervorstand der Rechtsanwaltskammer Hamm einstimmig beschlossen, dass

283 S. Band 1, Kap. 4.6., BGH und Presse.

284 Anklageschrift vom November 1954, von Wagner verantwortet (BA, B 362/1890, Bl. 116 ff.).

285 BGH v. 19.2.1955 – StR 18/54 (HuSt I, 187); BGH v. 22.10.1959 – 1 StE 2/58.

286 Aus der Geschichte, konkret der Majestätsverbrechen im römischen Recht sowie der Begünstigung des Hochverrats im Gemeinen Recht leitete der Rechtshistoriker Friedrich Christian Schroeder die These ab, dass immer dann, wenn Staatsschutz auch Unterstützer von gerichtlich Verfolgten erfasse, „eine gewisse Hypertrophie des Staatsschutzes vorliege“, was er auch für die Nachkriegszeit konstatierte, s. Schroeder, Der Schutz, S. 207; kritisch auch: Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 316.

287 Antrag Possers in der Hauptverhandlung am 8.7.1955.

288 BA, B 362/1765, Bl. 61, Vermerk v. 13.7.1955.

289 BA, B 362/1766, Bl. 151. Der Senatsbeschluss wird zitiert vom Oberbundesanwalt in einem Schreiben v. 17.2.1956.

290 BA, B 362/1765, Bl. 63, Schreiben v. 16.7.1955. Ein entsprechendes Schreiben erging dann an den Generalstaatsanwalt in Hamm.

es in diesem Fall keinen Anhaltspunkt für ein standeswidriges Verhalten Possers gebe.²⁹¹

2.10 Nationalsozialisten und Neonazis

Insgesamt wurden vom BGH nur sieben erstinstanzliche Verfahren gegen Rechtsextreme durchgeführt, diese machten lediglich 3,7 Prozent der Gesamtverfahren aus.²⁹² Es ging meist um verfassungswidrige Schriften, seltener um die Betätigung rechtsextremer Personen.²⁹³ Letzteres war der Fall bei zwei deutschen, noch relativ jungen Neonazis, die wegen einer Friedhofsschändung und der Planung verschiedener Anschläge auf Personen oder Gebäude angeklagt waren.²⁹⁴ Im April 1957 hatten sie in Salzgitter jüdische Grabsteine umgestürzt und auf dem Friedhof eine Schmähschrift hinterlassen. Hintergrund ihres Handelns war der Plan, ein nationalsozialistisches Regime mit antisemitischen Tendenzen zu errichten. Erst vier Jahre später konnten die Täter, die aus der Umgebung des Tatortes der Friedhofsschändung stammten, ermittelt werden. Sie wurden wegen Denkmalbeschädigung in verfassungsfeindlicher Absicht und der Verabredung zur Gründung einer verbrecherischen Organisation verurteilt, der führende Kopf der Gruppe zu sechs Jahren Gefängnis, zwei andere zu zweieinhalb Jahren beziehungsweise einem Jahr.²⁹⁵ Vier Jahre später standen zwei deutschstämmige amerikanische Neonazis vor Gericht, die sich zusammen mit einer dritten Person Mitte der 1960er Jahre bewaffnet sowie versucht hatten, sich Sprengstoff zu besorgen, um mit Gewaltaktionen die Bundesrepublik umzugestalten. Auch ein Anschlag auf Generalbundesanwalt Fritz Bauer gehörte zu diesem Plan. In diesem letzten Punkt wurden die Angeklagten jedoch freigesprochen, weil ihr Vorhaben nicht konkret genug gewesen war, allerdings erhielten sie Haftstrafen wegen der Beteiligung an einer verbrecherischen Vereinigung.²⁹⁶

Um Altnationalsozialisten handelte es sich bei dem Verfahren gegen Werner Naumann, den letzten Staatssekretär im Ministerium von Goebbels, und seinen Kreis.²⁹⁷ Dem Verfahren gingen langwierige politische und taktische Überlegungen voraus,²⁹⁸ weil fraglich war, ob das Material, das die Bundesanwaltschaft gesammelt hatte, für eine Verurteilung nach § 90a StGB aF (Bildung einer verfassungsverräterischen Verei-

²⁹¹ BA, B 362/1766, Bl. 260, Schreiben der Rechtsanwaltskammer beim OLG Hamm v. 19.5.1956.

²⁹² Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 127.

²⁹³ BGH v. 28.2.1959 – 1 StE 1/59; BGH v. 30.4.1960 – 1 StE 1/60 (BGHSt 14, 258); BGH v. 30.3.1962 – 1 StE 1/62; BGH v. 22.5.1959 – 1 StE 3/58.

²⁹⁴ Zu diesem Fall: Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 376 ff.

²⁹⁵ BGH v. 30.3.1962 – 1 StE 1/62.

²⁹⁶ BGH v. 9.11.1966 – 1 StE 1/66.

²⁹⁷ Die anderen waren zwei ehemalige Gauleiter, ein SS-Brigadeführer sowie weitere NS-Funktionäre. Zu der Affäre: Frei, Vergangenheitspolitik, S. 361–396.

²⁹⁸ Zu diesem Verfahren: Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 347 ff., 358.

nigung) ausreichen würde. Die Angeklagten waren durch die Briten im Januar 1952 verhaftet worden, und der britische Hohe Kommissar Sir Ivone Kirkpatrick erwartete nun eine Anklage. Wohl deshalb wünschte die Bundesregierung – auch aus außenpolitischen Gründen – eine Entscheidung und drängte Bundesanwalt Carlo Wiechmann, der aber nicht sehr überzeugt gewesen sein soll,²⁹⁹ Anklage zu erheben. Am 3. Dezember 1954 hat der BGH die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt;³⁰⁰ offensichtlich hatte sich der Vorsitzende Wilhelm Geier mit dem Generalbundesanwalt geeinigt, dass die Eröffnung nur erfolgen solle, wenn auch Aussicht auf eine Verurteilung bestehe.³⁰¹ In dem die Eröffnung ablehnenden Beschluss führte der Senat aus, Naumann und seine Anhänger hätten lediglich einen Stammtisch gebildet, an dem zwar nationalsozialistische Gedankengänge geäußert wurden, aber nicht die Errichtung eines Führerstaates angestrebt werden sollte. Es fehle damit der verfassungsverräterische Zweck.

Am häufigsten wurden immer wieder Autoren, die hetzerisch rassistische Thesen oder nationalsozialistische Gedanken verbreiteten, Gegenstand von Ermittlungen und Verurteilungen. Die unkommentierte Herausgabe von NS-Reden, Liedern und Texten wurde unter § 93 StGB aF gefasst, wenn das gesamte Produkt letztlich als Propaganda für die NS-Herrschaft gewertet werden musste.³⁰² Der Verleger Lenz, ein überzeugter Nationalsozialist, der Schriften mit eindeutig nationalsozialistischer Gesinnung verfasste und vertrieb,³⁰³ wurde wegen Herstellung und Verbreitung staatsgefährdender Schriften verurteilt.³⁰⁴ Eines der wenigen Verfahren unter dem – sehr kurzen – Vorsitz von Ernst Kanter war das gegen Roland Kremer, ein Verleger und Redakteur aus Bayern, der unter anderem eine mit rechtsradikalen Artikeln gespickte Zeitschrift herausgab sowie auch die rechtsradikalen Bücher von Friedrich Lenz vertrieb;³⁰⁵ er wurde zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt.³⁰⁶ Nicht verurteilen konnte der Senat Friedrich Nieland, der in einem Buch die These von einer Vorbereitung eines Weltkriegs durch 300 bis 700 Juden vertreten hatte, denn er war durch das Landgericht Hamburg freigesprochen, und dieses Urteil war rechtskräftig geworden. Der BGH stellte in einem

299 Dies lässt sich seinen Vermerken entnehmen (s. Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 354 mit Nachweisen über die Quelle).

300 BGH v. 3.12.1954 – StE 13/54 (abgedruckt bei: Grimm, Unrecht, S. 226 ff.), auch in: BA, B 362/11172, 601 a. Pressemitteilung v. 3.12.1954 (mitgeteilt an den BMJ, in: BA, B 362/1172, Bl. 678).

301 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 356; Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 129 ff.

302 BGH v. 13.5.1960 – 3 StR 4/60 (BGHSt 14, 293).

303 Zu ihm und seinem „Werk“: Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 132; Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 367 ff.

304 BGH v. 11.9.1957 – StE 6/57. Freigesprochen wurde er vom Vorwurf der Billigung schwerer Straftaten. Obwohl die Billigung der Ermordung der Juden in den von Lenz vertriebenen (und wohl auch selbst geschriebenen) Büchern klar zum Ausdruck kam, meinte der Senat, es sei zweifelhaft, ob dem Angeklagten dies bewusst geworden sei.

305 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 372 ff.

306 BGH v. 22.5.1959 – 1 StE 3/58.

selbständigen Sicherungsverfahren fest, dass die Schrift gegen § 93 StGB aF verstoße, ohne den rechtskräftig Freigesprochenen selbst verurteilen zu können.³⁰⁷

Nicht nur rechtsextreme Schriften, sondern auch ein Film war Gegenstand der Senatsrechtsprechung: Der im Jahr 1940 gedrehte Film *Jud Süß* von Veit Harlan, eine sehr antisemitische und hasserfüllte Verfilmung, die den zugrunde liegenden Roman von Lion Feuchtwanger völlig entstellte, wurde vom Senat unter § 93 StGB aF gefasst, weil dieser antisemitische Hetzfilm gegen elementare Werte des Grundgesetzes verstoße.³⁰⁸ Es wurde daher seine Einziehung und Unbrauchbarmachung verfügt.³⁰⁹

Zusammenfassend stellt sich die Frage, ob der Staatsschutzsenat auf dem rechten Auge blind war. Wohl nicht. Die Tatsache, dass es nur wenige Verfahren gab, kann nicht als Indiz für eine solche These dienen, denn der BGH ermittelt ja nicht selbst; das ist Sache der Bundesanwaltschaft.³¹⁰ Wenn Anklagen erfolgten, wurden diese vom Senat durchaus ernst genommen. Gleichwohl gilt, dass das Staatsschutzrecht dieser Zeit stark außenpolitisch geprägt worden ist und allgemein die Auffassung herrschte, die der Bundesanwalt im Vorwort seiner Urteilssammlung über die Gefahr der Rechtsradikalen ausgedrückt hat: „Weit größer ist die Gefahr des Linksradikalismus.“³¹¹

2.11 Die Strafen

Da, wie oben gesagt, der BGH für eine Reihe von Straftatbeständen erstinstanzlich zuständig war, ist es sinnvoll, einen Blick auf die verhängten Strafen zu werfen. Die gesetzlich vorgesehene Höchststrafe, die bei nachrichtendienstlicher Tätigkeit (§ 100e StGB aF) bei fünf Jahren Zuchthaus und für Landesverrat bei 15 Jahren lag, wurde in der Regel deutlich unterschritten. Zuchthausstrafen wurden fast nur wegen Landesverrats und gleichstehender Tatbestände verhängt. Vergleicht man die verhängten Strafen mit dem Strafraumen, so ist zu konstatieren, dass sie im mittleren Bereich liegen.³¹² In fast allen Fällen wurden die bürgerlichen Ehrenrechte für den Zeitraum der Freiheitsstrafe beziehungsweise noch länger aberkannt.

Die höchsten Strafen wurden wegen Spionage verhängt, für mehr als zehn Angeklagte zwei bis drei Jahre Zuchthaus und ebenfalls eine zweistellige Zahl von Angeklagten drei bis vier Jahre Zuchthaus. Neun Jahre Zuchthaus und länger erhielten sieben Täter, die Höchststrafe von 15 Jahren wurde einmal verhängt (im Fall Frenzel). Von den rechtsextremen Tätern erhielt einer der Friedhofsschänder und Gründer einer rechtsextremen Organisation sechs Jahre Freiheitsstrafe.

³⁰⁷ BGH v. 28.2.1959 – 1 StE 1/59.

³⁰⁸ BGH v. 25.7.1963 – 3 StR 4/63 (BGHSt 19, 63).

³⁰⁹ Rechtsgrundlage dafür war § 86 StGB i. V. m. § 98 Abs. 2 StGB aF.

³¹⁰ Dazu Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 341 ff.

³¹¹ Wagner, HuSt I, Vorwort, S. 12.

³¹² Siehe auch die Tabelle bei Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, im Anhang.

Milder waren die Strafen bei den Personen, die wegen der politischen Arbeit für die KPD/FDJ oder eine Ersatzorganisation verurteilt wurden. Die meisten Angeklagten (über 20 an der Zahl) wurden zu einer Gefängnisstrafe zwischen einem und dreieinhalb Jahren verurteilt, knapp zehn Angeklagte zu ein bis zwei Jahren. Nach oben aus dem Rahmen fallen in diesem Bereich die Strafen gegen Angenfort (fünf Jahre Zuchthaus) sowie gegen Seiffert und Fisch (jeweils vier Jahre) heraus. Auch die Strafe für Otto John, den ersten Präsidenten des Bundesamtes für Verfassungsschutz, ist auffällig hoch (vier Jahre), was das Gericht unter anderem mit seiner besonderen Stellung und Verantwortung begründet hat. Letzteres mag auf den ersten Blick nachvollziehbar zu sein, angesichts der ihm zur Last gelegten Handlungen, das heißt letztlich der geäußerten Polemik gegen die Adenauer-Regierung, erscheinen die vier Jahre aber als sehr hart.

Die beiden verurteilten Gewerkschaftler und Betriebsräte, die im DAK-Verfahren gemäß § 90a StGB aF verurteilt wurden, hatten anfangs aktiv die Organisation unterstützt, der eine später allerdings nur noch formal, indem er seinen Namen als Vorstand hergegeben hatte. Überdies war der eine Angeklagte ein überzeugter Pazifist, der angab, keine Sympathien für das System der DDR zu hegen. Sie erhielten ein beziehungsweise zwei Jahre Gefängnis, was im Verhältnis zum Strafraum keine hohe Strafe bedeutet, aber im Vergleich zu den ihnen zur Last gelegten Taten schon heftig erscheint, was möglicherweise damit zu erklären sein könnte, dass Paulheinz Baldus den Vorsitz innehatte.³¹³

Was waren die Kriterien für die Strafzumessung? Strafmildernd berücksichtigt wurde eine langjährige Überzeugung aufgrund einer Gegnerschaft zum Nationalsozialismus, eine Prägung im Elternhaus oder jugendliches Alter, des Weiteren, wenn die Angeklagten im Geiste des Nationalsozialismus erzogen worden waren, da eine Sozialisation in autoritärem Denken den Anschluss an die KPD nicht so fernliegend erscheinen lasse.³¹⁴ Strafschärfend hat der Senat es gewertet, wenn die Angeklagten sich uneinsichtig zeigten, was häufig bei den überzeugten Kommunisten der Fall war. Ferner haben der Grad der Energie und das Maß der Intensität, die die Angeklagten gezeigt hätten, zu höheren Strafen geführt. Auch die negative Generalprävention wurde vom Staatsschutzsenat als ein Aspekt zur Strafschärfung angeführt. Schließlich spielte auch die Intelligenz eine Rolle, da eine höhere Intelligenz den Angeklagten gefährlicher erscheinen lasse. Der Senat stellte sich selbst die Frage, ob bei der Strafzumessung eine Milderung für Überzeugungstäter angebracht sein könne. Für Kommunisten, die nach §§ 90, 128 StGB aF verurteilt worden waren, lehnte der BGH dies mit einer Begründung ab,³¹⁵ die in ihrem Duktus eher ein moralisches Manifest als eine Prüfung individueller Schuld zu sein scheint:

³¹³ Zu ihm gleich im Fazit Kap. 2.12.

³¹⁴ BGH v. 6.5.1954 (HuSt I, 106).

³¹⁵ BGH v. 28.7.1955 – StE 213/52 (BGH St 8, 162).

Dem Überzeugungstäter wird nur dann Achtung entgegengebracht, wenn er sich zu seinem Glauben bekennt [...]. Tut er dies nicht, so wird auch ein aner kennenswerter sittlicher Zweck durch die ehrlosen Mittel überschattet.³¹⁶

Bei einem Täter, der heimtückisch handele, könne daher eine Strafmilderung insoweit nicht in Frage kommen.³¹⁷

Gutfleisch hat die Strafen insgesamt „nachvollziehbar“ bezeichnet, allerdings auch angemerkt, dass bei manchen Delikten schon generell die Strafwürdigkeit der jeweiligen Handlungen sehr fragwürdig sei.³¹⁸ Dem ist beizupflichten, denn gerade die aus der NS-Zeit weitgehend übernommenen §§ 91, 93 und 100d Abs. 2 StGB aF kann man durchaus als Gesinnungsstrafrecht einordnen,³¹⁹ weshalb die Strafen dann auch als zu hart anzusehen sind.

2.12 Fazit

Wie ist nun die Rechtsprechung des Staatsschutzsenats zu bewerten? In der Literatur überwiegen eindeutig die kritischen Stimmen, bei denen sich zusammenfassend als Hauptvorwurf herauslesen lässt, der Senat habe eine kommunistische Verfolgung betrieben und damit unmittelbar an eine ältere Tradition, konkret an den Nationalsozialismus angeknüpft.³²⁰ Jedenfalls sei die Rechtsprechung bei der Verfolgung von Kommunisten deutlich über das Ziel hinausgeschossen.³²¹

Dagegen haben das langjährige Senatsmitglied Günther Willms und der Bundesanwalt Andreas Wagner in ihrem Beitrag zur Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des BGH den Senat gegen die ihrer Ansicht nach unsachliche Kritik verteidigt. Ihren „Gegnern“ warfen sie vor, sich polemisch und unsachlich zu äußern, ohne wirklich auf die Rechtslage zu achten. Willms und Wagner haben darauf verwiesen, dass das Gericht (beispielsweise) zwei Einschränkungen hinsichtlich der Strafbarkeit des Landesverrats (konkret der landesverräterischen Beziehungen – § 100d StGB aF) vorgenommen habe, nämlich dass eine Strafbarkeit nur für Personen bestehen sollte, die in

316 BGH v. 28.7.1955 – StE 213/52 (BGH St 8, 164).

317 Es ging um Funktionäre der Gesellschaft für deutsch-sowjetische Freundschaft, die die Mitglieder über ihre wahren Absichten getäuscht hätten.

318 Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 315.

319 Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 211.

320 Müller, Furchtbare Juristen; Gutfleisch zieht den Traditionsrahmen weiter: Er gehe über den NS hinaus bis nach Weimar bzw. bis ins Kaiserreich zurück.

321 Brünneck, Politische Justiz, S. 361; Schroeder, Der Schutz, S. 202 ff.; Arndt, in: *NJW* (1965), S. 431; Roggemann, S. 39. Oder pointierter aus jüngerer Zeit: „Ein von Verfolgungswahn getriebener Strafse-nat am Bundesgerichtshof, der in einem Verfahren ohne Rechtsmittel glaubte, frei walten zu können“, so Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 388.

der BRD lebten beziehungsweise zu ihr in einem Treueverhältnis standen,³²² außerdem habe der Senat die Norm nicht zum Anwendungsbereich des § 129 StGB aF³²³ gezählt.³²⁴ Nun ist der Hinweis auf diese (nur) zwei Einschränkungen innerhalb eines Zeitraumes von 20 Jahren eigentlich schon an sich das Eingeständnis einer wenig liberalen Handhabung der Rechtsmaterie. Sie verschweigen, dass der Senat, wie oben aufgezeigt, oft das Gesetz erweiternd ausgelegt hat.

Eine Bewertung der Rechtsprechung hat in Rechnung zu stellen, dass ein wesentlicher Teil der Ergebnisse durch ein Gesetz determiniert war, das alte Traditionen aus dem Kaiserreich und der NS-Zeit fortsetzte und insoweit obrigkeitlichen Geist atmet.³²⁵ Dass dieser Geist auch die Gerichte, die dieses Gesetz anwenden, miterfasst, lässt sich nicht ganz vermeiden. Andererseits ist dem Senat anzukreiden, dass er in den ersten 13 Jahren seiner Rechtsprechung dieses Gesetz dann oft zulasten der Angeklagten ausgelegt hat, vor allem im Rahmen der Verfolgung von Kommunisten.³²⁶ Nicht nur diese Tendenz zu einer weiten Auslegung ist problematisch, sondern, wie gezeigt, auch einzelne Urteile, die – etwa beim Gewaltbegriff – über den Gesetzeswortlaut hinausgehen, zumindest aber rechtspolitisch angreifbar sind. Die Rechtsprechung des Staatsschutzsenats erscheint noch bedenklicher, wenn man konstatiert, wie wenig Berücksichtigung die Grundrechte (trotz ihrer Erwähnung im Einzelfall) jedenfalls in den ersten Jahren finden: Das Parteienprivileg aus Art. 21 GG wird in seiner inhaltlichen Bedeutung zu gering geachtet und die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG sowie die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 2 GG werden zumindest bis Mitte der Sechzigerjahre nicht zu einer Beschränkung der sehr weiten Staatsschutztatbestände genutzt.

Die Bedenken bestehen nicht nur aus heutiger Perspektive, sondern waren auch damals bereits vorhanden, denn schon ab Anfang der 1960er Jahre herrschte auf der politischen Ebene Unzufriedenheit mit der Rechtsprechung (aufgrund der harten Linie des BGH), und entsprechend wurden gesetzliche Änderungen angedacht.³²⁷ Letztlich sind die Bemühungen um eine Neuordnung des Staatsschutzrechts bereits Mitte der 1960er Jahre auch durch die weite Auslegung des Gesetzes seitens der Staats-

322 BGH v. 2.11.1956 – 1 StE 12/56 (HuSt II, 43). Strafloß war die Spionage in einem Betrieb für Medizinprodukte (Freispruch: BGH v. 28.3.1963 – 9 StE 1/63 (BGHSt 18, 336)).

323 Die Norm stellte die Bildung einer kriminellen Vereinigung unter Strafe.

324 BGH v. 23.9.1960 (BGHSt 15, 136).

325 Das wurde auch im Gesetzgebungsverfahren Ende der 1960er Jahre konstatiert (u. a. Begründung des Regierungsentwurfs BT Drucks. V/898, S. 15).

326 S. Schroeder, Der Schutz, S. 202, der ausdrücklich unterscheidet zwischen strikter Anwendung der Gesetzesnorm nach ihrem Wortlaut und der extensiven Auslegung, die er dem BGH für viele Tatbestände glaubt nachweisen zu können (S. 202 ff.).

327 So die Begründung des SPD-Entwurfs (BT-Druck Sache V/102, S. 4). Auch der Regierungsentwurf (von CDU/CSU und FDP) meinte, dass das Gesetz den Balanceakt zwischen Notwendigkeiten des Staatsschutzes und der freien Entfaltung der Grundrechte nicht zufriedenstellend gelöst hatte (Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache V/898, S. 15).

schutzrechtsprechung – etwa der Jagusch zugeschriebene Begriff der Gesamtorganisation – motiviert gewesen.³²⁸

Somit ist nicht nur das Gesetz, sondern sind auch die Richter des Senats selbst für die harte Linie (mit-)verantwortlich. Dass der Senat dieses Rechtsgebiet sicher entscheidend mit beeinflusst hat und wie wichtig die Akteure auch aus Sicht des Gesetzgebers waren, zeigt sich daran, dass der Senatspräsident sowie einzelne Senatsmitglieder bei der Reform dieses Abschnitts Ende der 1960er Jahre von der Politik beteiligt wurden. Insbesondere die Frage der erstinstanzlichen Zuständigkeit war ein Thema, bei dem die Richter intensiv mitdiskutiert und sich für eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte ausgesprochen haben.³²⁹ Aber es ist in den obigen Ausführungen auch deutlich geworden, dass in manchen Judikaten durchaus die Neigung des Senats zum Ausdruck kommt, dass er sich für die Rettung des Staates verantwortlich fühlte. Dazu noch ein weiteres Beispiel: Der Freispruch in einem landgerichtlichen Urteil mit der Bemerkung des Landgerichts, dass SED-Kontakte von verschiedenen bundesrepublikanischen Stellen geduldet würden, gab dem Senat Anlass, einige Ausführungen zum Legalitätsprinzip zu machen, auch wenn dies für die konkrete Entscheidung keinerlei Bedeutung hatte.³³⁰ Es folgen lange Ausführungen zur Rolle der Staatsanwälte und zum Grundsatz der Gewaltenteilung:

Der Senat nimmt den gekennzeichneten Gedanken des Landgerichts, der zum Freispruch geführt hat, zum Anlaß, vor jeder Beeinträchtigung des Legalitätsgrundsatzes, der durch Verfahrenseinstellungen der Ermittlungsbehörden unterlaufen würde, mit Nachdruck zu warnen.³³¹

328 Siehe u. a. Nehm, in: *NJW* (2020), S. 1343. Und einzelne Liberalisierungen wurden dann auch in der Reform 1968 gesetzlich umgesetzt. Zur Reform durch das achte Strafrechtsänderungsgesetz von 1968 siehe die Ausführungen bei Gutfleisch, *Staatsschutzstrafrecht*, S. 322 ff.

329 Siehe BA, B 362/1000237: An einer Besprechung im Justizministerium am 6.3.1967 nahmen die Vorsitzenden der Strafsenate teil (BA, B 362/1000237, Bl. 90). Der Schnellbrief des Bundesjustizministers mit dem Referentenentwurf wurde an den Präsidenten des BGH gesandt (BA, B 362/1000237, Bl. 69), den dieser am 29.3.1967 an den Vorsitzenden des 3. Senats sowie an die Richter Paulheinz Baldus und Günther Willms weiterleitete (BA, B 362/1000237, Bl. 89). Vom 10.4.1967 datiert eine ausführliche Stellungnahme Werner Hengstbergers im Namen des Senats (BA, B 362/1000237, Bl. 106 ff.). Er plädiert für eine Zuständigkeitskonzentration und eine einheitliche Bundesanwaltschaft als Ermittlungsbehörde. Zur erstinstanzlichen Zuständigkeit: „Daß der Entwurf den Gedanken der Bildung eines besonderen Senats beim Bundesgerichtshof, der über die Revisionen gegen Urteile des erstinstanzlichen Senats des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte zu entscheiden hätte, nicht wieder aufgreift, ist vorbehaltlos zu begrüßen.“ An den Besprechungen im Ministerium im April 1967 nahm Carlhans Scharpenseel teil und sprach sich für eine Konzentration der erstinstanzlichen Zuständigkeit bei bestimmten Oberlandesgerichten aus (BA, B 362/1000237, Bl. 126 ff., 132). Siehe auch Schreiben des Präsidenten v. 27.9.1968 (BA, B 362/1000237, Bl. 150d ff.), in dem er gegen eine Bestellung von „Ermittlungsrichtern des Bundes“ votiert. Den Vorteil der neuen Zweistufigkeit des Verfahrens sah er darin, „dass der Bundesgerichtshof nur noch als Rechtsmittelinstanz tätig wird und damit bei seinen Entscheidungen den für eine Rechtsmittelinstanz typischen und der Sache gerecht werdenden Abstand von den Dingen erhält.“ (Präsident an BMJ, 27.9.1968, BA, B 362/1000237).

330 BGH v. 23.9.1960 – 3 StR 28/60 (BGHSt 15, 155, 158).

331 BGH v. 23.9.1960 – 3 StR 28/60 (BGHSt 15, 161).

Die entsprechende Passage in dem Urteil ist gar nicht in erster Linie auf den gerichtlichen Instanzenzug bezogen (also das freisprechende Urteil), sondern sie liest sich wie eine Anleitung für Staatsanwälte, denen – wie Schulkindern – vor Augen geführt werden soll, welche Bedeutung die Rechtsprechung des BGH hat und dass sie, die Staatsanwälte, sich daran auszurichten haben. Aber nicht nur die Staatsanwälte, sondern auch deren „vorgesetzte Behörden“ werden in den Appell, anders kann man es nicht nennen, einbezogen. Hier kommt ein Selbstverständnis zum Ausdruck, das den Anspruch erhebt, die richtige Auffassung für sich gepachtet zu haben und diese auch durchsetzen zu wollen. Außerdem lässt sich den Formulierungen auch ein starker Verfolgungswille entnehmen, der zwar mit dem Legalitätsprinzip legitimiert werden kann, aber in seiner Hartnäckigkeit davon zeugt, dass der BGH die unteren Instanzen auf Linie bringen will. Die Problematik, dass das Legalitätsprinzip generell, aber besonders bei den Staatsschutzdelikten aufgrund der selektiven Strafverfolgung in den Ermittlungsverfahren nur eingeschränkt Wirkung entfaltet,³³² wurde – wenig erstaunlich – mit keinem Wort berücksichtigt.³³³

Wie erklärt sich die geschilderte Rechtsprechung? Die Ursache im Richterpersonal zu suchen, ist nicht neu, denn eine solche Personalisierung gab es schon bei den Zeitgenossen, wenn sie vom „Geier-Senat“ gesprochen haben. Friedrich Wilhelm Geier – das ist auch oben schon im Rahmen der Verfolgung von NS-Straftaten erwähnt worden – war sicher ein Vertreter einer harten Linie, ihm wird zugleich aber auch eine große Integrität zugesprochen. Ihm konnte trotz aller Versuche, vor allem seitens der „Blutrichterkampagne“ der DDR, keine Nähe zum Nationalsozialismus nachgewiesen werden. Es dürfte ihn aber geprägt haben, dass er als Richter im Nationalsozialismus sozialisiert worden ist, und das gilt sicher auch für seinen Nachfolger im Senatsvorsitz³³⁴ Heinrich Jagusch, der diesem Senat acht Jahre lang angehörte, drei Jahre als sein Präsident. Er hat sowohl gegenüber nationalsozialistischen Verbrechen als auch gegenüber kommunistischen Aktivisten eine unnachgiebige Haltung gezeigt und wohl nicht vorrangig an die Rechte der Angeklagten gedacht. Letztlich ist es gerade seine Person gewesen, die zu einer Auseinandersetzung um die Rechtsprechung des Senats im Jahr 1960 im Justizministerium geführt hat, in der er den Senat verteidigt hat.³³⁵ Dass er damals in erster Linie die Staatsräson im Blick gehabt hat, lässt sich nicht nur den Quellen aus dem Bundesjustizministerium entnehmen,³³⁶ sondern ebenso aus sei-

332 Die Selektivität lässt sich schon allein der Statistik entnehmen, s. Brünneck, Politische Justiz, Tabelle 8, S. 276.

333 Zur Bedeutung der Selektion durch die Ermittlungsbehörden bereits im 19. Jh.: Roth, Kriminalitätsbekämpfung, S. 428 ff.

334 Wenn man die kurze Episode von Ernst Kanter ausnimmt.

335 Gespräch im Justizministerium am 21.11.1960. Nachweise aus den Akten des Bundesjustizministeriums bei: Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 385, Fn.168.

336 Zum Beispiel seinem Schreiben an die Präsidenten der Oberlandesgerichte vom 17.10.1960. Nachgewiesen bei: Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 385, Fn. 161.

nen Stellungnahmen im Rahmen der Strafrechtsreform,³³⁷ auch wenn er später in zwei anonymen Artikeln im *Spiegel* eine gegenteilige Haltung zum Ausdruck gebracht hat. Insbesondere bei den Diskussionen im Ministerium traf er auf seinen Widersacher Max Güde, der ja nun auch BGH-Richter gewesen war, aber eine völlig verschiedene Auffassung vom Rechtsstaat vertrat als Jagusch. Sowohl bei Jagusch als auch bei Geier könnte überdies eine Rolle gespielt haben, dass sie durch die Vertreibung seitens sowjetischer Truppen ihre Existenz in Ostdeutschland verloren hatten, was möglicherweise eine besondere Aversion gegen den Kommunismus ausgelöst hat. Zu Ernst Kanter, seit 1933 Parteimitglied, ab 1936 in der Wehrmachtsjustiz,³³⁸ ist bereits oben einiges gesagt worden;³³⁹ er war allerdings nur sehr kurz im Senat, da er nach den gegen ihn erhobenen Vorwürfen nach nur einem Jahr als Senatspräsident in den Ruhestand versetzt wurde, und hat insoweit wenig Einfluss auf die Rechtsprechung gehabt. Paulheinz Baldus war seit 1937 Mitglied der NSDAP, war von 1933–1937 an das Reichsjustizministerium abgeordnet und während des Zweiten Weltkriegs als Richter an Feldkriegsgerichten tätig;³⁴⁰ er soll auch an einem Rassenschande-Urteil mitgewirkt haben.³⁴¹ Seine autoritäre Haltung im Rahmen der Sittlichkeitsdelikte sowie sein Einsatz für die Prügelstrafe an Schulen³⁴² sind weitere Indizien für einen wenig liberalen Menschen, der sicherlich die Rigorosität des Senats vorangetrieben hat. Und auch andere Senatsmitglieder sind mit den Erfahrungen der unnachsichtigen NS-Justiz groß geworden: Heinz Wiefels, der elf Jahre dem Staatsschutzsenat angehörte, war während der NS-Zeit im bayerischen Justizdienst tätig und Reichskriegsgerichtsrat gewesen.³⁴³ Kurt Weber war ab 1937 Parteimitglied und ab 1943 als Staatsanwalt beim Sondergericht in Straßburg tätig gewesen.³⁴⁴ Er brachte in einem Überblicksartikel zur Rechtsprechung des Staatsschutzsenates zum Ausdruck, dass der Senat sich bemüht habe, „die einzelnen Vorschriften so auszulegen und anzuwenden, dass sie ihren Zweck wirksam erfüllen.“³⁴⁵ Das ist deutlich. Hermann Hengsberger, elf Jahre im Senat, war 1933 NSDAP-Mitglied geworden und während der NS-Zeit Richter in Greifswald und Lüneburg gewesen.³⁴⁶ Reinhold Weber, seit 1937 in der Partei, war seit den 1940er Jahren Richter in der Rheinprovinz.³⁴⁷ Er gehörte dem Staatsschutzsenat fünf

337 So sprach er sich mehrfach in den Sitzungen der Strafrechtskommission für eine Strafverschärfung aus (Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 13.10.1958, S. 54; Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.10.1958, S. 221).

338 BA, Pers 101/48830; BA, Pers 101/41154.

339 S. Band 1, Kap. 3.2.3, Wehrmachtsverwaltung und Wehrmachtsgerichtsbarkeit.

340 BA, Pers 101/39934, Personalblatt; BA, Pers 6/70289.

341 Dies behauptet Engelmann, Rechtsverfall, S. 239. Das dort zitierte Urteil konnte allerdings nicht ermittelt werden.

342 Dazu: Kapitel 5.4.

343 BA, Pers 101/76263.

344 Schäfer, Der Prozeß, S. 162.

345 Weber, Die Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 355.

346 BA, Pers 101/75900; BA, Pers 101/75901.

347 LAV NRW Pers 3520.

Jahre lang an. Günther Willms hat nicht nur rückwirkend (in der Festschrift zum 25-jährigen Jubiläum des BGH) versucht, der Rechtsprechung seines Senates eine liberale Note zu verpassen, sondern auch in seiner aktiven Zeit das Staatsschutzrecht schriftstellerisch begleitet und sich dabei gemäßigt gezeigt, ja in Einzelfragen gar für eine Entkriminalisierung plädiert.³⁴⁸ Aber auch Willms hat durchaus in anderen Fragen eine harte Strafverfolgung verteidigt und die grundsätzliche Linie des Senats mitgetragen. Insgesamt war die deutliche Mehrheit der Richter des Senats zumindest formal, überwiegend aber auch inhaltlich NS-belastet. Einen Widerstandskämpfer oder Verfolgten findet man nicht. Allenfalls geringe Belastungen finden sich bei Hans Eberhard Rotberg, dem Senatspräsidenten von 1962 bis 1966, der zunächst Schwierigkeiten mit den Nationalsozialisten hatte und vielleicht deshalb später Anpassungsleistungen an das System erbracht hatte. Er stand aber wohl sicher dem damaligen Regime skeptisch gegenüber, und er ist es gewesen, auf den wahrscheinlich eine gewisse Liberalisierung Mitte der 1960er Jahre zurückzuführen ist.

Nun hat Gutfleisch die Ansicht geäußert, dass keiner der geschilderten Senatsmitglieder ein fanatischer Nationalsozialist gewesen sei; er vermutet deshalb, es habe sich um Personen gehandelt, die aus Feigheit oder unreflektiertem Pflichtbewusstsein beziehungsweise „aus karrieretechnischen Gründen Teil des NS-Systems wurden.“³⁴⁹ Das mag richtig sein und entspricht dem oben erhobenen Befund. Auf jeden Fall hat aber die Zeit vor 1945 Spuren bei den genannten Personen hinterlassen, die sich dann in der Senatsrechtsprechung niedergeschlagen haben. Denn wie in der NS-Zeit von allen Richtern eine unbedingte Regimetreue verlangt wurde, so wurde auch in der jungen Bundesrepublik von dem Staatsschutzsenat erwartet, dass er die junge bundesdeutsche Demokratie schütze. Sowohl in der Gesellschaft als auch in der Staatsrechtswissenschaft der Nachkriegszeit bestand ein solcher Anspruch.³⁵⁰ Zeigte nicht die Lage der Bundesrepublik im Kalten Krieg mit der Berlin-Blockade, der Niederschlagung des Aufstandes von 1953 und – etwas später – mit dem Mauerbau, wie notwendig dies schien? Der Grundsatz der wehrhaften Demokratie forderte offenbar nach Meinung vieler eine strenge Handhabung des Staatsschutzes. Die Richter des Senats kamen dem wohl gern entgegen, hatten sie doch bereits zuvor eine solche Staatsräson unter anderen politischen Vorzeichen gelebt, die nunmehr von ihnen erneut gegenüber den Gegnern der westdeutschen Demokratie ein hartes Durchgreifen verlangte. Das Zusammenwirken dieser äußeren Umstände mit dem „passenden“ Personal kann vielleicht am besten erklären, dass der Senat bis Mitte der 1960er Jahre in erster Linie die

348 1958 trat er für eine enge Auslegung der verfassungswidrigen Schrift ein (Willms, Verfassungsfeindliche, in: *JZ* (1958), S. 603), 1965 setzt er sich für eine gesetzgeberische Änderung und Rücknahme der Strafbarkeit ein (Willms, in: *NJW* (1965), S. 2178). Auch in der Großen Strafrechts-Kommission plädierte er eher für eine liberalere Auffassung (zum Beispiel Wilms, Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 13.10.1958, S. 94, 97). Auch machte er Bedenken gegen das VereinsG wegen eines möglichen Verstoßes gegen Art. 9 GG geltend (Willms, in: *JZ* (1965), S. 86, 90 f.).

349 Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 349.

350 Vgl. Stolleis, Öffentliches Recht, S. 158 f.

politischen Vorgaben der Regierung, kommunistische Tätigkeiten strafrechtlich zu ahnden, umgesetzt hat, bevor in der Ära des Vorsitzenden Eberhard Rotberg dann langsam eine gewisse Liberalisierung aufkam, eine größere Gelassenheit, die nicht nur mit dem neuen Personal, sondern auch mit den mittlerweile geänderten Begleitumständen zusammenhängen mag. Die Rechtsstaatlichkeit setzte sich jedenfalls mehr und mehr durch.

Alles in allem bleibt über mehr als ein Jahrzehnt ein Bild von Richtern, die den Staatsschutz höher gewichtet haben als die Individualrechte der Bürger. Letztlich dürfte für den Senat noch bis in die 1960er Jahre gelten, dass hier Personen tätig waren, die sich zwar vielleicht als rechtsstaatlich begriffen, aber bei dem Begriff Rechtsstaat zunächst an den Staat und die Paragraphen des StGB dachten, deutlich weniger aber an das Grundgesetz. Hier passt der Satz des früheren Bundesanwalts Kay Nehm, „dass der eine oder andere aus der damaligen Richtergeneration einem autoritären Weltbild verhaftet war, das auch nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht recht verblassen wollte.“³⁵¹

³⁵¹ So der frühere Bundesanwalt Nehm, in: *NJW* (2020), S. 1345.